

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

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Bienvenido, D. Doroteo, D.^a Olga, D.^a Susana, D.^a Adela, D.^a Camila, D. Hilario, D. Leandro, D. Octavio, D.^a Frida, D.^a María, D.^a Remedios, D. Virgilio, D. Luis Enrique, D.^a Asunción, D. Ángel, "Industrial Borobil, S.A.", D. Cayetano, D. Emiliano, D. Germán, D.^a Gabriela, D.^a Marisol, D. Mariano, D. Rafael, D.^a Tomasa, D. Vicente, D.^a Ángeles, D. Juan Miguel, D. Anton, D.^a Enma y D.^a Juana, contra la sentencia núm. 273/2011, de 26 de julio, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 2073/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1363/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián.

2.- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y desestimar los recursos de apelación interpuestos por las entidades "Bes-Vida Compañía de Seguros, S.A., sucursal en España" y "Banco Espirito Santo, S.A., sucursal en España" contra la sentencia núm. 169/2010, de 27 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de San Sebastián en el juicio ordinario núm. 1363/2009, que confirmamos plenamente, por lo que imponemos a las demandadas las costas de los recursos de apelación.

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

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

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

FECHA:10/09/2014

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

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

Primero.- Planteamiento de la cuestión discrepante.

1. La sentencia de la que discrepamos, estima los motivos primero y segundo del recurso de casación, tratándolos conjuntamente. En el primero de ellos, se invocan los

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

Para apreciar el error en el consentimiento, singularmente en cuanto al deber de información del mediador del seguro en la *"colocación del producto"*, la sentencia descansa en la STS núm. 840/2014, de 20 de enero, referida a infracciones de los derechos de información en los contratos de inversión, que si bien puede hacerse extensiva a toda suerte de contratos, sin embargo, analiza los incumplimientos por infracción de normas de operaciones del mercado financiero, en concreto la MIFID y legislación posterior, RD 217/2008, de 15 de febrero.

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

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

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

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

En el anexo NI se destacaba en negrita el siguiente párrafo: *"los activos estructurados contienen activos subyacentes que suponen la asunción por parte del Tomador del seguro un alto nivel de riesgo en su inversión. Esta política de inversión puede suponer la obtención de un valor de Fondo Acumulado de la póliza inferior a las primas satisfechas al seguro. En todo momento la decisión de inversión de las provisiones matemáticas de las pólizas corresponderá a la Entidad aseguradora"*.

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

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

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

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

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

>> "La inversión en este producto de seguro supone la asunción por parte del Tomador de un alto nivel de riesgo, en la medida en que, debido a la volatilidad de los mercados estructurados (ligada a los activos subyacentes), si valor de transmisión, y/o reembolso puede llegar a ser nulo, y su rentabilidad negativa" >>". (de la pág. 35 *in fine* del escrito de demanda, constando el énfasis del último párrafo).

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

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

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

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

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

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

PUBLICACION.- 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.