

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ
SECCION SEGUNDA**

**M^a Isabel Sanabria
Guerra
Procuradora de los Tribunales
1 OCTUBRE 2020
NOTIFICADO**

S E N T E N C I A 252

Ilustrísimos Señores:

PRESIDENTE

José Carlos Ruiz de Velasco Linares

MAGISTRADOS

Antonio Marín Fernández

Concepción Carranza Herrera

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE CÁDIZ

JUICIO ORDINARIO Nº 849/2017

ROLLO DE SALA Nº 673/2018

En Cádiz a 29 de septiembre de 2020.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, integrada por los Ilmos. Srs. reseñados al margen, ha visto el Rollo de apelación de la referencia, formado para ver y fallar la formulada contra la sentencia dictada por el citado Juzgado de Primera Instancia y en el Juicio Ordinario que se ha dicho.

Ha comparecido en calidad de apelante la entidad **SLU**, representada por la Pdora. Sra. Sanabria Guerra, quien lo hizo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. García Graells.

Han comparecido en calidad de apeladas las entidades: (1) **BANCO DE**

SANTANDER S.A., representada por la Pdora. Sra. Asenjo González, quien lo hizo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Arévalo Espejo; y (2) **SANTANDER SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, representada por la Pdora. Sra. Asenjo González, quien lo hizo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Fluja Sarasua.

Ha sido Ponente el Magistrado Sr. MARIN FERNANDEZ, conforme al turno establecido.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Formulado recurso de apelación ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de los de Cádiz por la parte antes citada contra la sentencia dictada el día 3/septiembre/2018 en el procedimiento civil nº 849/2017, se sustanció el mismo ante el referido Juzgado. La parte apelante formalizó su recurso en los términos previsto en Ley de Enjuiciamiento Civil y las apeladas, por su parte, se opusieron instando la confirmación de la resolución recurrida, remitiéndose seguidamente los autos a esta Audiencia para la resolución de la apelación.

SEGUNDO.- Una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, se turnaron a esta Sección, acordándose la formación del oportuno Rollo para conocer del recurso y la designación de Ponente. Reunida la Sala al efecto quedó votada la sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- Planteamiento y toma de posición. El recurso interpuesto por la entidad actora, SLU, ha de ser parcialmente estimado. Debemos por tanto revocar la sentencia absolutoria recurrida y en su lugar estimar parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil actora. Digamos ya que no podemos compartir la tesis de la Juez a quo según la cual la acción verdaderamente ejercitada es una acción de anulabilidad de las pólizas de seguro litigiosas por vicio del consentimiento, de manera

que, rescatadas en el año 2009, habrían quedado perjudicadas por causa de caducidad al presentarse la demanda en el año 2017 fuera del plazo establecido en el art. 1301 del Código Civil. Como a continuación se explicará no estamos ante acción resolutoria alguna, sino ante una mera acción indemnizatoria que nada tienen que ver desde la perspectiva de su estructura procesal con la acción que en la instancia se ha indebidamente valorado.

Dicho esto, y retomando el ejercicio de la plena jurisdicción propia de este recurso, hemos de anticipar que ningún problema debe de haber a nuestro juicio para estimar la acción de responsabilidad civil ejercitada por la actora contra la aseguradora Santander Seguros y Reaseguros S.A. y contra la entidad financiera Banco de Santander S.A. a través de la cual se comercializaron los seguros litigiosos. En su consecuencia, habrá de estimar la acción indemnizatoria en cuanto que encaminada a compensar los perjuicios patrimoniales directamente sufridos por la pérdida de valor de la inversión realizada, en cuantía de 28.979,93 euros. Por el contrario, diversas razones abonan la desestimación de la acción que pretendía también la indemnización por la pérdida que supuso del pago de los intereses derivados de la póliza de crédito suscrita para financiar la operación inversora, cifrada en 12.105,90 euros. Esas razones tienen que ver, como veremos, con la evidente transparencia de aquella operación de crédito, desde luego susceptible de ser comprendida por la entidad prestataria con la información ordinaria que respecto a tales operaciones se facilitan en el mercado financiero, pero también, y en lo que a Santander Seguros y Reaseguros S.A. hace, con su absoluta ajenidad respecto de su ámbito propio de actuación.

