



Roj: **SAP M 13405/2024** - ECLI:ES:APM:2024:13405

Id Cendoj: 28079370122024100314

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Madrid

Sección: 12

Fecha: 25/09/2024

Nº de Recurso: 1179/2022

Nº de Resolución: 319/2024

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: ANA MARIA OLALLA CAMARERO

Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.:28.079.00.2-2020/0209041

Recurso de Apelación 1179/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1459/2020

DEMANDANTE-APELANTE: [REDACTED]

PROCURADOR [REDACTED]

DEMANDADO-APELADO: OVB ALLFINANZ ESPAÑA, S.A.

PROCURADOR Dña. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 319/2024

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

Dña. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1459/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid a los que ha correspondido el rollo 1179/2022 y, en los que aparece como parte demandante- [REDACTED] en defensa de Dña. Esther representada por la Procurador Dña. [REDACTED] y, de otra como **parte demandada-apelada** OVB ALLFINANZ ESPAÑA, S.A. representada por la Procuradora Dña. [REDACTED]; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 15/06/2022.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO: Por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, se dictó sentencia con fecha 15 de junio de 2022 cuyo fallo es del tenor siguiente:

"FALLO: Debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por [REDACTED] en defensa de su asociada Dña. Esther, representada la [REDACTED] y bajo la dirección técnica de la Letrada Sra. [REDACTED], contra OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A. representado por la Procuradora Sra. DÍAZ UREÑA y bajo la dirección técnica de la Letrada Sra. DOMÍNGUEZ HIERRO, imponiendo a la parte demandante las costas del presente procedimiento".

TERCERO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de [REDACTED] en defensa de Dña. Esther se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte OVB ALLFINANZ ESPAÑA, S.A. que se opuso y, cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 18 de septiembre de 2024, en que ha tenido lugar lo acordado.

CUARTO: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que hacemos nuestros y damos por reproducidos para evitar innecesarias reiteraciones, en tanto no se opongan a los de la presente resolución.

SEGUNDO. - Se interpone recurso de apelación por la representación de [REDACTED] en defensa de su asociada D^a. Esther, contra la sentencia, que desestima íntegramente la demanda interpuesta por dicha actora, frente a OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A., respecto de las acciones que afectan a los siguientes contratos:

1. Contrato nº de póliza NUM000 suscrito con la compañía Liberty en fecha 1/8/2016 en la modalidad de plan de previsión asegurado "PPA".
2. Contrato nº de póliza NUM001 suscrito con la compañía Liberty en fecha 1/8/2016 en la modalidad de seguro de vida.
3. Contrato nº de póliza NUM002 suscrito con la compañía ATLANTICLUX/FWU en fecha 1/8/2016 y en la modalidad de plan individual de ahorro sistemático "PIAS".

La sentencia apelada desestima la acción principal de nulidad basada en error, por falta de legitimación pasiva de OVB ALLFINANZ, al considerar que la demandada no fue parte en los contratos, siendo mera mediadora entre D^a Esther y las entidades emisoras de los productos contratados.

Igualmente la resolución apelada desestima la acción subsidiariamente planteada por la demandante, en la que insta la condena a la demandada al abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados y equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones al amparo del artículo 1101 del CC, al no apreciar incumplimiento de las obligaciones de información pertinentes, en aplicación de la Ley de Mediación 26/2006, de 17 de julio vigente en el momento de la firma, y posterior Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, en base a los documentos nº 5, 6, 7 y 9 de la demanda, y a los testimonios de D. Efrain y D. Arcadio, colaboradores externos de OVB, que comercializaron los productos.

TERCERO. - Legitimación pasiva de OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A., como comercializadora de los productos de inversión.

Por la representación de [REDACTED] en defensa de su asociada D^a. Esther se insiste en la correcta legitimación pasiva de OVB, dado que lo que se pretende en su demanda es la nulidad por vicio de consentimiento de los contratos de intermediación en la compra de valores o, bien la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información de la entidad comercializadora, sin necesidad de que las entidades emisoras de los productos fueran partes demandada. Pues no se cuestiona la validez de los productos financieros adquiridos, sino su inadecuada comercialización a D^a Esther, al incumplir OVB sus obligaciones legales y contractuales de información, en el marco de la recomendación de la compra de los productos reseñados.

