



Roj: SAP SS 1476/2011 - ECLI:ES:APSS:2011:1476
Id Cendoj: 20069370022011100483
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Donostia-San Sebastián
Sección: 2
Nº de Recurso: 2073/2011
Nº de Resolución: 273/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA TERESA FONTCUBERTA DE LA TORRE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Sekzioa: 2ª/2.

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO : 20.05.2-09/015183

A.p.ordinario L2 / 2073/2011 - M

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 7 zk.ko Epaitegia

Autos de 1363/2009 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: BANCO ESPIRITO SANTO S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA y COMPANHIA DE SEGUROS TRANQUILIDADE VIDA S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA

Procurador / Prokuradorea: GUADALUPE AMUNARRIZ AGUEDA y PABLO JIMENEZ GOMEZ

Abogado / Abokatua: JORGE CARLOS CARAMES PUENTES

Recurrido / Errekurritua: Baldomero Onesimo Y TREINTA MÁS

Procurador / Prokuradorea: MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ

Abogado / Abokatua: JOSE LUIS SOTILLOS URRRA

SENTENCIA Nº 273/2011

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dña. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dña. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D/Dña. Mª TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a veintiseis de julio de dos mil once.

La ltma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los/as Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario LEC 2000, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN a instancia de BANCO ESPIRITO SANTO S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA y COMPANHIA DE SEGUROS TRANQUILIDADE VIDA S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA apelantes - demandados, representados por los Procuradores Sres./Sras. GUADALUPE AMUNARRIZ AGUEDA y PABLO JIMENEZ GOMEZ y defendido por los/las Letrado/as Sr./Sra. JORGE CARLOS CARAMES PUENTES contra D./Dña. Baldomero Onesimo Y TREINTA MÁS apelados -

demandantes , representados por el/la Procurador/a Sr./Sra. MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ y defendido por el/la Letrado/a Sr./Sra. JOSE LUIS SOTILLOS URRÁ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27 de septiembre de 2010 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de Septiembre de 2010 el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de San Sebastián se dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo:

" Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Alvarez, en representación de D. Baldomero Onesimo , 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. Jacinto Santiago la suma de 15.000 euros, a D. Benigno Nicanor la suma total de 38.000 euros (inversiones iniciales de 20.000 euros y 18.000 euros), a Dña. Flor Amanda la suma de 11.000 euros, a Dña. Adoracion Diana la suma total de 71.800 euros (inversiones iniciales de 21.800 y 50.000 euros), a D. Victoriano Santiago la suma total de 115.000 euros (inversiones iniciales de 30.000, 25.000 y 60.000 euros), a Dña. Graciela Florencia la suma total de 84.000 euros (inversiones iniciales de 29.000, 25.000 y 40.000 euros), a Dña. Leocadia Gracia la suma total de 91.000 euros (inversiones iniciales de 21.000, 30.000 y 40.000 euros), a D. Florian Pablo la suma total de 89.000 euros (inversiones iniciales de 32.000, 32.000 y 25.000 euros), a D. Dionisio Ruben la suma total de 68.000 euros (inversiones iniciales de 32.000 y 36.000 euros), a Dña. Victoria Zulima la suma total de 198.000 euros (inversiones iniciales de 33.000, 12.000, 132.000 y 21.000 euros), a Dña. Ascension Yolanda la suma de 12.000 euros, a Dña. Rocio Dolores la suma de 12.000 euros, a D. Rogelio Epifanio la suma total de 317.000 euros (inversiones iniciales de 150.000, 50.000, 29.000 y 88.000 euros), a D. Augusto Eliseo la suma de 6.000 euros, a Dña. Rocio Zulima la suma de 18.000 euros, a D. Rodrigo Baltasar la suma de 16.000 euros, a Industrial Borobil S.L la suma total de 83.000 euros (inversiones iniciales de 33.000 y 50.000 euros), a D. Ildefonso Valeriano la suma total de 96.300 euros (inversiones iniciales de 18.000, 18.300 y 60.000 euros), a D. Valeriano Indalecio la suma de 15.000 euros, a D. Silvio Rodrigo la suma de 20.000 euros, a Dña. Sabina Inmaculada la suma de 20.000 euros, a Dña. Rebeca Ramona la suma de 30.000 euros, a D. Nemesio Nicanor la suma total de 64.000 euros (inversiones iniciales de 16.000, 15.000, 15.000 y 18.000 euros), a D. Samuel Victorino la suma de 30.000 euros, a Dña. Candelaria Claudia la suma total de 170.000 euros (inversiones iniciales de 50.000 y 120.000 euros), a D. Lucio Tomas la suma de 18.000 euros, a Dña. Sonia Joaquina la suma total de 34.000 euros (inversiones iniciales de 24.000 y 10.000 euros), a D. Edmundo Nicanor la suma de 65.000 euros, a D. Gumersindo Ricardo la suma de 15.000 euros, a Dña. Regina Begoña la suma total de 175.000 euros (inversiones iniciales de 55.000 y 120.000 euros), y a Dña. Isidora Adelina 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. "

Con fecha cinco de octubre de 2010, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice así;

" 1.- Se estima la petición formulada por la Procuradora Sra. ALVAREZ 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. Jacinto Santiago la suma de 15.000 euros, a D. Benigno Nicanor la suma total de 38.000 euros (inversiones iniciales de 20.000 euros y 18.000 euros), a Dña. Flor Amanda la suma de 11.000 euros, a Dña. Adoracion Diana la suma total de 71.800 euros (inversiones iniciales de 21.800 y 50.000 euros), a D. Victoriano Santiago la suma total de 115.000 euros (inversiones iniciales de 30.000, 25.000 y 60.000 euros), a Dña. Graciela Florencia la suma total de 94.000 euros (inversiones iniciales de 29.000, 25.000 y 40.000 euros), a Dña. Leocadia Gracia la suma total de 91.000 euros (inversiones iniciales de 21.000, 30.000 y 40.000 euros), a D. Florian Pablo la suma total de 89.000 euros (inversiones iniciales de 32.000, 32.000 y 25.000 euros), a D. Dionisio Ruben la suma total de 68.000 euros (inversiones iniciales de 32.000 y 36.000 euros), a Dña. Victoria Zulima la suma total de

