

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 460/2014

Fecha Sentencia: 10/09/2014

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 2162/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 15/07/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por: MRP

Nota:

Recurso de casación. Nulidad de contrato de inversión por vicios del consentimiento. Defectuosa información de la entidad financiera sobre la naturaleza del producto y los riesgos asociados al mismo. Clientes no profesionales. Insuficiencia de conciencia difusa de riesgos. Carácter esencial del error sobre los riesgos de inversión. Carácter excusable del error por el deber de la entidad financiera de informar a los clientes en los términos previstos en la normativa sobre el mercado de valores. Deber de informar con suficiente antelación. Necesidad de una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor y, en su caso, del garante (o la inexistencia de garantías), y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato.

Indemnización de daños y perjuicios por deficiente asesoramiento en la inversión.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2162/2011
Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena
Votación y Fallo: 15/07/2014
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N°: 460/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Sebastián Sastre Papiol
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Xavier O'Callaghan Muñoz
D. José Luis Calvo Cabello

En la Villa de Madrid, a diez de Septiembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 2162/2011, interpuesto por D.

y D.^a

representados ante esta Sala por el procurador D. Emilio García Guillén y asistidos por el letrado D. José Luis Sotillos Urra, contra la sentencia núm. 273/2011, de 26 de julio, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 2073/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1363/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián. Han sido recurridas las entidades “Bes-Vida Compañía de Seguros, S.A., sucursal en España”, representada ante esta Sala por el procurador D. Victorio Venturini Medina y asistida por el letrado D. Daniel Sevillano Rodríguez, y “Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España”, representada por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque y asistida por los letrados D. Jorge Caramés Puentes y D. David Fernández de Retana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora de D.

D.^a

y D.^a

presentó en el

Decanato de los Juzgados de San Sebastián, con fecha 30 de noviembre de 2009, demanda de juicio ordinario contra la entidad “Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España” y solidariamente contra la entidad aseguradora “Compañía de Seguros Tranquilidades-Vida, S.A., Sucursal en España”, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián, en el que fue registrada como procedimiento ordinario núm. 2073/2011, cuyo suplico decía: «[...] se dicte finalmente sentencia en la cual, estimando íntegramente la demanda:

- 1º.- *Se declare la nulidad de pleno derecho de todos y cada uno de los contratos de inversión individualmente considerados, celebrados entre cada uno de mis mandantes como clientes del BES y esta entidad financiera, en cuanto depositaria inicial de las cantidades invertidas por cada uno de sus clientes inversores, mis mandantes en la presente demanda.*
- 2º.- *Se declare la nulidad de pleno derecho de todos y cada uno de los contratos de Seguro concertados todos ellos como consecuencia de los anteriores contratos de inversión, contratos celebrados entre cada uno de mis mandantes, como clientes del BES, y la compañía aseguradora demandada, en cuanto entidad Aseguradora para cada uno de los clientes del BES.*
- 3º.- *En consecuencia, se condene solidariamente a las entidades demandadas Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España y Companhia de Seguros Tranquilidade-Vida, S.A., Sucursal en España, a la devolución y pago a cada uno de mis mandantes, en la*

cuantía exacta que más abajo se especifica, de las cantidades entregadas a la entidad financiera demandada constituidas en Prima Única de los subsiguientes contratos de seguros, cantidades todas ellas que fueron indebidamente invertidas y aplicadas por la entidad financiera, y que alcanzan, como se ha acreditado en la presente demanda, la suma total, por nominal de 2.245.475,57 € (dos millones doscientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco euros con cincuenta y siete céntimos de euro), importe total que expuesto de manera individualizada para cada uno de mis mandantes, se concreta en las siguientes partidas y operaciones:

1. D. 17.723,96 €

Operaciones:

1. 17.723,96 € - Última reasignación: 10-08-2007

2. D. 43.155,88 €

Operaciones:

. 2.1 21.988,86 € Última reasignación: 09-05-2007

. 2.2 21.167,02 € Última reasignación: 18-12-2007

3. Doña 11.000,00 €

Operaciones:

3. 11.000,00 € Inversión inicial: 01-08-2007

4. Doña 75.866,41 €

Operaciones:

. 4.1 25.866,41 € Última reasignación: 20-07-2007

. 4.2 50.000,00 € Inversión inicial: 20-04-2007

5. Don 123.133,37 €

Operaciones:

5.1. 35.635,72 € Última reasignación: 19-07-2007

5.2 27.497,65 € Última reasignación: 08-05-2007

- 5.3 60.000,00 € *Inversión inicial:* 20-04-2007
6. Doña 101.594,37 €
- Operaciones:*
- 6.1 31.898,02 € *Ultima reasignación:* 08-05-2007
- 6.2 29.696,35 € *Ultima reasignación:* 20-07-2007
- 6.3 40.000,00 € *Inversión inicial:* 20-04-2007
7. Doña 98.710,09 €
- Operaciones:*
- 7.1 23.089,92 € *Ultima reasignación:* 08-05-2007
- 7.2 35.620,17 € *Ultima reasignación:* 19-07-2007
- 7.3 40.000,00 € *Inversión inicial:* 20-04-2007
8. Don 97.920,01 €
- Operaciones:*
- 8.1 35.099,84 € *Ultima reasignación:* 08-05-2007
- 8.2 37.820,17 € *Ultima reasignación:* 19-07-2007
- 8.3 25.000,00 € *Inversión inicial:* 23-04-2007
9. Don Pedro 74.007,82 €
- Operaciones:*
- 9.1 38.007,82 € *Ultima reasignación:* 20-07-2007
- 9.2 36.000,00 € *Inversión inicial:* 14-02-2007
10. Doña 204.749,57 €
- Operaciones:*
- 10.1. 38.608,01 € *Ultima reasignación:* 17-12-2007
- 10.2. 13.141,56 € *Ultima reasignación:* 16-02-2007
- 10.3. 132.000,00 € *Inversión inicial:* 08-05-2007
- 10.4 21.000,00 € *Inversión inicial:* 23-07-2007

11. Doña 12.000,00 €
Operaciones:
. 11 12.000,00 € *Inversión inicial: 15-02-2007*
12. Doña 13.255,40 €
Operaciones:
. 12 13.255,40 € *Última reasignación: 14-02-2007*
13. Don 348.513,67 €
Operaciones:
. 13.1 176.535,03 € *Última reasignación: 28-11-2007*
. 13.2 54.978,64 € *Última reasignación: 08-05-2007*
. 13.3 29.000,00 € *Inversión inicial: 23-04-2007*
. 13.4 88.000,00 € *Inversión inicial: 27-07-2007*
14. Don 6.000,00 €
Operaciones:
. 14 6.000,00 € *Inversión inicial: 27-07-2007*
15. Doña 19.771,67 €
Operaciones:
. 15 19.771,67 € *Última reasignación: 08-05-2007*
16. Don 18.997,14 €
Operaciones:
. 16 18.997,14 € *Última reasignación: 23-07-2007*
17. S.A.: 95.683,04 €
Operaciones:
. 17.1 36.293,90€ *Última reasignación: 09-05-2007*
. 17.2 59.389,14 € *Última reasignación: 23-07-2007*
18. Don 101.511,79 €

Operaciones:

. 18.1 19.789,32 € Última reasignación: 08-05-2007

. 18.2 21.722,47 € Última reasignación: 19-07-2007

. 18.3 60.000,00 € Inversión inicial (Póliza): 5-6-2007

19. Don . _____ 17.635,42 €

Operaciones:

. 19 17.635,42 € Última reasignación: 18-12-2007

20. Don . _____ 20.000,00 €

Operaciones: 20.000,00 € Inversión inicial: 24-04-2007

21. Doña . _____ 40.000,00 €

Operaciones:

21.1 20.000,00€ Inversión inicial: 24-04-2007

21.2 20.000,00 € Inversión inicial: 15-02-2007

22. Doña . _____ 35.615,87 €

Operaciones:

. 22 35.615,87 € Última reasignación: 19-07-2007

23. Don . _____ 71.596,54 €

Operaciones:

. 23.1 16.000,00 € Inversión inicial: 25-07-2007

. 23.2 16.571,17 € Última reasignación: 14-02-2007

. 23.3 17.649,55 € Última reasignación: 18-12-2007

. 24.4 21.375,82 € Última reasignación: 24-07-2007

24. Don A . _____ 35.299,27 €

Operaciones:

. 24 35.299,27 € Última reasignación: 18-12-2007

25. Doña . _____ 201.277,73 €

Operaciones:

. 25.1 58.787,74 € Última reasignación: 18-12-2007

. 25.2 142.489,99 € Última reasignación: 22-07-2007

26. Don J 19.614,42 €

Operaciones:

. 26 19.614,42 € Última reasignación: 18-12-2007

27. Doña 38.504,51 €

Operaciones:

. 27.1 28.504,51 € Última reasignación: 19-07-2007

. 27.2 10.000,00 € Inversión inicial: 26-07-2007

28. Don 65.000,00 €

Operaciones:

28 65.000,00 € Inversión inicial: 20-07-2007

29. Don 16.337,62 €

Operaciones:

. 29 16.337,62 € Última reasignación: 18-12-2007

30. Doña 175.000,00 €

Operaciones:

. 30.1 55.000,00 € Inversión inicial: 24-07-2007

. 30.2 120.000,00 € Inversión inicial: 30-04-2007

31. Doña 46.000,00 €

Operaciones:

. 31.1 22.000,00 € Inversión inicial: 24-07-2007

. 31.2 24.000,00 € Inversión inicial: 23-04-2007

4º.- Se condene en consecuencia solidariamente a ambas entidades demandadas respecto a cada uno de mis representados y para cada una de las operaciones de las que cada uno de ellos resulta

titular, al pago de los intereses que correspondan a las cantidades indebidamente invertidas, calculados estos desde las fechas de la inversión, o en su caso de la última reasignación, hasta el día del pago efectivo de los mismos.

