



Roj: **STS 877/2021 - ECLI:ES:TS:2021:877**

Id Cendoj: **28079110012021100124**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2021**

Nº de Recurso: **1531/2018**

Nº de Resolución: **136/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 136/2021**

Fecha de sentencia: 10/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1531/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 1531/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 136/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 10 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 319/2017, de 13 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, como consecuencia de autos



de juicio ordinario n.º 259/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Carrión de los Condes, sobre nulidad de préstamo personal.

Es parte recurrente Banco Santander, S.A., representado por el procurador D. Pablo Luis Andrés Pastor y bajo la dirección letrada de D. Jaime de San Román Menéndez y D.ª Cecilia Tilve Seoane.

Es parte recurrida D.ª Adriana y D. Evaristo, representados por la procuradora D.ª María José García Juarros y bajo la dirección letrada de D. Juan Francisco Ilanos Acuña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María José García Juarros, en nombre y representación de D.ª Adriana y D. Evaristo, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que estimando los pedimentos de esta demanda declare:

"a) La nulidad, o alternativamente la anulabilidad de la Póliza de préstamo personal variable amortización pactada, Póliza Número: NUM000, que se acompaña como documento nº 27 de 8 de julio de 2009, así como de la Escritura de Hipoteca de Máximo de 8 de julio de 2009 (documento nº 28) formaliza con el Número de Protocolo: 1.455 ante el Notario D. Juan Polvorosa Mies.

"b) Subsidiariamente declare, la resolución de la Póliza de préstamo personal variable amortización pactada, Póliza Número: NUM000, (que se acompaña como documento nº 27) de 8 de julio de 2009, así como de la Escritura de Hipoteca de Máximo de 8 de julio de 2009 (documento nº 28) formaliza con el Número de Protocolo: 1.455 ante el Notario D. Juan Polvorosa Mies, por incumplimiento o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones por la existencia de las malas prácticas bancarias denunciadas. Y correlativamente condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente que ciframos, a salvo de un mejor criterio judicial, en un importe de cuatrocientos sesenta y tres mil seiscientos setenta y seis euros con ochenta y cuatro céntimos (463.676,84 €) que es la suma del total reclamado, a consecuencia de la formalización de los productos financieros suscritos, que se corresponde con el resultado de la suma de las cantidades coincidentes con los saldos invertidos en los citados productos, junto con los intereses legales y,

"c) Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

2.- La demanda fue presentada el 22 de julio de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Carrión de los Condes, fue registrada con el n.º 259/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Pablo Luis Andrés Pastor, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Carrión de los Condes dictó sentencia 38/2017, de 30 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña María José García Juarros, en representación de D. Evaristo y Doña Adriana, contra el Banco Santander S.A., y declaro la nulidad o de la Póliza de préstamo personal variable amortización pactada, Póliza Número NUM000, de 8 de julio de 2009, así como de la Escritura de Hipoteca de Máximo de 8 de julio de 2009 por vicio del consentimiento de los actores. No hay condena en costas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander, S.A. La representación de D.ª Adriana y D. Evaristo se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, que lo tramitó con el número de rollo 230/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 319/2017, de 13 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "Banco Santander SA", contra la sentencia dictada el día 30 de marzo de 2017, por el Juzgado de Primera Instancia de Carrión de los Condes (Palencia), en los autos de que este Rollo de Sala dimana, debemos confirmar y



confirmamos íntegramente la mencionada resolución, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante".

### **TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Pablo Luis Andrés Pastor, en representación de Banco Santander, S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo.- Al amparo del artículo 477.2.3° de la LEC en relación con el 477.3 de la T-EC: Infracción por la Sentencia Recurrída del artículo 1.266 del Código Civil (en oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014 del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo)

"Segundo motivo.- Al amparo del artículo 477.2.3° de la LEC en relación con el 477.3 de la L.E.C: Infracción por la Sentencia Recurrída del artículo 1.266 del Código Civil (en oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias núm. 466/2014 de 12 de septiembre; núm. 375/2010, de 17 de junio y núm. 834/2009, de 22 de diciembre del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de noviembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de D.<sup>a</sup> Adriana y D. Evaristo se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hechos acreditados, tal y como han sido fijados en la instancia:

i) Entre los años 2006 y 2008, los actores, a iniciativa y bajo asesoramiento de la entidad bancaria demandada, llevaron a cabo la suscripción de una pluralidad de productos financieros de alto riesgo.

ii) Dichos productos se contrataron en unos casos de forma sucesiva, mediante la cancelación e inmediata suscripción de otro producto y en espacios temporales muy breves, y, en otros casos, mediante la contratación directa bien mediante aportación de capital propio o bien mediante la previa suscripción de sendas pólizas de crédito que el propio banco concedió a los inversores con la única finalidad de que invirtiesen el dinero así obtenido en nuevos fondos o productos de inversión de entre los ofrecidos por la propia entidad.

iii) En total se suscribieron quince de operaciones en ese periodo temporal de tres años, todas ellas de carácter altamente arriesgado.