198.000 euros (inversiones iniciales de 33.000, 12.000, 132.000 y 21.000 euros), a Dña. Ascension Yolanda la suma de 12.000 euros, a Dña. Rocio Dolores la suma de 12.000 euros, a D. Rogelio Epifanio la suma total de 317.000 euros (inversiones iniciales de 150.000, 50.000, 29.000 y 88.000 euros), a D. Augusto Eliseo la suma de 6.000 euros, a Dña. Rocio Zulima la suma de 18.000 euros, a D. Rodrigo Baltasar la suma de 16.000 euros, a Industrial Borobil S.L la suma total de 83.000 euros (inversiones iniciales de 33.000 y 50.000 euros), a D. Ildefonso Valeriano la suma total de 96.300 euros (inversiones iniciales de 18.000, 18.300 y 60.000 euros), a D. Valeriano Indalecio la suma de 15.000 euros, a D. Silvio Rodrigo la suma de 20.000 euros, a Dña. Sabina Inmaculada la suma de 40.000 euros (inversiones iniciales de 20.000 y 20.000 euros)..."

Con fecha 3 de noviembre de 2010, se dicta Auto resolviendo sobre la solicitud efectuada por la Procuradora Sra. Begoña Alvarez de complemento de la Sentencia dictada cuya parte dispositiva dice así:

"NO HA LUGAR a completar la Sentencia de 27/09/2010 en los términos solicitados por la Procuradora Sra. Alvarez en representación de D. Baldomero Onesimo y otros. "

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 22 de marzo de 2011.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la Ley.

CUARTO .- Ha sido la Ponente en esta instancia la Ilma.Sra. Magistrada. Dña M^a TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Las entidades apelantes recurren en esta alzada la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia que estima parcialmente la pretensión actora, declara la nulidad de los contratos concertados entre los demandantes y BES Vida, y condena solidariamente a dicha demandada y a Banco Espirito Santo al abono de las cantidades señaladas en el fallo mas los intereses legales devengados desde las fechas de cada una de las inversiones realizadas.

Para centrar el objeto de debate en ésta instancia conviene hacer referencia a los fundamentos de la sentencia que llevan a la estimación parcial de la demanda, y que en síntesis son :

- entre los demandantes y la codemandada Banco Espirito Santo (BES) se concertaron contratos de gestión de asesoramiento de carteras de inversión, relación atípica y compleja que participa de elementos del mandato y la comision mercantil, y que a la que resultaba de aplicación la Ley del Mercado de Valores, en redacción dada por la 24/1988 de 28 de julio, dado que todos los concertados con los actores fueron de fecha anterior a la última modificación normativa operada por L. 47/2007 de 13 de diciembre.

La normativa vigente a las fechas de las contrataciones y el R.D. 629/1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores impone a las entidades de inversión determinadas obligaciones de información para con sus clientes, relevantes para la adopción de sus decisiones.

- las operaciones de inversión se instrumentaron mediante contratos de seguro de vida "unit linked", en los que intervino como aseguradora la codemandada BES Vida, integrada en el grupo Banco Espirito Santo, cuyos tomadores fueron cada uno de los demandantes, quienes abonaban un prima que se invertía en productos de inversión, siendo de aplicación el art. 60 de la L. de Ordenación de los Seguros Privados a cuya dicción, en lo referente a la obligación de información al asegurado, hace referencia la sentencia, señalando además que la instrumentalización de las inversiones a través de tales contratos tuvo por causa las ventajas fiscales que ofrecía dicha modalidad contractual.

- la codemandada Banco Espirito Santo intervino como mediadora en dichas contrataciones, desempeñando a la vez funciones de asesoramiento y propuestas de inversión.

- pese a que en la demanda se solicita la nulidad de dos contratos (el de seguro y el de inversión), la juzgadora considera que se trata de un único contrato donde la inversión se integra en el seguro de vida. La sentencia relaciona los requisitos exigibles para que el error en el consentimiento determine la nulidad del contrato, y partiendo de tales principios analiza la información que las demandadas suministraron a sus clientes, llegando a la conclusión de que dicha información se refería ampliamente a las ventajas y rentabilidad de los productos ofrecidos, ligada a la buena evolución de las acciones de empresas conocidas y solventes, pero sin mencionar el posible riesgo de la inversión, ni ofrecer información sobre la composición del producto

estructurado a través del cual se canalizaba, y sin advertir de que era la entidad emisora de dicho producto la receptora del dinero de los inversores como préstamo y garante de su devolución, pudiendo generar el error de que fuera BES quien respaldaba la seguridad del producto ofrecido.

- la sentencia señala las distintas fases de la contratación que comenzaba con una solicitud de seguro que los demandantes firmaban y que contenía la orden de inversión y la autorización para detracer de sus cuentas las sumas a invertir. La juez considera que la información contenida en dichas solicitudes era insuficiente para advertir de los riesgos asumidos, como también lo era el contenido de las notas informativas a las que se refieren las solicitudes, cuya entrega a los actores no se considera acreditada. No aparece en dichas Notas referencia a la identidad del emisor de los productos estructurados, y la mención a Lehman Brothers o Kaupfthing Bank solo aparece en los anexos a las notas informativas, cuya entrega a los actores no aparece acreditada en el momento de formalizarse las solicitudes y emitir la orden de inversión.

- los demandantes firmaron posteriormente las Condiciones Particulares de las Pólizas en las que se hace referencia a la asunción del riesgo. La juez considera que resulta razonable pensar que las especificaciones contenidas en dichas condiciones respecto al riesgo en sus distintos parámetros, no fueron leídas por los demandantes, dado que consideraban ya realizada la inversión, entendiendo que la firma de la póliza no era más que una simple formalidad para instrumentar el contrato por las ventajas fiscales que conllevaba. La mención a las Notas Informativas y Anexos solo aparece en las últimas páginas de las Condiciones Generales y Especiales, pero no se considera acreditado que las mismas se entregaran a los actores, puesto que no consta su firma en los ejemplares aportados a los autos. Y aunque en los contratos concertados en el año 2007, figura en sus anexos el nombre del emisor del activo estructurado (Lehman Brothers), tal información también se considera insuficiente porque el riesgo de la inversión se asocia a los activos subyacentes y no se hace depender de la solvencia del emisor. La sentencia concluye en que si los demandantes hubieran dispuesto de tales datos en el momento de contratar hubieran podido desistir de la inversión o prestar su consentimiento con pleno conocimiento de los riesgos asumidos.

