



Roj: **STS 1109/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1109**

Id Cendoj: **28079110012022100226**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2022**

Nº de Recurso: **3391/2017**

Nº de Resolución: **222/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9870/2017,**
STS 1109/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 222/2022

Fecha de sentencia: 23/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3391/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 25

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3391/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 222/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 23 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Festina Lotus S.A., representada por el procurador D. Leopoldo Morales Arroyo, bajo la dirección letrada de D. José Baltasar Plaza Frías, contra la sentencia n.º 239/2017, de 3 de julio, dictada por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 745/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 210/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. José Manuel Jiménez López y bajo la dirección letrada de D. José Miguel Fatás Monforte.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. Lepoldo Morales Arroyo, en nombre y representación de Festina Lotus S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1º) Se declare la anulabilidad por vicio en el **consentimiento** producido por **error** de FESTINA LOTUS S.A. del **contrato** de adquisición de acciones suscrito entre mi representada y Bankia SA:

FECHA VALOR	NÚMERO DE TÍTULOS	CAMBIO	EFFECTIVO	GASTOS	LÍQUIDO ADEUDADO
19/07/2011	533.333	3,75€	1.999.998,75	0,00	1.999.998,75

"2º) Se condene a BANKIA SA a restituir a FESTINA LOTUS S.A. la cantidad suscrita en la compra de acciones de Bankia SA en su salida a Bolsa, cuyo importe asciende a la cantidad de UN MILLÓN NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.999.998,75€) y a la parte actora a la devolución de cualquier cantidad que haya recibido por parte de Bankia SA por la suscripción de las acciones.

"3º) Se condene a la demandada BANKIA SA a abonar los intereses legales de la cantidad a restituir desde la fecha de suscripción del **contrato** de adquisición de acciones hasta la efectiva fecha de pago.

"4º) Se imponga expresa condena en costas a la demandada.

"5º) Subsidiariamente, y para el caso de que no sea admitida la anulabilidad solicitada en el punto 1º de este suplico, SUPPLICAMOS se dicte sentencia por la que se condene a Bankia SA:

a) a abonar a FESTINA LOTUS S.A., en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de UN MILLÓN NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (1.993.599,15 €) más los intereses legales correspondientes, como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de las falsedades o inexactitudes del folleto informativo de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia.

b) subsidiariamente, a indemnizar a FESTINA LOTUS S.A., con el importe resultante de minorar al importe suscrito en acciones de Bankia el importe del valor en Bolsa de las acciones en el momento en que se dicte la correspondiente sentencia, más los intereses legales correspondientes, como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de las falsedades o inexactitudes del folleto informativo de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia."

2.- La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 98 de Madrid, se registró con el núm. 210/2015. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Francisco José Abajo Abril, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"1. La cuestión de prejudicialidad penal, invocada en el presente escrito, así como por contestada en tiempo y forma la presente demanda y por aportados los documentos que se dejan unidos a este escrito y, tras los trámites oportunos dicte Resolución por la que acuerde SUSPENDER el presente procedimiento por concurrir la PREJUDICIALIDAD PENAL INVOCADA, hasta la total y efectiva conclusión de las Diligencias Precias 59/2012 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, y en su caso, de cuantas actuaciones penales, procedimientos y recursos deriven de las mismas.



"2. Y subsidiariamente, tenga por formulada la presente CONTESTACIÓN A LA DEMANDA en tiempo y forma en cuanto al fondo del asunto, por aportados los documentos a aquél respecto y, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia por la que DESESTIME ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada de adverso, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid dictó sentencia n.º 176/2016, de 29 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por FESTINA LOTUS, SA, representada por el Procurador Sr. Morales Arroyo, frente a la mercantil BANKIA SA, representada por el procurador Sr. Abajo Abril, y en consecuencia:

debo declarar y declaro la nulidad (anulabilidad) del **contrato** de adquisición de Acciones Bankia Subtramo Minorista, de fecha 20-07-11, por importe de 1.999.998,75 euros

debo condenar y condeno a la demandada a la restitución recíproca de obligaciones derivada de la nulidad declarada y, por efecto legal inherente al 1.303 del CC con la obligación de las partes de restituir el precio más los intereses legales del mismo, desde la fecha de suscripción del **contrato** declarado nulo hasta el momento de la restitución, debiendo la parte actora reintegrar a la demandada las acciones más los dividendos en su caso obtenidos con sus intereses legales con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 745/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 3 de julio de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de BANKIA, S.A. contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de primera instancia nº 98 de Madrid, la REVOCAMOS, y dictamos otra por la que, DESESTIMANDO la demanda presentada por FESTINA-LOTUS, S.A., ABSOLVEMOS a la demandada de las pretensiones dirigidas contra ella.