iv) Inicialmente se comenzó con inversiones de cuantía pequeña (en marzo de 2006 se suscribieron participaciones en cuatro fondos de inversión por un importe total de 60.000 euros); posteriormente las inversiones pasaron a ser de mayor cuantía (en mayo de 2006 años se realizó una suscripción de 300.000 euros en un fondo denominado "Santander Monetario F1").

v) A partir de este momento, se fueron suscribiendo operaciones de variada naturaleza financiera: fondos de inversiones, operaciones de futuros con divisas, inversiones a través de pólizas de seguro, swap, inversiones en planes de pensiones, etc.

vi) Entre esas operaciones se incluyen dos operaciones de crédito suscritas con la estricta finalidad de contratar nuevos productos de inversión. De estas operaciones, y en particular de las pérdidas que tuvieron los productos contratados con el capital del crédito obtenido, procede la deuda que los actores mantienen con la entidad bancaria, deuda cuya reestructuración está en la base de los contratos cuya validez o nulidad es objeto del presente proceso (la póliza de préstamo y su garantía hipotecaria suscritas el 8 de julio de 2009).

vii) En concreto, el 10 de julio de 2006 las partes litigantes formalizaron ante notario una póliza de crédito personal a tipo variable, con un límite en cuenta corriente de 400.000 euros, con vencimiento el 10 de julio de 2007, sujeto a dos prórrogas tácitas de un año cada una. La concesión de este préstamo estaba directamente



vinculada a la suscripción de la denominada "Cartera Santander Élite Crecimiento", con la que formaba un paquete integrado, cartera que fue efectivamente suscrita mediante la inversión de 351.458,48 euros en diez fondos de inversión en los que operaba dicha cartera.

viii) Posteriormente, el 17 de julio de 2007, los demandantes suscribieron una nueva póliza de crédito personal a tipo variable, con un límite de crédito en cuenta corriente de 500.000 euros y vencimiento el 17 de julio de 2008, con iguales prórrogas que en el caso anterior. Con el dinero así obtenido se contrató el depósito estructurado "Tridente", con vencimiento 19 de julio de 2010.

ix) En garantía del préstamo se pignoró el propio fondo contratado y otro fondo ("Santander Dividendo Europa") en el que se habían invertido 70.000 euros.

x) Además, como instrumento de cobertura de la póliza de crédito, se suscribió un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap).

xi) La mayoría de las inversiones contratadas, tanto las realizadas con aportación de fondos directos como las realizadas mediante el dinero obtenido por vía de los préstamos instrumentales, fueron fuertemente negativas.

xii) Al disminuir las posibilidades de pago de los créditos, que estaban directa o indirectamente respaldados por esas inversiones cuyo valor había disminuido notoriamente, el banco requirió nuevas garantías que cubriesen los préstamos contratados.

xiii) Al acercarse el vencimiento final de la primera de las pólizas de crédito contratadas, ante la imposibilidad de los actores de hacer frente a la misma, la entidad bancaria les ofreció la posibilidad de reestructuración de la totalidad de su deuda, negociando un nuevo préstamo personal variable con amortización pactada por importe de 815.000 euros. Este préstamo fue suscrito el 8 de julio de 2009, con vencimiento el 8 de julio de 2014.

xiv) Dicho préstamo fue garantizado mediante la constitución de prenda sobre las participaciones y derechos de crédito que los demandantes poseían en los fondos denominados "Santander REIF", "Estructurado Tridente nº 1" y "Estructurado Tridente nº 2", así como los derivados de las dos pólizas de seguro "SDIA", suscritas por los demandantes.

xv) Además, sobre siete inmuebles de su propiedad se constituyó el mismo día 8 de julio de 2009 una hipoteca de máximo en garantía del saldo de la cuenta constituida con el crédito anterior y hasta un máximo de 290.000 euros.

xvi) Como quiera que las inversiones continuaron en clave negativa, pese a la suscripción de acciones con las que se pretendía hacer frente a los costes del nuevo crédito obtenido, el 8 de julio de 2014, la entidad bancaria declaró vencido el préstamo con un saldo deudor para los actores de 692.674,87 euros, resultante después de la venta de los diversos fondos y productos de inversión, que fueron enajenados con importantes pérdidas.

xvii) Todas las inversiones realizadas en ese periodo de tiempo (entre 2006 y 2008), lo fueron bajo la dirección y asesoramiento de los empleados de la entidad demandada, después de que los demandantes fueron incluidos dentro de la denominada "Banca Privada" de la entidad demandada.

xviii) Los demandantes son contratantes no profesionales que ni por su formación (estudios básicos), ni por su profesión (ganadero y agricultor él, y ama de casa ella) pueden ser calificados como personas expertas en el mundo financiero; tampoco consta que con anterioridad a la contratación de las inversiones reseñadas hubieran realizado inversiones especialmente arriesgadas.

xix) Los productos de inversión contratados eran en su mayoría productos complejos y de alto riesgo: (i) la complejidad deriva de tratarse de productos estructurados (fondos, carteras) en función de otros valores de los que se hacía depender su rentabilidad mediante cálculos matemáticos propios de expertos financieros; en otros casos se trataba de productos con un funcionamiento especulativo, como en el caso de las opciones de futuro en divisas; se trata de productos cuya concreta forma de operar escaparía a la comprensión de personas no expertas; y (ii) el riesgo derivaba de la variabilidad de los mercados en los que se invertía, muy abiertos a las oscilaciones.