- 5º- *Subsidiariamente para el supuesto de no ser estimada la alegada nulidad de los contratos, se establezca en la sentencia la responsabilidad civil solidaria de ambas entidades demandadas, la financiera BES y la aseguradora BES VIDA, y en consecuencia, se condene solidariamente a ambas entidades demandadas al pago, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, de la suma de 2.245.475,57 € conjuntamente considerada, junto con sus correspondientes intereses a calcular de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil y artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme se ha expuesto anteriormente, importe que se concretará, en relación a cada uno de los demandantes individualmente considerado, en forma proporcional a sus respectivas inversiones, por su valor final o de última reasignación tal como se han hecho figurar en el anterior apartado tercero del presente suplico y que evitamos reiterar aquí por entender no ser necesaria de nuevo la reproducción individual de dichas cantidades concretas.*
- 6º- *Y finalmente, se condene solidariamente a ambas entidades demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas procesales si se opusieren a la presente demanda.»*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la entidades demandadas para su contestación. La entidad “Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España” planteó, con carácter previo a contestar la demanda, declinatoria por falta de competencia territorial respecto de diecisiete de las treinta y una reclamaciones formuladas en la

demanda, por ser competentes los juzgados de Irán para doce de ellas, los de Tolosa para tres de ellas y los de Pamplona para dos de ellas.

Los demandantes se opusieron a la declinatoria y el Juzgado la desestimó mediante auto de 27 de enero de 2010.

TERCERO.- Tras ello, la representante procesal de la entidad “Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España”, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: *«[...]dictar sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda respecto a BES, con absolución de mi mandante e imposición de las costas, solidariamente, a los actores.»*

El procurador de “Bes-Vida Compañía de Seguros, S.A., sucursal en España”, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó al Juzgado: *«[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente dicha demanda con imposición a los actores de las costas causadas.»*

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián dictó la sentencia núm. 169/2010, de 27 de septiembre, cuyo fallo se transcribe a continuación: *«FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Álvarez, en representación de D. frente a Banco Espirito Santo S.A y Companhia de Seguros Tranquilidade Vida S.A, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de seguro de vida concertados por los demandantes con la demandada Bes Vida, debo condenar y condeno solidariamente a los demandados Bes y Bes Vida a abonar a los demandantes las siguientes cantidades: a D. la suma de 15.000 euros, a D. la suma total de 38.000 euros (inversiones iniciales de 20.000 euros y 18.000 euros), a Dña. la suma de 11.000 euros, a Dña. la suma total de 71.800 euros (inversiones iniciales de 21.800 y 50.000 euros) a D. la suma total de 115.000 euros (inversiones iniciales de 30.000, 25.000 y 60.000*

euros) a Dña. la suma total de 84.000
(inversiones iniciales de 29.000, 25.000 y 40.000 euros), a Dña.

la suma total de 91.000 euros (inversiones iniciales de
21.000, 30.000 y 40.000 euros), a D. la suma

total de 89.000 euros (inversiones iniciales de 32.000, 32.000 y 25.000
euros), a D. la suma total de 68.000 euros

(inversiones iniciales de 32.000 y 36.000 euros), a Dña. Emiliana

la suma total de 198.000 euros (inversiones iniciales de
33.000, 12.000, 132.000 y 21.000 euros), a Dña.

la suma de 12.000 euros, a Dña. la suma de
12.000 euros, a D. la suma total

de 317.000 euros (inversiones iniciales de 150.000, 50.000, 29.000 y
88.000 euros), a D. la suma de 6.000 euros,

a Dña. la suma de 18.000 euros, a D. Javier

la suma de 16.000 euros, a S.L la

suma total de 83.000 euros (inversiones iniciales de 33.000 y 50.000
euros), a D. la suma total de 96.300

euros (inversiones iniciales de 18.000, 18.300 y 60.000 euros), a D.

la suma de 15.000 euros, a D.

la suma de 20.000 euros, a Dña.

la suma de 20.000 euros, a Dña. la

suma de 30.000 euros, a D. la suma total de
64.000 euros (inversiones iniciales de 16.000, 15.000, 15.000 y 18.000
euros), a D. la suma de 30.000 euros, a Dña.

la suma total de 170.000 euros (inversiones
iniciales de 50.000 y 120.000 euros), a D. la suma

de 18.000 euros, a Dña. la suma
total de 34.000 euros (inversiones iniciales de 24.000 y 10.000 euros), a
D. la suma de 65.000 euros, a D.

la suma de 15.000 euros, a Dña. la suma
total de 175.000 euros (inversiones iniciales de 55.000 y 120.000 euros),
y a Dña. la suma total de 46.000 euros

(inversiones iniciales de 22.000 y 24.000 euros), y debo condenar y
condeno solidariamente a los demandados al pago de los intereses

legales devengados por las cantidades objeto de condena desde las fechas de cada una de las inversiones. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

QUINTO.- A petición de la procuradora de los demandantes, se dictó auto de aclaración de la sentencia, cuya parte dispositiva disponía:

«1.- Se estima la petición formulada por la procuradora Sra. Álvarez López, en nombre y representación de las partes demandantes de rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 27/09/10, en el sentido que se indica.

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

“...a abonar a los demandantes las siguientes cantidades: a D.

la suma de 15.000 euros, a D.

la suma total de 38.000 euros (inversiones iniciales de 20.000 euros y 18.000 euros), a Dña. la

suma de 11.000 euros, a Dña. la suma total de

71.800 euros (inversiones iniciales de 21.800 y 50.000 euros) a D.

la suma total de 115.000 euros (inversiones iniciales de 30.000, 25.000 y 60.000 euros) a Dña. la

suma total de 94.000 (inversiones iniciales de 29.000, 25.000 y 40.000 euros), a Dña. la suma total de 91.000 euros

(inversiones iniciales de 21.000, 30.000 y 40.000 euros), a D.

la suma total de 89.000 euros (inversiones iniciales de 32.000, 32.000 y 25.000 euros), a D. la

suma total de 68.000 euros (inversiones iniciales de 32.000 y 36.000 euros), a Dña. la suma total de 198.000 euros

(inversiones iniciales de 33.000, 12.000, 132.000 y 21.000 euros), a Dña.

la suma de 12.000 euros, a Dña.

la suma de 12.000 euros, a D.

la suma total de 317.000 euros (inversiones iniciales de 150.000, 50.000, 29.000 y 88.000 euros), a D.

la suma de 6.000 euros, a Dña.

la suma de 18.000 euros, a D. *la suma de*

16.000 euros, a *S.L la suma total de 83.000 euros*

(inversiones iniciales de 33.000 y 50.000 euros), a D.

la suma total de 96.300 euros (inversiones iniciales de

18.000, 18.300 y 60.000 euros), a D. *la*

suma de 15.000 euros, a D. *la suma de 20.000*

euros, a Dña. *la suma de 40.000 (inversiones*

iniciales de 20.000 y 20.000 euros)...”

Tramitación en segunda instancia

SEXTO.- Las compañías demandadas interpusieron recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.

SÉPTIMO.- Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la representante procesal de los demandantes quien solicitó su desestimación íntegra.