Recordemos sucintamente lo sucedido. A propuesta, y bajo asesoramiento de los gestores de una de las sucursales de Banco de Santander S.A. en esta ciudad, la entidad actora, SLU (actuando esta a través de su administrador y socio único
José) suscribió con la entidad Santander Seguros y Reaseguros S.A. en fecha 27/febrero/2007 tres pólizas de seguro del tipo unit linked, denominadas “SEGURO INVERSION PETROBOLSA II”, con vencimiento el día 23/marzo/2017. El importe total de la inversión era de 148.000 euros, divididos en dos pólizas de 60.000 euros cada una y una tercera de 28.000 euros. Para hacer frente a la inversión, Banco de Santander S.A. concedió a SLU una póliza de crédito por un importe

máximo de 150.000 euros, en cuya garantía fueron pignoradas las pólizas de seguro al tiempo contratadas. Pese a los prometedores resultados iniciales (consta que en fecha 3/junio/2008, el valor de las pólizas había subido de 60.000 a 65.998,51 euros, y de 28.000 a 30.795,49 euros) la crisis económica iniciada en aquellos años afectó al valor de los activos subyacentes, esto es, el EUROSTOXX50 y el Futuro sobre el Petróleo tipo Brent, hasta el punto de instar la tomadora el rescate las pólizas en fecha 18/marzo/2009. Finalmente se produjo el rescate el día 7/abril/2009 con unas pérdidas para la entidad inversora de 28.979,93 euros, puesto que el valor de rescate de las pólizas de 60.000 euros fue de 46.950,88 y el de la póliza de 28.000, de 21.906,11 euros. SLU hubo de hacer frente a intereses de la póliza de crédito por valor de 12.105,90 euros

SEGUNDO.- La legitimación pasiva de las entidades demandadas, Banco de Santander S.A. y Santander Seguros y Reaseguros S.A. Sobre tales hechos, el primer problema a considerar es el de las excepciones de falta de legitimación pasiva respectivamente opuestas por las representaciones letradas de ambas codemandadas, las cuales, según nuestro criterio, deben de obtener diferente resultado. Abordamos con ello, para rechazarlo parcialmente, el motivo contenido en la alegación 3ª del recurso.

Asumiendo como no podía ser de otra forma (en tanto que hecho admitido por ambas partes y reiteradamente refrendado por la prueba documental y testifical disponible) que las pólizas de seguro fueron comercializadas en la oficina del Banco de Santander S.A. de la calle Churruca nº 4 de esta ciudad, protagonizando las labores de oferta, asesoramiento y gestión tanto su director Sr. _____ como su subdirector Sr. _____, que la aseguradora sea una entidad del mismo grupo empresarial, justifica con creces que se haga no solo a esta, como contraparte en la relación contractual en cuestión, sino también la propia entidad financiera, Banco de Santander S.A. corresponsable de las consecuencias de aquellos negocios, en tanto que es ella la que los comercializa en nombre de la aseguradora vinculada, quien adopta la iniciativa de ofertar sus productos e incluso quien se ofrece a financiarlos.

Sin embargo, de los resultados de esta última operación solo debería responder, en

su caso, la entidad prestamista, esto es, Banco de Santander S.A. Parece claro que ninguna participación tuvo en la suscripción de la póliza Santander Seguros y Reaseguros S.A. La financiación de la inversión en los unit linked era una cuestión accesoria respecto de la operación principal y en absoluto indispensable o necesaria: optar por ese medio de financiar, por otro alternativo (con la misma entidad o con otra diferente) o con fondos propios era una cuestión contingente. No es imaginable que la prestataria quedara obligada por causa de la póliza de crédito con Santander Seguros y Reaseguros S.A., ni que esta pudiera reclamarle el cumplimiento de las obligaciones que de ella derivaban.

TERCERO.- Naturaleza de los seguros unit linked. La representación letrada de la parte actora se ha referido reiteradamente a la presencia en autos de un “*falso seguro*”, mientras que la contraria ha mantenido la normalidad del producto financiero en cuestión desde su naturaleza mixta que denota la propia denominación contractual: “*seguro inversión*”.

“*Unit linked*” es un anglicismo que significa “*vinculado a unidades de cuenta*”, y se refiere en realidad a un verdadero, que no falso, contrato de seguro de vida en el que el tomador asume el riesgo de la inversión subyacente ya que una parte de la inversión ha de destinarse al pago de la prima del seguro, pero la mayoría del capital se invierte en una cartera de productos y el riesgo lo asume el comprador. La prima satisfecha no garantiza una cantidad determinada sino que la prestación en caso de fallecimiento o en el caso de suceder la contingencia pactada será la que resulte del valor de la inversión efectuada en una cesta de fondos o activos financieros. Es por tanto un seguro ahorro-vida en el que el asegurado asume el riesgo que conlleva la inversión y que evidentemente garantiza una cobertura en caso de fallecimiento; en suma, es una forma de invertir teniendo a la vez un seguro de vida. Citemos la ilustrativa sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11/febrero/2013: “*Ciertamente, el, seguro de vida en su modalidad unit linked es, ante todo, un contrato de seguro de vida, cuya validez, como tal, ha sido admitida no sólo por la jurisdicción nacional (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 1ª, de 24 de abril de 2.012 y de Barcelona, Sección 16ª, de 28 de abril de 2.011, entre otras), sino también por la Sentencia del Tribunal de Justicia*