2.- Los Sres. Adriana y Evaristo interpusieron una demanda contra Banco de Santander, S.A. en la que solicitaban sentencia por la que declarase: (i) la nulidad, o alternatively la anulabilidad, del préstamo personal de 8 de julio de 2009, y de la hipoteca de máximo de 8 de julio de 2009, formalizadas ante notario; y (ii) subsidiariamente la resolución de los citados contratos de préstamo e hipoteca "por incumplimiento o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones por la existencia de las malas prácticas bancarias denunciadas. Y correlativamente condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente que ciframos, a salvo de un mejor criterio judicial, en un importe de cuatrocientos sesenta y tres mil seiscientos setenta y seis euros con ochenta y cuatro céntimos (463.676,84 €) que es la suma del total reclamado, a



consecuencia de la formalización de los productos Financieros suscritos, que se corresponde con el resultado de la suma de las cantidades coincidentes con los saldos invertidos en los citados productos, junto con los intereses legales".

**3.-** El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad del préstamo personal y de la hipoteca de máximo, formalizados el 8 de julio de 2009, al apreciar la existencia de vicio del consentimiento. El juzgado condensó sus amplios razonamientos en las siguientes conclusiones:

"1º.- Los actores, (agricultor-ganadero de profesión él, y ella ama de casa), tenían unos ahorros iniciales de 60.000 €, que decidieron invertir, por asesoramiento de la entidad demandada en 4 Fondos de inversión. Esto ocurrió el 8 de marzo de 2006. A partir de esta fecha, fueron incontables las operaciones financieras efectuadas por los actores. Invirtieron en todo tipo de productos y todos ellos altamente complejos: FONDOS DE INVERSIÓN DE RENTA FIJA, MIXTOS RENTA VARIABLE, PRODUCTOS DERIVADOS, PRODUCTOS ESTRUCTURADOS (TRIDENTES), RENDA VARIABLE DIRECTA Y SEGUROS DE AHORRO.

"2º.- En julio de 2006, la entidad demandada propone a los actores convertirlos en clientes de BANCA PRIVADA SANTANDER, bajo la premisa de que en tal condición iban a recibir una mejor atención y gestión de su dinero, y en tal convencimiento compran como un paquete: una Póliza de Crédito y la cartera Santander Élite Crecimiento, siendo que la perito judicial recoge en su informe, en relación a la Cartera Élite, que según la estipulación cuarta de ese contrato, "la gestora queda totalmente exonerada del resultado de su gestión..."

"3º.- La entidad demandada llegó a ofertar a los actores tres Pólizas de Crédito que estos firman: el 7 de septiembre de 2006 por importe de 400.000€, el 4 de julio de 2007 por importe de 500.000€ (aunque inicialmente la oferta era por 1 millón de euros), y el 8 de julio de 2009 por importe de 815.000 €. Que el primero de los créditos lo destinan a la compra de más productos de alta complejidad como son la Cartera Élite Santander, depósitos estructurados y seguros de Doble Inversión. Los dos últimos son ofertas del banco para la reestructuración de la deuda de los actores para con el banco, que progresivamente iba aumentando.

"De lo expuesto se deduce que, los actores, actuando en todo momento bajo el asesoramiento de los empleados del banco demandado (tal y como reconocieron en el acto del juicio todos ellos), fueron moviendo su dinero en diferentes productos bancarios de alta complejidad. En un momento dado, la entidad demandada, le ofrece un crédito de 400.000 € que aceptan y destinan por consejo del propio banco a la compra de un producto del propio banco y por el que éste no asume ningún riesgo, como ya se ha puesto de manifiesto. Y los actores pasan a ser Clientes de Banca Privada, lo que supone, según el Banco, un mayor asesoramiento, y según una Juzgadora, un absoluto control por parte del banco de la capacidad de inversión de los actores, pues a partir de esta fecha es el banco el que empieza a mover el dinero de los actores por productos de mucho más elevado riesgo financiero, riesgo por otro lado, real sin duda de ningún género, siendo las cifras las que hablan por sí solas. Con ese primer crédito los actores solo consiguen endeudarse más, siendo necesaria una reestructuración. Esta lleva inevitablemente a otra que es la de autos. En el propio escrito de contestación a la demanda se reconoce que con anterioridad a dar por vencido el préstamo objeto de litigio, el propio banco propuso a los actores otra nueva reestructuración de la deuda mediante un nuevo crédito (página 36 de su contestación) por importe de 726.000 €, según el banco, bajo inigualables condiciones, oferta que fue desestimada por los actores, motivando así la inevitable interposición de la correspondiente demanda de ejecución por parte de la entidad demandada, y consiguiendo la minoración de parte de esa deuda".