El motivo debe prosperar si atendemos a la Jurisprudencia del TS, que en sentencias como la 29 de noviembre 2017, que ha reconocido la legitimación pasiva de entidades que comercializaban a sus clientes un producto de inversión, cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron, doctrina que ya puso de manifiesto en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre ,y 718/2016, de 1 de diciembre ,entre otras.

Precisando la *sentencia 477/2017, de 20 de julio* :

"cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su **cliente, obtiene un beneficio** que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.... Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores".

En consecuencia, atendiendo a la doctrina expuesta, debe reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión OVB, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto, pues sería la única responsable en su caso de la denunciada vulneración de la obligación de información sobre los riesgos de los productos de inversión que comercializaba respecto del cliente, y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto. Lo que conlleva la revocación del pronunciamiento de la resolución apelada, sobre la apreciación de la falta de legitimación pasiva de OVB respecto de la acción principal de nulidad por vicio en el consentimiento.

CUARTO. - Seguros Unit Linked

La revocación del pronunciamiento anterior considerando legitimada pasivamente a OVB para soportar la acción de nulidad por vicio en el consentimiento, nos lleva a entrar en el segundo motivo del recurso planteado por [REDACTED], que denuncia error en la valoración de la prueba respecto de la suficiente información prestada a D^a Esther , que aprecia la resolución apelada. Alegando que no se ha tenido en cuenta la prestación de asesoramiento de la entidad demandada, la complejidad del producto, el perfil no inversor de la demandante, a quien no se le practicó ni el test de idoneidad ni el de conveniencia, y la ausencia de información sobre los riesgos de los productos contratados, sin advertirle de la posibilidad de perder capital, en el caso de rescatar el seguro antes de su vencimiento, constando en las condiciones particulares que dichos importes depositados, se encontraban garantizados.

Los tres contratos de seguro comercializados a D^a Esther , son identificados por el propio demandado en su carta obrante al fol. 186, como pólizas PIAS, en su modalidad de seguro Unit-Linked.

Los seguros Unit Linked se configuran como una relación contractual compleja, en la que bajo la forma de una póliza de seguro de vida, se constituye una cartera de inversión en diferentes productos financieros, administrada y gestionada bien por la aseguradora o por la entidad que lo comercializa, mediante la cual, a partir de una inversión inicial o prima, se ofrece al cliente unas amplias posibilidades de inversiones posteriores en productos financieros, cuya rentabilidad está referenciada a activos subyacentes, a la vez que ofrece al cliente determinadas ventajas fiscales y con una duración determinada, reembolsándose a su vencimiento el cliente o beneficiario, el valor de acumulación, atendiendo a los activos referenciados.

El seguro de vida en la modalidad unit linked se diferencia del seguro de vida tradicional en que es el propio tomador de la póliza quien asume el riesgo de su inversión, al escoger los activos a que se destina entre

las diferentes opciones, que le ofrece la compañía de seguros; siendo la naturaleza y características de esta modalidad de seguro de vida, muy similar a un fondo de inversión.

QUINTO. - Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento.

La sentencia del pleno del TS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio.

Afirma dicha sentencia, con cita de otras anteriores, que:

"... hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

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

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

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

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

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

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

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

SEXTO. - Normativa aplicable a la información que debe ser facilitada al cliente.

Como cuestión previa, la sentencia del TS de fecha 12 de enero de 2015 ,ya sentó la normativa aplicable para determinar qué información debe ser facilitada al cliente que contrata este tipo de seguros de vida "Unit linked",dado que los productos ofertados por OVB y contratados por la demandante fueron productos de inversión, que se articularon a través de este tipo de seguro de vida "Unit Linked".Ante dichos productos el TS dictaminó que "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,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 SegurosPrivados . 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.

Partiendo de las características que definen el denominado contrato de seguro Unit Linked,se ha considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, reflejada en las sentencias de 10 de septiembre de 2.014 o 12 de enero de 2.015 , como un producto financiero complejo,para cuyo ofrecimiento y comercialización se exige, que se cumplan los deberes de información que la normativa bancaria o financiera exige en ese tipo de productos.

Reiteramos por ello que, ante este tipo de productos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS Pleno 769/2014)atendiendo a la legislación vigente a la fecha de celebración de los contratos, 1 de agosto de 2016, entendió que era aplicable a este tipo de contratos la normativa del mercado de valores. Ello supone que, como producto financiero complejo, su comercialización por una entidad financiera lleva implícita una obligación de asesoramientoen el que se 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 informaciónque sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos.