- Respecto a los efectos de las reasignaciones, la juez considera que con ellas no se subsanaron los defectos de los contratos iniciales, porque al realizarlas los demandantes no disponían de más información que la que tenían al suscribir la póliza inicial. No otorga validez a la mera declaración formal de recepción del Anexo a la Nota Informativa, que el tomador reconocía haber recibido antes de firmar la solicitud de reasignación, puesto que no se considera probado que tal recepción tuviera lugar ; y aún en el caso de entenderse que se entregaron, la juez considera que el contenido de los Anexos no era en modo alguno clarificador, puesto que aunque se mencionaba el nombre del emisor del producto estructurado, no se explicaba que el riesgo de la inversión dependía de la solvencia del deudor, asociándose a los activos subyacentes.

- El error en el consentimiento acarrea la declaración de nulidad de los contratos, aunque la obligación de restitución se limita a la devolución de las inversiones realizadas inicialmente por cada uno de los demandantes, sin que proceda la devolución de los beneficios obtenidos y posteriormente reasignados o reinvertidos en cada caso. Y se condena a BES por no haber proporcionado a sus clientes toda la información relevante para poder adoptar sus decisiones de inversión y a BES Vida en su condición de parte de los contratos de seguro concertados.

Frente a tales pronunciamientos, las apelantes invocan los siguientes motivos de recurso.

Recurso interpuesto por Banco Espirito Santo

- La sentencia declara con carácter principal la nulidad de los contratos suscritos entre los actores y BES Vida, por lo que no existe ningún pronunciamiento declarativo respecto de la apelante. No se puede hacer responsable de las consecuencias de un contrato de seguro nulo a quien no ha sido parte en el mismo.

- La sentencia considera que la legitimación pasiva de BES España deriva de su condición de parte en el contrato de inversión, en la que se sustenta la pretensión principal, a la que se añade una pretensión subsidiaria de carácter indemnizatorio por responsabilidad contractual y extracontractual.

- Se suscribió únicamente un contrato de seguro en el que la apelante BES intervino como mero mediador y comercializador de los seguros. Como tal mediador cumplió con las obligaciones impuestas por el art. 42 de la L. de Mediación.

- No existe el error alegado por los actores, o este es excusable, y además ha mediado la confirmación de los contratos.

- No cabe extender la condena impuesta a BES Vida a la entidad recurrente, en base a un contrato de gestión asesorada de cartera que es distinto al contrato de seguro. Si este contrato es nulo, la obligación de devolución de las prestaciones solo puede imponerse a quien fue parte en el mismo ; si es válido no existe daño y los perjuicios derivados del presunto asesoramiento deberían articularse en base a la responsabilidad contractual derivada del mismo.

- El juzgado es incompetente para resolver sobre un contrato de seguro sometido a foro imperativo, que no se cumple al menos en el caso de diecisiete demandantes. Existe acumulación indebida de acciones fundadas en distintos títulos de pedir que además son incompatibles. Y por ello debe estimarse en la segunda instancia la cuestión de competencia y declararse la nulidad de actuaciones desde que se planteó.

- La sentencia adolece de falta de claridad, y ausencia de pronunciamientos separados. No se especifica la razón de la condena solidaria impuesta y la resolución es incongruente al alterar la causa petendi, puesto que la responsabilidad contractual de BES solo se solicita para el caso de rechazarse la nulidad del contrato. Existe incongruencia porque se condena a BES por el incumplimiento de un contrato de asesoramiento, cuando los demandantes reclamaban en base a un contrato de inversión.

- Respecto a los motivos de fondo, la sentencia declara la nulidad de los contratos de seguro y condena a la recurrente en base a una relación contractual construida artificialmente. No existió un contrato de gestión asesorada de cartera sino una relación de mediación tal y como la propia sentencia señala, al referirse a la fase prenegocial de los contratos. Los documentos aportados como 1 y 2 de la demanda consistentes en presentaciones de Power Point, datan del año 2007, fecha posterior a una parte de las contrataciones por lo que no constituyeron un elemento informativo del contrato sino que se utilizaron para realizar las reasignaciones o renovaciones de los productos ya contratados. No existe contrato de asesoramiento de cartera porque no existe tal cartera, ni el cliente abona comisiones, ni existe un documento contractual o la orden por la que el cliente decide una determinada inversión.

- La actividad de diseño del producto a la que la sentencia atribuye relevancia no guarda relación con la labor de asesoramiento, puesto que tal diseño no se realiza para el cliente sino para la compañía aseguradora a quien se le indican posibles productos del mercado para la comercialización de las pólizas.

- Si no existe contrato de gestión, la apelante BES no ha podido incurrir en incumplimiento alguno, y en la actividad de mediación del contrato de seguro ha cumplido con sus obligaciones al quedar claro cual era el contrato concertado.

- Respecto al error en el consentimiento, la juzgadora lo concreta en la ausencia de información de que el riesgo de la inversión depende de la solvencia del emisor del producto y también en el pretendido desconocimiento de la identidad del mismo. El riesgo de la solvencia del emisor puede concurrir cualquiera que sea este, por lo que no cabe admitir que el problema radicó en que tal emisor no fuera BES, sino otra entidad distinta.

- Cualquier inversión financiera depende de la solvencia y subsistencia de quien emite el producto en el que se invierte, y queda supeditada a la marcha del mercado. En los contratos concertados con los demandantes el riesgo que éstos asumían está recogido en las condiciones particulares de los contratos, entregadas a los clientes. Resulta inadmisibles el fundamento de la sentencia que considera que, pese a que los demandantes firmaron la solicitud de seguro en la que constaba haber recibido la Nota Informativa en la que se recoge la identidad del emisor, no existe constancia de que dichas Notas se entregaran. Como tampoco cabe admitir que es muy probable que los actores no leyeran lo que firmaran puesto que para ellos la inversión estaba ya realizada mediante la solicitud de seguro. Todos los documentos contractuales han sido aportados por los actores, lo que indica que estos los conocieron y asumieron su contenido.

