

Roj: SAP IB 662/2011
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 5
Nº de Recurso: 25/2011
Nº de Resolución: 91/2011
Fecha de Resolución: 21/03/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA COVADONGA SOLA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00091/2011

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000025 /2011

SENTENCIA Nº 91

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a veintiuno de marzo de dos mil once.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón, bajo el número 555/10, Rollo de Sala número 25/11, entre partes, de una, como demandada apelante BANCO SANTANDER S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARÍA JOSÉ DIEZ BLANCO y asistida del Letrado DON JUAN BUADES FELIU y, de otra, como demandantes apelados DOÑA María Rosario Y DON Alfredo , representados por el Procurador de los Tribunales DON ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS y asistidos del Letrado DON PEDRO MONJO CERDÁ.

ES PONENTE la Ilma. Magistrada Dª COVADONGA SOLA RUIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Magistrado Juez del *Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón, en fecha 18 de noviembre de 2010, se dictó Sentencia* cuyo Fallo es del tenor literal siguiente "QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora Sra. Florit, en nombre y representación de Dª María Rosario y D. Alfredo contra BANCO DE SANTANDER S.A., debo condenar y condeno a este último a estar y pasar por las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Se declara la nulidad por vicio en el consentimiento determinante de un error esencial e inexcusable del contrato de compraventa de los 237 títulos de "SANTANDER FINANCE 31 DC 999" intermediado por la demandada, así como de los sucesivos y vinculados contratos de préstamo con pignoración de estas participaciones de fechas 27-10-06 y 11-07-07.

2.- En consecuencia, procede el restablecimiento de la situación anterior a tales operaciones con su recíproca devolución de las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses que operará del siguiente modo:

a) Se compensa el importe de la compra de los títulos por 225.245 € con el importe del préstamo por 225.000 €, quedando un remanente a favor de los actores de 245 €.

b) Se condena a la parte demandada a devolver los 54.925,88 € recibidos en el seno del procedimiento ETNJ nº 352/10 seguido por este mismo Juzgado, junto con sus intereses legales en la forma dicha y pudiendo la parte actora reclamar de este Juzgado la devolución de los 6.000 € que obran depositados en dicho procedimiento a cuenta de intereses y costas.

c) Se acuerda llevar a cabo en ejecución de sentencia la determinación de los rendimientos a devolver por los actores por los títulos y los intereses a devolver por el banco cobrados por las pólizas de crédito declaradas nulas, devengando la suma, una vez determinada y compensada, el interés indicado a favor de quien resulte beneficiario de esta operación.

Todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas".

SEGUNDO.- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 23 de febrero del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la parte demandante se declare que la compraventa por los actores de los 237 títulos de SANTANDER FINANCE 31 DIC 999, intermediada por la demandada, se hizo con ocultación del riesgo financiero que dicha operación comportaba y en consecuencia, se declare nula o anulada la referida compraventa, condenando a la demandada a devolver los 225.245.- euros que cobró por la compra de dichos valores y al mismo tiempo se compense contra dichos abono los 225.000.- euros, dimanantes de la póliza de crédito concertada con la demandada, declarando la improcedencia del juicio ejecutivo seguido bajo el nº 352/2010 del Juzgado número 2 de Mahón, con devolución de los 54.925,88,- euros, percibidos por la demandada a razón del mismo, así como la improcedencia del pago de las costas judiciales derivadas de dicho procedimiento ejecutivo, y a devolver o en caso de que no le hubiere sido entregada a recuperar, la cantidad de 6.000,- euros consignadas por los actores en dicho proceso ejecutivo.

Se alegaba a tal fin en la demanda, y en síntesis, que en el año 2005 quien fuera apoderado de la demandada en la sucursal de Alayor, contactó con los actores para proponerles colocar sus ahorros en un producto financiero de la propia entidad, asegurándoles que se trataba de un producto seguro y sin riesgo, y en esas condiciones, los actores se avinieron a concertar la compraventa de 237 títulos de BF SANTANDER FINANCE 31 DC 999 A, por el precio total de 225.245.- euros, siendo que cuando en junio de 2006 deciden recuperar la inversión, para destinar el dinero a la compra de un apartamento, son informados por el banco que no existiría problemas para liquidar la operación. Que lejos de proceder a dicha liquidación, cuando estaba prevista la firma de la escritura de compraventa del inmueble, son informados por el Sr. Ignacio, nuevo director de la sucursal, que existían problemas para liquidar las participaciones, ofreciéndoles la firma de una póliza de crédito por importe de 225.000,- euros, con pignoración de los 237 títulos adquiridos; que próximo al vencimiento de dicha póliza de crédito, en abril de 2007, son informados por la entidad que es necesario prorrogar el vencimiento de la póliza durante dos años y medio mas, toda vez que la participaciones preferentes no vencían o se amortizaban hasta transcurridos 5 años desde la emisión; que cercano al vencimiento, el banco les comunica que no va a amortizar las participaciones, reclamándoles el importe de la póliza crédito, extremo al que no se avinieron los accionantes formulando las correspondientes denuncias ante el Banco de España (que la derivó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores) y ante la oficina del Defensor del cliente del Banco de Santander. Finalmente la demandada, planteó demanda ejecutiva, tras ejercitar sus derechos pignoraticios de los bonos preferentes al 69.94% de su valor (165.769,46.- euros), en reclamación de la cantidad de 54.925,88.- euros de principal, mas intereses y costas, abonando los actores el principal reclamado y consignando, sujeto a la liquidación, 6.000,- euros para costas.