Las entidades bancarias y financieras tienen atribuida la obligación de facilitar una información adecuada, clara y suficiente sobre las características esenciales de productos financieros complejos, y corresponde a dichas entidades, acreditar que dicha información se ha facilitado, hasta el punto de llegar a cerciorarse de que el cliente ha llegado a comprender tales características y riesgos asumidos con ello. En el presente caso, es esencial que el tomador tenga conocimiento de que puede perder una parte importante o la totalidad del capital invertido (prima) en caso de rescate, por contravenir la propia esencia de un contrato de seguro ordinario y su posible rescate.

Al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (2016), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación, lo que supuso la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MIFID.

La normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes, que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, sentando que, en todo caso, estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate.Cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia.Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad*.

Siguiendo los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE, considera la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), que tienen la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales,y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

SÉPTIMO. - Aplicación de la normativa al caso y valoración de la prueba.

En el presente supuesto, consideramos que se prestó un servicio de asesoramiento financiero, dado que se firma un Protocolo expreso de asesoramiento, documento nº 6 de la contestación, **con lo cual al no constar** que fuera tal contratación a iniciativa del cliente, el deber que pesaba sobre la entidad financiera, no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía los productos que contrataba y los concretos riesgos asociados a ellos, en concreto la pérdida de capital en caso de rescate, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, que era lo que más le convenía.

Tiene especial relevancia, reseñar que contrariamente a lo sostenido en la sentencia apelada el doc. nº 7 de la contestación, carece de fundamento adverbatio alguno, pues se firma un año después de haber suscrito los contratos objeto del litigio concretamente el 29/8/2017.

Este complejo deber de información nace y es exigible, aunque no se hubiera concluido entre las partes un auténtico contrato de asesoramiento inversor, pues la única diferencia, a este nivel, aparte de requerir una idoneidad específica, es que en tal caso no será preciso el test de idoneidad, bastando con el de conveniencia.

En el presente caso, de las pruebas obrantes en juicio no podemos deducir como hecho probado, que se practicaran a la demandante ninguno de los test prescritos, antes bien es la propia cliente la que se autoevalúa según testificaron los asesores de la demandada, en el documento de asesoramiento, en base a sus supuestos intereses. Consistiendo el asesoramiento, a tenor de lo declarada por el testigo D. Efrain , en indicar al cliente, por la propia experiencia de los comercializadores, los productos o valores asociados, que mejor rentabilizaban un ahorro a largo plazo, en este caso seguros de LIBERTY Y ATLANTICLUX, valores que presentaron en su plan de estrategia, obrante en el doc. nº 9. Este último testimonio, se contradice con el del otro testigo D. Arcadio , que manifiesta que la cliente venía ya informada de su banco de los productos a invertir, lo cual vaciaría de contenido tanto el protocolo de asesoramiento, como la propuesta de inversión remitida por la demandada.

En actuaciones, reiteramos que consta un único documento de asesoramiento de fecha anterior a la firma de los contratos, el doc. nº 6, de la contestación, que de una manera muy sintética y de modo general califica el perfil de inversión de D^a Esther en un grado 3, denominado como "dinámico", desconociendo este Tribunal en base a que datos se llega a esta conclusión. Y ello porque tal cualificación no responde a conducta inversora propia de tal nivel, ni el conocimiento profesional de D^a Esther lo evidencia, dado que trabajaba en una empresa de telecomunicaciones como responsable de procesos y mejoras; ni tampoco lo avala su experiencia, ya que se limitaba a cuentas bancarias, depósitos, inmuebles y planes de pensiones, según declara la demandante en el párrafo precedente del mismo documento, siendo los únicos datos que se conocen de su actividad. Incluso si tenemos en cuenta el testimonio de Sr. Efrain , lo único que se confirma es que hasta que acudió a la entidad demandada, solo contaba con un seguro de vida normal vinculado a la financiera de su vehículo.

El grado de capacitación, otorgado en este documento de asesoramiento nº6 de la contestación, resulta una premisa especulativa, sin base alguna que acredite tal nivel inversor, pues debemos tener en cuenta que las inversiones de los seguros objeto de este litigio del 2016, y las posteriores en otros seguros se producen tras entrar en contacto con la entidad demandada, y por su mediación.

Como ya hemos reseñado la carga de la prueba de tal cualificación de la inversora como experta en materia financiera solo correspondía a la entidad inversora.

