

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066431

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 994/2022, de 22 de diciembre de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 3104/2019

SUMARIO:

Mercado de valores. Negocio de inversión. Capital destinado a la constitución de sociedades anónimas. Obligaciones de información de las sociedades de servicios de inversión. Es jurisprudencia reiterada de la sala que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. En este caso, las compañías mercantiles demandantes, ahora recurrentes en casación, intervinieron en la constitución de unas sociedades anónimas que fue promovida por la división de banca privada de una entidad bancaria, para que pudieran integrarse en ellas clientes del banco de alta capacidad económica. La sala declara que no puede descartar tajantemente como hace la Audiencia Provincial que la elusión consciente del tipo social legalmente adecuado (la institución de inversión colectiva) y la elección de una modalidad societaria que no reunía las garantías y cautelas para el inversor que impone la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, no pueda entroncar con un incumplimiento de las obligaciones que competían al Banco, como sociedad de servicios de inversión. Por el contrario, el devenir negativo de la actividad social de las citadas sociedades pudo estar provocado, al menos en parte, no solo por la situación de crisis del mercado inmobiliario en los años inmediatamente posteriores a su constitución, sino también por la falta de aplicación de la normativa y conducta prudencial a que vienen obligadas las sociedades de inversión colectiva. Pero en el motivo no se justifica, sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, que debe permanecer incólume en casación, que el incumplimiento de estas garantías y controles, como consecuencia de la falta de acomodación de la forma social a lo ofertado por la entidad bancaria, hubiera sido determinante de las pérdidas sufridas por las sociedades demandantes, por lo que no se aprecia la relación de causalidad entre tales incumplimientos y el daño patrimonial sufrido en su inversión por tales sociedades. Máxime si las demandantes (sociedades mercantiles dedicadas a la inversión) tenían conocimientos en el negocio inmobiliario y no podían ignorar los riesgos de esa actividad, e incluso en la concertación de la operación fueron asesoradas por abogados y expertos fiscales.

PRECEPTOS:

Ley 35/2003 (Instituciones de Inversión Colectiva), arts. 1, 2, 14, 35, 37 y 67.

RD 1309/2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva, arts. 1, 43, 44 y 62.

Código Civil, arts. 6.3, 1.101 y 1.303.

RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 56 y 57.

RDLeg. 4/2015 (Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores), art. 79.

RD 629/1993 (Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios), Anexo 5.

PONENTE:*Don Pedro José Vela Torres.*

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don PEDRO JOSE VELA TORRES
Doña MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE
Don ANTONIO GARCIA MARTINEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 994/2022

Fecha de sentencia: 22/12/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3104/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 16

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3104/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 994/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Juan María Díaz Fraile
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Garnex S.L., Abundium S.L., Sertram S.A. y Torre Limón S.L., representadas por la procuradora D.^a María Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de D.^a Laura Maniega Jáñez, contra la sentencia núm. 77/2019, de 19 de febrero, dictada por la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 613/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1322/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A, representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier García Sanz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. Jordi Pich Martínez, en nombre y representación de Garnex S.L., Abundium S.L., Sertram S.L. y Torre Limón S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"que tenga en cuenta las siguientes peticiones principales y subsidiarias:

"1) Petición Principal:

"Que se declare la nulidad de los contratos financieros vinculados al producto de inversión REIS existentes entre Banco de Santander y mis mandantes (sin perjuicio de poder declararse de oficio cualquier otra nulidad derivada de hechos en el escrito denunciados) y que de conformidad con el artículo 6.3 en relación con el artículo 1.303 del Código Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones, con condena a Banco Santander, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por mis mandantes, previa compensación con las cantidades abonadas por la demandada mediante las reducciones de capital de REIS 1 y REIS 2, poniendo a su vez éstos a disposición del Banco sus respectivas acciones que ostentan en cada una de las sociedades REIS y, todo ello junto con los gastos, comisiones e intereses que se hayan devengado.

"Asimismo que se declare la nulidad por extensión de las pólizas de préstamo suscritas por los demandantes (ABUNDIUM, GARNEX y SERTRAM) con Banco Santander Central Hispano S.A. por el efecto extensivo consustancial al contrato financiero del producto REIS, así como sus renovaciones, incluida la garantía pignoratícia, con devolución por parte del Banco de las comisiones e intereses pagados por los demandantes (con expresa remisión al artículo 220.1 LEO) resarciendo asimismo de los gastos notariales de dichos préstamos.