Consideran, en resumen, que los demandantes dieron su consentimiento para la compra de las participaciones preferentes bajo una información, no veraz, errónea y, por tanto, que hubo vicio en el consentimiento que hace a la referida compraventa nula o anulable, siendo que además en toda la operación el banco a primado sus intereses frente a los del cliente, con claro abuso de derecho, vendiendo los valores a muy bajo precio, planteando la demanda ejecutiva por un diferencial a su favor y reclamando unas costas judiciales que conforme a lo convenido por las partes eran asumidas por el propio banco.

A dicha pretensión se opuso la demandada, alegando en su escrito de contestación, en primer lugar, prescripción de la acción de nulidad, pues desde que se llevaron a cabo las operaciones de compra de participaciones preferentes, hasta la reclamación judicial han transcurrido casi cinco años; que en cualquier caso, por la propia naturaleza de las participaciones preferentes, esta son perpetuas, por cuanto que las mismas son adquiridas por el cliente-inversor, entrando a formar parte de su patrimonio, sin perjuicio de la posibilidad de transmitir los títulos, en un mercado secundario y por el valor de mercado que puede aumentar o disminuir, sin que constituyan por ello un instrumento complejo que requiera de especiales conocimientos para el inversor; que los actores conocían la concreta operación que concertaban y el sistema de rendimiento que llevan aparejada, de hecho ya habían concertado operaciones similares con anterioridad, de manera que no puede predicarse que existió error en el consentimiento de naturaleza esencial y excusable; que, asimismo, asimismo, los actores han venido percibiendo los rendimientos derivados de la adquisición de dichas participaciones preferentes; que la póliza de préstamo denunciada, se formalizó precisamente porque los actores no querían proceder a la venta de las participaciones en el mercado secundario, por un valor inferior a su nominal, por lo que ante la necesidad de obtener liquidez optaron por la concertación de un préstamo personal, ofreciendo en garantía las participaciones adquiridas, siendo que se concertó la prórroga, asimismo, para facilitar a los actores la devolución del mismos; que cumplidos los 5 años de la emisión de las participaciones y dado que el emisor decidió no proceder a su amortización, facultad inherente a la propia naturaleza del instrumento financiero, se comunicó tal decisión a los actores y al propio tiempo se les recordó el próximo vencimiento del contrato de préstamo; que ante la negativa de los actores a dar cumplimiento a las obligaciones de pago asumidas, y pese a que se les ofreció la posibilidad de novar nuevamente el préstamo, se interpuso la demanda ejecutiva a fin de reclamar el importe resultante de la liquidación efectuada, junto con los intereses moratorios y las costas judiciales, a cuyo pago también venían obligados, por ser de naturaleza imperativa y por tanto indisponible para las partes.

Considerando, en resumen, que no hubo error en el consentimiento de los actores al tiempo de proceder a la firma de las compraventas de participaciones preferentes, que dicha compra ha reputado a los actores rendimientos periódicos, y que el contrato de préstamo concertado entre las partes es absolutamente independiente y autónomo a aquel contrato de compraventa de participaciones.

La sentencia de instancia tras desestimar la excepción de prescripción de la acción, considera en esencia que por falta de información, hubo error en el consentimiento prestado por los actores en la compraventa de las participaciones, que debe ser calificado de inexcusable, y en consecuencia, declara la nulidad de la compraventa, y de la póliza de crédito y de pignoración, vinculados a la anterior, con devolución recíproca de las prestaciones entre las partes, con compensación de la cantidad del precio de la compra con el importe del préstamo percibido y devolución de las cantidades pagadas en el juicio ejecutivo, quedando pendiente de liquidación en fase de ejecución de sentencia, los rendimientos a devolver por los actores por los títulos y los intereses a devolver por el banco cobrados por las pólizas de crédito, con mas sus intereses legales resultantes de

aquellas cantidades a devolver y de la del saldo resultante de aquella liquidación.