OCTAVO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el núm. de rollo 2073/2011 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 273/2011, de 26 de julio, con el siguiente fallo: *«FALLAMOS: Debemos estimar y estimamos los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Sra. Amunarriz, en representación de Banco Espirito Santo, y por el procurador Sr. Jiménez, en representación de Bes-Vida Cía de Seguros, S.A., frente a la sentencia dictada con fecha 27 de septiembre de 2010, revocando dicha resolución y desestimando la demanda formulada frente a las demandadas apelantes, con imposición a la parte actora de las costas*

causadas en la primera instancia. No procede pronunciamiento respecto a las costas de la alzada.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

NOVENO.- La procuradora de los apelados interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia núm. 273/2011, de 26 de julio, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

El recurso extraordinario por infracción procesal se argumentó con base en los motivos que a continuación se transcriben:

» Primer motivo.- En relación con la petición principal planteada en la demanda y estimada en la sentencia de primera instancia (nulidad de contratos), se denuncia infracción del artículo 24.1 de la Constitución española, así como del artículo 218.1, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...

» Segundo motivo.- En relación con la petición subsidiaria planteada en la demanda (responsabilidad civil de las demandadas), se denuncia igualmente infracción del artículo 24.1 de la Constitución española, así como del artículo 218.1, 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil...

» Tercer motivo.- En relación con las dos acciones (principal y subsidiaria) se denuncia infracción del artículo 217.1, 2, 3 y 7 de la LEC 1/2000...

» Cuarto motivo.- Se denuncia por último infracción del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas...

La interposición del recurso de casación se basó en los siguientes motivos:

» Primer motivo.- La sentencia impugnada infringe los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266, así como 1269 y 1270 todos ellos del Código

Civil, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil, así como la jurisprudencia reiterada por la sala primera del Tribunal Supremo, e incluso de las Audiencias Provinciales, en materia de nulidad del contrato por error esencial en el consentimiento, sentencias entre las que cabe citar, entre otras, las del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 1998 (RJ/1998/9327), 15 de junio de 1995 (RJ/1995/5296) y 26 de octubre de 1981 (RJ/1981/4001), jurisprudencia en la que además podemos incluir las sentencias citadas, precisamente, en la propia sentencia recurrida (pág. 15), como son las de fechas 23 de julio de 2001 (RJ/2001/8413), 12 de julio de 2002 (RJ/2002/7145) y la más reciente de fecha 23 de junio de 2009 (RJ/2009/4230), sentencias dictadas con carácter general en supuestos de análisis de contratos financieros complejos entre bancos y clientes (particulares y/o pymes) y que vienen a consagrar cómo el consentimiento prestado con error esencial invalida el consentimiento y determina la nulidad del contrato.

» Segundo motivo.- La sentencia resulta asimismo impugnabile al no estimar la nulidad de los contratos por representar infracción, por inaplicación, del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980, de 8 de octubre) en relación a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados, artículos 104 y siguientes, y especialmente art. 107 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1998, aprobado por Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, infracción en la que se incurre también por la sentencia dictada en segunda instancia por indebida aplicación, cuando no inaplicación o directamente infracción de los artículos 60, 61, 62, 63, 80, 82, 83 Y 89 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007 (Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), así como en su caso, de los artículos 10.1, apartados a) y c) y 10.2 10. bis 1, párrafo 1º y 2, 13.1, apartado d) y Disposición Adicional Primera 20, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984; así como, finalmente, del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, normativa toda ella alegada en la demanda, e ignorada por la sentencia recurrida y que debiera haber

sido tenida en cuenta en las consideraciones de la sentencia de segunda instancia.

» Tercer motivo.- De la misma forma, la sentencia resulta asimismo impugnabile al no haber tenido en cuenta, en orden a la responsabilidad de las entidades demandadas para con sus clientes, la normativa que a tal efecto le impone la Ley del Mercado de Valores, lo que representa infracción, por inaplicación, del artículo 79 de dicha Ley en su texto vigente hasta antes de la reforma operada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre de 2007, o en su versión vigente tras dicha reforma, los artículos 78 a 43 quarter, y de manera singular 79 y 79 bis; al igual que, por último los artículos 58 a 81 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, que regula el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y de manera más concreta, artículos 60, 61, 63, 64, 65, 70, 72, 73 y 74 de dicha Disposición legal, normativa toda ella de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda, tanto en orden a la nulidad del contrato como en orden a la responsabilidad civil de ambas entidades demandadas.

» Cuarto motivo.- Por último, señalaremos que la sentencia recurrida resulta impugnabile por inaplicación del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de costas, al haber impuesto las mismas a la parte recurrida que contaba con un fallo en primera instancia resuelto a su favor, y con unos razonamientos jurídicos apoyados en jurisprudencia, produciéndose en consecuencia el supuesto contemplado en el párrafo segundo del citado artículo 394.1 de la ley procesal civil.»

DÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó auto de 11 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1.- No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D.

y treinta más contra la sentencia dictada, con fecha 26 de julio

de 2011, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª), en el rollo de apelación nº 2073/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1363/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Donostia, con imposición de costas de este recurso y pérdida del depósito constituido.

» 2.- No admitir el motivo cuarto del recurso de casación interpuesto por la misma representación procesal.

Admitir los restantes motivos del referido recurso [...]»

UNDÉCIMO.- Las partes recurridas se opusieron al recurso de casación interpuesto de contrario, presentando sendos escritos.

DUODÉCIMO.- Se designó ponente al Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, y, al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, se acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo del mismo, señalándose el día 5 de junio de 2014 para que éstos tuvieran lugar.

DECIMOTERCERO.- Teniendo en cuenta la complejidad de la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó suspender la votación y fallo y someter el asunto al conocimiento del pleno.

DECIMOCUARTO.- Mediante providencia de 10 de junio de 2014, se señaló para votación y fallo por el pleno de la Sala, el día 15 de julio del mismo año, manteniéndose la ponencia del Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **RAFAEL SARAZÁ JIMENA,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Conviene centrar las cuestiones planteadas en el recurso de casación haciendo una breve referencia a los hechos más relevantes fijados en la instancia y al desarrollo del proceso.

(i) Los demandantes son treinta y un clientes del “Banco Espirito Santo, S.A., Sucursal en España” (en lo sucesivo, BES). Entre los años 2005 y 2007, BES propuso a estos clientes realizar inversiones en productos estructurados diseñados por un comité de inversión de BES. Tales productos estructurados son instrumentos financieros complejos, consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad (Lehman Brothers Treasury Co, en unos casos, y el banco islandés Kaupfthing, en otros), que es quien recibe el dinero entregado por el inversor. Su rentabilidad depende de la evolución en el mercado de unos valores subyacentes, que son acciones de empresas distintas de la entidad emisora. La recuperación de las cantidades invertidas depende no solo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono, que es una entidad diferente tanto respecto de BES como respecto del emisor del valor subyacente. El riesgo de insolvencia del emisor no está cubierto por fondo de garantía alguno.

(ii) BES promocionó estos productos ante los demandantes mediante presentaciones en “power point” en que aparecía el logotipo de BES y se mencionaban activos subyacentes emitidos por empresas de conocida solvencia, como Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. En dichas presentaciones en “power point” la rentabilidad del producto estructurado se referenciaba a la evolución del activo subyacente, no se identificaba que el emisor del producto estructurado fuera un tercero distinto de BES y del emisor del subyacente, ni se hacía referencia al riesgo de la

inversión, y en concreto no se indicaba el riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor.

(iii) BES ofreció la suscripción de estos productos a través de seguros de vida de la modalidad “unit-linked”, que aconsejó a sus clientes por razones fiscales, que estarían concertados con la aseguradora actualmente denominada “BES Vida compañía de Seguros, S.A., Sucursal en España” (en adelante, BES Vida). BES y BES Vida están integrados en el mismo grupo de sociedades, el holding Espirito Santo. BES Vida se sirve de la red de oficinas de BES para comercializar sus productos.

(iv) Aceptada por el cliente la realización de la inversión, BES le presentaba a firma un impreso de solicitud de seguro, con los logotipos de BES y BES Vida, en el que se indicaba como importe de la prima del seguro la inversión que realizaba cada cliente, que se cargaba en su cuenta en la fecha en que firmaba la solicitud. En dicho impreso se contenía la mención de que *«el Tomador declara haber recibido en esta misma fecha y con anterioridad a la firma de la Solicitud de Seguro, la Nota Informativa que contiene las especificaciones del producto»*. En esa nota informativa se indicaba: *«Se advierte al Tomador del seguro que el valor del Fondo Acumulado, depende de fluctuaciones en los mercados financieros ajenos al control de TRANQUILIDADE-VIDA y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. Por tanto, el Tomador es quien asume íntegramente el riesgo de la inversión del Fondo afecto a la póliza. Asimismo el riesgo de cambio de divisa, en su caso, será por cuenta del Tomador. TRANQUILIDADE-VIDA no asume ningún riesgo de inversión ni de divisa, no existiendo tipo de interés garantizado en este seguro y pudiendo la prestación resultar inferior al importe de la prima o primas abonadas»*. En la nota informativa no se especificaba quién era el emisor del producto estructurado, solo en unos anexos a la nota informativa se indicaba quién era el emisor del producto estructurado.