"Concretamente:

o Respecto de TORRE LIMÓN: que se restituya la cantidad de CINCO MILLONES EUROS más los intereses legales que se hayan devengado, entregada a la demandada, previa compensación de las abonadas por BS en virtud de las reducciones de capital efectuadas en el vehículo REIS 2 y aquellas devoluciones que por el mismo concepto o cualquier otro puedan sucederse a lo largo de la Litis.

o Respecto de SERTRAM: que se restituya la cantidad de CINCO MILLONES DE EUROS entregada a la demandada más los intereses legales que se hayan devengado anulándose la póliza de préstamo suscrita por la demandante con Banco de Santander para la inversión en el vehículo REIS, incluida las garantías pignoratícias con expresa devolución por parte del banco de las comisiones e intereses pagados referenciados en el cuerpo de la demanda y los gastos notariales que se hayan ocasionado por dicho préstamos.

o Respecto de ABUNDIUM: que se restituya la cantidad de QUINCE MILLONES DE EUROS entregada a la demandada más los intereses legales que se hayan devengado, previa compensación de las cantidades abonadas por la demandada en las reducciones de capital producidas en el vehículo REIS 1, anulándose asimismo la póliza de préstamo suscrita por la demandante con Banco de Santander para la inversión en el vehículo REIS, incluida las garantías pignoratícias con expresa devolución por parte del banco de las comisiones e intereses pagados, referenciados en el cuerpo de la demanda y los gastos notariales que se hayan ocasionado por dicho préstamos.

o Respecto de GARNEX: que se restituya la cantidad de QUINCE MILLONES DE EUROS entregada a la demandada más los intereses legales que se hayan devengado, previa compensación de las cantidades abonadas por la demandada en las reducciones de capital producidas en el vehículo REIS 1, anulándose asimismo la póliza de préstamo suscrita por la demandante con Banco de Santander para la inversión en el vehículo REIS, incluida las garantías pignoratícias con expresa devolución por parte del banco de las comisiones e intereses pagados, referenciados en el cuerpo de la demanda y los gastos notariales que se hayan ocasionado por dicho préstamos.

La anulación del producto de inversión junto con la póliza de préstamo que es consustancial al mismo podría generar una compensación entre las partes respecto de la cantidad de inversión efectuada mediante la correspondiente financiación.

"2) Petición subsidiaria;

"Que se declare la nulidad de los contratos financieros vinculados al producto de inversión REIS existentes entre Banco de Santander y mis mandantes y que de conformidad con el artículo 1.300 en relación con el artículo 1.303 del Código Civil, se proceda a la restitución de las prestaciones, con condena a Banco Santander, S.A. a la restitución de las cantidades entregadas por mis mandantes, previa compensación con las abonadas por la demandada mediante las reducciones de capital de REIS 1 y REIS 2, poniendo a su vez éstos a disposición del Banco sus respectivas acciones que ostentan en cada una de las sociedades REIS y, todo ello junto con los intereses que se hayan devengado.

"Asimismo, que se declare la nulidad de las pólizas de préstamo suscritas por los demandantes (ABUNDIUM, GARNEX y SERTRAM) con Banco Santander Central Hispano S.A. así como sus renovaciones, incluida la garantía pignoratícia, con devolución por parte del Banco de las comisiones e intereses pagados por los demandantes (con remisión expresa al contenido del artículo 220.1 LEC) resarciendo asimismo de los gastos notariales de dichos préstamos.

"La anulación del producto de inversión junto con la póliza de préstamo que consustancial al mismo podría generar una compensación entre las partes respecto de la cantidad de inversión efectuada mediante la correspondiente financiación.

Todo ello con la base referenciada de forma individualizada en el petitum principal.