**4.-** Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por el Banco de Santander, S.A., la Audiencia desestima la apelación. Primero, desestima la alegación de que la sentencia apelada adoleció de incongruencia o incoherencia interna al afirmar que los demandantes incurrieron en un vicio del consentimiento sin decir cuál, pues, aunque en esa sentencia no se menciona de forma explícita el error como causa del consentimiento viciado, tal circunstancia se deduce plenamente de sus fundamentos. Después, rebate los dos principales argumentos del recurso en los que se apoya para negar que hubiera existido error alguno en el consentimiento prestado: que los contratos anulados eran sencillos en cuanto a su comprensibilidad y que los demandantes eran personas "avezadas en la contratación bancaria". Este planteamiento de los recurrentes se basa en que el objeto del proceso son únicamente los dos contratos suscritos el 8 de julio de 2009 (préstamo personal e hipoteca de máximo), por lo que, a su juicio, carecen de sentido todos los argumentos de la demanda y de la sentencia recurrida referidos a la suscripción por los actores de diversos productos financieros ofertados por la recurrente, que resultan intrascendentes para el objeto del proceso, ya que los contratos impugnados fueron calificados en la primera instancia como de naturaleza sencilla, para los que estaban plenamente capacitados e informados los actores.

La Audiencia rechaza este planteamiento y razona, en síntesis, que:

(i) la póliza de préstamo y la hipoteca de máximo que en garantía de ella se constituyó no puede ser desvinculada de toda la operatividad previa de la que trae causa directa, pues el contrato de préstamo





estaba dirigido a reestructurar la deuda que los actores habían contraído con la entidad demandada como consecuencia de las operaciones financieras que aquéllos suscribieron bajo el asesoramiento de ésta;

(ii) son esas circunstancias anteriores las que generan las condiciones que permiten apreciar el error que vició el consentimiento prestado por los actores al suscribir los contratos que la sentencia apelada anula;

(iii) el examen de dicha situación previa es lo que permite valorar las concretas circunstancias en que se prestó el consentimiento, entre las que destaca por su relevancia las dos operaciones de crédito suscritas con la estricta finalidad de contratar nuevos productos de inversión, pues de las mismas, y de las pérdidas que tuvieron los productos contratados gracias al crédito obtenido, procede la importante deuda que los actores mantienen con la entidad bancaria, deuda cuya reestructuración está precisamente en la base de los contratos cuya validez o nulidad es objeto del presente proceso (la última póliza de préstamo y su garantía hipotecaria);

(iv) la Audiencia destaca también el déficit de información en que incurrió el banco: "no consta acreditado, y era la entidad bancaria la que estaba obligada a probarlo, que hubiese suministrado a los clientes una información comprensible y adecuada sobre los productos, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumían, como tampoco consta que se hubiese cerciorado de que eran capaces de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, los productos ofertados eran los que más que les convenían";

(v) analizado desde esa perspectiva, el consentimiento de los demandantes adoleció de error, entendido como creencia inexacta acerca de los reales presupuestos que sirven de base a la realización del contrato; este error fue esencial y excusable; la Audiencia razonó así esta conclusión:

"La realidad es que la deuda reestructurada se generó sobre la base de contratos de suscripción de productos financieros con un consentimiento viciado por el error derivado de la falta de conocimiento acerca de sus circunstancias y riesgos y, tal situación, está en la base de la suscripción de los contratos de cuya nulidad se trata en este pleito. Ciertamente, estos contratos, como se afirma en la propia sentencia de instancia, no son complejos, siendo de los que habitualmente se conciertan por los clientes bancarios, pero la invalidez de los contratos que constituyen su presupuesto en cuanto determinaron su contratación no puede ser ignorada. En realidad, estos contratos finales no representan sino el último eslabón de una cadena de contratos viciados, característica que también es atribuible a esos que ahora se discuten y ello por un doble motivo: de un lado por el déficit de información real acerca de las circunstancias de la contratación, por otro, por la comunicabilidad que la nulidad de un negocio jurídico supone respecto de los que se hallan vinculados. [...]

"hay que tener en cuenta que el contrato de crédito se negocia sobre la base de que el resultado de las diversas inversiones y de las acciones del banco que seguidamente se suscriben, van a permitir a los clientes hacer frente a su importe. Es decir, se hace creer a éstos que mediante la reestructuración de la elevada deuda que han contraído van a poder hacer frente a las mismas, no solo por la ampliación del plazo sino por la revalorización de las inversiones. Es sobre esta base sobre la que se construye el consentimiento de los actores tanto respecto del crédito en sí mismo considerado como respecto de la garantía hipotecaria que conciertan. Sin embargo, estas expectativas se basaban en unas expectativas de mercado claramente inciertas, de forma que los diversos productos contratados no solo no mejoraron sino que empeoraron y las acciones suscritas como medio de mantener el umbral de coste del crédito, tampoco permitieron ni hacer frente a tal coste ni se revalorizaron en cantidad suficiente como para evitar el impago del crédito una vez llegó a su vencimiento. Es decir, el banco transmitió a los clientes una expectativa claramente errónea, pese a que como profesional y a la vista de las expectativas económicas del momento estaba en condiciones de hacer una valoración más certera. La consecuencia es que los clientes contrataron el crédito y la hipoteca con un consentimiento desinformado, por tanto, erróneo.