(v) Días más tarde de la suscripción de la solicitud de seguro y del pago de la prima mediante cargo realizado en la cuenta bancaria del cliente, BES Vida emitía la póliza de seguro, y el cliente, como tomador,

firmaba las condiciones particulares, en que se hacía referencia al activo subyacente pero no al emisor del producto. En dichas condiciones particulares se decía, entre otros extremos, que *«la inversión en este producto de seguro supone la asunción por parte del Tomador de un alto nivel de riesgo en la medida en que debido a la volatilidad de los mercados estructurados (ligada a los activos subyacentes) su valor de transmisión y/o reembolso puede llegar a ser nulo y su rentabilidad negativa [...] En este seguro el importe a percibir depende de fluctuaciones en los mercados financieros ajenos al control de Tranquilidade Vida [actualmente BES Vida] cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. El tomador es quien asume, íntegra y exclusivamente, el riesgo de la inversión que incluye las oscilaciones que se pudieran producir conforme a la política de inversión establecida para la cesta»*.

(vi) Algunos demandantes hicieron reasignaciones con el valor de la primera inversión incrementada con el beneficio obtenido el año anterior, que tomaba la forma de una renovación de la póliza de seguro de vida. El documento de reasignación que firmaba el cliente contenía una referencia al valor subyacente pero no al emisor del producto. En ese documento el cliente declaraba haber recibido el anexo a la nota informativa en que aparecía el nombre del emisor del producto estructurado.

(vii) BES enviaba a sus clientes periódicamente “extractos integrados” en que les informaba de sus posiciones en BES y, en concreto, de la evolución de las inversiones realizadas mediante el seguro de vida concertado con BES Vida. Hasta septiembre de 2008 tal inversión se identificaba como “BESLINK Inversión Estructurada Seguro”. Con posterioridad a ese mes aparece por primera vez el emisor del producto, Lehman Brothers o Kaupfthing y se indicaba como valor de dicha inversión cero euros *«por tratarse de instrumentos para los que en este momento no hay mercado ni es posible conocer con objetividad los precios a que se ejecutarían operaciones sobre ellos...»*.

(viii) En ese mes Lehman Brothers, matriz de la emisora de los productos estructurados, fue declarada en quiebra, y el banco islandés

Kaupfthing entró en un periodo de moratoria de pagos previo a la declaración de insolvencia. Hasta esa fecha, las agencias internacionales de “rating” les habían otorgado una calificación muy alta.

(ix) BES y BES Vida ofrecieron a los demandantes la novación de sus pólizas de seguro por otras en que se sustituían los productos estructurados de Lehman Brothers o de Kaupfthing por un bono estructurado emitido por el propio BES, siempre que los demandantes reconocieran que BES y BES Vida habían actuado diligentemente y en interés del cliente en la contratación de los productos de Lehman Brothers y Kaupfthing renunciaran a cualquier acción para exigirles responsabilidad por tal contratación.

2.- Tras rechazar la novación ofrecida por BES y BES Vida, los demandantes interpusieron demanda contra estas entidades, en la que solicitaban se declarara la nulidad de los contratos de inversión celebrados por cada uno de los demandantes con BES, la de los contratos de seguro celebrados con BES Vida como consecuencia de los contratos de inversión, se les condenara solidariamente a la devolución de las cantidades entregadas a BES, con sus intereses, y, como petición subsidiaria para el caso de no ser estimada la de nulidad, se les condenara solidariamente a abonar esas mismas cantidades como indemnización de daños y perjuicios.

3.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián dictó sentencia en la que estimó en parte las pretensiones de los demandantes. Consideró que BES propuso a sus clientes invertir en productos financieros elaborados por el propio banco y les asesoró sobre las características y cualidades de la inversión, y los demandantes, teniendo en cuenta la información proporcionada por BES, decidieron realizar la inversión, por lo que había de considerarse que se trataba de un contrato de gestión asesorada de carteras de inversión, que se rige por los arts. 78 y siguientes, y en concreto por el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a reforma operada por la Ley 47/2007 que traspuso la Directiva

2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), y por el Real Decreto 629/1993 (en lo sucesivo, RD 629/1993), que exigen a la entidad financiera facilitar a sus clientes toda la información relevante para la adopción de sus decisiones de inversión, y en concreto, hacer hincapié en los riesgos que conlleva la operación, especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

El juzgado consideró que BES intervino no solo como agente de seguros de BES Vida, sino que también desempeñó funciones de asesoramiento y propuesta de inversión, con los deberes inherentes a las mismas

La sentencia de primera instancia distinguió tres fases en la contratación de estos productos. La primera sería la fase prenegocial, en la que la información fue claramente incompleta, pues la presentación de “power point” utilizada para promover las inversiones ligaba la rentabilidad a las acciones de empresas conocidas, solventes y prestigiosas, pero no mencionaba el posible riesgo de la inversión, no ofrecía explicación sobre la composición del producto estructurado ni su funcionamiento, omitía la existencia de un emisor del bono estructurado (que no era BES ni BES Vida, sino un tercero), y ocultaba que aunque la rentabilidad del producto estructurado dependía de la evolución de los valores subyacentes, el riesgo de pérdida de la inversión no residía tanto en esas fluctuaciones ni en la solvencia de las entidades a cuyas acciones se ligaba la rentabilidad, sino en la solvencia de la entidad emisora, que recibía el dinero a título de préstamo y resultaba garante de la devolución del capital invertido. En esta presentación aparecían nombres de empresas importantes y logotipos del BES que inducían a creer que BES era quien respaldaba la seguridad del producto.

Tras esta fase se suscribía la solicitud de seguro, en la que se daba a BES la orden de inversión y se le autorizaba a detraer de las cuentas de los clientes el importe de la inversión. La sentencia de primera instancia estimó que la información a los clientes tampoco fue suficiente, pues cuando firmaron la solicitud de seguro, los tomadores declararon conocer las cláusulas limitativas de la póliza de seguro, pero la póliza no

se había emitido aún. El juzgado consideró que no existía constancia de que se entregaran a los demandantes las notas informativas que en tales solicitudes se decía haber recibido por los clientes, pues quien fue director de la sucursal del BES en San Sebastián negó que se hubieran entregado a los clientes. Y que incluso admitiendo que se hubieran entregado tales notas a los demandantes (lo que el juzgado entendió que no constaba probado), en las notas se afirmaba que la rentabilidad y el valor de realización dependían de la evolución de los activos subyacentes, pero no se decía que había una entidad emisora que no era BES (la mención a Lehman Brothers y Kaupfthing solo aparecía en los “anexos a las notas informativas”, de fecha posterior a la solicitud de seguro), ni que la devolución de la inversión dependía de la solvencia de esa emisora.

La tercera fase vendría constituida por la firma de las pólizas de seguro emitidas por BES, cuyo condicionado no podía ser conocido por los demandantes cuando firmaron las solicitudes de seguro (y autorizaron el cargo de la prima en sus cuentas bancarias), al haber sido emitidas con posterioridad. La advertencia sobre el riesgo que se contenía en las condiciones particulares firmadas por los demandantes se asociaba exclusivamente a los activos subyacentes.

La sentencia entendió que lo realmente relevante no era tanto la omisión del dato concreto de identidad de emisor como la falta de información sobre la función que la entidad emisora tenía como garante de la devolución del capital. La información que se suministró omitía datos relevantes para comprender lo que estaban contratando, por lo que, afirmaba la sentencia, el consentimiento contractual de los demandantes estaba viciado por un error que recayó sobre las condiciones que esencialmente fueron el motivo para su celebración, como son la seguridad y la garantía de la inversión que estaban realizando. Habida cuenta del grado de diligencia exigible a cada parte contratante, teniendo en cuenta que los demandantes no eran personas cualificadas con altos conocimientos financieros, al contrario que BES y BES Vida, el error había de considerarse no excusable (en realidad, excusable).

En cuanto a las reasignaciones, la sentencia de primera instancia declaró que las mismas no subsanaron los defectos de los contratos iniciales pues no se explicaba que el riesgo de la inversión dependía de la solvencia del inversor, sino que siguió asociándose a los activos subyacentes, por lo que no podía considerarse que sanaran el error vicio.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia declaró la nulidad de los contratos de seguro de vida concertados por los demandantes con BES Vida, si bien consideró que la obligación de restitución solo comprendía la devolución de la inversión inicial, no la realizada en las sucesivas reasignaciones, más los intereses devengados desde la fecha de la primera inversión, y de ahí que la estimación de la demanda no fuera plena. De tal restitución había de responder BES Vida como parte en el contrato cuya nulidad se declaraba, pero también BES por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en el contrato de gestión asesorada de cartera de inversión, por haberles dado la información que había generado el error sobre las características y riesgos de las inversiones que les recomendó, por lo que conforme al art. 1101 del Código Civil (en lo sucesivo, CC) debía responder de los daños y perjuicios causados.