"3) Petición subsidiaria a sendas nulidades precedentes:

"Que se declare el incumplimiento doloso o cuanto menos negligentemente de sus obligaciones de diligencia, claridad, lealtad e información de venta asesorada de los contratos financieros atípicos objeto de la presente Litis, así como el incumplimiento doloso o cuanto menos negligente de sus obligaciones contractuales en la gestión y ejecución de la inversión, recogidos en el cuerpo de esta demanda, por parte de Banco de Santander, para que de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil, se declare el resarcimiento de daños y perjuicios con abono de los intereses, concretados en la condena a Banco Santander, S.A., a la restitución de las cantidades inicialmente entregadas por mis mandantes, previa compensación de las abonadas por la demandada en el caso de ABUNDIUM, TORRE LIMON Y GARNEX como devolución de cantidades por reducciones de capital en REIS 1 y REIS 2, poniendo a su vez éstos a la disposición del Banco sus respectivas acciones que ostentan en cada una de las sociedades REIS y todo ello junto con los intereses legales que se hayan devengado.

"Asimismo, por aplicación de estos mismos preceptos del Código Civil, que se declare la obligación del Banco Santander de resarcir también los daños ocasionados por la contratación consustancial de las pólizas de préstamos con devolución por parte del Banco de las comisiones, intereses (determinados en el cuerpo de la demanda y con remisión al contenido del artículo 220 LEC)) y gastos notariales ocasionados.

"La anulación del producto de inversión junto con la póliza de préstamo que consustancial al mismo podría generar una compensación entre las partes respecto de la cantidad de inversión efectuada mediante la correspondiente financiación.

Todo ello con la base referenciada de forma individualizada en el petitum principal.

"4) Petición subsidiaria a las tres anteriores

Que se declare el incumplimiento de Banco Santander en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información de venta asesorada de los contratos financieros existentes con mis mandantes y, especialmente se declare el incumplimiento durante la gestión y ejecución de los mismos por inobservancia e incumplimiento del contenido de su propio folleto informativo (documento publicitario)"

2. La demanda fue presentada el 5 de diciembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Barcelona, se registró con el núm. 1322/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3. El procurador D. Ildelfonso Lago Pérez, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Barcelona dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda formulada por GARNEX, S.L., ABUNDIUM, S.L., SERTRAM, S.L. y TORRE LIMON, S.L. frente a BANCO SANTANDER, S.A., imponiendo a la actora las costas del juicio".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las demandantes.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 613/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por GARNEX, S.L., ABUNDIUM, S.L., SERTRAM, S.A., y TORRE LIMÓN, S.L., contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 56 de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, confirmamos dicha sentencia, con imposición a las apelantes de las costas del recurso, mancomunadamente y en un 37,5 por ciento cada una de las dos primeras y en un 12,5 por ciento cada una de las dos últimas, con pérdida del depósito constituido para recurrir".

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador D. Jordi Pich Martínez, en representación de Garnex, SL, Abundium, SL, Sertram SA y Torre Limón, SL, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO. Art. 477: Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. [...]. La norma infringida es el artículo 1 y 2 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante LIIC) y art. 1 del Real Decreto 1.309/2005 por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante RIIC).

"SEGUNDO. Los hechos reflejados en la sentencia establecen que BS ha promocionado un producto de inversión para captar fondos de clientes e invertirlos en bienes inmuebles para su arrendamiento. Esta actuación de la demandada está sometida a la imperativa reserva de actividad que la LIIC establece en el art. 14 LIIC de conformidad con el art. 1, 2 y 35 LIIC. No obstante, la sentencia en la resolución del conflicto no aplica la reserva de actividad que comporta la nulidad de la suscripción/adquisición de las acciones de REIS, ello en relación con el art. 6.3CC. Por consiguiente, entendemos que la sentencia no está ajustada a derecho y procede su casación para ajustar a derecho los hechos del procedimiento decretando la nulidad de pleno derecho solicitada.

"TERCERO. LEC Art. 477: La sentencia infringe en la resolución del conflicto del procedimiento las normas relativas a la prohibición de promocionar entre el público las sociedades REIS como una sociedad de inversión libre inmobiliaria por no estar expresamente recogidas en el art. 43 y 44 RIIC.

"CUARTO. Se denuncia la infracción de los art. 79LMV y el Anexo 5 del RD 629/1993".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por Garnex, S.L., Abundium, S.L., Sertram, S.L., Torre Limón, S.L. contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en el rollo de apelación n.º 613/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1322/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Barcelona".

