



Roj: **STS 254/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:254**

Id Cendoj: **28079119912015100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **12/01/2015**

Nº de Recurso: **2290/2012**

Nº de Resolución: **769/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 769/2014

**Fecha Sentencia** : 12/01/2015

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso Nº** : **2290/2012**

**Fallo/Acuerto:** Sentencia Estimando

**Votación y Fallo:** 10/12/2014

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Rafael Sarazá Jimena

**Procedencia:** Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

**Secretaría de Sala** : Sección 002

**Escrito por** : MRP

**Recurso extraordinario por infracción procesal. Incorrecta aplicación de la carga de la prueba cuan por prueba practicada por la parte a quien perjudica.**

**Recurso de casación. Acción de anulación de seguro de vida "unit linked" por error vicio de consen Cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación. Día inicial: consumación del contrato, inte Civil en el caso de contratos financieros o de inversión complejos. Día final: diligencias preliminares demanda.**

**Legitimación pasiva de la entidad bancaria. La tiene: la mediación de dicha entidad fue más formal invirtió la prima eran de empresas de su grupo empresarial y el producto fue diseñado por el banco Información exigible en la promoción de un seguro de vida "unit linked": es la regulada en la norm normativa sobre seguros privados no puede rebajar las exigencias de información al cliente no prof Error vicio del consentimiento, esencial y excusable: concurre por no haberse informado correctam naturaleza y riesgos del producto con la suficiente antelación, al asesorarle mediante la promoción Perfil del cliente: el hecho de tener un patrimonio considerable y de haber realizado otras inversion carácter experto del cliente.**

**Confirmación del contrato: no lo supone la aceptación del rescate de parte de la inversión.**

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:** **2290/2012**

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Rafael Sarazá Jimena



**Votación y Fallo: 10/12/2014**

**Secretaría de Sala: Sección 002**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**SENTENCIA N°: 769/2014**

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel D. José Antonio Seijas Quintana D. Antonio Salas Carceller**

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**D. Ignacio Sancho Gargallo**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

**D. Xavier O' Callaghan Muñoz**

**D. José Luis Calvo Cabello**

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación núm. **2290/2012**, interpuesto por D<sup>a</sup>. Loreto , representada ante esta Sala por el procurador D. Jorge Vázquez Rey, contra la sentencia núm. 271/2012, de 18 de mayo, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 41/2012 , dimanante de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 1724/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife. Ha sido parte recurrida la entidad "Banco Santander Central Hispano, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- La procuradora de D.<sup>a</sup> Loreto , presentó, en el Decanato de los Juzgados de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 13 de octubre de 2009, demanda de juicio ordinario contra la entidad "Banco Santander Central Hispano, S.A", que, tras ser repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6, en el que fue registrada como procedimiento ordinario núm. 1724/2009, cuyo suplico decía: *«[...] dicte sentencia por la que se declare la nulidad radical del contrato objeto de litis por los motivos expuestos, condenando a abonar a mi mandante el precio de doscientos cincuenta mil euros (250.000 euros) junto con sus intereses legales, desde el día 6 de julio de 2005, fecha del contrato inexistente, así mismo a estar y pasar por dicha declaración, todo ello con expresa imposición de costas al demandado, con cuanto demás sea procedente en Derecho.»*

**SEGUNDO**.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la entidad demandada para su contestación.

La representación procesal de la demandada, en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: *«[...] dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.»*

**TERCERO**.- El magistrado- juez de primera instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife dictó, con fecha 25 de julio de 2011, sentencia cuyo fallo disponía:

*«Que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Doña Loreto contra Banco Santander absolviendo al demandado de todos los pedimentos de contrario. Se condena en costas a la parte actora»*

#### **Tramitación en segunda instancia**

**CUARTO**.- La procuradora de la demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y solicitó al Juzgado: *«[...] con elevación de la presente apelación a la superioridad, se dicte en su día Sentencia, en la que, revocando la de primera instancia, en justicia se estime la demanda interpuesta por mi mandante por los argumentos expresados, con imposición expresa de las costas, no sólo por ser preceptivas*



*sino por la mala fe en la actuación del demandado, que abusó de la confianza de su cliente, mi mandante, en beneficio propio, con cuanto demás sea procedente en Derecho.»*

**QUINTO.-** Del recurso de apelación interpuesto se ordenó dar traslado a la representación procesal de la parte contraria, quien suplicó al Juzgado: «[...] remita los autos a la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, a fin de que por ésta se dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de apelación y se confirme íntegramente la Sentencia de 25 de julio de 2011, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.»

**SEXTO.-** La resolución del recurso de apelación interpuesto correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el núm. 41/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 271/2012, de 18 de mayo, con el siguiente fallo: «Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Ana Isabel Schwartz Gutiérrez, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Loreto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos núm. 1724/2009 de los que el presente rollo dimana, que se confirma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de la costas causadas en la presente alzada.»

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

**SÉPTIMO.-** La procuradora de la apelante interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en apelación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamentó en la vulneración de los artículos 217.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para la interposición del recurso de casación se alegaron:

- Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la calificación jurídica como de prescripción del plazo de cuatro años señalado en el mismo. Interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto a las sentencias de 14 de noviembre de 2008, rec. núm. 74/2003; de 9 de mayo de 2007, rec. núm. 2097/2000; de 8 de octubre de 2007, rec. núm. 4447/2000 y de 11 de junio de 2003, rec. núm. 3166/1997.

- Infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del iter de la caducidad. Interés casacional por oposición a las sentencias de 25 de mayo de 1979, 23 de diciembre de 1983 y 5 de abril de 2005.

- Infracción del artículo 1973 del Código Civil, al respecto de la interrupción de la prescripción. Interés casacional, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto a las sentencias de 12 de noviembre de 2007, rec. núm. 2059/2000 y de 13 de diciembre de 2011, rec. núm. 2017/2008.

**OCTAVO.-** La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personada la recurrente a través del procurador D. Ángel Luis Fernández Martínez, sustituido por D. Jorge Vázquez Rey, y la parte recurrida por el procurador reseñado en el encabezamiento de esta resolución, se dictó auto de 21 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva decía:

« La Sala acuerda:

» 1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Doña Loreto, contra la Sentencia dictada, con fecha 18 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) en el rollo de apelación nº41/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1724/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife.

» 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. »

**NOVENO.-** La representante procesal de la entidad recurrida presentó escrito de oposición en el que, tras alegar lo que tuvo por conveniente, suplicó: «dicte Sentencia por la que:

(i) declare no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal ni al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 18 de mayo de 2012;

(ii) subsidiariamente a todo lo anterior, para el caso de que se estime el recurso de casación, por no haber caducado la acción, y considere que procede entrar en el fondo del asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 de la LEC resuelva sobre el caso desestimando la demanda; y (iii) en todo caso, con expresa condena en costas a la parte demandante- recurrente.»



**DÉCIMO.-** Se tuvo por formalizada la oposición y, al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

**UNDÉCIMO.-** Se designó ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el presente recurso previa votación y fallo del mismo, señalándose para que éstos tuvieran lugar el 25 de junio de 2014.

**DUODÉCIMO.-** Debido a la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó suspender el señalamiento para votación y fallo y pasar al conocimiento del pleno de la Sala, a la mayor brevedad.

**DECIMOTERCERO.-** Se señalaron nuevamente la votación y fallo del presente recurso, los cuales tuvieron lugar con fecha 10 de diciembre de 2014.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- D<sup>a</sup> Loreto, ciudadana alemana que pasa temporadas en Tenerife desde hace años, interpuso el 13 de octubre de 2009 una demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander), en la que solicitaba que se declarase la nulidad del contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia" que había contratado con el banco demandado por haber sufrido error en el consentimiento, ya que no fue informada adecuadamente de la naturaleza y riesgo del producto que contrató. Solo tuvo conocimiento de que podía perder la inversión realizada cuando el 11 de diciembre de 2011 se suspendió la liquidación periódica de los beneficios de la inversión y fue informada de que su inversión había sido afectada por el llamado "caso Madoff", y el banco le ofreció compensarle mediante acciones preferentes, ofrecimiento que rechazó.

En la demanda solicitó que se declarase la nulidad del contrato, y que Banco Santander le restituyese los 250.000 euros que había invertido, junto con sus intereses legales desde el día de la celebración del contrato, el 6 de julio de 2005.

Con carácter previo a la interposición de la demanda, la demandante promovió el 28 de abril de 2009 unas diligencias preliminares contra Banco Santander para obtener la documentación relativa al contrato celebrado.

2.- Banco Santander se opuso a la demanda. Alegó la excepción de falta de legitimación pasiva por no ser parte en el contrato celebrado, pues era solamente una mediadora de seguros, siendo la aseguradora la compañía Cardif. También alegó la excepción de caducidad de la acción, al considerar que pese a que la doctrina relativa a la consumación del contrato debe ser matizada para los contratos de tracto sucesivo como el seguro de vida concertado, debe entenderse como fecha inicial del plazo para el ejercicio de la acción el 19 de agosto de 2009 en que el seguro de vida comenzó a surtir efectos.

Alegó asimismo que no se había producido el error de consentimiento denunciado puesto que la demandada no era una simple ama de casa sin experiencia en el mundo de los negocios sino que era dueña de un importante grupo de sociedades alemán, fue informada correctamente de la naturaleza y riesgos de la inversión, se le entregaron documentos explicativos (en concreto una "presentación" con las características del seguro, aportada como documento núm. 11 con la contestación a la demanda), la documentación contractual contenía la información adecuada sobre los riesgos, se le contestó a cuantas preguntas formuló sobre el producto y la demandante no planteó nunca queja alguna sobre la información suministrada, guardando un elocuente silencio durante años.

Alegó también que al ser la actuación de Banco Santander la de un mediador de seguros, no era de aplicación la legislación sobre el mercado de valores sino la de mediación de seguros privados.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda. Consideró que se había ejercitado una acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, que la consumación del contrato se habría producido por el concurso de voluntades de ambos contratantes que tuvo lugar el día de la firma del contrato, 6 de julio de 2005, por lo que en la fecha de presentación de la demanda la acción había caducado. Además, la acción se habría ejercitado incorrectamente contra el mediador, que no es parte en el contrato de seguro, solamente un intermediario entre el cliente y la aseguradora. Consideró asimismo que por ello era aplicable la normativa de seguros privados, cuya infracción no había alegado la demandante.

Entendió también el Juzgado que los testigos (los empleados de Banco Santander que intervinieron en la contratación del producto) manifestaron que se preparó una presentación del producto al que acudió con su hija, donde se le explicaron las características del seguro y se contestó a sus preguntas, tras lo cual la demandante se llevó la documentación a casa y después decidió contratar el seguro. Estos testigos



coincidieron en que la demandante estaba capacitada para contratar este tipo de seguros, al tener un gran patrimonio. Banco Santander remitió comunicaciones a la demandante informándole de la posición de sus inversiones. Por ello rechazó la existencia de error vicio del consentimiento.