- Constituye hecho relevante la existencia de las reasignaciones que los demandantes suscribieron con posterioridad, después de que el contrato diera los resultados esperados y por lo tanto no interesara el rescate de la cantidad invertida.

- La condena solidaria impuesta resulta improcedente, puesto que la nulidad del contrato acarrea la devolución de prestaciones por parte de quien las haya recibido que en este caso fue BES Vida. No cabe responder solidariamente por títulos incompatibles entre sí, y no cabe aplicar la responsabilidad solidaria prevista para casos en que en la producción del daño concurren distintos responsables sin posibilidad de determinar su participación.

Recurso interpuesto por Banco Espirito Santo Vida.

- Se solicita en la demanda la nulidad de los contratos de inversión aduciendo que nunca se les informó sobre la identidad de los emisores de los productos y de los riesgos asumidos.

- La juzgadora considera que tal error existió porque los demandantes contrataron sin conocer que existía la posibilidad de una pérdida total de la inversión, al depender de la solvencia de una entidad emisora cuya identidad desconocían. Error que no considera excusable teniendo en cuenta el grado de diligencia exigible a cada una de las partes contratantes.

- La juzgadora yerra al declarar que existe una relación de asesoramiento y propuesta de inversión en la que interviene BES y una relación aseguradora en la que interviene BES Vida y BES como mediador. Yerra al valorar los contenidos de los documentos y las circunstancias relativas a la entrega de los Anexos y Notas Informativas. Respecto a las confirmaciones o reasignaciones de las pólizas, yerra también al declarar que cuando dichos documentos se suscriben, los demandantes no tenían más información que la suministrada en el momento de suscribir la póliza inicial.

- No existió ninguna contratación de asesoramiento de carteras de inversión porque para ello hubiera debido suscribirse el contrato tipo exigido por la normativa sobre Mercado de Valores, sin que quepa sustentar la existencia de dicho contrato en la entrega de las presentaciones de Power Point aportadas como documentos 1 y 2 de la demanda. Dichas presentaciones son meras comunicaciones comerciales, que no constituyen ningún tipo de asesoramiento personalizado y que por lo tanto no tienen valor vinculante. BES Vida no puede llevar a cabo ningún servicio de inversión y se limita a desarrollar las actividades previstas en el art. 3 de la LOSSP .

- La documentación que conforma la póliza de seguro Beslink fue entregada a los actores cumpliendo lo establecido en el art. 107 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados . En las solicitudes de seguro acompañadas a la demanda, los actores reconocieron haber recibido la Nota Informativa que contiene las especificaciones del producto. Y las fechas que aparecen en las Notas Informativas y sus Anexos son posteriores a las solicitudes de seguro porque se refieren a las fechas de emisión del activo, posterior a aquellas solicitudes.

- La firma de las Condiciones Particulares conllevó la perfección del contrato y el reconocimiento de que los tomadores habían recibido toda la documentación que lo integraba. Y en todas las solicitudes de reasignación los demandantes declararon haber recibido con anterioridad el Anexo a la Nota Informativa que contiene las especificaciones del nuevo activo vinculado a la póliza.

- La juzgadora yerra al otorgar mayor validez a la declaración del Sr. Silvio Rodrigo (director de la oficina de San Sebastián en la que se suscribieron las pólizas) que al reconocimiento de los tomadores expresado en el contrato, porque dicho testimonio no debió ser valorado dado el evidente interés del testigo por su relación de parentesco con algunos de los demandantes.

- Se facilitó a los demandantes información sobre la identidad del emisor y el riesgo de la inversión. En los Anexos a las Notas Informativas figura la composición de la cesta de inversión y el emisor del activo (Lehman Brothers). En cuanto al riesgo de la inversión consta en la Nota Informativa que el tomador de la póliza asume el riesgo afecto a la póliza. La misma circunstancia se hace constar en el Anexo NI, en las Condiciones Particulares, y en la Condiciones Generales donde figura resaltado en negrita.

- Inexistencia de error en el consentimiento. La solicitud de seguro no tiene efecto vinculante y la perfección de los contratos se produce con la firma de las Condiciones Particulares, momento en que el tomador tiene conocimiento de las condiciones generales, especiales, y particulares que se le entregan y que junto con la solicitud conforman el contrato.

- El error alegado por los actores era vencible y por lo tanto inexcusable al haberse podido evitar simplemente leyendo el documento donde estamparon su firma con total conformidad, empleando la mínima diligencia exigible a cualquier contratante.

- Hay que atender a las circunstancias personales de los demandantes, que son inversores habituales en productos financieros. No presentan perfiles conservadores porque están habituados a invertir en productos de renta variable, que pueden implicar la pérdida de la cantidad entregada. Algunos de ellos suscribieron pólizas Beslink, iguales a las litigiosas, salvo en la identidad del emisor, de las que obtuvieron importantes beneficios.

- En la hipótesis de entenderse que la información suministrada fue insuficiente, los demandantes hubieran debido reclamar a la entidad aseguradora en el plazo de un mes desde la entrega de la póliza para la subsanación de las divergencias existentes.

- Las pólizas fueron ratificadas con posterioridad a su suscripción mediante las reasignaciones realizadas en base a una solicitud del tomador en la que reconocían haber recibido previamente el Anexo en el que se identificaba al emisor del activo, firmando el suplemento de las Condiciones Particulares, en el que reconocían que todas las cláusulas del contrato no modificadas, seguían en vigor.

- Debe revocarse la sentencia e imponerse a la parte actora las costas de la primera instancia y también las costas de la alzada para el caso de que temerariamente se opusiera al recurso.

La parte apelada impugna cada uno de los motivos de recurso, y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Examinados los motivos de recurso, conviene analizar en primer lugar las alegaciones formuladas por Banco Espirito Santo, relativas a su legitimación pasiva como parte demandada por su intervención en el asesoramiento de los clientes que formalizaron los contratos de seguro con BES Vida, y las cuestiones de orden procesal invocadas por la recurrente.