"La cuestión entonces no es si los contratos eran sencillos sino si, pese a tal sencillez, la contratación estuvo viciada por el error generado en los actores como consecuencia de la información insuficiente e inveraz de la entidad bancaria. Así debe entenderse pues la errónea valoración de los activos en que habían invertido los actores es lo que se encuentra en la base del consentimiento que prestaron. Lo que es deducible de la mecánica de la contratación es que fue la creencia en la información del banco acerca de la posibilidad de que dichos activos podrían atender las necesidades del elevado crédito que suscribían lo que estuvo en el fundamento de su decisión de contratar.

"En definitiva, la contratación de la póliza de crédito fue inducida por la errónea expectativa atribuida por el banco a las inversiones de los actores, expectativa que no se ajustaba a la realidad [...]";

(vi) finalmente, la Audiencia considera que la nulidad de los contratos se aprecia no sólo por la vía del error en el consentimiento prestado, sino también por vía de la comunicabilidad que la nulidad de un negocio jurídico



(los productos financieros previamente contratados) supone respecto de los que con él se hallan vinculados (el préstamo y la hipoteca objeto de la litis).

5.- El Banco de Santander, S.A. ha interpuesto un recurso de casación, articulado en dos motivos, que han sido admitidos.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Formulación y admisibilidad del primer motivo.*

1.- *Planteamiento.* El motivo se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC y denuncia la infracción del art. 1.266 CC y de la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala Primera 840/2013 de 20 de enero de 2014 del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

2.- En su desarrollo se aduce, en síntesis, que: (i) la sentencia recurrida caracteriza el supuesto error en el consentimiento de los demandantes como un entendimiento incorrecto sobre la evolución futura de una serie de inversiones con las que esperaban obtener rendimientos suficientes para repagar la financiación concedida tal y como quedó reestructurada tras la suscripción del préstamo personal; (ii) al basarse en esta consideración la sentencia recurrida contraviene la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de enero de 2014, pues el error no versa sobre un elemento esencial del negocio jurídico cuya nulidad se pretende, y tiene que ver con una representación equivocada de la parte que invoca el error a propósito de la mayor o menor probabilidad de un riesgo (el de impago) conocido en el momento de contratar.

3.- *Admisibilidad.* Los óbices de admisibilidad opuestos por las recurridas no tienen carácter absoluto, y ya fueron analizados y descartados en la fase de admisión, sin que ahora se adviertan razones para modificar la decisión adoptada en dicha fase, como se constatará en la propia resolución de los motivos. No existe defecto sustancial en el encabezamiento, que identifica perfectamente las normas jurídicas infringidas y la jurisprudencia que se dice vulnerada, y el motivo no puede afirmarse en este momento liminar del enjuiciamiento que carezcan manifiestamente de fundamento. Tampoco se aprecia una alteración de la base fáctica, pues rechazar la conclusión sobre la existencia de un error vicio del consentimiento supone disentir de la valoración jurídica hecha por la Audiencia, sin alterar el soporte factual del proceso fijado en la instancia, que ha quedado inalterado.

4.- Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala (i). Préstamo garantizado mediante hipoteca de máximo cuyo importe se invierte en fondos de inversión y otros productos financieros complejos, que se pignorán a favor del prestamista.*

1.- *Objeto del procedimiento.* En la demanda se solicitó la anulación de un contrato de préstamo personal formalizado mediante póliza notarial y suscrita por los demandantes, como prestatarios, y por el banco demandado, como prestamista, el 8 de julio de 2009, por importe de 815.000 euros, y una hipoteca de máximo, formalizada en escritura notarial en la misma fecha, por la que los prestatarios constituían hipoteca sobre siete inmuebles de su propiedad en garantía del saldo que arroje a favor del banco una cuenta abierta por éste a nombre de los demandantes, hasta un máximo de 290.000 euros de capital, 133.400 euros de intereses de demora y 43.500 euros de costas y gastos, cuenta en la que sería partida del "debe", entre otras, las obligaciones que tengan su causa en la operación del préstamo anterior.

El citado préstamo tuvo por objeto la reestructuración de las deudas y las inversiones que han sido reseñadas ampliamente en los antecedentes de hecho de la presente. La Audiencia parte de que la deuda reestructurada se generó sobre la base de contratos de crédito y de inversión en productos financieros que adolecieron de un consentimiento viciado por el error, derivado de la falta de conocimiento acerca de sus circunstancias y riesgos, y que tal situación está en la base de la suscripción de los contratos de cuya nulidad se trata en este pleito. La sentencia apelada considera que estos contratos finales representan "el último eslabón de una cadena de contratos viciados, característica que también es atribuible a esos que ahora se discuten y ello por un doble motivo: de un lado por el déficit de información real acerca de las circunstancias de la contratación, por otro, por la comunicabilidad que la nulidad de un negocio jurídico supone respecto de los que se hallan vinculados. [...]". Estos son los pronunciamientos que combate el recurso de casación, bajo el argumento principal de que el préstamo personal y la hipoteca de máximo son contratos sencillos, fáciles de comprender por los demandantes, y que dado que son los únicos objeto de impugnación todas las referencias y argumentos basados en la falta de información sobre las características y riesgos de los productos financieros contratados previamente, carecen de relevancia a los efectos del enjuiciamiento de la validez o nulidad de los contratos impugnados.