4.- La demandante recurrió en apelación la sentencia. Impugnó la estimación de la excepción de caducidad, pues cuestionó que el momento inicial del cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción pudiera situarse en la perfección del contrato, a la vista de que el contrato tenía liquidaciones periódicas de beneficios, que cesaron el 11 de diciembre de 2008, por resultar afectado el contrato por el llamado "caso Madoff". Además, la solicitud de diligencias preliminares previa a la presentación de la demanda se presentó dentro del plazo de cuatro años desde que se firmó el contrato.

También impugnó que se hubiera estimado la excepción de falta de legitimación pasiva de Banco Santander, pues la demandante solo contrató con este banco, con el que firmó un documento en el que aparece el nombre del banco, y la labor de mediación del banco fue formal y no real porque el banco colocó un producto financiero creado por el propio banco, fondos Optimal. Rechazó asimismo la alegación que Banco Santander hizo durante el proceso en el sentido de que el contrato había sido confirmado por la demandante al aceptar el reintegro parcial de la inversión.

En cuanto al fondo del asunto, alegó que había sufrido un error vicio del consentimiento al contratar el seguro de vida "unit linked multiestrategia" porque hubo una combinación de falta de información y dolo negocial al vender a un cliente sin experiencia productos arriesgados y complicados de entender, y citaba numerosas sentencias de Audiencias Provinciales en que así se consideró. Alegó que la información precontractual fue defectuosa, y puso de relieve las contradicciones entre los empleados del banco que declararon como testigos sobre cómo se facilitó esta información. Realizó diversas consideraciones sobre la complejidad del producto así como la falta de información sobre sus riesgos. Cuestionó la consideración que el Juzgado había hecho del perfil de la demandante, negando que el hecho de que fuera cliente de banca privada supusiera que la demandante tuviera experiencia inversora y conocimientos adecuados para contratar dicho producto así como para invertir cien mil euros en participaciones preferentes que los empleados de Banco de Santander le convencieron para que contratara, con cinco días de diferencia respecto del seguro "unit linked"

5.- Banco Santander se opuso al recurso de apelación. Alegó que la acción de nulidad había caducado porque el día inicial del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción se computa desde que se pagó la prima del seguro. Y que la solicitud de diligencias preliminares no interrumpe el plazo de caducidad. Alegó asimismo que carecía de legitimación pasiva, pues la acción de nulidad solo podía ser ejercitada contra Cardif, la aseguradora, ya que Banco Santander solo actuó como mediador en el contrato.

También alegó que la Sra. Loreto había confirmado la validez del contrato porque no formuló ninguna queja sobre la insuficiencia de información, tras la suscripción del seguro no hizo objeción alguna, conocido el fraude, solicitó el rescate de la póliza y cobró la parte de la cantidad invertida que se recuperó, sin hacer objeción.

Por último, argumentó que la Sra. Loreto no había sufrido error alguno, pues Banco Santander le proporcionó información completa y suficiente sobre el contrato de seguro, en la que se recogía con claridad las características y riesgos del contrato suscrito, y en concreto la ausencia de garantía del capital. La Sra. Loreto, según Banco Santander, tenía capacidad para entender los términos del contrato y nunca manifestó duda o queja alguna sobre la información que recibió.

6.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación pues consideró que la acción había caducado, al haber transcurrido más de cuatro años entre la consumación del contrato y el ejercicio de la acción, sin que resultara interrumpida por la presentación de las diligencias preliminares porque el plazo de caducidad no puede interrumpirse como puede interrumpirse el plazo de prescripción, sin aceptar que fuera un contrato de tracto sucesivo pues el demandante no había aportado ninguna liquidación mensual a su favor.

7.- La demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra esta sentencia.

Las alegaciones de Banco Santander sobre la inadmisibilidad de los recursos no pueden ser estimadas, pues concurre el interés casacional que justifica la admisión del recurso de casación, y el resto de alegaciones o bien son infundadas, o se refieren a cuestiones atinentes a la prosperabilidad de los motivos de recurso, inadecuadas para fundar una decisión de inadmisibilidad.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

#### **SEGUNDO.- Formulación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal**



1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con un epígrafe en el que, al amparo del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los arts. 217.2 y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2- En el desarrollo del motivo la recurrente alega que la sentencia no se ha referido en ningún momento a las liquidaciones mensuales que configurarían el contrato como de tracto sucesivo. Sin embargo, se alega, el producto generaba unas liquidaciones mensuales que se cargaban en el saldo variable del propio producto. La existencia de tales liquidaciones mensuales vendría reconocida por la propia demandada al aportar el documento núm. 11 de la contestación a la demanda en el que se recoge que cada uno de los tres fondos de riesgo en que se invierte la prima tiene una liquidación mensual, lo que supone que el contrato es de tracto sucesivo.

Sin embargo, se alega, tal documento no existiría para la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ni para la sentencia de la Audiencia Provincial, que recriminan a la demandante no haber presentado prueba de las liquidaciones mensuales.

Por ello se habría infringido el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no tomarse en consideración, en contra de quien la había aportado, la prueba documental en cuestión.

Además, consideró la recurrente que se infringía el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque tal omisión era arbitraria e ilógica.