4.- BES y BES Vida recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa no aceptó las impugnaciones de las recurrentes respecto de la naturaleza del contrato, pues consideró, al igual que el juzgado, que no se trataba de un contrato de seguro sino que se contrató una inversión para la que previamente el banco debía proporcionar el correspondiente asesoramiento, que excedía del propio de una mediación de seguro.

La audiencia, además de los razonamientos de la sentencia recurrida respecto de la naturaleza de los contratos, declaró compartir el criterio de la Juez de Primera Instancia en cuestiones tales como la vinculación entre uno y otro contrato y la propia vinculación entre las demandas, las características del producto ofrecido a los clientes del BES, las fases preparatorias de los contratos, con las presentaciones de

“power point” y la firma del impreso de solicitud de seguro, el contenido de los documentos que integraban la póliza de seguro, en concreto las condiciones particulares, el contenido de las notas informativas y sus anexos, el envío de extractos y su contenido, la declaración de quiebra de Lehman Brothers y la moratoria previa a la insolvencia del banco Kaupfthing, y las calificaciones de las agencias de rating.

La audiencia no cuestionó las omisiones apreciadas en la sentencia del juzgado en la conducta de las demandadas respecto de la ausencia de información en las fases iniciales de la contratación, la falta de mención del emisor del producto estructurado, y la falta de conocimiento de que el riesgo dependiera no solo de la evolución de los activos subyacentes, sino de la solvencia del emisor, cuya identidad desconocían. Pero consideró que no cabía dar a esas omisiones la relevancia que le daba la sentencia de primera instancia, pues no eran determinantes de un error esencial y excusable. Y ello porque no es error que vicie el consentimiento el mero error de cálculo o de las previsiones o combinaciones negociales. Afirmó asimismo la audiencia que el desconocimiento del emisor y de que el resultado de la inversión iba asociado a la solvencia de emisor no es error sustancial sobre las condiciones del contrato, pues en el contenido del contrato aparecen suficientes datos para que inversor fuera consciente de la existencia del riesgo, que era el elemento determinante del consentimiento, con independencia de que el mismo dependiera de una u otra circunstancia.

La audiencia consideró que el desconocimiento por los contratantes de la existencia de un emisor del producto, de su identidad, y de que el riesgo de la inversión iba ligado a la solvencia del mismo, no suponía un error sustancial en el momento de la formación del consentimiento como elemento determinante de la validez del contrato. Era irrelevante la creencia de que BES era el emisor, pues Lehman Brothers y el banco islandés Kaupfthing tenían una ratio de solvencia mejor que BES. Lo relevante a la hora de valorar la conveniencia de la inversión sería el nivel de riesgo que conllevaba, del que los demandantes serían conscientes.

Consecuencia de lo anterior es que tampoco existió un deficiente asesoramiento por parte de las demandadas que supusiera el incumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento, diligencia y transparencia.

5.- Los demandantes interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra esta sentencia.

El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido y se admitieron tres motivos del recurso de casación, inadmitiéndose el cuarto.

Se resolverán conjuntamente los motivos de casación primero y tercero, por considerar la sala que se encuentran íntimamente relacionados.

6.- No pueden admitirse las alegaciones de las recurridas respecto de la inadmisibilidad de los recursos, pues utilizan argumentos expresamente rechazados por el auto que admite tres motivos del recurso de casación, no respetan las previsiones procesales sobre determinación de la cuantía del procedimiento (art. 252.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en la interpretación dada por esta sala (sentencia núm. 545/2010, de 9 de diciembre), no respetan lo establecido por esta sala en su acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, alegan como causas de inadmisión lo que en todo caso podría dar lugar a la desestimación del recurso, o exacerban las exigencias formales del recurso de casación hasta convertirlas en obstáculos desproporcionados y arbitrarios de acceso al recurso, que no pueden por tanto ser atendidos. Todo ello sin perjuicio de que haya argumentos en el recurso de casación que puedan ser improcedentes, en concreto los que hacen referencia a defectos procesales (congruencia, valoración de la prueba), cuya impugnación no puede ser objeto del recurso de casación, aunque no pueda confundirse lo que es valoración de la prueba, en cuanto a la determinación de los hechos, con la valoración jurídica de tales hechos, que sí es propia del recurso de casación.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos primero y tercero del recurso de casación

1.- El primer motivo de recurso se encabeza con el siguiente párrafo: «*La sentencia impugnada infringe los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266, así como 1269 y 1270 todos ellos del Código Civil, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil, así como la jurisprudencia reiterada por la sala primera del Tribunal Supremo, e incluso de las Audiencias Provinciales, en materia de nulidad del contrato por error esencial en el consentimiento[...]*».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la sentencia recurrida incurre en la infracción legal denunciada al negar relevancia al error determinado por la omisión de información en las fases iniciales del contrato sobre el activo estructurado contratado, sobre su emisor, y la circunstancia de que tal emisor no era el banco con el que estaban contratando, y sobre el hecho de que el riesgo de la inversión dependiera de la solvencia de dicho emisor y no de la evolución de los activos subyacentes. La audiencia habría infringido el art. 1266 CC pues el error sobre esos extremos constituye un error sobre las condiciones que esencialmente fueron el motivo para su celebración, sobre la «*sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato*», como son la seguridad y la garantía de la inversión que estaban realizando.

Consideran los recurrentes que incurre en infracción legal la afirmación de la sentencia recurrida de que los demandantes no han cuestionado la autenticidad de sus firmas en las condiciones particulares, por lo que pudieron conocer el alto riesgo asumido y la posibilidad de que el valor de transmisión o reembolso del activo pudiera ser nulo y su rentabilidad negativa, puesto que la firma se produjo entre 20 y 30 días después de haber realizado la inversión, sin que se les hubiera informado con claridad en el proceso precontractual; y critican que la audiencia

considere que por firmar el contrato, el cliente quisiera firmar justamente lo que firmó y comprendiera el alcance jurídico y económico del contrato.

En cuanto al carácter excusable del error, la audiencia no habría tenido en cuenta que la diligencia que excluye la excusabilidad del error se concreta en cada caso teniendo en cuenta la condición de las personas y la conducta del otro contratante, siendo excusable el error cuando el contratante lo ha padecido por causas imputables al otro. El deber de informarse entraría en combinación con el deber de informar de la otra parte según el principio de la buena fe.

3.- El tercer motivo del recurso se encabeza con el siguiente párrafo: *«De la misma forma, la sentencia resulta asimismo impugnabile al no haber tenido en cuenta, en orden a la responsabilidad de las entidades demandadas para con sus clientes, la normativa que a tal efecto le impone la Ley del Mercado de Valores, lo que representa infracción, por inaplicación, del artículo 79 de dicha Ley en su texto vigente hasta antes de la reforma operada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre de 2007, o en su versión vigente tras dicha reforma, los artículos 78 a 43 quarter, y de manera singular 79 y 79 bis; al igual que, por último los artículos 58 a 81 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, que regula el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y de manera más concreta, artículos 60, 61, 63, 64, 65, 70, 72, 73 y 74 de dicha Disposición legal, normativa toda ella de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda, tanto en orden a la nulidad del contrato como en orden a la responsabilidad civil de ambas entidades demandadas».*

4.- La infracción legal vendría determinada porque la audiencia no ha aplicado al caso enjuiciado la normativa que regula la actividad de las entidades financieras en relación a sus clientes en materia de operaciones financieras complejas, al no informar sobre aspectos tan relevantes como la identidad del emisor y los riesgos de la operación, tanto los de rentabilidad como los inherentes a las condiciones del emisor.

TERCERO.- Decisión de la sala. El error invalidante del consentimiento en los contratos de inversión

1.- La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Así se declaró en la sentencia de esta sala núm. 113/1994, de 18 de febrero.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (en este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio, y las que en ella se citan).

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014.

En el caso objeto del recurso, la sentencia de la audiencia provincial no excluye la existencia de error, en el sentido de conocimiento incorrecto de algunos aspectos de la inversión contratada, pero le niega la entidad adecuada para invalidar el consentimiento.

2.- Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión.

Sentado lo anterior, ha de precisarse, en primer lugar, que el error sobre las circunstancias fundamentales del riesgo (a qué eventos, y en relación a qué operadores económicos, se asocia el riesgo, si existe o no un fondo de cobertura o si el riesgo de pérdida está cubierto por la entidad con la que se contrata el producto emitido por un tercero) no es un error de cálculo, o «*de las previsiones o combinaciones negociales*» equiparable a dicho error de cálculo, como se dice en la sentencia recurrida.