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 27 de octubre de 2022, en cuya deliberación en sección, los magistrados acordaron solicitar del presidente de la sala la avocación del asunto a pleno, lo que fue acordado, señalándose para su deliberación, votación y fallo en pleno el

día 14 de diciembre de 2022, en que tuvo lugar, sin que interviniera el magistrado Sr. Arroyo Fiestas por encontrarse con licencia en esa fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes

1. Las compañías mercantiles Garnex S.L., Abundium S.L., Sertram S.A. y Torre Limón S.L. intervinieron en la constitución de unas sociedades anónimas denominadas Real Estate Investment Society (por contracción, REIS), con la denominación, ya en anagrama, de REIS 1, REIS 2 y REIS CATALUÑA.

2. La constitución de tales sociedades fue promovida por la división de banca privada del Banco Santander S.A., para que pudieran integrarse en ellas clientes del banco de alta capacidad económica. A tal efecto, Banco Santander redactó un proyecto de actuación, en el que constaba que: a) las sociedades estarían orientadas a la inversión en inmuebles en España, Europa y América Latina, mayoritariamente para su explotación mediante arrendamiento; b) el capital social sería de 100 millones de euros, dividido en acciones de 200.000 euros cada una, transmisibles por sus titulares; c) los accionistas serían clientes de banca privada del banco, y cada uno de ellos suscribiría, como mínimo un 5% y como máximo un 18% del capital, y Banco Santander entre el 5% y el 15%; y d) las sociedades estarían gestionadas por Santander Real Estate S.A., SGIIC.

3. REIS 1 S.A. fue constituida por 19 socios, mediante escritura pública de 15 de diciembre de 2006, con plazo de duración de 8 años y con un capital social de 100 millones de euros, dividido en 500 acciones, de 200.000 euros cada una, de las que Garnex, S.L. y Abundium S.L. suscribieron 5 millones de euros cada una.

El objeto social previsto en los estatutos era, resumidamente, la adquisición, enajenación, tenencia y explotación, por cualquier título, de bienes inmuebles, la promoción inmobiliaria, la realización de obras, de construcción o reforma, en toda clase de inmuebles y la adquisición, tenencia y enajenación de valores mobiliarios de entidades con objeto similar al de la sociedad.

4. REIS 2 S.A. fue constituida por 9 socios, mediante escritura pública de 14 de diciembre de 2006, con plazo de duración de 8 años y con un capital también de 100 millones de euros, dividido en 500 acciones, igualmente de 200.000 euros cada una.

El objeto social era el mismo que el de REIS 1.

Garnex, Abundium y Sertram no intervinieron en la fundación de REIS 2. Mientras que Torre Limón, S.L. pasó a ser socia de esa sociedad mediante la compra de 25 acciones a Banco Santander, el 20 de marzo de 2007.

5. REIS CATALUÑA S.A. se constituyó por 14 socios, mediante escritura de 15 de diciembre de 2006, con la misma duración, capital y distribución por acciones y objeto que las dos mencionadas anteriormente.

Garnex, S.L. y Abundium, S.L. suscribieron 10 millones de euros cada una y Sertram S.A., 5 millones.

6. El domicilio social de las tres sociedades REIS se fijó en las dependencias de Banco Santander en Boadilla del Monte (Madrid).

7. En el mismo acto de constitución de las sociedades, los socios fundadores designaron administradores a tres personas que trabajaban para el banco, a quienes facultaron para que designasen a la sociedad, perteneciente al grupo Santander, que se encargaría de la gestión y administración de los activos de las sociedades, en las condiciones que los administradores considerasen oportunas.

8. Garnex, Abundium, Sertram y Torre Limón presentaron una demanda contra Banco Santander, en la que solicitaron la nulidad de los contratos financieros vinculados al producto de inversión REIS, con restitución del capital invertido como aportación a las sociedades REIS. Por extensión, habrían de declararse nulas las pólizas de préstamo suscritas por tres de las demandantes, y sus renovaciones, con devolución por el banco de los intereses pagados en virtud de tales préstamos y pago de los gastos notariales que las operaciones habían comportado. Subsidiariamente, solicitaron que se declare el incumplimiento doloso o cuanto menos negligente de las obligaciones de diligencia, claridad, lealtad e información de venta asesorada de los contratos financieros atípicos objeto del litigio, así como el incumplimiento doloso o cuanto menos negligente de las obligaciones contractuales en la gestión y ejecución de la inversión por parte de Banco de Santander, con indemnización de daños y perjuicios.