### **TERCERO.- Vulneración de las reglas de la carga de la prueba al no tomar en consideración un documento en contra de quien lo aportó**

1.- La sentencia recurrida niega que el contrato en cuestión sea de tracto sucesivo porque la parte demandante no ha aportado ninguna liquidación mensual a su favor.

Sin embargo, el documento núm. 11 aportado con la contestación a la demanda por Banco Santander recoge como una de las características del producto que los fondos de inversión en que se invierte el importe de la prima tienen una liquidación mensual, y Banco Santander, en su contestación a la demanda, admitió que se trataba de un contrato de tracto sucesivo.

2.- Es jurisprudencia pacífica la que afirma que « *los resultados de las actividades procesales son comunes a las partes, de modo que aportado un documento a un procedimiento por una de las partes, ambas pueden aprovecharse de su contenido. Por ello esta Sala destaca la libertad del juez para valorar la prueba practicada sin atender la concreta parte que la haya aportado*» (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 1271/2004, de 27 diciembre, 445/2005, de 31 mayo, y de 22 de noviembre de 2006).

El hecho de que la demandante no haya aportado ninguna prueba de la que resulte que el contrato suscrito tenía liquidaciones mensuales no puede perjudicarle desde el momento en que Banco Santander, parte demandada, había aportado un documento en que así se afirmaba, e incluso en su contestación a la demanda reconocía que el contrato de seguro de vida suscrito era un contrato de tracto sucesivo.

La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar los hechos relevantes para decidir el proceso. Si un hecho relevante resulta acreditado en virtud de la prueba practicada por la parte a quien perjudica, y más aún, si resulta admitido por dicha parte, debe quedar incorporado al proceso aunque tal incorporación no responda a la iniciativa probatoria de aquel a quien beneficia.

La alegación de Banco Santander de que la demandante confunde la publicación mensual del valor de la cesta en que se invirtió la prima con las liquidaciones periódicas de beneficios, para justificar que no se trata de un contrato de tracto sucesivo, no solo pretende hacer una interpretación del término "liquidación" ajena a su significación usual (no olvidemos que se trataba de un documento de información a potenciales clientes), sino que además se contradice con la admisión en su contestación a la demanda de que el contrato controvertido era de tracto sucesivo.

### **Recurso de casación**

#### **CUARTO.- Formulación del recurso de casación**

1.- Aunque el recurso de casación se articula en dos apartados, el primero a su vez se subdivide en otros dos subapartados, con lo que en realidad son tres los motivos que se plantean.

En el primero se alega la infracción del artículo 1301 del Código Civil, y se sostiene que el plazo de cuatro años señalado en tal precepto legal es un plazo de prescripción.



2.- En el segundo (sería el segundo subapartado del primer motivo) se alega la infracción del artículo 1973 del Código Civil respecto de la interrupción de la prescripción, derivada de que la sentencia recurrida considera que el plazo de ejercicio de la acción es de caducidad.

3.- En el último motivo se alega la infracción del artículo 1301 del Código Civil, respecto a la cesación del *iter* de la caducidad causada por las diligencias preliminares promovidas por la demandante antes del transcurso del plazo de cuatro años previsto en dicho precepto legal.

#### **QUINTO.- El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos por error en el consentimiento**

1.- La recurrente plantea una cuestión nueva cuando en los dos primeros subapartados del recurso de casación cuestiona la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción para conseguir la anulación del contrato por la concurrencia de error vicio. Ahora sostiene que se trata de un plazo de prescripción y que, como tal, es susceptible de interrupción.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia apreció la caducidad de la acción. La demandante, en el recurso de apelación, combatió el cómputo del plazo de caducidad hecho por el Juzgado, tanto en su momento inicial, por considerar que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo no se había consumado en el momento de su perfección, como en su momento final, puesto que antes de la interposición de la demanda se promovieron unas diligencias preliminares. Pero no cuestionó que se tratara de un plazo de caducidad.

No es admisible que en el recurso de casación se introduzcan cuestiones nuevas en el debate procesal, como es el caso de la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción, ya que la doctrina de la Sala veda plantear cuestiones "per saltum", que son aquellas que pudiendo plantearse en la apelación, no lo fueron.

2.- En todo caso, no sería siquiera necesario entrar a decidir "de oficio" sobre la naturaleza del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por

error vicio del consentimiento, para sostener que el ejercicio de la acción había sido realizado en tiempo, pues para ello bastaba el último de los motivos planteados.

Incluso de aceptarse que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fuera el de perfección del contrato, como sostienen las sentencias de instancia (lo que, como se verá, no es correcto), las diligencias preliminares fueron promovidas por la demandante dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial. Dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, se procedió a la interposición de la demanda, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares, y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquellas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si esta ha sido ejercitada en plazo.

En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 225/2005, de 5 abril, declaró:

*«El tema de la posible "caducidad" de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos Sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad por las mismas, dado que la cesación del "iter" de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al art. 502-2º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio, al formar parte de él».*

3.- Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, « [I]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes ».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene



la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « *la realización de todas las obligaciones* » ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), « *cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes* » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando « *se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó* » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 ).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

« *Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».*

**4.-** El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « *ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico* ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

**5.-** Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « *contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente* », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento



similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

**6.-** La consecuencia de la estimación de este motivo del recurso de casación es la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la asunción de la instancia para resolver el recurso de apelación, una vez sentado que la acción de anulación del contrato fue ejercitada en plazo.