2.- *Préstamos cuyo importe se invierte en fondos de inversión y otros productos financieros, que son objeto de refinanciación mediante un nuevo préstamo destinado a su reestructuración y a la realización de nuevas inversiones en otros productos financieros. Negocios jurídicos coligados.*



Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia destacan la secuencia de sucesivas financiaciones e inversiones que constituyen los antecedentes del préstamo litigioso. Los hitos fundamentales de esa secuencia fueron los siguientes: (i) los actores tenían unos ahorros iniciales de 60.000 euros, que decidieron invertir, por asesoramiento de la entidad demandada, en cuatro fondos de inversión; esta inversión se produjo el 8 de marzo de 2006; (ii) a partir de esta fecha, los actores, con el asesoramiento de la demandada, realizaron numerosas operaciones financieras en distintos productos (fondos de inversión de renta fija, mixtos renta variable, productos derivados, productos estructurados -tridentes-, renta variable directa y seguros de ahorro); (iii) en julio de 2006, la entidad demandada propuso a los actores convertirlos en clientes de "Banca Privada Santander", bajo la premisa de que en tal condición iban a recibir una mejor atención y gestión de su dinero; (iv) en ese marco la entidad demandada ofertó a los actores tres pólizas de crédito: el 7 de septiembre de 2006 por importe de 400.000 euros; el 4 de julio de 2007 por importe de 500.000 euros (aunque inicialmente la oferta era por 1 millón de euros); y el 8 de julio de 2009 por importe de 815.000 euros (este último es el impugnado en esta litis); (v) el primero de esos créditos estaba directamente vinculado a la suscripción de la denominada "Cartera Santander Élite Crecimiento", con la que formaba un paquete integrado, cartera que fue suscrita mediante la inversión de 351.458,48 euros en diez fondos de inversión en los que operaba dicha cartera; (vi) el crédito de 2007 se destinó a la adquisición de un depósito estructurado denominado "Tridente"; además como instrumento de cobertura de la póliza de crédito, se suscribió un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap); (vii) la mayoría de las inversiones contratadas tuvieron resultados fuertemente negativos; (viii) al acercarse el vencimiento final de la primera de las pólizas de crédito contratadas, ante la imposibilidad de los actores de hacer frente a la misma, la entidad bancaria les ofreció la posibilidad de reestructuración de la totalidad de su deuda, negociando un nuevo préstamo personal por importe de 815.000 euros; este préstamo fue suscrito el 8 de julio de 2009, con vencimiento el 8 de julio de 2014; (ix) este préstamo fue garantizado mediante la constitución de una prenda sobre las participaciones y derechos de crédito que los demandantes poseían en los fondos denominados "Santander REIF", "Estructurado Tridente nº 1" y "Estructurado Tridente nº 2", así como los derivados de las dos pólizas de seguro "SDIA" y, además, con hipoteca de máximo sobre siete inmuebles de su propiedad.

**3.-** La Audiencia subraya la especial relevancia de las dos operaciones de crédito de 2006 y 2007 suscritas "con la estricta finalidad de contratar nuevos productos de inversión", pues "de las mismas, y de las pérdidas que tuvieron los productos contratados gracias al crédito obtenido, es de donde procede la importante deuda que los actores mantienen con la entidad bancaria, deuda cuya reestructuración está precisamente en la base de los contratos cuya validez o nulidad es objeto del presente proceso: la póliza última de crédito y su garantía hipotecaria". La Audiencia destaca, además, que: (i) la mayoría de los productos de inversión contratados eran altamente complejos y de elevado riesgo; (ii) los demandantes no tenían perfil de inversores expertos; y (iii) el banco, además de prestamista y comercializador de los productos financieros contratados, realizó una labor de asesoramiento en la contratación de esos productos.

**4.-** Con independencia de que la demanda se limita a solicitar la declaración de nulidad de los contratos de préstamo y de hipoteca suscritos el 8 de julio de 2009, la valoración de la validez de estos contratos, desde el punto de vista de la existencia o no de un vicio error del consentimiento, no puede hacerse orillando el conjunto de circunstancias que constituyen sus antecedentes inmediatos y causa eficiente de su contratación.

La parte recurrente intenta aislar los contratos impugnados de los negocios que les precedieron, analizando su intervención como mera prestamista, pretiriendo su valoración conjunta con los productos de inversión a los que se aplicó el importe de las deudas refinanciadas. Esta pretensión no puede aceptarse, porque los préstamos de los que nacieron las deudas refinanciadas (formalizados en las pólizas de 10 de julio de 2006 y de 17 de julio de 2007) estaban destinados en su mayor parte a su inversión en otros productos financieros recomendados por la propia entidad demandada, de forma que las sucesivas operaciones de financiación y de inversión estaban vinculadas desde su origen. A su vez, los activos adquiridos se constituían en objeto de garantía pignoratícia a favor del banco. Desde este punto de vista, Banco de Santander cumplía no sólo funciones de prestamista, sino también de entidad de servicios de inversión (vid. art. 2 de la Ley del Mercado de Valores, y sentencia 484/2020, de 22 de septiembre).