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras

cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

3.- En el caso objeto del recurso, la tesis de la audiencia provincial consiste en que basta para excluir la existencia de un error esencial con que el cliente sea consciente de que está contratando un producto que, al consistir en una inversión, conlleva un alto nivel de riesgo, aunque ignore los detalles del mismo por las omisiones en la información facilitada por la empresa que opera en el mercado de inversión.

Tal tesis no puede admitirse. En primer lugar, porque de los propios hechos admitidos por la audiencia, al compartir en lo sustancial la base fáctica de la sentencia de primera instancia y la calificación contractual que esta establece, se desprende que no se informó adecuadamente al cliente del considerable riesgo asociado a la operación (que llamativamente se calificaba como “seguro de vida”) y que solo en algunos documentos contractuales muy accesorios, que no fueron entregados con la necesaria antelación sino en el momento de suscribir la solicitud de seguro e incluso con posterioridad, se hacían puntuales referencias, en el seno del amplio condicionado general, a la existencia de riesgo.

En segundo lugar, porque en la información facilitada por las demandadas, el riesgo se asociaba a extremos que nada tienen que ver con el riesgo finalmente acontecido. En la presentación de “power point” exhibida a los demandantes, la rentabilidad del producto estructurado se referenciaba a la evolución del activo subyacente, no se identificaba que el emisor del producto estructurado fuera un tercero distinto de BES y del emisor del subyacente, no se hacía referencia al riesgo de la inversión, y en concreto no se indicaba el riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor por la inexistencia de fondo de garantía alguno. Y en la nota informativa y su anexo, que acompañaban a la solicitud de seguro, y en las condiciones particulares suscritas con posterioridad, las menciones al riesgo no eran adecuadas a las exigencias legales, pues se encontraban en párrafos dentro de un amplio clausulado y el riesgo se identificaba con la falta de rentabilidad de la inversión, asociada a las “fluctuaciones en los mercados financieros” y al cambio de divisa, así como a la evolución del activo subyacente, emitido por una entidad de solvencia y prestigio conocidos, pero en ningún caso se identificaba adecuadamente como riesgo de pérdida de la inversión ligado a la solvencia de una entidad (Lehman Brothers y el banco islandés Kaupthing, según los casos) distinta tanto de aquellas con las que se estaba contratando (BES y BES Vida) como de las relacionadas con los activos subyacentes (BBVA y otras), entidad que resultaba ser la emisora del producto estructurado, de la que ninguna información se suministró en el asesoramiento que BES facilitó en el seno del contrato de gestión asesorada de cartera; y ligado asimismo a la carencia de un fondo de cobertura o garantía.

No se acepta la tesis de la audiencia sobre la irrelevancia de que el riesgo determinante en la prestación del consentimiento por los demandantes (la evolución del activo subyacente, emitido por una empresa conocida y de prestigio) fuera distinto al riesgo finalmente acaecido y que determinó la pérdida de la inversión (la insolvencia de la entidad emisora del producto, cuya identidad no era suficientemente conocida por los demandantes, y la carencia de un fondo de garantía), y que el desconocimiento de esos aspectos esenciales del riesgo (que el

emisor del producto era una entidad diferente de aquella a la que el cliente podía asociar razonablemente el riesgo -BES o BES Vida, como empresa con la que contrataba, o BBVA y otras empresas conocidas y de reconocida solvencia que emitían el activo subyacente-, que el resultado de la inversión fuera ligado a la solvencia de ese emisor y que no existiera cobertura por ningún fondo de garantía) no constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato.

Es fundamental el dato de que los demandantes no fueran inversores cualificados. No tenían conocimientos avanzados en la inversión en valores. Las entidades con las que aparentemente se estaban relacionando al contratar (un banco y una aseguradora) llevan asociadas claras connotaciones de seguridad en la contratación por la existencia de una fuerte supervisión pública y de fondos de garantía frente a su insolvencia. Por tanto, no puede aceptarse que para ellos fuera obvio que la recuperación del dinero que invertían pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía.

En estas circunstancias, para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

4.- El deber de información y el carácter excusable del error.

Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda

de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de *«asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]»*.

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a *«informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes»*, establece en su art. 12:

«La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...]»

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): *«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»*

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: *«Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».*

El incumplimiento por las demandadas del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecían a sus clientes, y en

concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, determina que el error de los demandantes sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, *«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente»*.

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta,

poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

5.- Deber de informar con suficiente antelación.

Hay que acoger también la impugnación relativa al argumento empleado por la audiencia para rechazar el carácter excusable del error, consistente en que al firmar las condiciones particulares de la póliza de seguro pudieron conocer el alto riesgo asumido.

Además de los razonamientos expresados anteriormente sobre la insuficiencia de la información facilitada a los demandantes por su falta de concreción sobre los extremos relevantes del producto contratado, su emisor y los riesgos asociados al mismo, las demandadas infringieron la obligación de informar a los potenciales clientes al ofertarles el producto, con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente *«en el marco de las negociaciones con sus clientes»*. El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información *«clara, correcta, precisa, suficiente»* que debe suministrarse a la clientela sea *«entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación»*.

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal

información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

6.- En cuanto a la alta calificación que las empresas de “rating” otorgaban a los productos de Lehman Brothers y del banco islandés Kaupfthing, ya afirmamos en nuestra sentencia de pleno num. 240/2013, de 17 de abril, que *«a esta Sala no le corresponde pronunciarse sobre las autoridades supervisoras y las agencias de calificación [...] pero sí sobre la responsabilidad de la hoy recurrente frente al demandante por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del fondo en cuestión como le exigían todas las normas citadas en la sentencia recurrida...»*.

No es admisible que las demandadas pretendan eludir las consecuencias de sus incumplimientos en materia de información detallada sobre los riesgos de la inversión que aconsejaron, primero, y contrataron, después, para sus clientes, alegando que los datos de los que no informaron adecuadamente a estos (identidad de los emisores de los bonos estructurados y solvencia de tales emisores) eran incluso más favorables para sus clientes que los que estos creían eran los pertinentes (solvencia de BES y BES Vida, con quienes contrataban, y de BBVA y demás empresas emisores de los activos subyacentes). Debían ser los clientes quienes, contando con la información exigida por la normativa del mercado de valores, decidieran si dichos emisores les resultaban fiables, especialmente una vez que se les suministrara información completa y clara sobre el riesgo de pérdida de su inversión que iba asociada a la insolvencia de esas empresas extranjeras, sin que existiera fondo de garantía que respondiera de tales pérdidas.

7.- En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata

una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.

En la contratación de productos o servicios de inversión con clientes no profesionales, no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponerse al estar contratando un producto de inversión, ni siquiera la existencia de advertencias genéricas de riesgo; es precisa una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato

8.- Por último, también se considera fundada la impugnación que se hace de la breve afirmación contenida al final del fundamento tercero de la sentencia recurrida, que rechaza la existencia de un deficiente asesoramiento que justifique la imposición de indemnización a BES.

La sentencia de la audiencia admite que la relación contractual que unía a esta entidad con sus clientes, en lo referente a la contratación de estos productos de inversión, era un contrato de gestión asesorada de cartera de inversión.

En la sentencia de pleno num. 244/2013, de 18 de abril, resumíamos la normativa aplicable a las entidades que operaban en el mercado de valores prestando servicios de gestión asesorada de cartera, normativa que en aquella fecha estaba integrada por las normas parcialmente transcritas y por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 7 de octubre de 1999. Afirmamos en tal sentencia que *«el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son*

desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.»

La actuación de BES al proponer a sus clientes invertir en productos estructurados emitidos por Lehman Brothers o el banco Kaupthing mediante la suscripción de seguros de vida “unit-linked”, incumplió las exigencias derivadas de dicha normativa, al no informar adecuadamente sobre la naturaleza de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos. Como decíamos en la sentencia núm. 244/2013, *«este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida...»*. Ello supone que deba confirmarse la sentencia de primera instancia también en cuanto a la condena de BES, que no lo ha sido con base en las consecuencias restitutorias propias de la nulidad del contrato, sino con base en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (la pérdida de la inversión realizada en su día) causados por el incumplimiento contractual, sin

perjuicio de que, al coincidir con las consecuencias restitutorias de la nulidad, proceda la condena solidaria de ambas demandadas, que por otra parte actuaron coordinadamente, como integrantes de un mismo holding en el que una de ellas, BES, promovía entre sus clientes los productos de la otra, BES Vida.