* La entidad apelante alega nuevamente la incompetencia territorial del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, que articula en esta alzada mediante una petición de nulidad de actuaciones. Reproduce las alegaciones formuladas en la primera instancia, que tras el preceptivo trámite previsto para la declinatoria, dieron lugar al dictado del auto de 27 de enero de 2010, en el que el juzgado rechazó la excepción y se declaró competente.

Dado que dicha resolución no era susceptible de recurso alguno, la recurrente vuelve a alegar la incompetencia del juzgado articulando la nulidad de actuaciones.

La Sala solo puede compartir los razonamientos del auto mencionado, no desvirtuados por la recurrente, puesto que,

- La posición de BES se sustenta en la aplicación del art. 24 de la L. de Contrato de Seguro, que establece un fuero imperativo (el del domicilio del asegurado), para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro.

- Pero como señala el auto de 27 de enero de 2010, estamos ante un procedimiento donde se ejercitan dos acciones acumuladas, solicitando la nulidad de los contratos de seguro y de los contratos de asesoramiento de inversión concertados con BES Vida y con BES respectivamente. La Sala comparte el criterio de la juzgadora, que en aplicación del art. 53 de la L.E.C., considera que estamos ante una acción (la de nulidad del contrato de inversión o asesoramiento), que constituye el fundamento de la acción de nulidad del contrato de seguro, por cuanto éste último no fue más que el instrumento formal, por las reconocidas razones de sus ventajas fiscales, a través del cual se canalizó la inversión llevada a cabo por los clientes de Banco Espirito Santo, que a través de su oficina en San Sebastian, y con el asesoramiento de sus empleados, optaron por el tipo de producto ofrecido. La naturaleza de la relación contractual habida entre las partes será analizada al responder a los correspondientes motivos de recurso, pero partiendo de la consideración de que no estamos ante un contrato de seguro típico, en el que el domicilio del asegurado constituye fuero imperativo, sino ante una relación compleja, en la que la finalidad perseguida por los demandantes no fué la de concertar un seguro con las características propias de dicha figura contractual, donde el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento objeto de cobertura, a indemnizar el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, conforme al art. 1º de la L.50/1980. Lo que los actores contrataron con las demandadas fue una determinada inversión precedida del asesoramiento de BES, mediante una relación que presenta caracteres intermedios entre el mandato y la comisión, aunque en los contratos articulados como seguros se incluyera una pequeña cantidad en concepto de capital a percibir, en caso de producirse el riesgo de fallecimiento de sus titulares.

- Resultando evidente la naturaleza del contrato principal y por ende de la acción ejercitada en base al mismo, la competencia del juzgado de San Sebastián se ampara en el art. 53 de la L.E.C., máxime si se tiene en cuenta que existe también una pluralidad de demandados que permite a la parte actora demandar ante el domicilio de uno de ellos, que en este caso, atendiendo a la entidad de la acción ejercitada frente a BES, justificaba la interposición de la demanda en San Sebastian, aconsejable tanto por razones de economía procesal como por la necesidad de evitar pronunciamientos dispares sobre cuestiones idénticas, puesto que todos los actores suscribieron el mismo tipo de pólizas y alegan los mismos motivos de nulidad.

* En el siguiente motivo de orden procesal la apelante vuelve a alegar la indebida acumulación de acciones, sosteniendo que son incompatibles la de nulidad del contrato y la de incumplimiento contractual a la que se atribuye el mismo resultado económico.

La alegación debe rechazarse dada la vinculación existente entre los contratos y entre las entidades demandada. No resulta discutido que BES Vida es una entidad aseguradora integrada en el grupo Banco Espirito Santo, que ofrece a los clientes de aquel la posibilidad de concertar seguros en sus distintas variantes, tal y como hoy en día resulta habitual dentro del negocio bancario. Así, resultan frecuentes los contratos llamados de planes de pensiones, que pese a articularse como un seguro, porque contemplan la cobertura de un riesgo mínimo en relación con la prima abonada, que es el importe de la cantidad invertida para su recuperación en el momento de la jubilación del tomador, son en realidad productos de ahorro, mediante una inversión mas o menos arriesgada en función de los intereses de quien los suscribe, y que se articula de esta forma para beneficiarse de las deducciones fiscales que ofrecen dichos planes. Y dentro de la multitud de productos existentes bajo la forma de un contrato de seguro, existen los contratados por los actores, diferentes a los planes de pensiones, porque teniendo en cuenta su contenido, su finalidad era puramente inversora o especuladora para obtener unos determinados beneficios, a los que resultaba inherente el riesgo de la inversión.

Y al no poder desligar el contrato de seguro (vehículo canalizador de la inversión) del contrato concertado con BES, como mediadora del seguro pero esencialmente como asesora de la inversión realizada, resulta correcta la acumulación de las acciones ejercitadas, máxime si se tiene en cuenta la identidad de intereses entre ambas co-demandadas integradas de facto en un mismo grupo bancario, cuyos resultados afectan directamente a su propia actividad.

* La recurrente alega incongruencia y ausencia de pronunciamientos separados en la sentencia y alteración de la "causa petendi", porque la responsabilidad contractual de BES se solicita con carácter subsidiario para el caso de que no se estime la nulidad del contrato. Los demandantes invocaban incumplimiento de un contrato de inversión y no de de un contrato de asesoramiento.

No cabe admitir tal alegación puesto que,

- en la demanda se solicita la nulidad de los contratos de inversión y de los contratos de seguro. Con independencia de que el término "contrato de inversión", no sea el mas adecuado, lo que alegan los actores es el error en el consentimiento al otorgar los contratos concertados, que bajo la forma de un seguro, en realidad incluían una inversión para la cual fueron asesorados por BES. Aunque se denomine como contrato de inversión, en realidad tal figura no existe, puesto que los derechos y obligaciones de las partes se ubican dentro de una figura compleja próxima al mandato y a la comisión mercantil, tal y como acertadamente señala la sentencia. Relación por la que el banco asume la obligación de asesorar a su cliente sobre las características de la inversión, lo que se equipara al contrato de asesoramiento cuya nulidad solicitan los actores. Y aunque en la demanda los califiquen como contratos de inversión, queda claro que el incumplimiento imputado al Banco, es el no haber proporcionado la correcta y necesaria información para que el cliente pudiera otorgar su consentimiento conociendo las condiciones de su inversión, la naturaleza del producto contratado, y las consecuencias inherentes al riesgo que conllevaba.