Contra dichos pronunciamientos se alza la parte demandada, alegando como motivos de impugnación, los siguientes: en primer lugar, reproduce la excepción de prescripción de la acción, al haber transcurrido mas de cuatro años desde la consumación del contrato de compraventa de las participaciones preferentes; en segundo lugar, incongruencia por ultra petita, toda vez que con la demanda no se peticionó la nulidad del préstamo y la condena al pago de los intereses abonados con ocasión del referido préstamo, que se declaran en la resolución recurrida; en tercer lugar, por considerar que no ha resultado probado un error de consentimiento de naturaleza esencial y excusable por parte de los actores al formalizar la compraventa de las participaciones preferentes, siendo que además los actores conocían del carácter no reembolsable de la inversión realizada y no obstante no sólo no instaron en su momento la nulidad del negocio, sino que además continuaron percibiendo los rendimientos de las mismas; y por ultimo, la inexistencia de vinculación entre aquella operación de compraventa y el contrato de préstamo formalizado con posterioridad, por lo que termina suplicando se revoque la resolución de instancia y en su lugar, se desestime en su integridad la demanda, con expresa condena en costas a la contraparte.

En sentido inverso, la parte apelada, oponiéndose al recurso, ha interesado la confirmación de la resolución recurrida con expresa imposición de las costas procesales devengadas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate y comenzando con el análisis del primer motivo de impugnación, a saber la concurrencia de la excepción de prescripción de la acción de anulabilidad ejercitada por el transcurso de mas de cuatro años desde que se produjo la consumación del contrato hasta que se presentó la demanda, decir que admitida por ambas partes litigantes que la acción ejercitada es la de nulidad del contrato de contrato de compraventa de participaciones preferentes formalizada entre las partes los días 3 de agosto de 2005 y 23 de septiembre de 2005, todo ello al amparo de lo establecido en el artículo 1.301 del Código Civil, la cuestión que se discute es simplemente la del cómputo del plazo previsto para su ejercicio, el dies a quo, siendo que para la parte recurrente, se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, pues en ese mismo momento se produjo la consumación del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, en concreto, para los compradores accionantes el pago del precio, y para la demandada, vendedora, la puesta a disposición de los compradores de las participaciones adquiridas; mientras que para la parte recurrida no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora, esto es, el 30 de septiembre de 2009, siendo que además, la demandada no puede desvincularse de la entidad emisora sociedad Santander Finance Preferred S.A, pues el producto adquirido sirve para su propia financiación, y en cualquier caso, el mencionado plazo prescriptivo de cuatro años habría quedado interrumpido ante los reiterados escritos de reclamación y por la venta y recompra efectuada los días 20 y 21 de diciembre de 2006, respecto de 180 de las participaciones llevada a cabo unilateralmente por la apelante sin conocimiento ni consentimiento de los accionantes.

Al respecto se estima oportuno traer a colación lo referido en la STS de 11 de junio de 2003, que dispone que el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con mas precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice "en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó..".

Conforme a dicha doctrina, debe considerar que si la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre perfección y consumación del contrato, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios, es evidente, que en el caso, la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas y, aún cuando dicho momento no puede hacerse coincidir con el abono de las remuneraciones, pues sería tanto como decir que el contrato es de carácter perpetuo, si que nos obliga a considerar que tal consumación no se produce hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión que se reservaba a su favor la entidad emisora, esto es, a partir del 30 de septiembre de 2009.

Entender que la acción sólo podría ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato de compraventa de las participaciones, por coincidir la consumación del contrato con la entrega del precio y puesta a disposición de las mismas a favor de los actores, sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, cual era el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que es precisamente cuando se constata el error denunciado, puesto que lo que los actores consideraban como un hecho cierto, resultó ser una simple facultad del emisor, y como bien argumentan los apelados, de acogerse la tesis de la recurrente, "sería tanto como dar carta blanco al Banco de Santander" colocando en el mercado un producto financiero haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años, para luego no hacer uso de dicha facultad cuando ya la acción de anulabilidad se encontrara prescrita.

Es por ello, que en un caso como en el que nos ocupa, debe entenderse que el computo del plazo no debe comenzar a contar sino desde el momento en que el acreedor tiene pleno conocimiento de que se le ha suministrado una información incorrecto o errónea y no interpretar dicho computo de la forma mas favorables a quien ha transmitido dicha información, para hacer defendible un negocio celebrado bajo un consentimiento viciado.