9.- Todo lo cual debe llevar a la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar a analizar el segundo motivo del mismo. Procede casar la sentencia de la Audiencia Provincial, lo que obliga a analizar los recursos de apelación interpuestos en su día por las entidades demandadas al asumir esta Sala, a partir de la estimación del recurso de casación de los demandantes, las funciones de tribunal de apelación respecto de la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Recurso de apelación formulado por BES. Impugnación de la sentencia de primera instancia por razones procesales.

1.- En el recurso de apelación de BES se formulan en primer lugar impugnaciones de carácter procesal. La primera de ellas impugna la competencia territorial del juzgado para conocer de la demanda. BES alega que es aplicable el fuero del domicilio del asegurado previsto en el art. 24 de la Ley del Contrato de Seguro, y que el juzgado de San Sebastián sería incompetente para conocer diecisiete de las treinta y una reclamaciones pues doce demandantes tienen su domicilio en el partido judicial de Irún, tres en el de Tolosa y dos en el de Pamplona. De acuerdo con su tesis, el juzgado solo sería competente para conocer de las reclamaciones de catorce demandantes, los que tienen su domicilio en el partido judicial de San Sebastián.

2.- La impugnación no puede estimarse. Sin necesidad de entrar en otras consideraciones, el art. 53.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como criterio aplicable al supuesto de acumulación de

acciones, aplicable al caso enjuiciado, la atribución de la competencia al juzgado que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas, razón por la cual la competencia correspondería en todo caso al juzgado de San Sebastián.

3.- La segunda impugnación procesal formulada por BES en su recurso de apelación es la que denomina indebida “acumulación subjetiva pasiva”, esto es, de las acciones ejercitadas por los demandantes contra BES y contra BES Vida. Afirma la recurrente que son incompatibles las acciones de nulidad contractual y de incumplimiento contractual respecto de un mismo resultado económico.

4.- La impugnación ha de rechazarse, por cuanto que las acciones de nulidad y de responsabilidad por incumplimiento contractual se han formulado de forma subsidiaria una respecto de otra, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 71.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.- La última impugnación procesal que se formula es la consistente en la “incongruencia, falta de claridad y ausencia de pronunciamientos separados en la sentencia”.

6.- No hay falta de claridad en la sentencia de primera instancia que justifique su revocación. La disconformidad con los argumentos de la sentencia es cuestión distinta a que la misma exprese de modo suficiente las razones que conducen al fallo.

Tampoco hay incongruencia. El juzgado ha estimado parcialmente la pretensión principal respecto de una de las codemandadas, y la subsidiaria respecto de la otra, y lo ha hecho con base en los hechos alegados en la demanda. Las diferencias terminológicas o los matices introducidos por el juzgado respecto de la demanda no son constitutivos de incongruencia.

En lo relativo al último extremo, la sentencia razona en su fundamentación jurídica la condena de la recurrente BES que se contiene en el fallo. No es necesario que se introduzca en dicho fallo un

pronunciamiento meramente declarativo y a continuación uno de condena respecto de BES. Basta con este último, una vez que las razones de la condena se contienen en la fundamentación jurídica.

QUINTO.- Recursos de apelación de BES y BES Vida. Impugnación de la sentencia de primera instancia por razones sustantivas.

1.- Ambas demandadas, en sus recursos de apelación, impugnan la sentencia de primera instancia por haber aplicado la normativa del mercado de valores, pues afirman que la única normativa aplicable es la del contrato de seguro y la de mediación de seguros. Niegan que sea aplicable la normativa reguladora del mercado de valores porque no ha existido asesoramiento de BES que dirigiera la elección del cliente para contratar determinados productos o servicios de inversión. Alegan que para que tal asesoramiento hubiera existido, habría sido necesaria una recomendación personalizada, cuando lo que hubo fue una mera actuación comercial de difusión de sus productos y servicios. Además no se suscribió el contrato exigido por la normativa del mercado de valores.

La impugnación no se estima.

2.- El documento contractual cuya suscripción exige en ciertos casos la normativa que regula la actuación de las empresas que prestan servicios de inversión no tiene un carácter esencial para la existencia del contrato. La falta de suscripción de tal documento solo puede ser considerada como un incumplimiento de la empresa obligada a presentarlo a la firma al cliente.

3.- La actuación de BES en relación a los demandantes puede considerarse como un servicio de inversión consistente en asesoramiento prestado por una entidad financiera a sus clientes, puesto que no se trató de una difusión indiferenciada de productos o servicios financieros o de inversión dirigida al público en general, sino en una promoción dirigida

específicamente a cada uno de los demandantes, recomendándole la suscripción de un producto de inversión diseñado por la recurrente. Que para tal promoción se utilizara una presentación de power-point en la que no constaba en nombre del cliente al que iba destinada es un dato irrelevante.

4.- La consecuencia de lo anterior es que se produjo un asesoramiento sobre inversión por parte de la entidad financiera a sus clientes, los demandantes. A tal actuación es aplicable la Ley del Mercado de Valores y la normativa reglamentaria que la desarrolla, como acertadamente han afirmado tanto el juzgado como la audiencia. Que por razones de índole fiscal la inversión se realizara mediante un contrato de seguro de vida “unit-linked” supone que la actuación de las demandadas había de respetar las exigencias tanto de la normativa del mercado de valores como la del contrato de seguro y de mediación de seguros privados.

No es admisible que la articulación contractual de la inversión a través del mencionado contrato de seguro traiga consigo una desprotección del cliente por eximir a las empresas que intervienen en la comercialización de tales productos y servicios de inversión del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa que regula el mercado de valores.

5.- Otra impugnación de carácter sustantivo que se formula en ambos recursos es la que se refiere a la inexistencia de un error invalidante del contrato.

Buena parte de las cuestiones planteadas por las demandadas para sustentar en este punto el recurso de apelación que en su día interpusieron contra la sentencia de primera instancia han sido examinadas al resolver el recurso de casación. A las razones expuestas al resolver tal recurso de casación nos remitimos para evitar reiteraciones. Solamente se analizarán las razones que presentan suficiente relevancia y que no han sido tratadas anteriormente.

6.- Que algunos de los demandantes hubieran suscrito anteriormente productos estructurados, similares a los contratados en los contratos cuya nulidad se ha instado en la demanda, o contrataran reasignaciones, no excluye la existencia de error. Teniendo en cuenta el perfil de los demandantes, sería necesario justificar suficientemente que en las ocasiones anteriores se les informó adecuadamente de la naturaleza y los riesgos del producto para que, al contratarlo de nuevo, no hubiera existido error, por tener ya un conocimiento adecuado. Tal justificación no se ha producido en este caso.

7.- La falta de reclamaciones previas a la insolvencia de las entidades emisoras de los productos estructurados tampoco excluye la existencia del error. Es justamente tal insolvencia la que puso de manifiesto los riesgos asociados a la inversión contratada, que los demandantes no podían conocer porque las demandadas no les suministraron información adecuada.

8.- La última impugnación por razones sustantivas es la formulada por BES, relativa a la improcedencia de su condena solidaria con BES Vida, puesto que los pronunciamientos condenatorios de una y otra nacen de títulos jurídicos diferentes. Añade la recurrente que conforme al art. 1137 CC la regla general es la mancomunidad.

La impugnación tampoco se estima.

9.- La jurisprudencia ha evolucionado en su interpretación del art. 1137 CC. Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 892/2008, de 8 de octubre, y 43/2014, de 5 de febrero, concurren las notas de la solidaridad pasiva cuando hay una pluralidad de deudores, unidad de objeto, comunidad de objetivos y de unos mismos hechos se hayan generado para todos ellos obligaciones con el mismo contenido.

No es óbice para ello que las conductas debidas por unos y otros vengan impuestas por distintos títulos. Existe una pluralidad de obligaciones independientes entre sí en los sujetos respectivos y unificadas frente al acreedor en el ámbito objetivo de idéntica prestación,

lo que es posible en la denominada obligación “in solidum” o solidaridad impropia.

En este caso, el contenido de la prestación de ambas demandadas es coincidente, aunque el título del que nazcan (restitutorio derivado de la nulidad del contrato, indemnizatorio derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales) sea diferente. Las conductas de una y otra demandadas se enmarcan en un mismo curso causal de las consecuencias negativas para los demandantes (la suscripción de un contrato de inversión sin conocimiento adecuado de los riesgos que asumían por la información incorrecta que se les facilitó), y la relación entre ellas es estrecha por tratarse de empresas integradas en un mismo grupo societario.

En consecuencia, la solución razonable es la solidaridad, siquiera de naturaleza impropia, acordada en la sentencia.

10.- Las razones expuestas llevan a la desestimación de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas.