de la Unión Europea de fecha 1 marzo 2012 (asunto C-166/11) que, aun de modo incidental a propósito de la cuestión prejudicial que había de resolver, estimó que no resulta manifiestamente erróneo calificar como modalidad de seguro de vida los contratos denominados "unit-linked", pues son habituales en el Derecho de los Seguros, hasta el punto de que el legislador de la Unión ha considerado que este tipo de contrato forma parte de uno de los ramos del seguro de vida, tal y como se desprende expresamente del anexo I, punto III, de la Directiva "del seguro de vida", interpretado en relación con el artículo 2, punto 1, letra a), de esta Directiva".

Se trata por tanto de aunar los eventuales ventajas de la cobertura aleatoria propia del seguro de vida, de los beneficios fiscales propios de tal contrato y de la rentabilidad, si llega a haberla, propia de los productos de inversión en los que se colocan las primas, según cesta que elige el contratante o que es manejada por la entidad aseguradora según los casos.

Que todo ello sea tendencialmente así, no priva al negocio de patentes peligros y contra indicaciones. Y es que el hecho de que se trate, ante todo, de un seguro de vida, no quiere decir que no existan notables especialidades derivadas de su propia estructura y funcionalidad. No es en absoluto irrelevante el destino que se dé a la inversión, la determinación de quién haya de decidirlo tanto inicialmente como durante la vida del contrato, la gestión de esas inversiones o el modo de calcular el valor de rescate o el de la prestación caso de producirse la contingencia. De aquí que las obligaciones información se acentúen como ocurre con el resto de productos financieros complejos, categoría en la que se debe encuadrar sin duda un producto como el de autos.

En apariencia se trata de un seguro de vida, en el que se aseguradora y tomador SLU, pactan la cobertura en el caso de supervivencia del asegurado, el Sr. Parra Fernández, más allá de la fecha de vencimiento (23/marzo/2017) o de su fallecimiento durante la vigencia de la póliza. Al margen de ello se reconoce la posibilidad de rescate una vez pasados dos años durante las ventanas de liquidez que se establecen al efecto.

La prima es fija, mediante la aportación inicial de las sumas indicadas. Se hace

expresamente constar, tras destacarse en negrita que se trata de un “seguro en el que el tomador del seguro asume el riesgo de la inversión”, que “las aportaciones realizadas y sus futuros rendimientos son invertidos por la Compañía Aseguradora en una determinada cartera de activos financieros y tanto su valor de rescate como el importe de la prestación satisfecha al beneficiario o beneficiarios del seguro, están vinculados al valor de mercado de dicha cartera de activos financieros”. Se identifican igualmente los activos subyacentes, bien que no con la claridad exigible: “El conjunto de activos vinculados a esta póliza, en origen garantizados por Banco Santander Central hispano S.A., tendrá como objetivo (sin que ello suponga garantía alguno de su consecución por la compañía aseguradora) alcanzar a la fecha de vencimiento del seguro, 23 de marzo de 2017, un importe igual al 100% de la portación inicial a la fecha de efecto de la aportación más una rentabilidad igual al 100% de la regularización media de 120 observaciones mensuales desde la fecha de inicio de la estructura hasta la fecha de vencimiento de seguro de una cesta compuesta en un 50 % por el índice EUROSTOXX50 y el otro 50 % por el Futuro sobre Petróleo tipo Brent. La compañía aseguradora se reserva el derecho a sustituir cualquiera de los activos que integran el conjunto de activos vinculados esta póliza, bajo el compromiso de mantener el objetivo de inversión y perfil de riesgo definido en la póliza”.

Más allá de los problemas que ofrece el cálculo del valor de rescate o del valor acumulado, extremo sobre el que volveremos, las previsiones contractuales sobre “política de inversión” que hemos transcrito ofrecen serios problemas. Y van desde las dudas que deliberadamente se introducen sobre la garantía sobre la inversión (no se explica que Banco de Santander S.A. garantice en origen la inversión para luego decir que la aseguradora no garantiza resultado alguno), pasando por la presentación de ambiciosos objetivos que resultan ser meras intenciones, hasta la imposición indiscriminada de cambios unilaterales en las inversiones subyacentes. Con todo, quizás lo más relevante sea que se está introduciendo a un inversor (apalancado) en un producto estructurado sin que aparezca información o detalle alguno de cómo iba a funcionar en realidad la referencia al índice bursátil señalado y mucho menos el derivado financiero sobre el Petróleo Brent.