Se impone a la parte actora las costas de la primera instancia, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las generadas en esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Leopoldo Morales Arroyo, en representación de Festina Lotus S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, los cuales resultan vulnerados por cuanto la sentencia recurrida no aprecia existencia de **error** que invalide el **consentimiento** prestado por Festina Lotus, SA y que anule el **contrato** de adquisición de acciones en el marco de la OPS de Bankia, SA. la calificación de la actora como inversor profesional en base al artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores no implica la presunción de que posea otros medios de información distintos al folleto de la emisión (OPS). La solvencia de la entidad, Bankia, SA es un dato sustancial en la contratación del producto. Y por infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable.

"Segundo.- Por infracción del artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores. Resulta vulnerado dado que la sentencia dictada en apelación no contempla la existencia de responsabilidad civil de Bankia, SA, que supondría la procedencia de indemnización de daños y perjuicios producidos por las inexactitudes del folleto informativo de la OPS de Bankia, SA, siendo un hecho notorio que las cuentas contenidas en el folleto de la emisión no reflejaban la verdadera situación financiera de la entidad. Y con infracción de la doctrina jurisprudencial aplicable."

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 11 de marzo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Festina Lotus, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 3 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª), en el rollo de



apelación n.º 745/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario número 210/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 98 de Madrid".

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 16 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- En el año 2011, Bankia S.A. realizó una oferta pública de suscripción de acciones (OPS) para su salida a Bolsa.

2.- La oferta se dividió en dos tramos: un tramo para inversores minoristas y empleados y administradores (60% de las acciones ofertadas) y un segundo tramo para inversores cualificados (el 40% restante), o "tramo institucional".

3.- La cronología de la oferta para el tramo institucional partía, al igual que en el tramo minorista, del registro del folleto por la CNMV (29 de junio de 2011).

A partir de entonces y hasta el 18 de julio de 2011, tenía lugar el llamado "periodo de prospección de la demanda", en el que los potenciales inversores cualificados podían formular propuestas de suscripción.

La entidad colocadora (Bankia Bolsa) desarrollaría en ese periodo "actividades de difusión y promoción de la Oferta con el fin de obtener de los potenciales destinatarios una indicación sobre el número de acciones y el precio al que estarían dispuestos a suscribir las acciones".

En el día final de ese periodo, se fijaba el precio para este tramo y se seleccionaban las propuestas de suscripción que, una vez confirmadas, devenían irrevocables y daban lugar a la adjudicación de las correspondientes acciones a los inversores (19 de julio de 2011) y a la admisión a negociación oficial al día siguiente.

4.- El precio de las acciones quedó fijado en 3,75 €, tanto para el tramo minorista como para el institucional.

5.- El 20 de julio de 2011, Festina Lotus (en lo sucesivo, Festina) suscribió una orden de compra de acciones de Bankia por importe de 1.999.998,75 €.

6.- Festina interpuso una demanda contra Bankia, en la que solicitó, con carácter principal, la nulidad por **error** vicio del **consentimiento** de la compra de acciones. Y con carácter subsidiario, que se declarase la responsabilidad de Bankia por falta de veracidad en el folleto de la emisión.

7.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda en su pretensión principal, declaró la nulidad de la adquisición de acciones por **error** vicio del **consentimiento** y ordenó la restitución de las prestaciones.

8.- Bankia interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado por la Audiencia Provincial, que desestimó la acción de anulabilidad por los siguientes y resumidos motivos: (i) Festina es un inversor cualificado que goza de medios de conocimiento superiores a los del folleto y hacen que, en su caso, el **error** no sea excusable; (ii) según las declaraciones en juicio de su presidente, su inversión no estuvo relacionada con la solvencia de la emisora, sino con una estrategia de vinculación con entidades prestamistas, que se mantiene a largo plazo; (iii) el mismo representante reconoció que la información del folleto no fue tenida en cuenta y de hecho mantienen la inversión.

9.- Festina interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia, cuya tramitación quedó en suspenso mientras no se resolviera la petición de decisión prejudicial elevada al TJUE por esta Sala en un asunto similar. El TJUE respondió dicha petición de decisión prejudicial mediante la sentencia de 3 de junio de 2021 (asunto C-910/19).

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Planteamiento*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, al no apreciar la sentencia el **error** invalidante del **consentimiento** prestado por Festina.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que aunque pueda ser considerada inversora profesional o cualificada (que no institucional), ello no implica que pueda presumirse que tenía un conocimiento de la situación económica y financiera de Bankia diferente a la que reflejaba el folleto de OPS.



Festina manejó la misma información errónea que el resto de los inversores y por eso su **consentimiento** estuvo viciado.

TERCERO.- El **error** en el **consentimiento** en la adquisición de acciones en la OPS de Bankia

1.- En las sentencias de pleno 23/2016 y 24/2016, ambas de 3 de febrero, dictadas en asuntos en que también se ejercitaban acciones de nulidad por **error** vicio del **consentimiento**, concluimos que el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, con el que Bankia realizó su Oferta Pública de Suscripción (OPS), contenía información económica y financiera que poco tiempo después se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia. Esto determinó que los pequeños inversores adquirentes de las acciones ofertadas pudieran hacerse una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encontraron con que realmente habían adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tuvo que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. Lo que provocó un **error** excusable en la suscripción de las acciones, que vició su **consentimiento**.