**5.-** En este sentido, entre los sucesivos contratos de financiación y de inversión se aprecia una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. La finalidad o función económico-social que se perseguía con estos solo podía lograrse a través del conjunto de esos contratos. Los préstamos constituían el instrumento mediante el que se obtenían los fondos con los que se realizaban las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, eran la garantía, a través de su pignoración, de aquellos préstamos, y la fuente de obtención de nuevos recursos económicos (mediante su esperada revalorización y beneficios) con los que amortizar los capitales prestados.





Por esta razón, resulta artificioso pretender aislar la valoración de los contratos enjuiciados del conjunto contractual ofertado a los clientes, pues la voluntad de los contratantes se formó, declaró y formalizó en el contexto de dicho conjunto.

**CUARTO.** - *Decisión de la Sala (ii). Las obligaciones de información de las entidades financieras en la contratación de productos financieros complejos. El error vicio del consentimiento. Doctrina jurisprudencial. Aplicación al caso. Desestimación.*

1.- Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa cuando las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

En este contexto se enmarca la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esta Ley tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía los productos financieros complejos que contrataba y los concretos riesgos asociados a esos productos, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, *Genil 48, S.L.* y *Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.*, contra *Bankinter, S.A.* y *BBVA, S.A.*, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014). A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (art. 5), establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

4.- Por su parte, la jurisprudencia de esta sala (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras muchas) ha reiterado que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación 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. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico y patrimonial asociado a los productos financieros complejos, puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, "esa ausencia de información permite presumir el error". La entidad recurrente prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos



asociados a los instrumentos financieros - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- La Audiencia parte de la premisa de que este error vicio se produjo en la contratación de los productos financieros en que se invirtieron los fondos obtenidos en virtud de las dos pólizas de créditos suscritas por los demandantes en 2006 y 2007. Ahora bien, esta apreciación no puede conducir a declarar judicialmente la nulidad de unos contratos que no ha sido solicitada, y cuyos restantes presupuestos legales no cabe ahora prejuzgar. Lo relevante a los efectos de esta litis no es determinar las consecuencias jurídicas de la existencia de un consentimiento viciado por el error en la contratación de aquellos productos de inversión, error que la Audiencia afirma, sino si puede apreciarse la concurrencia de un error vicio del consentimiento en la celebración de los contratos de préstamo e hipoteca suscrito entre los litigantes el 8 de julio de 2009, y declarar en consecuencia su nulidad, tesis que afirman los demandantes y los tribunales de instancia, y niega la entidad demandada.

6.- *Jurisprudencia sobre el error vicio. Aplicación al caso.*

6.1. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, 626/2013, de 29 de octubre y 840/2013, de 20 de enero de 2014): hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

6.2. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("*pacta sunt servanda*") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

6.3. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que 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 CC 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 CC). Además, el error ha de ser 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.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas, y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato



resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

6.4. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

6.5. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

7.- En el contexto de esta doctrina jurisprudencial general respecto del error vicio del consentimiento contractual, esta Sala Primera ha enmarcado su doctrina sobre las consecuencias que sobre la apreciación del error vicio se generan en caso de incumplimiento de las obligaciones de información previstas en la legislación del mercado de valores a que aludimos *supra*. En este sentido, en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 declaramos que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error".

Destacamos en la misma sentencia que el hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como los contratados por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Al mismo tiempo, 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.

8.- Partiendo de las afirmaciones de la Audiencia sobre la ausencia de información previa por parte de la entidad demandada en la contratación de aquellos productos financieros complejos, cuyas pérdidas provocaron la imposibilidad de amortización de los préstamos concedidos en 2006 y 2007, y que condujeron a la refinanciación de esas deudas mediante la nueva póliza de crédito de 2009, y de la existencia de un error en el consentimiento de los demandantes en la contratación de aquellos productos, lo que constituye el núcleo de la controversia aquí suscitada es si cabe también afirmar la concurrencia de un error vicio en la declaración de voluntad de los demandantes en el momento de celebrar los contratos de préstamo e hipoteca impugnados, como han afirmado los tribunales de instancia.

9.- Es aquí donde se aprecia, a los efectos de este enjuiciamiento, la relevancia de la vinculación funcional de los sucesivos negocios jurídicos de financiación e inversión, y las particulares circunstancias en que los mismos se celebraron, en los términos ya reseñados. Como dijimos *supra*, los contratos responden a una unidad de intención que, aun manteniendo su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados, lo que impide, a estos efectos, su valoración de forma autónoma y aislada. La finalidad que se persigue con los sucesivos contratos (financiación e inversión), desde el punto de vista de los deudores, responde a un propósito unitario: los préstamos constituyen el instrumento mediante el que se obtienen fondos con los que se realizan las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, serían, mediante su revalorización y rendimientos, la fuente de los recursos económicos necesarios para restituir los préstamos. La valoración del conjunto de tales contratos, por tanto, a los efectos que ahora importan, debe hacerse de forma sistemática y conjunta.