Al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la Sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñida por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

### **Asunción de la instancia. Resolución del recurso de apelación**

#### **SEXTO.- Legitimación pasiva de la entidad bancaria demandada**

##### **1.- La sentencia de primera instancia**

La primera cuestión que se planteaba en el recurso de apelación era la relativa a la legitimación pasiva de Banco Santander. El Juzgado de Primera Instancia había estimado la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por Banco Santander pues entendió que dicho banco había actuado como mediador en un contrato de seguro y, por tanto, no era parte en el contrato cuya anulación se solicitaba, razón por la cual carecía de legitimación pasiva para soportar una acción de anulación del contrato como era la ejercitada por la Sra. Loreto .

##### **2.- Alegaciones de la recurrente**

La demandante, en su recurso de apelación, alegó que habiendo consistido el contrato celebrado en la adquisición por la demandante de un producto financiero de inversión consistente en un bono especulativo, la labor de mediación de seguros del banco demandado fue más formal que real, pues el banco « *está colocando un producto financiero elaborado por el propio banco a su cliente, con forma de seguro de otra compañía de seguros* ». Tal producto se habría ofertado a la demandante como cliente de Banco Santander, en las dependencias de Banco Santander, por empleados de Banco Santander y poniéndole a la firma documentos con el membrete de Banco de Santander. La demandante no conocía a la aseguradora Cardif, solo habría invertido su dinero en Banco Santander, que es el que conocía y le merecía confianza, y de ahí que el producto de inversión contratado « *lo venden [los empleados de Banco Santander] como un producto propio y por eso ponen su membrete y su sello encabezando cada página del contrato* ». El dinero invertido « *entra por el [Banco] Santander para, al final del camino, de una manera u otra, directa o indirectamente, acabar donde desapareció, a manos del Sr. Ovidio , en Optimal, del mismo grupo Santander, que para eso crearon ellos mismos el producto* ». La demandante, en consecuencia, no tendría ninguna relación con Cardif, ni Cardif sabría con quién había contratado, no le habría ofertado el producto ni provocado el error de consentimiento.

##### **3.- Alegaciones de la recurrida**

Banco Santander se opone a estos razonamientos reiterando que no fue parte en el contrato sino un simple mediador de seguros, pues quien contrató con la demandante fue la aseguradora Cardif; que el hecho de que en la documentación contractual figurara el membrete de Banco Santander respondería sencillamente a que el contrato de seguro, cuya contraparte es Cardif, es distribuido por Banco Santander a través de su red de oficinas, en su condición de mediador; y que D. Fernando , director de banca privada de Banco Santander, en la prueba de interrogatorio de parte, declaró que el dinero de la prima del seguro no se invierte en fondos de inversión, sino en un bono cuya rentabilidad está relacionada con tres fondos de inversión.

##### **4.- Decisión de la Sala**

En la propia documentación aportada por Banco Santander con su contestación a la demanda (en concreto, la presentación del producto "Unit Linked Multiestrategia" aportada como documento núm. 11) se hacía aparecer dicho producto como una fórmula para invertir en Fondos de Gestión Alternativa de Optimal, siendo Optimal Investment Services una « *compañía establecida en Suiza y dedicada a la gestión de inversiones alternativas que pertenece en un 100% al Grupo Santander* ». Se informaba de que « *la contratación se realiza a través de una póliza de seguro específica* », para lo cual se habría celebrado un acuerdo de colaboración entre Banco Santander y Cardif Seguros, y la prima se invertiría íntegramente mediante una nota estructurada en una cesta de fondos de gestión alternativa Optimal.

El contenido de dicho documento, que fue utilizado para ofertar el producto a la demandante en una reunión que varios empleados del banco mantuvieron con ella, muestra que Banco Santander ofertó a la demandante un producto de inversión en el que el dinero de la cliente se invertía en unos fondos de inversión de una



compañía del propio Banco Santander (más exactamente, de su grupo empresarial). Y que eran razones fiscales las que habían llevado a Banco Santander a celebrar un acuerdo con una aseguradora para que la inversión se articulara a través de un seguro de vida "unit linked".

En estas circunstancias, hay que dar la razón a la recurrente cuando afirma que la mediación de Banco Santander era más formal que real. Se trataba de un producto diseñado por Banco Santander, comercializado en su red de oficinas por los empleados de Banco Santander, promocionado mediante una presentación con el membrete de Banco Santander (más exactamente, "Banca Privada Santander Central Hispano" y su logotipo) y documentado en impresos con el mismo membrete de Banco Santander, en el que la inversión iba finalmente a una empresa de su grupo, y de cuya evolución informaba periódicamente Banco Santander a su cliente en los estadillos relativos a la cartera de inversiones financieras de esta.

En este esquema negocial, la intervención accesorio no era, como se pretende por la recurrida, la de Banco Santander como mediador de seguros, sino la de Cardif como compañía de seguros a través de la cual, mediante un seguro de vida "unit linked", el Banco Santander comercializaba sus fondos de inversión mediante un producto que suponía un mejor trato fiscal para el cliente.

La consecuencia de lo expuesto es que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato por error vicio del consentimiento, que además habría sido motivado por su actuación y no por la de Cardif. De lo contrario, se estaría permitiendo a Banco Santander prevalerse de una estructura negocial artificial y meramente formal, que encubre una inversión en fondos emitidos por empresas de su grupo, para dificultar la satisfacción de los legítimos derechos de sus clientes.