- en consecuencia, la sentencia resuelve sobre las pretensiones deducidas por las partes, y no incurre en incongruencia al estimar la pretensión principal relativa a la nulidad de los contratos concertados como un todo unitario, donde el elemento preponderante a efectos de formación del consentimiento fue la labor de asesoramiento e información dada por BES a sus clientes. Y tampoco incurre en incongruencia interna al condenar solidariamente a las demandadas a la restitución de las prestaciones recibidas, ante la imposibilidad de desligar la intervención de ambas, estrechamente vinculadas en el momento de contratar y con interés similar en el resultado de la operación, por cuanto la falta de información sobre las condiciones del contrato se articula tanto en base al contenido de la póliza en su conjunto, como en la falta de entrega de parte de sus documentos, por parte de los empleados de BES, que directamente trataron con los clientes y les presentaron a la firma los contratos en cuestión.

Respecto a los motivos de fondo, la apelante BES sostiene que no procede su condena en base a una relación contractual artificiosa construida por la juzgadora ; porque cumplió con sus obligaciones como mediadora del contrato de seguro ; y porque no existió error en el consentimiento de los demandantes.

Conviene hacer referencia a la primera alegación, dejando la referente a la intervención del banco y a la existencia del consentimiento para analizarla junto con los motivos alegados por BES Vida, dado que son sustancialmente coincidentes en cuanto a dichos extremos.

La Sala no puede compartir la tesis de la recurrente al sostener que no existió un contrato de gestión asesorada de cartera y que su única labor fue la de intervenir como mediador del contrato de seguro.

Hemos hecho referencia a la naturaleza de este tipo de contratos, que articulados como seguros de vida, comprenden en realidad una inversión dirigida a la obtención de un beneficio. Su existencia se justifica por razón de sus ventajas fiscales al obtener determinadas desgravaciones que no existen en los contratos dirigidos a formalizar una inversión en sentido estricto. Pero lo que no cabe admitir es que estemos ante un contrato de seguro, porque los concertados son ajenos (salvo en una mínima parte) a las prestaciones de aseguramiento previstas en la L. de Contrato de Seguro, bastando con observar el importe de la prima abonada (que en realidad se corresponde con la cantidad invertida), con el capital a percibir en caso de producirse el riesgo de fallecimiento asegurado, que es una suma insignificante comparada con la prima abonada anualmente.

La naturaleza del contrato quedó determinada, mas allá de sus formalismos, por la intención y voluntad de las partes al contratar, resultando evidente que los actores en este caso no concertaron un seguro sino que contrataron una inversión determinada para la que previamente el banco debía proporcionarles el correspondiente asesoramiento. No cabe admitir que el banco actuó como mero mediador, puesto que aunque formalmente fuera el encargado de formalizar las pólizas con sus clientes, la propia naturaleza del producto ofrecido como un seguro, exigía un asesoramiento adicional, innecesario cuando se contrata un seguro puro, que en este caso no existió.

Por ello, llámese contrato de inversión, o de asesoramiento, o de gestión asesorada de carteras, la intervención del banco contiene caracteres de asesoramiento o información y no de simple mediación.

TERCERO.- Procede analizar los motivos de fondo alegados por BES, coincidentes con los alegados por BES Vida, en cuanto al error en el consentimiento prestado por los actores al suscribir los contratos litigiosos. Esta es la cuestión esencial resuelta en los fundamentos de la sentencia, compartiendo la Sala el criterio de la juzgadora respecto a las siguientes cuestiones :

- la naturaleza de los contratos y la vinculación entre ambos y entre las co-demandadas entre sí.
- la relación de hechos probados en lo referente a las características del producto ofrecido a los clientes de BES a través de su red de oficinas.
- 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 integran la póliza y en especial de las Condiciones Particulares en los apartados destacados en negrita en la sentencia, firmadas por la totalidad de los demandantes.
- el contenido de las Notas Informativas y sus Anexos,
- el envío de los extractos integrados donde hasta septiembre de 2008 se identificaba la inversión con su correspondiente valor, que a partir de tal fecha pasó a valorarse como 0 euros por tratarse de instrumentos que en ese momento no tenían mercado.
- la declaración de quiebra de la entidad Lehman Brothers, emisora de los bonos adquiridos por los actores, y la moratoria previa a la insolvencia de Kaupthing Bank.
- y las circunstancias relativas a la calificaciones realizadas respecto de dichas entidades por las agencias de rating, puestas en relación con las calificaciones otorgadas a otras entidades bancarias, y en lo que ahora interesa a Banco Espirito Santo.

Partiendo de la declaración de hechos probados, la juez examina la obligación de BES como asesora y mediadora de los contratos sucritos a la luz de la normativa aplicable en las fechas en que se concertaron (arts. 78 y siguientes de la L. del Mercado de Valores en su redacción dada por L. 37/98 de 16 de noviembre, puesto que todas las operaciones de inversión se realizaron antes de la entrada en vigor de la modificación normativa operada por L. 47/2007. La sentencia hace hincapié en las obligaciones impuestas a las entidades prestadoras de servicios de inversión, en el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores , y en el Anexo al R.D. 629/1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. Y hace igualmente referencia a la normativa que regula los contratos de seguro, donde el tomador asume el riesgo de la inversión, así como a las obligaciones que impone al mediador la L. 26/2006 de 16 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

Y examinada la actuación de las demandadas en relación con la citada normativa, la juez llega a la conclusión de que su labor de asesoramiento e información al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto

contratado, resultó ser insuficiente e incompleta para la formación del consentimiento, como requisito esencial para la validez del contrato.

La ausencia de la necesaria información se aprecia en la sentencia en la fase previa a la contratación, con las presentaciones en power point, donde la rentabilidad del producto se liga a la buena evolución en bolsa de determinadas empresas solventes y conocidas, y sin advertir de la existencia de un emisor de un bono estructurado, induciendo a error (por lo logotipos que aparecían en los documentos), sobre la identidad de quien emite el producto, que en apariencia parecía ser Banco Espirito Santo.