CUARTO.- Caracterización de la acción ejercitada y el problema de su

eventual caducidad. Reiterando lo antes dicho sobre el particular, hemos de insistir en la defectuosa apreciación de la excepción de caducidad que es el motivo esencial dado por la Juez a quo para rechazar la demanda de SLU, por cuanto la acción ejercitada no estaba sometida a los límites que impone tal institución.

En la sentencia recurrida se razona lo que sigue: *“la primera cuestión que debemos determinar es qué acción está ejercitando la parte actora en atención a su naturaleza y calificación jurídica con independencia de la denominación que utiliza la parte actora”*. Y puestos a hacer tal ejercicio, advierte *“que la acción ejercitada está fundamentada en una creencia errónea o en una ausencia de conocimiento de la naturaleza del contrato suscrito por las partes”* y a tal objetivo se endereza la prueba practicada. Si ello es así, *“en nuestro derecho, el contratante que no conoce la naturaleza, obligaciones y riesgos del contrato por una insuficiente explicación de la contraparte incurre en error, vicio del consentimiento que le permite solicitar la nulidad del vínculo desde la emisión de su voluntad incorrecta”*. En consecuencia, *“la demanda gravita en la formación incorrecta de la voluntad negociar en el momento del concurso de la oferta con la demanda que provoca la ineficacia inicial del vínculo”*. Quizás sea más importante aún señalar que en la sentencia apelada se excluye tanto la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento del deber de información (*“No hay resolución del contrato por causa del incumplimiento de este deber de información previo al nacimiento del vínculo, ya que por propia esencia el incumplimiento tiene su encaje en los efectos de un contrato válido y eficaz”*), como la de encauzar las pretensiones de la actora por la responsabilidad derivada de verdaderos incumplimientos contractuales (*“En ningún momento se alega que exista por parte de la entidad demandada un incumplimiento de las prestaciones que debía hacer según contrato: incorrecta liquidaciones o cuantías equivocadas”*).

Ocurre sin embargo que siendo ciertas las tres afirmaciones, es decir, (i) que el modo ordinario de encauzar el conocimiento defectuoso del contenido del contrato por defecto de información de la parte proponente es la alegación de un vicio del consentimiento, (ii) que solo a través de tal expediente cabe obtener la resolución (*rectius*, anulabilidad) del contrato sin que ello sea posible lograrlo por la constatación de

incumplimientos posteriores y (iii) que no se ejercita en la causa una acción por incumplimiento contractual acaecido luego de la suscripción de un contrato válido y eficaz, no se tiene en cuenta que la acción ejercitada es con absoluta claridad otra bien distinta a las anteriores.

Basta para ello dar lectura al Suplico de la demanda para comprobar que lo pretendido es que se declare que las entidades demandadas incumplieron los deberes de diligencia, lealtad y buena fe para con su cliente respecto de la comercialización de los SEGUROS PETROBOLSA II, actuando en forma negligente en la prestación de los servicios de asesoramiento e intermediación financiera prestados al ocultarle información trascendental sobre la naturaleza y riesgos de las pólizas contratadas; todo ello en contravención de la Ley del Mercado Valores y del Decreto 629/1993 de Transparencia en el mercado de Valores. Estamos ante una suerte de responsabilidad civil precontractual que o persigue ineficacia alguna sino la mera indemnización por daños y perjuicios ajena a la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento que obstinadamente se ha resuelto en sentencia cuando nunca se había ejercitado.

Siendo todo ello así, pasamos a dar respuesta a los motivos de recurso contenidos en la alegación 1ª (incongruencia) y 2ª (posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de información). Sin perjuicio de admitir, como luego haremos, que el título ejercitado debe dar lugar en lo sustancial a la estimación de la demanda, la sentencia apelada no parece que pueda ser tachada de incongruente.

Citemos al respecto, para un caso muy similar, la sentencia del Tribunal Supremo 11/marzo/2020. En ella se lee lo que sigue: *“Con carácter general, venimos considerando que “el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia” (Sentencia 173/2013, de 6 de marzo). “De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (“ultra petita”), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (“extra petita”) y también si se dejan incontestadas*

y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)".

Pues bien, en el caso sometido a su consideración, *"las acciones ejercitadas en la demanda varían, según se refieran al swap de intereses o al swap de inflación. Es cierto que respecto de la contratación de ambos, se denunciaba la infracción por el banco de "sus obligaciones legales de información, diligencia, transparencia, imparcialidad e interdicción del conflicto de interés". Pero en el caso del swap de intereses se ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios, al amparo del art. 1101 CC; mientras que respecto del swap de inflación se ejercitaba, con carácter principal, una acción de resolución del contrato de swap basada en el incumplimiento de esas obligaciones, y no una acción de indemnización de daños y perjuicios ex art. 1101 CC.*