No puede olvidarse que en la actualidad las entidades financieras y de inversión nacionales pueden utilizar compañías radicadas en otros estados para la realización de este tipo de operaciones financieras en las que están implicados clientes no profesionales, de modo que si se obligara al cliente a demandar a la compañía extranjera utilizada instrumentalmente por la compañía nacional para articular la inversión, se le dificultaría enormemente el ejercicio de las acciones, hasta el punto de hacerlo prácticamente imposible.

**5.-** Como consecuencia de lo expuesto, ha de considerarse que Banco Santander está legitimado pasivamente para soportar la acción de anulación del contrato ejercitada por la demandante.

### **SÉPTIMO.- La nulidad del contrato por error vicio del consentimiento**

#### **1.- La sentencia de primera instancia**

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pese a considerar caducada la acción y pese a estimar que Banco Santander carecía de legitimación pasiva para soportarla, entró a valorar si había existido error en el consentimiento de la demandante que invalidara su consentimiento y permitiera la anulación del contrato.

El Juzgado rechazó que existiera tal error con base, fundamentalmente, en la declaración de los testigos empleados de Banco Santander que intervinieron en la promoción y contratación del producto con la Sra. Loreto (D. Silvio , empleado de banca privada, D. Alvaro , director de banca privada, y D<sup>a</sup> Berta , traductora). Tales testigos habrían afirmado, y el Juzgado lo acepta como correcto, que se le hizo una presentación del producto (el documento empleado sería el aportado como documento núm. 11 con la contestación a la demanda), a la que la demandante acudió acompañada de su hija, en la que se le explicaron las características del producto y se le contestaron las preguntas que formuló; que tras llevarse la documentación, llamó a la oficina para manifestar que quería contratar el seguro « *habiendo quedado perfectamente enterada de todos los pormenores del mismo* »; también coinciden los testigos en que la Sra. Loreto estaba « *perfectamente capacitada para contratar este tipo de productos* », por estar catalogada en banca privada y contar con un gran patrimonio y otras inversiones.

La aptitud de la Sra. Loreto para contratar este tipo de productos quedaría acreditada con las comunicaciones enviadas por Banco Santander en las que se recogía la evolución de su cartera.

Razona también el Juzgado que no se ha alegado ninguna infracción de la normativa sobre mediación de seguros privados, que sería la aplicable.

#### **2.- Alegaciones de la recurrente**

La demandante, en el recurso de apelación, alega que no se le dio una información precontractual adecuada, en la que se informara sobre los riesgos del producto. Niega que le fueran entregados los documentos en los que no aparece su firma (documentación informativa, condiciones generales y anexos). Dice la recurrente que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se basa en la declaración de los tres testigos empleados de Banco Santander, que además contienen contradicciones respecto de lo afirmado en la contestación a la demanda y en la prueba de interrogatorio de parte sobre dónde tuvo lugar la reunión en la que se presentó



el producto a la Sra. Loreto , quiénes estaban presentes y qué productos se le ofertaron. Y afirma que le vendieron un producto sin informarle del riesgo de pérdida de la inversión, cuando de haberlo sabido no lo había contratado, puesto que ni siquiera la rentabilidad del

producto era muy alta, ya que era del 5-6%.

En cuanto a la complejidad del producto, la recurrente pone de relieve que los empleados de Banco Santander interrogados en el juicio negaron que se tratara de un producto complejo, así como que fuera un producto de riesgo. Y que examinando la póliza del contrato que se le presentó a firma (único documento que admite habersele entregado, doc. 2.1 y 2.2 de la contestación a la demanda), en tal documento no aparecen las características del producto sino solamente que quien firma el contrato ha sido informado de ellas, así como una declaración de tener conocimientos para comprender todo el producto y para conocer sus consecuencias, sin señalar cuáles son esas características y esos riesgos.

En relación al perfil de la Sra. Loreto , el recurso de apelación niega que el hecho de que dicha señora tenga un patrimonio considerable y esté catalogada por el propio banco demandado como cliente de banca privada equivalga a que tenga conocimientos y experiencia en la contratación de productos de inversión. Alega que, requerido Banco Santander en las diligencias preliminares para que aportara los contratos que la Sra. Loreto hubiera firmado, solo aportó el contrato de seguro "Unit Linked Multiestrategia" firmado el 5 de julio de 2005, el de adquisición de las participaciones preferentes de Unión Fenosa de 30 de junio de 2005 y el de apertura de cuenta corriente de 18 de mayo de 1995, y con la contestación a la demanda, el de modificación de la cuenta corriente para incluir a sus hijos, de 7 de febrero de 2001, y el de apertura de cuenta de depósito o administración de valores, de 13 de octubre de 2003. Alega asimismo que la empresa familiar de la Sra. Loreto es una pequeña empresa dedicada a sanitarios, porcelana y bricolaje, que fundó su padre, administró su difunto marido y es gestionada actualmente por una hija. Por lo que, concluye, la demandante era una septuagenaria alemana, ama de casa, viuda, con un cierto patrimonio para vivir cómodamente sin necesidad de arriesgar en productos especulativos.