En definitiva, el dies a quo para el cómputo del plazo no es el de la fecha de la compraventa de las participaciones, que se corresponde con el momento de la perfección, sino el del conocimiento del error invalidante del consentimiento, que ha de situarse en el momento en que tuvo conocimiento de que la

inversión no podía ser recuperada, precisamente porque lo que se le aseguró como cierto, no era sino una mera decisión unilateral por parte del emisor, de transcurridos cinco años decidir o no recuperar las participaciones mediante el pago de su valor nominal. O dicho de otro modo, el plazo extintivo de cuatro años debe computarse desde que la recuperación de capital invertido debió efectuarse, esto es, a partir del 30 de septiembre de 2009, pues es evidente que el contrato debe ser analizado en su verdadera unidad, como de compraventa de participaciones con una serie de estipulaciones y pactos que se prolongan en el tiempo, y por tanto "la consumación" no puede entenderse producida hasta que no se hayan cumplido totalmente la totalidad de las obligaciones contraídas o al menos desde el momento en el cual es conocedor del contenido verdadero de la obligación que, en este caso se consideraba asumida por el emisor, y siendo que la demanda que nos ocupa se presentó en 2010 es evidente que aún no se habían cumplido los 4 años.

En consecuencia, y aún cuando con un razonamiento distinto al contenido en la resolución recurrida, el motivo de apelación que se analiza debe ser desestimado y convenir con el juez a quo que la acción ejercitada no había prescrito al momento de interponerse la demanda.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la incongruencia de la resolución recurrida por ultra petita, recordar que como ya tuvo ocasión de señalar *estemismo Tribunal en Sentencias de fecha 26 de mayo de 2010 y 28 de octubre de 2010*, con cita a *la STS de 19 de octubre de 1999*... Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (ultra petita), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita) siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (Cfr.T.S. *SS 10 de Marzo 1.998 y 24 Noviembre 1.998*...). Más explícitamente *la STS de 11 de Abril de 2.000* señala "... La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, como ha reiterado la jurisprudencia, al proclamar que para decretar si una sentencia es incongruente o no lo es, ha de atenderse a si concede mas de lo pedido -ultra petita- o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes -extra petita-, y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes -citra petita-, siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita (Cfr.T.S. *1ª 18 Noviembre 1.996, 29 Mayo, 28 Oct. , 5 Nov. 1.997, 11 Feb, 10 de Marzo y 24 Nov. 1.998 y 4 de Mayo y 19 de Oct. 1.999*...". Por otro lado destacar como señala *la sentencia de T.S. 30 Oct. 1.999*... El principio jurídico procesal de la congruencia, tal y como se desprende del contenido del art. 359 de la L.E.C., supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos rectores del proceso, y no con relación a las fundamentaciones hechas en ellos, determinando que la sentencia decida todas las cuestiones controvertidas, si bien, el ajuste o acomodo del fallo a las pretensiones de las partes, no ha de ser literal sino sustancial y razonable, no siendo lícito al Juzgador establecer el pronunciamiento al margen de los concretos términos solicitados, pero la adecuación entre lo pedido y lo concedido, no requiere una identidad absoluta, al ser suficiente una conexión íntima entre ambos términos, de modo que se decida sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte, y de aquí, que cualquier alteración de la causa petendi no implica desconocimiento del principio de la congruencia...". En punto a la incongruencia extra petitum señala *la STC 182/2.000 de 10 de julio*... La incongruencia por exceso o extra petita es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes. Implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. En tal aspecto, constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes, que impide al Juzgador pronunciarse, en el proceso civil, sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos domini litis y conformar el objeto del proceso, delimitado a tales efectos por los sujetos del mismo -partes-, por la súplica -petitum- y por los hechos o la realidad histórica que actúa como razón o causa de pedir -causa petendi- Ello no comporta que el juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivo escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio iura novit curia permite al juez que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado; por otro lado, el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas formalmente por los litigantes, de tal forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal o expresamente ejercitada estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso...".