El fundamento de tales pretensiones era, resumidamente, que las sociedades que se habían constituido deberían haber revestido la forma de instituciones de inversión colectiva, porque se ajustaban a los requisitos que establece la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, reguladora de dichas instituciones. Al no hacerlo así, el banco

demandado, cuando promovió y creó las sociedades REIS sin ajustarse a las formas establecidas legalmente, infringió normas imperativas.

9. Tras la oposición de la parte demandada, el juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, resumidamente, que la forma de inversión elegida era conforme a derecho, ya que, si bien las demandantes podían haber elegido, como forma de inversión, una institución de inversión colectiva, sin embargo optaron por constituir sociedades anónimas ordinarias, permitidas por el ordenamiento jurídico. Las sociedades REIS no respondían al concepto de tales instituciones de inversión colectivas ni, en particular, al de fondo de inversión. Tampoco tenían las características obligadas para ser una de esas instituciones, en cuanto al número de socios, capital mínimo invertible y objeto social. En definitiva, no existía infracción legal que provocase la nulidad cuya declaración se pretendía.

10. Las demandantes interpusieron un recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Consideró, resumidamente, que no siempre que una sociedad desarrolla una actividad de las comprendidas en el ámbito objetivo de la Ley 35/2003 ha de revestir la forma de institución colectiva, porque si disminuye del número de miembros o del capital exigido legalmente, la opción no es, solo, la disolución, sino, también, la pérdida de la autorización para actuar como institución colectiva, lo que, en la medida en que constituye una alternativa a la disolución, lleva a la conclusión de que, cuando se pierden los umbrales mencionados, la entidad puede seguir existiendo válidamente con otra forma societaria. Asimismo, consideró que el art. 2 de la Ley se refiere a la captación de clientes mediante una actividad publicitaria, que no se dio en este caso, sino que lo que hubo fueron propuestas, o sugerencias o puesta a disposición de formas de inversión, dirigidas a un reducido grupo de clientes de Banco Santander, con unas exigencias de inversión mínima muy altas y en ningún caso hechas por cuenta ni en nombre de ninguna institución de inversión colectiva, de modo que no puede decirse que lo que el banco promocionó debiese haber sido una institución de esta clase.

Por otro lado, la Audiencia no aprecia que hubiese incumplimientos por parte del banco de sus deberes de información sobre las características de las sociedades que el banco organizaba para que sus clientes pudiesen invertir. Se advirtió que los gestores serían empleados del banco (aunque luego en los estatutos se preveía la posibilidad de su sustitución), se informó de las inversiones que se realizarían y de las comisiones que las sociedades habrían de pagar. Y, si una vez iniciada la vida de las sociedades, estas realizaron actuaciones improcedentes y/o perjudiciales para sus socios, de ser así, se trató de conductas de los administradores y no del banco, por mucho que tales administradores fuesen empleados del banco.

11. Las demandantes han interpuesto un recurso de casación.

Segundo. *Primer, segundo y tercer motivos de casación. Planteamiento*

1. El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1 y 2 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante LIIC) y el art. 1 del Real Decreto 1309/2005, por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante RIIC).

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida declara probado que existió una promoción entre los clientes de Banco Santander, mediante un documento publicitario de presentación, para la constitución de unas sociedades de inversión inmobiliaria, diseñadas por el banco y denominadas REIS. El objeto era la inversión en bienes inmuebles para su arrendamiento, con la gestión por una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva propiedad del banco. La sentencia infringe los mencionados preceptos legales, al conferir a las sociedades de inversión REIS la naturaleza jurídica de sociedades ordinarias y no de Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante IIC), por lo que su constitución fue contraria a norma imperativa y nulas las aportaciones sociales efectuadas.