### 3.- Alegaciones de la recurrida

Banco Santander, en su escrito de oposición al recurso, alegó que la Sra. Loreto es una persona con experiencia en el mundo de los negocios pues es propietaria de un importante grupo de empresas alemán: es accionista de tres sociedades, dio al banco los datos de su residencia fiscal en Alemania en papel con membrete de este grupo empresarial y a través de sus empleados, dio al banco una tarjeta de visita de uno de los asesores de la empresa, consignó como profesión en el contrato de apertura de cuenta la de "comerciante" y sus hijos, administradores del grupo de empresas, intervinieron en la negociación y firma del contrato. Además, como declararon los testigos empleados del banco y resulta de los estadillos sobre la cartera de inversiones del Banco Santander, dicha señora tenía otras inversiones arriesgadas, como unas preferentes y un fondo de inversión, que carecían de garantía de capital. La demandante es cliente de banca privada y la contratación se produjo tras una reunión explicativa previa, a la que acudió con su hija y en la que estas formularon preguntas. Expone a continuación cuáles fueron las declaraciones de sus empleados en el juicio, que corroborarían lo expuesto.

La documentación contractual y explicativa incluiría información veraz y detallada y contenía advertencias de que se trataba de un producto sin garantía del capital. Además, las declaraciones de los testigos, empleados del banco, acreditarían que el documento núm. 11 de la contestación a la demanda fue el utilizado en la presentación del producto que se hizo a la demandante en la reunión que mantuvieron con ella, y que le fue entregada, así como que en esa reunión se le explicó que las rentabilidades pasadas no garantizaban rentabilidades futuras. Por tanto, tanto la documentación contractual como la presentación que fue entregada previamente a la demandante describían cumplidamente las características del seguro, lo que resultaría además probado por el informe pericial aportado por Banco Santander con la contestación a la demanda. Además, la demandante no habría formulado queja alguna sobre la información recibida hasta que se produjo el fraude de Ovidio que afectó a uno de los fondos a los que estaba referenciada la inversión, ni solicitó información adicional alguna. Es más, firmó la póliza, en la que constaba la siguiente declaración: « *declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo*».

Por ello, no habría existido error que viciara el consentimiento de la demandante, y de haber existido error, hubiera sido vencible, tanto por la lectura de la documentación explicativa y contractual como por la posibilidad de hacer preguntas al personal del banco.

### 4.- Decisión de la Sala. Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento



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

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

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

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

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

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

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

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

##### **5.- Normativa aplicable a la información que debe ser facilitada al cliente**

Como cuestión previa, ha de aclararse si la normativa aplicable para determinar qué información debe ser facilitada al cliente que contrata este tipo de seguros de vida "unit linked" es exclusivamente la normativa que regula los seguros privados, como se afirma en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y sostiene Banco Santander, o la normativa sobre inversiones, en concreto la Ley del Mercado de Valores y normas que la desarrollan.

Como se ha expresado al examinar la legitimación pasiva de Banco Santander, el producto ofertado y contratado por la demandante fue un producto de inversión, que se articuló a través de un seguro de vida "unit



linked" por ser la fórmula contractual diseñada por el banco, con la colaboración de una aseguradora, para hacerla más atractiva a sus clientes desde el punto de vista fiscal.

En tales circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas en el art. 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Esta última normativa será aplicable en cuanto contenga determinadas regulaciones específicas propias del contrato de seguro, que se añaden a las que rigen con carácter general las obligaciones y contratos y con carácter particular los contratos de inversión, pero no en el sentido de rebajar las obligaciones de información que establece la normativa reguladora del mercado de valores.

#### 6.- *Carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión*

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre eses extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

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

En el caso enjuiciado, la Sala discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida en apelación (no olvidemos que este tribunal ha asumido la instancia y está resolviendo el recurso de apelación, no el recurso extraordinario por infracción procesal), y considera que no ha resultado probado que la demandante recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión.

En primer lugar, no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado. Pero es que además, en este caso, las declaraciones de estos empleados llevan a la conclusión de que la información facilitada a la demandante cuando se le ofertó el producto fue la recogida en el documento de la "presentación" que se le hizo en la reunión previa mantenida con ella, documento que ha sido aportado como el núm. 11 de la contestación a la demanda. En dicha presentación las menciones que se hacían respecto al riesgo del producto eran las relativas a la « *volatilidad controlada: la volatilidad media anual en los últimos 5 años ha sido de 1.66% gracias a la baja correlación que hay entre todas las estrategias* », « *mayor control del riesgo, gracias a una exposición más diversificada...* », y « *en ningún caso la información y los análisis contenidos en el presente informe garantizan resultados o rentabilidades futuras de las inversiones, que dependerán, en todo caso, de la evolución de los mercados financieros* ». Lo genérico de estas menciones, la falta de una afirmación clara de la posibilidad de pérdida de la inversión, y circunstancias tales como la denominación del producto como "seguro de vida" y su calificación como « *un buen instrumento de ahorro a largo plazo* » en la propia presentación, llevan a la Sala a considerar como insuficiente e inadecuada la información que se dio a la demandante sobre los riesgos del producto, aspecto esencial del contrato.

El informe pericial aportado por Banco Santander para acreditar la corrección de la información carece de eficacia alguna puesto que no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable, sobre las que no cabe otro juicio técnico que el emitido por los abogados por las partes en defensa de sus clientes, y por el propio tribunal al dictar la sentencia. No es procedente la emisión en el proceso de este tipo de dictámenes



periciales jurídicos, incluso aunque se presenten bajo la cobertura de una pericia económica o como un simple documento "técnico".

Tampoco son relevantes las menciones predispuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Loreto en el sentido de que « *he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...* » y « *declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo*». Se trata de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.

Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, no solo se contienen principalmente en documentos contractuales accesorios o complementarios, alguno de los cuales no aparece siquiera firmado por la Sra. Loreto (y esta niega haberlo recibido), mediante menciones insertas dentro de la extensa reglamentación contractual y no siempre resaltadas ni claras (como la mención a la falta de garantía del valor de las "unidades de cuenta"), sino que además no fueron facilitadas a la demandante con la suficiente antelación, al hacerle la presentación del producto.