Partiendo de la doctrina expuesta y aplicándola al caso que nos ocupa, y si bien pudieran considerarse que la demanda no presenta toda la claridad y precisión que sería posible y deseable pues se peticiona sin solución de continuidad, la nulidad del contrato de compraventa de participaciones y la improcedencia del juicio ejecutivo, no obstante, de su relato fáctico es claramente deducible, que el empleo del término "improcedencia" del proceso ejecutivo, se efectúa en sentido vulgar, pues precisamente tiene su basamento, en la consideración de la ineficacia de la póliza de préstamo, por estar vinculada con aquella operación de compraventa y sobre la que aducen se suscribió "confiando en el Banco y sin pensar que les estaban engañando"; aún mas, precisamente porque en el suplico se peticiona que se compense el precio de la compra, con el importe del préstamo y con restitución de la totalidad de las cantidades abonadas por los actores en el referido procedimiento de ejecución, es evidente que la demanda versó desde el primer momento en torno no sólo a la validez del contrato de compraventa cuya nulidad expresamente se interesaba, sino igualmente sobre la validez de la propia póliza de préstamo, por lo que no puede decirse que los elementos fácticos que sustancialmente integran la pretensión hayan sido alterados por el juzgador de instancia en la resolución recurrida, por el simple hecho de hacer hincapié en las consecuencias que la nulidad que de ambos contrato se declara, cual es la reciproca restitución de las prestaciones percibidas y que han de incluir no tan sólo el importe del principal, sino también la de las accesorias derivadas de los propios contratos, a saber remuneración de las participaciones, por un lado, y los intereses abonados y devengados durante la vigencia del préstamo, por otro, tal y como expresamente establece el *artículo 1.303 del Código Civil* que determina que declarara la nulidad de una obligación, los contratantes vienen obligados a restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses; siendo que la jurisprudencia viene señalando que el precepto tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador de tal modo que cuando el contrato se hubiera ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración (*STS de 6 de julio de 2005*), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra.

TERCERO.- Desestimados los anteriores motivo de impugnación y entrando en el análisis de la cuestión de fondo, propiamente dicha, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el

contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación parcial de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar el resto de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la *STS de 9 de junio de 2000*, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (*SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996, 184/1998, 206/1999, 13/2001*, entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos, sino que más bien efectúa una interpretación sesgada y parcial del resultado de la prueba practicada, para adecuarla a sus intereses.

Ello no obstante, incidiremos en el análisis de los tres pilares fundamentales en que se basa aquella decisión, cuales son, el deber de información que incumbe a las entidades financieras para con sus clientes; en segundo lugar, si como consecuencia del incumplimiento de aquel deber, puede o no considerarse que el consentimiento prestado por los accionantes al suscribir el contrato de compraventa de participaciones, estaba viciado; y, por último, si puede determinarse una vinculación entre aquel contrato de compraventa y el posterior contrato de préstamo suscrito entre las partes litigantes.

Al respecto debemos comenzar dejando sentado que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar un servicio y se perfeccionan por el mero consentimiento, concurriendo el objeto y la causa, cualquiera que sea su forma (como regla general) y desde entonces tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, todo ello de acuerdo a las normas generales de las obligaciones y contratos, en especial, los artículos 1.088, 1.091, 1.254, 1.258, 1.261 y 1.278 del Código Civil, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, por otro lado, que en virtud del principio de libertad de pactos que establece el artículo 1.255 del Código Civil no existe en nuestro derecho un "numerus clausus" de contratos y de ahí que al lado de los nominados o típicos sean válidos también los innominados o atípicos, que a diferencia de aquellos, se regirán, en primer lugar por lo convenido por sus propias partes, en su defecto, por las normas de los contratos nominados que les sean afines y, en último término, por los principios generales de las obligaciones o contratos.

Asimismo se ha de tener en cuenta que en la vida del contrato se distinguen tres fases, a saber, la generación, la perfección y la consumación. La generación comprende los actos preliminares o proceso interno de la formación del contrato. La perfección, el nacimiento del mismo a la vida jurídica, bien por el concurso de voluntades entre los intervinientes, en el supuesto de los llamados contratos consensuales, bien por la entrega de la cosa objeto de los mismos, en los de naturaleza real. La consumación, se produce cuando el contrato cumple todos sus efectos jurídicos o lo que es igual cuando se logra el fin para el cual se contrató, y en su consecuencia se realizó, y se da plena efectividad a las prestaciones derivadas del mismo.

En lo que respecta a la fase de generación del contrato es de considerar que, el consentimiento que es el alma del contrato no surge por inspiración simultánea de las partes, sino por la consecuencia directa de determinados actos de las partes interesadas que integran las llamadas manifestaciones preliminares a la formación del contrato, tales como los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares. Este período preparatorio se inicia mediante la exteriorización de un acto volitivo del proponente, traducido en una proposición, oferta o publicitación que suele ir seguido de otra manifestación de voluntad, también exteriorizada, por la cual la persona que recibe la oferta para contratar manifiesta, expresa o tácitamente, que en principio le interesa el contenido económico de la oferta.

Para que se perfeccione el contrato dándose lugar a la siguiente fase del mismo, es necesario, si de contratos consensuales se trata, que se produzca el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y causa que ha de constituir el contrato, tal como explicita el artículo 1.262 del Código Civil. De modo que el consentimiento supone una coincidencia de querer de todos los intervinientes en mismo momento del trato contractual, e implica una cuestión de hecho que debe ser acreditada por la parte que alega la voluntad concorde de los intervinientes en el contrato.