El error, afirmado por la Audiencia, de los demandantes en la contratación de los productos financieros, en concreto por lo que respecta a los riesgos que entrañaban de generar una pérdida importante de los



capitales invertidos, repercutió también sobre elementos esenciales de los contratos impugnados (préstamo e hipoteca). La expectativa de los demandantes, representada como razonablemente segura, de conservar el capital invertido y obtener alguna rentabilidad a través de la gestión de sus fondos propios y de los recibidos en concepto de préstamos por parte de quien les asesoraba en la gestión de sus ahorros, suponía asumir un nivel de riesgo moderado en la operación del préstamo suscrito el 8 de julio de 2009, acorde con su solvencia y capacidad de repago (valoradas conforme a las expectativas sobre el resultado de las inversiones realizadas). Esto, a su vez, implicaba una representación mental de las consecuencias de la constitución de la garantía hipotecaria sobre su patrimonio inmobiliario proporcional a aquel nivel de riesgo: en caso de poder amortizar los préstamos a través de la previa liquidación de las inversiones recomendadas, en los respectivos plazos de vencimiento, la hipoteca no pasaría de su estado latente, sin llegar en ningún momento a activar el *ius vendendi* o la facultad de enajenación forzosa del acreedor sobre los inmuebles hipotecados ( art. 1858 CC y 681 y ss LEC).

Así lo entiende la Audiencia al exponer las razones por las que aprecia el error también en los contratos de préstamo e hipoteca impugnados:

"[...] hay que tener en cuenta que el contrato de crédito se negocia sobre la base de que el resultado de las diversas inversiones y de las acciones del banco que seguidamente se suscriben, van a permitir a los clientes hacer frente a su importe. Es decir, se hace creer a éstos que mediante la reestructuración de la elevada deuda que han contraído van a poder hacer frente a las mismas, no solo por la ampliación del plazo sino por la revalorización de las inversiones. Es sobre esta base sobre la que se construye el consentimiento de los actores tanto respecto del crédito en sí mismo considerado como respecto de la garantía hipotecaria que conciertan. Sin embargo, estas expectativas se basaban en unas expectativas de mercado claramente inciertas, de forma que los diversos productos contratados no solo no mejoraron, sino que empeoraron y las acciones suscritas como medio de mantener el umbral de coste del crédito, tampoco permitieron ni hacer frente a tal coste ni se revalorizaron en cantidad suficiente como para evitar el impago del crédito una vez llegó a su vencimiento. Es decir, el banco transmitió a los clientes una expectativa claramente errónea, pese a que como profesional y a la vista de las expectativas económicas del momento estaba en condiciones de hacer una valoración más certera. La consecuencia es que los clientes contrataron el crédito y la hipoteca con un consentimiento desinformado, por tanto, erróneo.

"[...] la errónea valoración de los activos en que habían invertido los actores es lo que se encuentra en la base del consentimiento que prestaron. Lo que es deducible de la mecánica de la contratación es que fue la creencia en la información del banco acerca de la posibilidad de que dichos activos podrían atender las necesidades del elevado crédito que suscribían lo que estuvo en el fundamento de su decisión de contratar".

**10.-** La entidad recurrente alega la contradicción entre la sentencia de la Audiencia Provincial y la sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, invocando a su favor el fundamento de ésta en que se afirma:

"El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error".

Pero con ello no advierte que precisamente en este razonamiento se encuentra un argumento contrario a la tesis de la impugnante, pues la Sala primero subraya la exigencia de que el error, para constituir un vicio invalidante, provoque una representación equivocada que para el contratante que lo sufre se presente como razonablemente cierta, excluyendo la apreciación del vicio cuando en esa representación se incorpore un componente de aleatoriedad, que implique asumir de forma consciente un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de ganancia; y después, introduce una precisión que es justamente la aplicable al caso de la litis: "[...] la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error".

Por tanto, *a contrario sensu*, si el conocimiento del carácter aleatorio del negocio y de la entidad o nivel de los riesgos asumidos no fueron correctos, la representación equivocada sobre cuál sería el resultado sí tendrá la consideración de error. Y esto es justamente lo que sucede *in casu*: la representación que los demandantes se hicieron, en base a la información y asesoramiento de la demandada, sobre el nivel de riesgo de pérdida del capital recibido en préstamo e invertido en productos financieros recomendados por la



prestamista/asesora y, en consecuencia, sobre el propio nivel de riesgo de impago de los sucesivos préstamos recibidos, incluido el suscrito el 8 de julio de 2009, como consecuencia de la insolvencia provocada por el resultado negativo de aquellas inversiones, así como sobre el correlativo nivel de riesgo de sufrir una ejecución hipotecaria sobre su patrimonio inmobiliario, fue claramente erróneo. Además, este error fue esencial, pues afectaba a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero, y excusable al tener su origen en un déficit de información por parte de la entidad financiera, en los términos que circunstanciadamente hemos señalados.

Por ello la Audiencia no infringió el art. 1266 CC ni la jurisprudencia de esta sala al apreciar el error vicio del consentimiento y declarar la nulidad de los contratos de préstamo e hipoteca impugnados.

**11.-** Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de casación, sin que resulte ya necesario entrar a analizar como segunda posible causa de nulidad de los contratos la comunicación o propagación de la previa nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros, pues el resultado estimatorio o desestimatorio de su resolución carecería de virtualidad para alterar el fallo de esta sentencia.

#### **QUINTO.-** *Costas y depósito*

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Adriana y D. Evaristo contra la sentencia n.º 319/2017, de 13 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, en el recurso de apelación núm. 230/2017.

**2.º-** Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.