La sentencia de apelación entiende procedente desestimar todas estas pretensiones porque no cabe basar la resolución de un contrato en el incumplimiento de obligaciones previas a su perfeccionamiento. Con ello es cierto que, como luego se denuncia en el primer motivo de casación, la sentencia incurre en un error al aplicar una doctrina improcedente a la acción ejercitada de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones del banco en la comercialización de productos financieros complejos respecto del swap de intereses, puesto que propiamente no se interesaba la resolución del contrato. Pero este error debe ser atacado, como lo ha sido, a través del recurso de casación, por inaplicación de la norma jurídica que regía la acción ejercitada, el art. 1101 CC. Propiamente no cabe hablar de incongruencia omisiva, pues la sentencia de apelación desestima íntegramente todas las pretensiones, también la de indemnización de daños por la contratación del swap de intereses, esto es, no deja de pronunciarse sobre esta pretensión, sin perjuicio de que lo haga equivocadamente al

fundar su desestimación en unas razones que se adaptan bien a la pretensión resolutoria

del swap de inflación, pero no a esta pretensión indemnizatoria por el swap de intereses”.

Y continua diciendo el Tribunal Supremo que, fueran las cosas como fueran, la sentencia absolutoria dictada nunca podía ser tachada de incongruencia: *“En última instancia, la sentencia recurrida es absolutoria de las pretensiones contenidas en la demanda, y conforme a la jurisprudencia de esta sala (recogida entre otras en la sentencia 722/2015, de 21 de diciembre), las sentencias absolutorias por regla general no pueden incurrir en incongruencia omisiva: "En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que "las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador" (Sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última Sentencia 365/2013, de 6 de junio, la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado”.*

Fuera o no incongruente el pronunciamiento debatido, tal y como sugiere el Tribunal Supremo, lo que es seguro es que se fundamentaba en una errónea apreciación de la acción realmente ejercitada al reconducirla a otra bien distinta susceptible de estar ya perjudicada por causa de caducidad. Lo cierto es que la jurisprudencia admite que pueda ejercitarse una acción indemnizatoria derivada justamente de la defectuosa información recibida, al margen de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento o de la acción de resolución contractual por incumplimiento. Se explica bien en la sentencia del Tribunal Supremo de 24/abril/2019, conforme a la cual: *“Conforme a jurisprudencia ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos, antes y después de la entrada en vigor de la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de*

indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”.

Hemos de reconocer la íntima relación existente entre las referidas acciones en la medida en que comparten un mismo sustrato fáctico, pero no se vislumbra obstáculo alguno, procesal o material, para entablar una acción meramente indemnizatoria por el incumplimiento de determinados deberes de la entidad demandada en el momento de asesorar e informar al cliente sobre las especificaciones del producto financiero que se adquiriría.

La opción es lícita, tal y como queda explicado en la sentencia del Tribunal Supremo de 13/septiembre/2017. En ella, tras excluirse la posibilidad de anular al incumplimiento de las obligaciones precontractuales la resolución del contrato, procediendo, en su caso, la acción anulatoria (“*La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual*”), termina por admitir que ello sí genere una responsabilidad contractual como la que aquí se intenta: “*el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes*”.

Y nótese que *“aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero”*. Es por todo ello que *“cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado (...) De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión”*.

Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11/marzo/2020 en relación a una permuta financiera sostiene lo siguiente: *“La acción ejercitada no era la de resolución del contrato de adquisición del swap comercializado por Banco Santander por haber incumplido este sus deberes legales relacionados con la comercialización de productos financieros complejos, sino la de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de estos deberes en el marco de la relación de asesoramiento que propició la contratación del swap. Por lo tanto, no resultaba de aplicación la razón esgrimida por la Audiencia para desestimar esta pretensión.*

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, no puede fundarse una acción de resolución de un contrato de adquisición de productos financieros en el incumplimiento de deberes previos a la contratación, al amparo del art. 1124 CC, "dado que el

incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento" (sentencia 491/2017, de 13 de septiembre).

Pero sí cabe, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta doctrina ha sido reiterada en resoluciones posteriores, recientemente por las sentencias 62/2019, de 31 de enero, y 303/2019, de 28 de mayo”.

Llegados a este punto solo queda añadir que no se aplica a la acción ejercitada el plazo de caducidad previsto en el art. 1301 del Código Civil. Y que la acción indemnizatoria realmente intentada queda sujeta al plazo general de las acciones personales del art. 1964.2 del Código Civil en su versión anterior a la Ley 42/2015, razón por la cual es imposible apreciar una prescripción, por lo demás, nunca opuesta.

QUINTO.- La información a facilitar al contratante de un seguro unit linked.