Se aprecia también insuficiencia de información en la fase de solicitud del seguro, puesto que aunque en dichas solicitudes se indica que "el tomador declara haber recibido la nota informativa que contiene las especificaciones del producto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 104 a 107 del Reglamento de desarrollo de la L. de Ordenación de los Seguros Privados", la juez considera que no existe constancia de que dichas Notas se entregaran, puesto que otorga validez en tal sentido a la declaración del Sr. Silvio Rodrigo , director de la oficina de San Sebastian en las fechas de los contratos y hermano de uno de los actores. Y añade la juzgadora que, aún en la hipótesis de que se entregara tal información adicional a las solicitudes de seguros, la misma seguía siendo incompleta al no hacerse referencia en las mismas a la existencia de emisor que era el obligado a devolver las inversiones, y sin mencionarse la identidad de tales emisores Lehman Brothers o Kaupffthng Bank, que solo aparecían en los Anexos a las Notas Informativas, a los que no hace referencia la solicitud de seguro.

Siguiendo con el desarrollo de la contratación, la juzgadora sigue considerando que la información fue insuficiente e incompleta cuando los demandantes firmaron las Condiciones Particulares de la Póliza. Aunque señala que dichas Condiciones fueron firmadas por la totalidad de los actores y hace referencia a las cláusulas relativas al riesgo de la inversión, excluyendo la asunción de cualquier riesgo por parte de BES Vida, llega a la conclusión de los demandantes no contaron con la suficiente información porque resulta razonable entender que no leyeron dichas Condiciones Particulares, pensando que la inversión ya se había realizado, y no otorgaron importancia a la firma del contrato por considerarlo una simple formalidad instrumental por razones fiscales. Añade que en las pólizas correspondientes a los años 2005 y 2006 no se mencionan los Anexos a las Notas Informativas, únicos documentos donde aparece la identidad del emisor del activo estructurado y que aunque en las últimas páginas de las Condiciones Generales y Especiales, hay referencia a las Notas Informativas y a sus Anexos, tampoco consta que dichas condiciones se entregaran, porque ninguno de sus ejemplares aparece firmados por los actores. Y aún admitiendo que la identidad de los emisores figurara en los Anexos y los demandantes tuvieran conocimiento de éstos, tampoco se informó de que el riesgo de la inversión dependía de la solvencia del emisor, sino que tal riesgo se asociaba a los activos subyacentes.

En definitiva, la juzgadora considera que en el momento de contratar las pólizas iniciales, los demandantes no tuvieron conocimiento del riesgo de pérdida total de su inversión, ni de que dicho riesgo dependiera, no solo de la evolución de las acciones subyacentes, sino de la solvencia de un emisor cuya identidad desconocían. Lo que determinó el error de consentimiento no excusable dado que los demandantes, a diferencia del Banco, no son personas expertas en la materia.

Y por último, en relación con las reasignaciones o reinversiones de las rentabilidades obtenidas, señala la sentencia que no cabe considerar tales hechos como confirmaciones de los contratos iniciales, porque en el momento de reinvertir, los actores no disponían de mas información que la que tuvieron al contratar, no considerando acreditada la entrega de los Anexos en los que aparecía la mención del emisor del producto en el que se reinvertía, y aún en el supuesto de que se entregaran, tampoco constaba en los mismos que el riesgo de la inversión dependiera de la solvencia del deudor.

Y examinados los motivos de apelación, en relación con dichos pronunciamientos, la Sala no puede compartir las conclusiones de la sentencia de instancia en cuanto al error del consentimiento, por la siguientes razones :

- La juez anuda la insuficiencia de información suministrada por BES a los actores, a la falta de mención desde las fases iniciales de la contratación del activo estructurado, y a la falta de mención de su emisor, del que no se conocía su identidad ni tampoco el hecho de que el riesgo de la inversion dependiera de la solvencia de dicho emisor y no de la evolución de los activos subyacentes.

- la Sala considera que no cabe otorgar a dicha omisión la relevancia determinante que le atribuye la sentencia, en el error de los actores en la prestación del consentimiento,

Cabe recordar que para que el error invalide el consentimiento en la formación del contrato, ha de ser esencial y además excusable, siendo inexcusable cuando pudo evitarse empleando una diligencia media o regular ; y además hay que recordar que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo, cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 23.6.09 , 23.7.01 , y 12.7.02 , a título de ejemplo). Así, el error que vicia el consentimiento es aquel que se refiere a las cualidades o condiciones esenciales de la cosa, no pudiendo constituir nunca este vicio, el mero error del cálculo o de las previsiones o combinaciones negociales.

- En el presente caso, el desconocimiento de la entidad del emisor y de que el resultado de la inversión fuera ligado a su solvencia, no puede considerarse un error sustancial sobre las condiciones del contrato, porque en su contenido, dentro del conjunto de documentos que lo integran, aparecen suficientes datos para que el inversor, tomador, o cliente del banco, fuera consciente del riesgo que asumía. La existencia de ese riesgo era el elemento determinante para la formación del consentimiento, con independencia de que el mismo dependiera de una u otra circunstancia.

Así, ciertamente en las solicitudes de seguro no se hace referencia alguna al riesgo de la inversión aunque sí consta en las mismas que se había entregado a los tomadores la Nota Informativa con las especificaciones del producto. La juez considera probado que tal entrega no se produjo, en base a la declaración de una persona cuyo testimonio ciertamente no se valoró con reservas (aunque la juez haga referencia a ello) dando valor a sus manifestaciones (al negar el Sr. Silvio Rodrigo que las Notas se entregaran a los demandantes), pese a que las solicitudes de seguro fueron firmadas por éstos, debiendo presumirse por aplicación del art. 107 del Reglamento de Ordenación de los Seguros Privados , que al estampar su firma en las solicitudes eran conocedores de su contenido y estaban conforme con el mismo y con la recepción de la Nota Informativa.

Pero en cualquier caso, aún de haberse producido la omisión de la necesaria información al firmarse la solicitud, tal circunstancia no acarrea ninguna consecuencia invalidante del contrato, porque la solicitud por sí sola no supone ninguna relación contractual vinculante para las partes, que no tiene lugar hasta la firma del contrato que en este caso se produce al suscribir las Condiciones Particulares, que todos los demandantes firmaron, tal y como se declara probado.