Para que el consentimiento sea vinculante, lo relevante es si cada parte se ha formado un representación racional de lo que la otra ha ofrecido y conforme a ello, ha prestado su consentimiento. En este sentido reiteradamente el Tribunal Supremo ya viene a decir que el consentimiento "tiene un proceso de elaboración interna, propia del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto con inteligencia y libertad... a través de los momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión (S 7-12-1966), aún cuando la manifestación (exteriorización) pueda ser expresa, tácita o presunta, en todo caso la voluntad declarada ha de ser imputable a un voluntad real o interna.

A lo anterior debemos añadir que, como establece el artículo 1.265 del Código Civil el consentimiento serán nulo si se presta por error, violencia, intimidación o dolo, añadiendo el artículo 1.266 del mismo texto legal que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos, que sea esencial e inexcusable; que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia.

Las condiciones del error propio invalidante del contrato, tal y como expone la *STS de 26 de junio de 2000* ha de "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (*Sentencias 14y18 de febrero 1994y11 mayo 1998*). Según doctrina de esta Sala la exclusividad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa

protección por su conducta negligente (SS 4 enero 1982y28 septiembre 1996)".

QUINTO.- Al hilo de lo anterior, decir que, como indica la *SAP de Asturias de 27 de enero de 2010*, el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación exigible. Examinada la normativa del mercado de valores sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia pero sorprende, sobre todo, el prolijo desarrollo normativo sobre el trato debido de dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Y así el artículo 79 de la *LMV*, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios; el RD 629/1993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto sobre la clientela (art. 4 del Anexo I), de la que solicitaran toda la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, como del cliente en sí (art. 5) a quien deberán ofrecer y suministrar 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.

Esta especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan con las entidades financieras, y a cuyo sector concurren los consumidores, de forma masiva, tanto para la celebración de contrato mas simples, como la apertura de una cuenta, como a los mas complejos, como los productos de inversión con lo que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "donde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito.

Lo relevante, por tanto, es que la labor de asesoramiento de las entidades financieras sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes, de modo que suministrada al cliente toda la información necesaria, la decisión de adquirir unos u otros productos, es decir, la valoración de su adaptación a sus necesidades concretas, le corresponde exclusivamente a él y no al asesor, pues si bien es cierto, como apunta la *SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2009*, que "no puede exigirse un resultado concreto de la obligación derivada del contrato, puesto que en todo caso quien tiene la última palabra sobre la inversión es el cliente, no lo es menos que la decisión del inversor sólo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos, que puedan tener relevancia para el buen fin de la operación, en otras palabras, sólo puede hacerse responsable al cliente del desafortunado resultado de la inversión si el gestor en su comisión, ha desempeñado sus obligaciones diligentemente... y a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del mismo precepto (art. 79LMV) establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión".

SEXTO.- Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006).

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio.

En el caso, de una valoración conjunta del resultado de la prueba practicada y, como se anticipó, cabe llegar a la misma conclusión que el juez de instancia, en orden a que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información facilitada a los demandantes, acerca de su naturaleza jurídica y características fue harto deficitaria, por no decir, prácticamente nula o cuando menos, y en el aspecto mas relevante (capital garantizado) equívoca.

Así, no es que los actores se personaran en la oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitaran mas información sobre sus características y las ventajas o desventajas de dicha inversión; al contrario, de la declaración del apoderado de la sucursal Sr. Belarmino, y quien intervino directamente en la formalización del contrato de compraventa litigioso, cabe concluir que fue dicho apoderado quien, de entre todos los productos financieros de que disponía, ofreció el concertado, producto que además era el que mas convenía a los intereses de la propia entidad bancaria, pues, el destino del importe de la emisión de las participaciones, era servir a los recursos propios de la propia entidad, reconociendo la propia demandada en prueba de interrogatorio (declaración Don. Ignacio) que se dieron instrucciones Don. Belarmino para que colocara a los clientes los bonos preferentes y que conocía que Don. Belarmino tenía buena relación con los actores y sus familiares. Refiere igualmente Don. Belarmino en su declaración, que por razón de su cargo, conocía los saldos en la cuenta de los actores, que les ofreció las participaciones preferentes porque se habían amortizado otra anteriormente suscritas por los demandantes, y que no habían dado ningún problema precisamente porque habían

sido amortizadas por el banco a su vencimiento; que los propios clientes le manifestaron que el dinero querían destinarlo a la adquisición de un inmueble y que por ello no querían correr ningún riesgo con la inversión, de hecho querían tener plena disponibilidad, informándoles de que no habría riesgo pues se podían vender en cualquier momento sin problemas; que cuando les ofertó la compraventa de las participaciones, estaba convencido de que era una inversión sin riesgo (segura), pues desconocía que el banco se reservaba la facultad de no amortizarlas, de hecho el banco en ocasiones anteriores, siempre había amortizado otros productos similares; que ni tan siquiera les informó que dichas participaciones cotizaban al alza o a la baja en el mercado secundario y que siempre consideró que era una operación rentable, precisamente porque se iban obteniendo unos rendimientos y al final se amortizaba por el 100% del valor nominal.