2. El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 14 LIIC, en relación con los arts. 1, 2 y 35 LIIC y el art. 6.3 CC.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que el Banco Santander promovió un producto de inversión para captar fondos de clientes e invertirlos en bienes inmuebles para su arrendamiento y esta actuación estaba sometida a la imperativa reserva de actividad prevista en los mencionados preceptos LIIC. Al no apreciar la nulidad derivada de la infracción de dicha normativa imperativa, la sentencia recurrida no es ajustada a Derecho, puesto que las sociedades REIS se constituyeron en contravención a normas de obligado cumplimiento, debiendo restituirse a las demandantes los capitales invertidos en tales sociedades.

3. El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 43 y 44 RIIC.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe la prohibición de promocionar entre el público las sociedades REIS como sociedades de inversión libre

inmobiliaria y no como sociedades de inversión colectiva. De modo tal que se constituyeron unas sociedades con un objeto social que está reservado legalmente a las sociedades de inversión colectiva.

Tercero. *Decisión de la Sala. Desestimación de los tres primeros motivos por plantear cuestiones que exceden del ámbito del litigio*

1. La demanda, al igual que ahora el recurso de casación, argumenta que las partes (sociedades demandantes y banco demandado) realizaron un negocio complejo de inversión, que las demandantes consideran sometido a la normativa de servicios de inversión (por su fecha, regulación pre-MiFID) y en el que no se habrían cumplido los requisitos legales para su celebración, por lo que solicitan la nulidad de la operación financiera en su conjunto, por infracción de normas imperativas, y la restitución de las prestaciones.

Sin embargo, de darse lugar a lo pretendido en los tres primeros motivos de casación y, con ello, a lo solicitado expresamente en la demanda (véase la literalidad del suplico reproducido en los antecedentes de hecho), debería declararse la nulidad de las aportaciones dinerarias a unas sociedades anónimas y, consecuentemente, la nulidad de tales sociedades, o alternativamente, su disolución por no alcanzar la cifra de capital mínimo, o la obligación de las sociedades REIS de realizar unas reducciones del capital social para adaptarlo a las devoluciones de las aportaciones de las demandantes. Y ello no es posible en este procedimiento, porque las sociedades REIS, con personalidad jurídica propia, en cuanto que constituidas en escritura pública e inscritas en el Registro Mercantil, ni han sido demandadas, ni se ha dirigido pretensión alguna contra ellas, ni por consiguiente pueden ser condenadas en este litigio a su nulidad, disolución o reducción de su capital social, que es lo que necesariamente conllevaría la estimación de lo pretendido en la demanda.

2. En la demanda se relata expresamente que la operación financiera objeto de litigio consistió en la captación de capital de los clientes (las sociedades mercantiles demandantes) para destinarlo a la realización de unas aportaciones dinerarias para la constitución de unas sociedades anónimas con un capital social de cien millones de euros cada una, denominadas REIS. Y aunque la propia demanda lo obvie, al referirse solamente a los arts. 6.3 y 1303 CC, no podemos dejar de lado las previsiones de los arts. 56 y 57 de la Ley de Sociedades de Capital sobre nulidad de las sociedades, en particular el art. 56.1 e), en cuanto que lo que vienen a postular las demandantes es la nulidad de las sociedades REIS por ilicitud de su objeto.

Sobre esta base, no podemos ignorar que los efectos de la sentencia por la que se declarase la nulidad de una sociedad anónima, como lo son las sociedades REIS, a lo que necesariamente abocaría la estimación de estos tres motivos de casación y de la demanda, difieren sustancialmente de los propios de la declaración de nulidad de los contratos de intercambio (en este caso, el contrato de inversión). El carácter plurilateral organizativo del contrato de sociedad justifica que, atendidos los intereses en juego, los efectos resultantes de su nulidad se aparten de los propios de la invalidez los contratos de cambio. La declaración judicial de nulidad del contrato de sociedad no resulta entonces en la obligación de restitución a la situación anterior a la celebración del negocio, sino que se procede a la extinción de la sociedad. Producida la declaración de nulidad de la sociedad se conservan, por tanto, los efectos organizativos propios del contrato de sociedad inscrito y se mantiene la personalidad jurídica de la sociedad viciada a los efectos de proceder a su liquidación.