Dentro de sus cláusulas, se reseña en negrita la que hace referencia al riesgo de la inversión, transcrita en la sentencia, constanding claramente el alto nivel de riesgo asumido por el tomador, *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*. La juzgadora transcribe otros apartados referentes al riesgo de la inversión que engloba la totalidad de los riesgos que afectan a los activos afectos a la póliza, y señaladamente los de rentabilidad, fluctuación del valor, de solvencia, y de liquidez, excluyendo cualquier asunción de riesgo por parte de Tranquilidade Vida.

Sin embargo, pese a la claridad de tales cláusulas, la juez considera que no cabe considerar probada la información que contienen, porque resulta razonable entender que los actores no leyeron las Condiciones Particulares, creyendo que la inversión ya se había realizado.

Conclusión que contraviene los preceptos reguladores de la prueba documental, puesto que el art. 326 de la L.E.C . establece que "los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen". En este caso los demandantes no cuestionan la autenticidad de sus firmas en las Condiciones Particulares, y partiendo de que no es habitual la firma de un contrato en general, y de forma especial con una entidad bancaria, sin que el contratante se entere del contenido del contrato que suscribe, aún en el caso de entender que los demandantes no leyeron las cláusulas de las Condiciones Particulares e incidieron en un error, tal error no sería esencial e inexcusable a efectos invalidantes del consentimiento, en la medida en que pudo fácilmente evitarse por los firmantes de los contratos, empleando una mínima diligencia y comprobando que existía una cláusula donde se 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 su rentabilidad negativa. Por otra parte en las Condiciones Particulares de las pólizas firmadas en el año 2007, se hace referencia a la entrega de los Anexos a las Notas Informativas, y en estas pólizas y en las firmadas en los años anteriores se hace constar la entrega de las Condiciones Generales y Especiales, que por las razones expuestas y en base a la firma de su receptor, hay que entender que llegaron a conocimiento de los tomadores, resultando que tales Condiciones Generales y Especiales hacen referencia a las Notas Informativas y a sus Anexos, donde

si figura la identidad del emisor, por lo que tal dato, al que la juez otorga una relevancia esencial a efectos de la formación del consentimiento, pudo y debió ser conocido por los demandantes al contratar.

Y hay que añadir, que además del conocimiento de la existencia de un emisor distinto de Banco Espirito Santo en la contratación inicial, los demandantes estuvieron informados sin duda alguna de tal extremo en el momento de formalizar las reasignaciones o reinversiones de la rentabilidad obtenida, puesto que en ese momento volvieron a firmar haber recibido el Anexo a las Notas Informativas, reconociendo que todas las cláusulas de la póliza inicial seguían en vigor.

En definitiva, aunque la juez haga hincapié en el desconocimiento de los contratantes sobre la existencia de un emisor del producto, de su identidad, y del resultado de la inversión ligado a la solvencia del mismo, y no otorgue validez alguna al contenido de las Condiciones Particulares donde claramente se hace constar el riesgo asumido por el tomador, lo cierto es que ni siquiera ese desconocimiento, en caso de haberse acreditado, hubiera supuesto un error sustancial en el momento de la formación del consentimiento como elemento determinante de la validez del contrato.

La sentencia señala que se indujo a error a los demandantes quienes contrataron en la creencia de que el emisor del producto y garante del mismo era el propio Banco Espirito Santo. Pero si atendemos al contexto financiero existente en las fechas de las contrataciones, se observa que el hecho de que el emisor del producto fuera la entidad demandada o fuera Lehman Brothers o Kaupgthing Bank, en nada afectaba al riesgo que asumía el tomador o contratante, porque quienes eran emisores de los productos estructurados, aparecían en el mercado con un alto grado de solvencia, teniendo en cuenta las calificaciones crediticias que se reflejan en la sentencia, con la consideración de hechos probados. Así, tanto Kaupfthing Bank como Lehman Brothers, especialmente esta última entidad, gozaban de calificaciones que implicaban un alto grado de seguridad financiera, superando incluso en el mes de marzo de 2007 a la otorgada a Banco Espirito Santo. Por lo tanto, no cabe entender que el conocimiento de la identidad del emisor en los años 2005, 2006, y 2007, cuando dichas entidades operaban en el mercado con la mayor fiabilidad y solvencia, hubiera determinado la decisión de no contratar. Lo relevante a la hora de valorar la conveniencia de la inversión, fue el nivel de riesgo que conllevaba, sobre el que los actores tuvieron la suficiente información a través de las Condiciones Particulares y demás documentación integrante de la póliza, para llegar a la emisión de una declaración de voluntad recepticia, plenamente consciente y por ello vinculante.

No existió imposición ni error invalidante del consentimiento determinante de la nulidad del contrato, ni un deficiente asesoramiento por parte de las demandadas justificativo de la estimación de la pretensión subsidiaria formulada en la demanda, puesto que la petición de indemnización de daños y perjuicios se sustenta en un incumplimiento de las demandadas relativo a sus obligaciones de asesoramiento, diligencia, y transparencia, por las mismas razones invocadas para solicitar la nulidad de los contratos, y tal incumplimiento no se ha acreditado conforme a las consideraciones expuestas.

Los recursos interpuestos por las apelantes deben estimarse, procediendo en consecuencia la desestimación íntegra de la demanda.

CUARTO.- Por la desestimación de la demanda deben imponerse a la parte demandante las costas causadas en la primera instancia. (art. 394 de la L.E.C .)

Por la estimación de los recursos no procede pronunciamiento respecto a las costas de la alzada, sin que la Sala aprecie temeridad en la oposición formulada por la parte apelada, a efectos de su imposición (art. 398 de la L.E.C .)

FALLAMOS

Debemos ESTIMAR y estimamos los recursos de apelación interpuestos por LA Procuradora Sa. Amunarriz, en representación de Banco Epirito Santo, y por el Procurador Sr. Jiménez, en representación de Bes-Vida Cia 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.

Frente a esta resolución se podrá interponer, en el plazo de CINCO DIAS, ante esta Sala, recurso de casación en los supuestos del art. 477 L.E.C ., y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 L.E.C ., pudiendo presentarse únicamente éste último recurso sin formular



recurso de casación, frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477 L.E.C .

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

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