Ante estas circunstancias, es obligado concluir que no se obró con la diligencia debida, tanto en la elección del inversor (claramente conservador), como en la facilitación de la información necesaria y suficiente para que aquél pudiera decidir con pleno conocimiento de causa, sobre la conveniencia o no de la suscripción de la emisión, pues como ha quedado puesto de manifiesto su única intención era obtener la mayor rentabilidad posible de sus ahorros, pero en modo alguno arriesgar el capital invertido, respecto del que, se insiste, se le aseguró que recuperaría en su integridad, lo que evidencia que, si no hubiera sido por la información errónea que a tal efecto le facilitó el apoderado de la sucursal y en cuyo error se le mantuvo hasta transcurridos cinco años, no hubiera efectuado la suscripción de dichas participaciones preferentes. Siendo que, además, ni siquiera la persona encargada de la comercialización del producto y suministradora de la información necesaria, conocía dicha circunstancia, de lo que igualmente cabe deducir que, ni tan siquiera, la entidad demandada había informado debidamente a su personal sobre las características del tipo de producto que ofertaba.

Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU, es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios; ni tan siquiera se ha traído prueba alguna al proceso tendente a acreditar que la demandada elaboró el perfil de cliente exigido por la ley, ni tampoco consta se le informara de la continua pérdida de valor de su inversión, ligada a una operación de financiación de la propia entidad, ni siquiera se le informó con anterioridad a la contratación, de dicha posibilidad, a fin de que el cliente pudiera decidir en base a su juicio, pero con una información clara y precisa, que la entidad estaba obligada a facilitarle.

No se trata de que fuera o no obligatorio para la demandada entregarles el folleto sobre las condiciones de la emisión del producto ofertado, sino que de lo que se trata es que debió de informarles y advertir debidamente a sus clientes de los riesgos que llevaba implícita aquella operación. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria y precisamente el incumplimiento de dicho deber es la causa no tan sólo de que el cliente no pudiera adoptar las decisiones adecuadas respecto de su inversión, sino igualmente, y por lo que importa al caso, le hizo caer en el error de que su inversión era segura y que la operación no implicaba riesgo alguno respecto del capital invertido.

Frente a la errónea valoración de la prueba que se alega por el recurrente, resulta claro que el apoderado de la sucursal de la demanda, explicó que el producto que ofertaba a sus clientes no entrañaba riesgo alguno, pues se garantizaba el reembolso de la inversión, mediante la amortización por la propia entidad y esa explicación que sobre la operación le es facilitada es la que coincide en esencia con lo que los demandantes pensaban que contrataban, como ya había ocurrido en anteriores ocasiones con productos similares adquiridos en la misma entidad.

Los demandantes entendieron el contrato tal y como se le explicó por el apoderado de la sucursal, sin que se les suministrara ninguna información adicional por escrito, como reconoció el propio Don. Ignacio, y ha resultado probado que aquella información no coincidía con los términos o el condicionado de la emisión, de modo que los demandantes quedaron en situación de inferioridad, firmando el contrato en la creencia de que les beneficiaban, cuando en realidad no sabían ni podían entender que a la fecha de la expiración de aquel plazo de amortización, el emisor podía decidir de manera unilateral no hacer uso de dicho derecho, quedando el capital invertido a resultas de las fluctuaciones a la baja que podía sufrir en el mercado; dicho de otro modo, nunca pensaron que podían perder el dinero invertido. Tal falta de información sobre la esencia del contrato y sobre los posibles perjuicios que podían surgir, es suficiente para concluir, como ya hiciera el juzgador de instancia, que los actores prestaron su consentimiento por error, pues los empleados de la demandada no les explicaron toda la verdad, sólo las ventajas (rendimientos) de la inversión, pero no tan sólo no valoraron los posibles daños que la operación podría comportar, sino que incluso que le aseguraron que la operación estaba garantizada y por tanto que no sufriría pérdida alguna el capital invertido.

Por todo ello, este Tribunal no puede sino considerar que los contratos de compraventa de fecha 3 de agosto de 2005 y 23 de septiembre de 2005, deben ser declarados nulos conforme expresan los artículos 1.265 y 1.266, ambos del Código Civil.