Como declaramos en la sentencia 916/2002, de 10 de octubre:

"el régimen de la nulidad societaria responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual para, prescindiendo de efectos retroactivos, asimilarlo o aproximarlos a un supuesto de disolución con posterior liquidación, beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral".

3. Pues bien, resulta evidente que todas estas consecuencias de orden societario que, aun planteadas de manera más o menos implícita en la demanda, comportarían la estimación de las pretensiones anulatorias de las demandantes no pueden adoptarse sin que se haya dirigido pretensión alguna contra las sociedades anónimas afectadas -las sociedades REIS-, que en ningún momento han sido parte en este procedimiento. Como dice el último inciso del art. 5.2 LEC, las pretensiones de tutela jurisdiccional civil deben dirigirse "frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida".

Lo que supone que los tres primeros motivos de casación deban ser desestimados.

Cuarto. *Cuarto motivo de casación. Obligaciones de información de las sociedades de servicios de inversión*

Planteamiento:

1. El cuarto motivo de casación denuncia la infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y el Anexo 5 del Real Decreto 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

2. Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la información ofrecida a los inversores durante la comercialización del producto no fue ni diligente ni precisa y adoleció de la falta de concreción y la claridad que exige la legislación en la prestación de servicios de inversión. La propia sentencia reconoció que la información fue genérica y que la entrega de documentación se efectuó sin la suficiente antelación; pese a lo que no dedujo las consecuencias indemnizatorias que exigía el incumplimiento de las obligaciones de conducta impuestas a las sociedades de inversión por los preceptos citados como infringidos.

Decisión de la Sala:

1. Es jurisprudencia reiterada de esta sala (verbigracia, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre; 62/2019, de 31 de enero; 303/2019, de 28 de mayo; 165/2020, de 11 de marzo; y 615/2020, de 17 de noviembre) que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable.

2. En este caso, a la vista de lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 14 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, no podemos descartar tan tajantemente como hace la Audiencia Provincial que la elusión consciente del tipo social legalmente adecuado (la institución de inversión colectiva) y la elección de una modalidad societaria que no reunía las garantías y cautelas para el inversor que impone la mencionada Ley, no pueda entroncar con un incumplimiento de las obligaciones que competían al Banco de Santander, como sociedad de servicios de inversión, conforme al art. 79 LMV y el Anexo 5 del Real Decreto 629/93, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

Por el contrario, puede ser cierto que el devenir negativo de la actividad social de las citadas sociedades REIS, acaso pudo estar provocado, al menos en parte, no solo por la situación de crisis del mercado inmobiliario en los años inmediatamente posteriores a su constitución, sino también por la falta de aplicación de la normativa y conducta prudencial a que vienen obligadas las sociedades de inversión colectiva, como son las relativas al coeficiente de diversificación de riesgos y de liquidez (arts. 37 LICC y 62 RIIC), la rigurosa regulación específica sobre los conflictos de interés y operaciones vinculadas (art. 67 LICC) y, especialmente, la garantía que para los inversores y la buena marcha de tales sociedades suponía la actuación de control por parte de los órganos de supervisión (CNMV).

3. Pero en el motivo no se justifica, sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, que debe permanecer incólume en casación, que el incumplimiento de estas garantías y controles, como consecuencia de la falta de acomodación de la forma social a lo ofertado por el Banco de Santander, hubiera sido determinante de las pérdidas sufridas por las sociedades demandantes, por lo que no cabe apreciar la relación de causalidad entre tales incumplimientos y el daño patrimonial sufrido en su inversión por tales sociedades. Máxime si, como se declaró probado en la instancia, las demandantes (sociedades mercantiles dedicadas a la inversión) tenían conocimientos en el negocio inmobiliario y no podían ignorar los riesgos de esa actividad, e incluso en la concertación de la operación fueron asesoradas por abogados y expertos fiscales.

4. Lo que también debe conducir a la desestimación de este último motivo de casación.

Quinto. Costas y depósitos

1. La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse a los recurrentes las costas causadas por él, según ordena el art. 398.1 LEC.

2. Igualmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Garnex S.L., Abundium S.L., Sertram S.A. y Torre Limón S.L. contra la sentencia núm. 77/2019, de 19 de febrero, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 613/2017.

2.º Imponer a las recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.