2.- Asimismo, en la sentencia 890/2021, de 21 de diciembre, acogimos las conclusiones de la STJUE de 3 de junio de 2021, C-910/19 (UMAS), en el sentido de que el folleto también afectaba a los inversores profesionales y sus inexactitudes o falsedades podían repercutir en sus decisiones de inversión.

3.- No obstante, la razón decisoria de la sentencia recurrida, basada en la prueba practicada, no tiene que ver con las mencionadas conclusiones, puesto que descarta la influencia directa o indirecta de la valoración de las acciones en la decisión de Festina de acudir a la OPS de Bankia.

La Audiencia Provincial basa su decisión en el hecho de que, en la prueba de interrogatorio, el presidente de la sociedad recurrente reconoció que la decisión de adquirir las acciones de Bankia no estuvo motivada por el valor económico de los títulos en función de la solvencia de la emisora, sino por la estrategia desarrollada desde antiguo por Festina de vincularse societariamente con las entidades prestamistas, a fin de asegurarse las líneas de crédito necesarias en el desarrollo de su actividad empresarial y compensar el interés. Además, el mismo representante orgánico de Festina manifestó que su vinculación mediante la compra de acciones era a largo plazo, sin intención alguna de vender los títulos, señalando, incluso, que disponen de acciones compradas hace treinta o treinta y cinco años. Y admitió también que continuaban trabajando con Bankia después de la intervención.

Por lo que concluyó la sentencia recurrida:

"Siendo eso así, y en la medida que los motivos de la actora para concertar la compra de acciones no tenían por factor esencial la solvencia de BANKIA, la información suministrada en el folleto no resultó relevante para la demandante, cuyo representante reconoció no haberlo tenido en cuenta. De hecho, la finalidad de la inversión subsiste vigente, pudiendo obtener el mismo tipo de provecho pretendido al prestar el **consentimiento** contractual".

4.- Como recuerda, entre otras muchas, la sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, el recurso de casación debe respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

En consecuencia, habiendo quedado probado que la decisión inversora de Festina estuvo al margen de la situación financiera y patrimonial real de Bankia, resulta inane fundar una acción de nulidad por **error** vicio del **consentimiento** basada en la inexactitud de los datos económicos que contenía ese documento.

5.- A diferencia del caso enjuiciado en la sentencia 221/2022, de 22 de marzo, según lo declarado probado por la Audiencia Provincial, no revisable en casación, la decisión inversora de la recurrente no fue consecuencia de las específicas vinculaciones crediticias entre el inversor y el banco emisor, sino fruto de una decisión estratégica de Festina, a largo plazo, más amplia que la decisión concreta sobre Bankia y enmarcada en una política general de participación en el capital social de distintas entidades bancarias.

6.- Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Segundo motivo de casación. Planteamiento

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 28 de la Ley del Mercado de Valores (LMV).



2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe el mencionado precepto al no declarar la responsabilidad por las pérdidas causadas por un folleto que era manifiestamente inexacto.

QUINTO.- Responsabilidad por folleto en una Oferta Pública de Venta de Acciones (OPS) frente a los inversores cualificados. Inexistencia de nexo causal

1.- La STJUE de 3 de junio de 2021 (C-910/19), asumida por nuestra sentencia de pleno 890/2021, de 21 de diciembre, ha despejado las dudas sobre la aplicabilidad de la responsabilidad por folleto a los inversores cualificados. Según el Tribunal de Justicia, una información completa, fiable y accesible sobre los valores y sus emisores contribuye al logro de los dos objetivos de la Directiva 2003/71/CE, que son la protección del inversor y el buen funcionamiento de los mercados. Desde este punto de vista, la publicación del folleto contribuye a las salvaguardias de protección de los intereses de los inversores, reales o potenciales, para que estén capacitados a la hora de evaluar, con la información suficiente, el riesgo que conlleva la inversión en valores, y de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (apartado 32). Siendo así, es legítimo que los inversores cualificados invoquen la información contenida en dicho folleto y que, en consecuencia, puedan ejercitar las acciones de responsabilidad del art. 6 de la Directiva por esa información, aunque no sean sus destinatarios.

2.- Ahora bien, si como sucede en el caso, la decisión de invertir en la OPS se tomó al margen del folleto, en consideración a otros factores económicos o de conveniencia financiera y estratégica de la sociedad inversora, no puede surgir una responsabilidad por folleto, puesto que no hubo relación de causalidad entre la inversión y el contenido del mencionado documento. Nexo causal que, como en cualquier supuesto de responsabilidad civil, también es exigible en este género de responsabilidad *sui generis* (sentencias 380/2021, de 1 de junio; y 890/2021, de 21 de diciembre).

3.- En su virtud, este segundo motivo de casación también debe decaer.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC, al haberse desestimado el recurso de casación, deben imponerse a la parte recurrente las costas causadas por él.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, 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 Festina Lotus S.A. contra la sentencia núm. 239/2017, de 3 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, en el recurso de apelación núm. 745/2016.

2.º- Imponer a la recurrente 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.