SÉPTIMO.- Por último respecto a las consecuencias que de dicha nulidad pudieran derivarse respecto de la póliza de préstamo suscrita en fecha 27 de octubre de 2006, con pignoración de valores, y con modificación de fecha 11 de julio de 2007, sostiene la recurrente que tal póliza de préstamo se suscribió a iniciativa del cliente bancario e ideada y concebida por él, a los únicos efectos de obtener liquidez para la operación de compraventa de un inmueble que pretendía adquirir, de modo que la entidad bancaria demandada se limitó a seguir sus indicaciones, dándole forma y acomodando su contenido a los intereses del propio cliente. Nada más lejos de la realidad, pues las declaraciones del propio director de la sucursal, ponen de manifiesto que fue la propia entidad bancaria la que tomó la iniciativa, tan pronto tuvo conocimiento de que los actores no podían recuperar su inversión, primero ofreciendo la formalización de una póliza de crédito con vencimiento a seis meses y con un tipo de interés fijo, periodo que estimaba suficiente para poder liquidar la operación de reembolso del precio de las participaciones y posteriormente y tras conocer, ahora sí, que la amortización de las participaciones no llevaría a cabo hasta transcurridos 5 años desde su emisión, proponiéndole la prórroga de la referida póliza, con devengos de intereses variables, para hacer coincidir ambos vencimientos y que ha resultado claramente perjudicial para los intereses de los demandantes, quien no sólo pierde una gran suma del capital invertido, sino que igualmente se viene abocado a satisfacer un préstamo con mas los intereses pactados, que no habrían tenido necesidad de concertar, si la compraventa de participaciones no se hubiera realizado o al menos, de haberse realizado en las condiciones que creía conforme a la información que le fue ofrecida, a saber, reembolso de la inversión en cualquier momento.

El juez de instancia llega a la conclusión estimatoria de la nulidad por vinculación del préstamo, a través de los datos objetivos que ofrece el resultado de la prueba y que infiere de manera clara y directa de que el mismo se formaliza, tras hacer saber al cliente que no podía disponer en ese momento de su capital, que tan sólo era cuestión de días, que precisamente se pignoran por el propio banco en garantía del préstamo las participaciones preferentes que se habían de vender, y que además, ante las dificultades de la venta por su precio de adquisición superior en aquel momento al precio de mercado, se prorroga el vencimiento de la póliza para hacerla coincidir con en el compromiso de amortización a los 5 años de la emisión.

No cabe hablar pues de dos contratos autónomos, como pretende la recurrente, sino de contratos íntimamente ligados, desde el momento en que no se habría dado uno sin el otro, por lo que la nulidad del contrato principal (compraventa de participaciones) se extiende automáticamente a la relación contractual accesoria (contrato de préstamo).

De los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida y que se asumen por este Tribunal, se desprende, sin género de duda, que se formalizó el contrato de préstamo, precisamente como instrumento necesario, para poder recuperar en un período corto en el tiempo, el importe del capital invertido, de modo que de haberse hecho patente desde el primer momento que dicha recuperación no se podía efectuar, o lo que es lo mismo, que el capital invertido no estaba asegurado, resulta indudable que no se hubiera celebrado ni el primitivo contrato de préstamo ni su posterior novación temporal y cuyo vencimiento se hacía coincidir con el derecho de la entidad emisora de recuperar las participaciones mediante el pago de su valor nominal; o lo que es lo mismo, la formalización de dicho contrato de préstamo no puede entenderse sino en atención a la información facilitada por los empleados de la entidad demandada, en el sentido primero de una pronta recuperación del capital, en un máximo de seis meses, y luego, novando la vigencia de la misma, para hacer coincidir el vencimiento del derecho que se reservaba el emisor de amortizar las participaciones con reembolso por su valor nominal.

Estos contratos posteriores presuponian, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Pues según refiere la *STS de 22 de diciembre de 2009* sin el primer contrato y las pérdidas que originó (en el caso la imposibilidad de la disponibilidad del capital invertido en su totalidad) quedaría privada de sentido la operación económico- financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculadas a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (*STS de 10 de noviembre de 1964*), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos... Desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad"

OCTAVO.- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas devengadas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, al no apreciarse circunstancias excepciones que justifiquen un pronunciamiento diferente

NOVENO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre*, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora DOÑA MARÍA JOSÉ DIEZ BLANCO, en representación del BANCO DE SANTANDER S.A., contra la *Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mahón*, en los autos de Juicio Ordinario número 555/10, de que dimana el presente Rollo de Sala, CONFIRMAMOS los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.