Pasamos a ocuparnos de las alegaciones 3^a, 4^a y 5^a, si bien la primera de ellas ya fue abordada desde la óptica de la legitimación pasiva de las codemandadas. Se trata ahora de determinar el tipo y nivel de información de la que deben ser acreedores los contratantes de un seguro mixto, un “*seguro inversión*” como se denomina en el texto del contrato, como el que nos ocupa, abstracción hecha de la condición de consumidor o no del tomador.

Y dado que el propósito de ese seguro no es tanto el típico de dar cobertura a una determinada contingencia ligada a la vida de una persona (la muerte o la supervivencia) sino que el verdadero fin es el inversor, asumiendo el tomador un riesgo de ganancias o

pérdidas, que no está en el típico seguro de vida, que es “*incertus quando*”, pero no “*incertus an*”, no se estima lógico dejar de aplicarle la misma la normativa creada en protección del inversor, pues inversor, sin duda, es el contratante de esa modalidad de seguro. Lo contrario sería tanto como propiciar el fraude de ley, pues, a través de una norma de cobertura (la calificación del contrato como meramente de seguro) se eludirían normas imperativas como son las que regulan las inversiones financieras, en su faceta de protección del inversor.

No debe existir violencia interpretativa alguna cuando se entienden incluidos los unit linked dentro del generoso y amplio marco que ofrecía el art. 2 de la Ley del Mercado de Valores vigente al momento de su contratación en el año 2007 (por cuanto del tenor de su art. 2 quepa concluir que estaba incluido entre sus previsiones: “*Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros:(...) 2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo*”). De aquí que la obligación informativa con suficiente antelación, completa y clara, era exigible a la entidad demandada con todo rigor no solo por el principio general de la buena fe, entendida en sentido objetivo de pauta de conducta (arts. 7.1 y 1.258 del Código Civil), sino también por la normativa específica sectorial bancaria (arts. 79 y 79,bis de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, art. 48.2.a), c) y d) de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y arts. 3.1 y Anexo I, 5.1 y 2 y 7.2 y 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994, normas todas ellas entonces vigentes).

Cuanto venimos indicando lo recoge explícitamente la sentencia del Tribunal Supremo de 12/enero/2015 que de alguna manera viene a poner orden en la materia al abordar explícitamente la información exigible en la contratación de estos productos.

En su Fundamento de Derecho 7º.5 comienza estudiando como cuestión previa, “*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”, concluyendo en l sentido ya indicado: “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”.

Dicho lo anterior, al alto Tribunal aborda más concretamente cuál sea el nivel de información exigible en los siguientes términos: *“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 esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que*

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

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 Tribunal Supremo termina concluyendo que quien padece esa falta de información “*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*”.

SEXTO.- Aplicación al supuesto litigioso. Las tesis así expuestas son de perfecta aplicación al supuesto de autos en cuanto al seguro inversión se refiere, no así en lo que hace a la póliza de crédito suscrita para financiar la operación.

Dejando por ahora este último problema al margen nos parece claro que ni la información contenida en el contrato o en su documentación accesoria, ni la que hipotéticamente facilitaron los empleados del Banco de Santander S.A., rellenan las tan citadas exigencias. Piénsese que la única mención a los activos vinculados con la póliza, es decir, las referencias al índice EUROSTOXX50 y a los Futuros sobre el Petróleo Brent, es la que se contiene en el apartado “*política de inversión*” antes transcrito del que no cabe extraer en absoluto una idea clara sobre el verdadero destino de la inversión y de cómo esta iría fluctuando en lo sucesivo. Nada se aclara tampoco (antes al contrario, incrementa el nivel de confusión la aparición de un swap) en el apartado “*Política de inversión del valor de acumulación*”. Y en cuanto al cálculo de éste aunque solo fuera de forma aproximada, que era en definitiva lo que iba a determinar la rentabilidad de la inversión, nada se dice; eso sí, queda pactado que “*El agente de cálculo a los efectos de calcular el valor de mercado del conjunto de activos será Banco Santander Central Hispano S.A.*” De igual forma, del valor de rescate solo queda dicho, como no podía ser menos, que será “*calculado según el valor de mercado del conjunto de activos vinculado*”. Curiosamente en

la contestación a la demanda, la representación del Banco de Santander S.A. continúa limitándose a explicar que “*las prestaciones consisten en el abono del valor acumulado, es decir, el valor de los activos conforme a mercado*”.

Detengámonos en la supuesta información que se dice puesta a disposición de la

entidad actora o de su administrador para comprobar la realidad de las anteriores afirmaciones.

A) Valor de las menciones predisuestas. Cada una de las pólizas de seguro en litigio aparece acompañada de un documento suscrito por el Sr. _____ en los que manifiesta *“que, tras haber sido informado en la sucursal número 1862 de las características y riesgos del producto SIPII, he decidido proceder, una vez hecho mi propio análisis, a suscribirlo por importe de...”*

Su valor, a los efectos que ahora interesan, es prácticamente nulo. Retomando la sentencia del Tribunal Supremo de 12/enero/2015, son del máximo interés los comentarios acerca de este tipo de documentos:

“Tampoco son relevantes las menciones predisuestas 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 predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas 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 predisuestas 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”.