SIXTO.- Costas y depósito

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial imposición de las generadas por dicho recurso. La desestimación de los recursos de apelación que interpusieron las demandadas contra la sentencia de primera instancia determina que proceda condenarles al pago de las costas de la apelación. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

2.- Procede acordar la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre,

de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián en el juicio ordinario núm. 1363/2009, que confirmamos plenamente, por lo que imponemos a las demandadas las costas de los recursos de apelación.

3.- No procede imposición de costas correspondientes al recurso de casación. Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer tal recurso a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Javier O'Callaghan Muñoz, José Luis Calvo Cabello. FIRMADA Y RUBRICADA.**

***TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil***

VOTO PARTICULAR

FECHA:10/09/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastián Sastre Papiol y se adhieren los Exmos. Sres. Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D. Antonio Salas Carceller, a la sentencia recurrida del recurso de casación nº 2162/2011.

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario expresado en la Sentencia, discrepo del mismo, y formulo el siguiente voto particular:

Primero.- Planteamiento de la cuestión discrepante.

1. La sentencia de la que discrepamos, estima los motivos primero y segundo del recurso de casación, tratándolos conjuntamente. En el primero de ellos, se invocan los arts. 1261, 1262, 1265 y 1266, así como los arts. 1269 y 1273 en relación con el art. 6.3 CC, para fundamentar el error en el consentimiento; el tercero el recurrente denuncia la infracción de la normativa del mercado de valores, incluso de normas que no se hallaban vigentes en el momento en que se suscribieron los contratos de seguro, como el RD 217/2008, de 15 de febrero, o preceptos de la LMV en su versión vigente operada por Ley 47/2007, también posterior a la suscripción de los contratos.

Para apreciar el error en el consentimiento, singularmente en cuanto al deber de información del mediador del seguro en la “*colocación del producto*”, la sentencia descansa en la STS núm. 840/2014, de 20 de enero, referida a infracciones de los derechos de información en los contratos de inversión, que si bien puede hacerse extensiva a toda suerte de contratos, sin embargo, analiza los incumplimientos por infracción de

normas de operaciones del mercado financiero, en concreto la MIFID y legislación posterior, RD 217/2008, de 15 de febrero.

Pero también, el art. 60, apartado 3.II de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), ya señala que: *“en todo caso, en los seguros de vida en el que el tomador asume el riesgo de la inversión se informará de forma clara y precisa acerca de que el importe que se va a percibir depende de las fluctuaciones en los mercados financieros, ajenos al control del asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros”*.

Segundo.- El presunto error en el consentimiento de los demandantes al suscribir los contratos de seguro.

A la vista de cuanto antecede no podemos estar de acuerdo en que el riesgo de la pérdida de los valores que integraban la cesta de activos sea imputable al agente mediador vinculado, el BES, por falta de información, a la vista de la documentación contractual del seguro Unit Linked. Y mucho menos que la falta de información haya supuesto un error en el consentimiento de los tomadores/asegurados, a la vista de la documentación suscrita:

a) En la solicitud de seguro (Nota informativa y Anexo NI) ya se especificaba que el emisor del activo vinculado a la Póliza era Lehman Brothers o Kaupthing, según el caso. También se establecía que el tomador asumía expresamente el riesgo de la inversión afecta a la póliza, es decir, *“el riesgo de fluctuaciones de los mercados secundarios en los que cotizan los activos subyacentes y el riesgo de solvencia, liquidez de los emisores”*.

En el anexo NI se destacaba en negrita el siguiente párrafo: *“los activos estructurados contienen activos subyacentes que suponen la asunción por parte del Tomador del seguro un alto nivel de riesgo en su*

inversión. Esta política de inversión puede suponer la obtención de un valor de Fondo Acumulado de la póliza inferior a las primas satisfechas al seguro. En todo momento la decisión de inversión de las provisiones matemáticas de las pólizas corresponderá a la Entidad aseguradora”.

b) En las Condiciones particulares, cuya circunscripción suponía la perfección del contrato, se hacía referencia a la entrega a los tomadores de las condiciones generales, las especiales y las particulares que, junto a la solicitud y los suplementos, constituyen el contrato, sin tener validez ni efecto por separado. En las *condiciones particulares*, se señalaban como “*riesgos de la inversión*” lo siguiente: “*la inversión en este producto de seguro supone la asunción por parte del tomador de un alto nivel de riesgo en la medida en que, debido a la volatilidad de los mercados estructurados (ligada a los activos subyacentes), su valor de transmisión y/o reembolso puede llegar a ser nulo, y su rentabilidad negativa*”.

El mismo párrafo que se repetía en las Condiciones generales y en las condiciones especiales, en términos prácticamente idénticos.

En las solicitudes de Reasignación (prórroga de la inversión) y anexo, se señalaba que la composición de la cesta de inversión era Lehman Brothers.

Por último, como colofón, reproducimos un párrafo del *escrito de demanda de los actores*, sobre la información recibida acerca de los riesgos de la inversión. Dice así:

“Y finalmente, no nos resistimos a transcribir aquí, íntegramente, y en negrilla, como por cierto se hace en el original de la póliza en cuestión, el último párrafo de este primer apartado, relativo a los Activos Afectos. Dice así, literalmente transcrito:

>>“La inversión en este producto de seguro supone la asunción por parte del Tomador de un alto nivel de riesgo, en la medida en

que, debido a la volatilidad de los mercados estructurados (ligada a los activos subyacentes), si valor de transmisión, y/o reembolso puede llegar a ser nulo, y su rentabilidad negativa”>>”. (de la pág. 35 in fine del escrito de demanda, constanding el énfasis del último párrafo).

Por ello, como bien afirma la sentencia recurrida, en el caso enjuiciado no se da un error excusable, sino, en su caso, inexcusable dado que pudo evitarse empleando una diligencia media o regular, pues, de en la documentación entregada, y concretamente en la póliza, se reseñaba en negrita la referencia al riesgo de la inversión, constanding claramente el alto nivel del asumido por el tomador. La diligencia mínima exigible era sencillamente la que supone leer el contrato y sus anexos, pues los demandantes no cuestionan la autenticidad de sus firmas en las Condiciones Particulares, por lo que, de acuerdo con unánime jurisprudencia de esta Sala, tal error no sería inexcusable a efectos invalidantes del consentimiento. La cláusula, como señala la sentencia recurrida, hacía referencia de forma clara y entendible al alto riesgo asumido y a la posibilidad de que el valor de transmisión y/o reembolso del activo podía llegar a ser nulo y la rentabilidad negativa.

Siendo benevolentes, podría admitirse (*quid non*) que pudiera haberseles pasado por alto la cláusula o cláusulas sobre los riesgos de la inversión en el momento de la suscripción del contrato (sic), pero lo que ya no es posible admitir –como destaca la sentencia recurrida– que tal omisión (dejar de leer lo que se firma) se repitiera en las sucesivas reasignaciones que todos firmaron.

Si partimos de los hechos probados en la sentencia recurrida, deberíamos haber admitido la valoración que alcanza: *que los demandantes-tomadores del contrato de seguro tuvieron la oportunidad de conocer los riesgos que contraían, por lo que no hubo error-vicio en el consentimiento.*

Tercero.- El emisor del producto, Lehman Brothers

Aunque por la naturaleza de la operación de seguro contratado el riesgo era exclusivamente de los tomadores, y, por tanto, la quiebra de Lehman Brothers debían asumirla enteramente los demandantes por así tenerlo establecido la normativa aplicable a las operaciones de seguros “*United Linked*”, y a las operaciones del mercado de valores, entendemos que la insolvencia de dicha entidad, por su situación en el mercado financiero mundial, tampoco debiera ser imputable a las sociedades de servicios de inversión que habían colocado productos estructurados cuyo subyacente fuera de Lehman Brothers. Se trataba de una entidad pionera de entre las diez primeras del mundo financiero, con la mejor calificación por parte de las tres entidades de renting, incluso el día anterior a su caída, de modo que era difícilmente previsible su quiebra. Ello supone un supuesto paradigmático de caso fortuito, contemplado en el art. 1105 CC, suceso que no pudo preverse, “*siendo inexcusable la imprevisibilidad del daño causado a terceros (STS de 4 de abril de 2000), la cual se valorará dentro de la normal y razonable previsión que se exige adoptar en cada supuesto concreto (STS de 20 de julio de 2000)...*”. (STS de 4 de noviembre de 2004, RC 2945/1998). Dadas las circunstancias, cuando se recomienda a un emisor, destacadamente más solvente que la entidad que ofrece el producto, no debiera derivarse la responsabilidad que pretenden los demandantes y que, finalmente, la sentencia discrepante imputa.

Por ello, procedía haber desestimado el recurso de casación interpuesto y haber confirmado la sentencia recurrida.

En Madrid, a diez de septiembre de dos mil catorce.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.