Sobre este particular, la sentencia de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « *en el marco de las negociaciones con sus clientes* ». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información « *clara, correcta, precisa, suficiente* » que debe suministrarse a la clientela sea « *entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación* ».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable.

#### **7.- El deber de información y el carácter excusable del error.**

Dijimos en la sentencia de pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

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

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre



otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de « *asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...].* ».

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

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

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

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

El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 ,

« *la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente* ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un



deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Tampoco puede acogerse el argumento de que los empleados de Banco Santander estuvieron dispuestos a responder cuantas preguntas se les formularon. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

#### **8.- El perfil de la cliente**

La sentencia de primera instancia declaró que *« todos los testigos coinciden en que la Sra. Loreto a pesar de su edad estaba perfectamente capacitada para contratar este tipo de productos, estando catalogada en banca privada desde 2002, al contar con un gran patrimonio, con fondos de inversión, participaciones preferentes de Banco Santander, de Unión Fenosa y otros a plazo fijo »*.

La recurrente negó tener el perfil de inversor experto, negó asimismo haber contratado todos los productos que se alegaban por la demandada, negó eficacia probatoria a los documentos emitidos unilateralmente por Banco Santander (en concreto, el núm. 8 de la contestación a la demanda, consistente en los estadillos mensuales de su cartera de valores), y negó que el hecho de que fuera cliente de banca privada supusiera que la demandante tuviera experiencia inversora y conocimientos adecuados para contratar dicho producto.

No existe prueba adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Banco Santander. Que su familia tenga una empresa en Alemania, ajena a las actividades financieras o de inversión (sanitarios, porcelana y bricolaje), de la que no existe prueba alguna de que ella tuviera funciones ejecutivas o directivas, no configura un perfil de inversor profesional. Como ya declaramos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 de abril , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos. Por otra parte, en la póliza de seguro cuya anulación se solicita consta como profesión de la demandante la de "ama de casa".

Tampoco el hecho de tener un patrimonio considerable, lo que determinó su calificación como cliente de banca privada (que es una calificación hecha por Banco Santander, no por la propia cliente), determina por sí solo que se trate de un cliente experto en inversiones.

Y el hecho alegado por Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones (en los estadillos de la cartera de inversiones aportados como documento número 8 aparecen dos más, una adquisición de preferentes concertada con una diferencia de cinco días respecto del contrato que es objeto del litigio y que la demandante alega le fueron "colocadas" en la misma promoción y un fondo de inversiones del propio Banco Santander) no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Banco Santander (alguno en las mismas fechas que el seguro de vida "unit linked"), sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

**9.-** En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la



normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa.

#### **OCTAVO.- Inexistencia de confirmación del contrato**

1.- Aunque las sentencias de instancia no hacen referencia a esta cuestión, ha de darse respuesta a la alegación de Banco Santander de que el contrato fue confirmado por la demandante y que por ello no puede pretender su anulación.

2.- La alegación de confirmación del contrato no puede ser estimada porque no concurren los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable.

La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error.

La petición de rescate de la póliza no es tampoco significativa de la voluntad de la demandante de extinguir su derecho a impugnar el contrato, solicitando su nulidad y la restitución de lo que entregó a la otra parte, puesto que es compatible con la pretensión de obtener la restitución de la cantidad entregada. La renuncia a un derecho, como es el de impugnar el contrato por error vicio en el consentimiento, no puede deducirse de actos que no sean concluyentes, y no lo es la petición de restitución de la cantidad invertida respecto de la renuncia a la acción de anulación del contrato.

Menos aún lo es la reintegración parcial de la cantidad invertida, varios meses después de haber interpuesto la demanda de anulación del contrato, sin haber desistido de la demanda ni renunciado a la acción. No puede pedirse una actitud heroica a la demandante, pretendiendo que renuncie a ser reintegrada parcialmente de la cantidad invertida hasta que se resuelva finalmente la demanda en la que solicitó la anulación del contrato y la restitución del total de las cantidades invertidas.

#### **NOVENO.- Consecuencias de la estimación de la demanda**

Las estimación de la demanda supone la declaración de nulidad del contrato de seguro "unit linked multiestrategia" suscrito por la demandante y la condena a Banco Santander a restituir a la demandante los 250.000 euros invertidos, con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio.

#### **DÉCIMO .- Costas y depósitos**

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, se impongan a la demandada las costas de primera instancia y no se haga expresa imposición de las costas del recurso de apelación. No procede hacer expresa imposición de las ocasionadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procede a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Declarar haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D<sup>a</sup>. Loreto , contra la sentencia dictada el 18 de mayo de 2012, por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 41/2012 .

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, acordamos:



2.1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. Loreto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2011 dictada en el juicio ordinario núm. núm. 1724/2009.

2.2.- Declarar la nulidad del contrato de seguro "unit linked multiestrategia" suscrito por la demandante el 6 de julio de 2005.

2.3.- Condenar a Banco Santander a restituir a la demandante los 250.000 euros invertidos, con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), con aplicación de las cantidades parciales recibidas durante la tramitación del litigio.

2.4.- Condenar a Banco Santander al pago de las costas de primera instancia.

No hacer expresa imposición de las costas de apelación.

3. No procede imposición de las costas correspondientes a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Procédase a la devolución a la demandante de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos.

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

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

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