Además, “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”.

Algo de todo ello hay también en autos si se tiene en cuenta que ni tan siquiera están fechados los documentos de asesoramiento

B) Información de los propios empleados. En la alegación 6ª del recurso se hace una magnífica descripción y análisis de las testificales llevadas a cabo respecto de los

citados empleados, es decir, del director de la sucursal del Banco de Santander, Sr. , de su subdirector, Sr. , y del analista de riesgos, Sr. La imagen ofrecida es casi deplorable. Si los gestores de la entidad intermediaria no eran capaces de dar información bastante al tribunal sobre el producto que comercializaron (tras la esperable preparación de su testimonio) no es imaginable que lo hicieran con su cliente.

No se cumplían desde luego las obligaciones antes vistas con la sola mención de que el producto tenía los riesgos ordinarios del mercado de cualquier producto financiero.

Es inevitable, de nuevo, la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 12/enero/2015, a cuyo tenor: *“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”*

Todo ello sobre la base de que incumbía a las entidades demandadas la prueba de haber suministrado al cliente información suficiente sobre el alcance de la inversión ofertada y de sus consecuencias económicas y jurídicas, tal y como se sigue de la doctrina jurisprudencial al uso, como, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 14/febrero/2017 (que cita las de 12/enero/2015 y 30/noviembre/2015): *“es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante”*.

Por su parte, el informe pericial aportado por la actora para acreditar la incorrección 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, como tampoco cabe

asimilar, como en cierto modo se pretende los test introducidos en la normativa MIFID con el peculiar, por poco espontáneo, cuestionario sobre conocimientos financieros del Sr.

c) Perfil del cliente. Resta por valorar el perfil inversor de la entidad actora y de su administrador. Cara a la suscripción de los seguros unit linked las cosas nos parecen claras en el sentido de considerar que su experiencia inversora acreditada en autos era insuficiente como para comprender el alcance de las pólizas de seguro suscritas. Distintas necesariamente deben ser las cosas en lo que hace a la póliza de crédito.

Ni el test de conocimientos del informe pericial del Sr. Lamothe Fernández, ni las previas sentencias sobre el swap suscrito por la que también era sociedad instrumental del Sr. (en la del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 se llega a decir que este tenía *“un perfil de empresario no profesional, pero si familiarizado en la práctica bancaria y financiera al que sin duda cabe ofrecer un producto financiero derivado como es la permuta de tipo de interés siempre que se haga de manera muy detallada, clara y cumplan teniendo los diversos escenarios”*) contribuyen a imaginar una persona completamente ajena a los productos bancarios y financieros. Antes al contrario, el disponer de una empresa constructora y participar activamente en ese ramo de la actividad mercantil sugiere la disposición de conocimientos avanzados como lo evidencian el tipo de inversiones que venían realizando, detalladas en el Hecho 1º de la contestación a la demanda, tales como inversiones en valores o planes de pensiones.

Con todo, nada tiene ello que ver con el producto que nos ocupa, de características muy diferentes a la simple inversión en renta variable. Que potencialmente el Sr. , debidamente asesorado, pudiera hacerse cargo de las consecuencias jurídicas y económicas de su inversión, nos parece hecho incuestionable. Y así que incrementara el riesgo al actuar con fondos ajenos o que accediera a pignorar las pólizas en garantía de la devolución del crédito son datos que insinúan un conocimiento más preciso de su inversión, pero sin la prueba de haberse facilitado la tan mencionada información, su perfil inversor no es suficiente para tener por ciertos conocimientos cuya posesión no ha sido acreditada.

Volviendo una vez más sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 12/enero/2015, “*el hecho alegado por Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones (...) 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*”.

SEPTIMO.- Conclusión: consecuencias de la estimación de la demanda. La conclusión inmediata de cuanto hemos venido indicando es la estimación parcial de la demanda, contra ambas codemandadas, en el particular relativo a la indemnización por el perjuicio patrimonial directo sufrido por la frustrada inversión en los unit linked. Ha sido cifrada correctamente por la actora en la suma de 28.979,93 euros que es la diferencia entre la prima invertida y el valor de rescate atribuido a la tomadora. Adviértase que dicha suma generará intereses al tipo legal (art. 1108 Código Civil) desde la fecha de la reclamación judicial, que es cuando han sido puestas en mora las demandadas conforme a lo dispuesto en el art. 1100 del Código. Queremos con ello decir que no se puede dar lugar a la pretensión incluida en el Suplico de retrotraerlos a la fecha de suscripción de los productos en el año 2007, que sería la solución típica para los supuestos de anulación de los contratos del art. 1303 del Código Civil, acción ajena a la ejercitada tal y como hemos venido

explicando.

Los problemas surgen con la devolución de los intereses de la póliza de crédito. No ya, que también, porque sea a ella ajena la codemandada Santander Seguros y Reaseguros S.A., sino porque las condiciones en que fue concedida son bien diferentes a las que afectaban a los seguros.

Si acudimos a uno de los documentos aportados por la propia actora (el documento nº 6 de la demanda) consistente en correo electrónico de fecha 4/noviembre/2009 que ilustra la relación de confianza que existía entre las partes, “*tratándose en la gran medida de operaciones de financiación relacionadas con el negocio de promoción inmobiliaria*”, según reza el hecho 3º de la demanda, observaremos que en el contexto de esa relación negocial el Sr. _____ como es de esperar en un promotor inmobiliario estaba muy habituado a concluir operaciones de préstamo o crédito para financiar sus proyectos. En concreto se documenta un préstamo por importe de 695.905,14 euros con sus detalles financieros, amen de otras operaciones de crédito menores de 60.000 euros o hipotecarias (57.240 euros).

Así las cosas, no es imaginable que el Sr. _____ no dispusiera de conocimientos suficientes para saber de la trascendencia económica y jurídica de una póliza de crédito de 150.000 euros. O que con la información suministrada sobre sus condiciones básicas, necesariamente facilitada en póliza intervenida y en todo caso de fácil y absoluta accesibilidad en el texto del contrato, fuera insuficiente a tales efectos.

No creemos que sea de aplicación al supuesto litigioso la tesis según la cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS 10/noviembre/1964). Ni estamos ante una suerte de eficacia expansiva de una nulidad nunca reclamada ni declarada, ni la relación entre ambos contratos era estrictamente necesaria. Se trata de dos contratos de muy diferente trascendencia cara a las posibilidades de generar responsabilidad civil por el incumplimiento del deber de información. Su potencialidad para ello es absolutamente

diferente, de aquí que las consecuencias atribuibles a los incumplimientos contractuales habidos en uno de los contratos no sean atribuibles al otro. El supuesto es muy diferente al que analizó la sentencia del Tribunal Supremo de 13/enero/2017 (en él se procedió a declarar la nulidad del contrato de préstamo celebrado por las demandantes con Banco Santander el 30 de julio de 2010 para poder pagar las liquidaciones negativas y el coste de las cancelaciones anticipadas de un swap) por cuanto “*Sin los contratos de swap y las pérdidas que originaron quedaría privada de sentido la operación económico-financiera*

en su totalidad, integrada también por el posterior contrato de préstamo que sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de la cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de swap en virtud de un nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto económico que los contratos de swap supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial”. Lo cierto es que ninguna de tales circunstancias de hecho se da en el supuesto litigioso, comenzando porque no estamos ante la anulación del contrato principal.

OCTAVO.- Costas. La estimación parcial de la demanda hace innecesario un pronunciamiento respecto de las costas causadas en la 1ª Instancia, según se sigue de lo dispuesto en el art. 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco será preciso hacerlo en relación con las costas de la apelación dada la estimación parcial del recurso (art. 398.2 Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, y en razón a lo expuesto,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que **estimando parcialmente** el recurso de apelación sostenido en esta instancia por la entidad **SLU** contra la sentencia de fecha 3/septiembre/2018 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Cádiz en la causa ya citada, **revocamos** la misma en su integridad y en su lugar **estimamos parcialmente** la demanda interpuesta por la **SLU** contra **BANCO DE SANTANDER S.A.**, y contra **SANTANDER SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, y en su consecuencia:

(1) Declaramos que las entidades demandadas **BANCO DE SANTANDER S.A.** y **SANTANDER SEGUROS Y REASEGUROS S.A** incumplieron los deberes de diligencia, lealtad y buena fe con su cliente respecto de la comercialización de los **SEGUROS PETROBOLSA II** suscritos por el demandante en febrero de 2007, actuando en forma negligente en la prestación de los servicios de asesoramiento e intermediación

financiera prestados a **SLU** al ocultarle información trascendental sobre la naturaleza y riesgos de las pólizas contratadas.

(2) Condenamos a **BANCO DE SANTANDER S.A.** y a **SANTANDER SEGUROS Y REASEGUROS S.A.**, a pagar a **S.L.U.** la suma de **28.979,93 euros**, más sus intereses legales (art. 1108 Código Civil) desde la fecha de presentación de la demanda.

(3) No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en la 1ª Instancia

SEGUNDO.- No hacemos especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

TERCERO.- Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio literal al Rollo de Sala y se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación en el caso de concurrir las circunstancias previstas en el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.