De la prueba practicada, si hay algo que resulta acreditado es que los asesores externos de OVB fueron quienes le ofrecieron los productos de inversión a D^a Esther , pues no existe rastro documental de que así lo instara la demandante, igualmente debemos tener en cuenta la premisa sentada en el párrafo anterior, de la falta de adverbación por la entidad inversora de la capacidad suficiente de la demandante, para entender los riesgos asociados a este tipo de productos, dada su manifiesta falta de conocimiento y experiencia financiera. Tal vez si se hubieran realizado el test de conveniencia, hubiéramos podido conocer si D^a Esther era capaz de comprender los riesgos que implicaba los complejos seguros que contrataba y sus riesgos de pérdida de capital, que excedían de los propios de un seguro de vida normal y los costes de rescate ordinarios. Incluso, ya que existía un protocolo de asesoramiento, el meritado doc. nº 6 de la contestación, además de la anterior evaluación, la entidad debería haber realizado un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad, que tampoco se practicó a la recurrente.

Tampoco el documento nº 9 de la contestación, la supuesta estrategia personalizada, puede ser identificado como un test de idoneidad, se trata de un power point, en el que ya vienen concretados y seleccionados, no por D^a Esther , sino por los asesores de OVB los valores de inversión a los que vincular el seguro, todo ello, sin hacer referencia, ni tener en cuenta la situación financiera de la cliente, para tomar tal decisión.

No existe documento alguno en el que figuren las opciones ofrecidas por los asesores y sus características, en base a las cuales la demandante escogiera entre los valores subyacentes ofertados, los que más le interesaba vincular al seguro, ni hay resto de trayecto documental, en el que consten las supuestas informaciones de los asesores sobre la rentabilidad o ventajas fiscales de los varios productos a optar en el mercado. De dicho documental reportada, solo restan las meras manifestaciones testificales de los empleados de OVB, faltas de objetividad dadas sus implicaciones laborales, y una serie de notas manuscritas unilateralmente de los mismos en los documentos reportados, cuya comunicación a D^a Esther se ignoran, pues no consta aceptación o recepción alguna por su parte. Si analizamos el doc. nº 5 de la contestación, denominado "LA BASE", solo aparece firmada por el cliente la primera hoja, sobre protección de datos y sus datos personales fol. 192, a fecha 21/6/2016, las demás hojas del referido documento no se signaron, aun cuando estén llenas de notas manuscritas del trabajador de la demandada, cuyo contenido se ignora si era conocido por la demandante, dado el carácter unilateral de tal transcripción.

Al estudiar la documental reportada, nos sorprende la falta de aportación de las pólizas concretas de seguros objeto del pleito, sí que se nos adjuntan proyectos de Seguro personalizados, o informaciones previas individualizadas, o solicitudes de seguros, pero la concreta aceptación de las condiciones contractuales, si bien aparecen adjuntadas, no están firmadas por la demandante.

Si analizamos dicho proyectos, estudios o solicitudes respecto de cada seguro todos del mismo día 1/8/2016, cuya nulidad se insta, constatamos:

1º Respecto al contrato nº de póliza NUM000 suscrito con la compañía Liberty, en la modalidad de plan de previsión asegurado "PPA". Este aparece descrito como PIAS, "plan individual de ahorro sistemático", este se refleja en un Proyecto de 4/7/16, fol.46., doc. 10 de la demanda identificándose como un "Proyecto LIBERTY, PIAS, Inversión Flexible, un seguro de vida individual a prima periódica de la modalidad Unit Linked". En dicho Proyecto solo se identifica el Capital estimado final como el saldo acumulado al llegar a término el seguro, con una rentabilidad de 7%. Se concretan los fondos a los que se vincula el seguro Unit Linked, sin que conste que se dé otra opción a la actora para elegir, ni las ventajas y diferencias de cada valor, para establecer los diferentes porcentajes de inversión que se realizan. Igualmente, figura que se añade una cobertura adicional de un incremento de 3000€, sobre "el fondo de ahorro". Y vemos al fol. 9, 166, vuelta, y 167, que imagen que se ofrece de la evolución del ahorro es solo ascendente. Resulta relevante que se incida en el primer párrafo del fol. 48, en que a partir de una anualidad y habiendo pagado las primas comprometidas el tomador podrá solicitar el valor de rescate, señalando literalmente "Este valor consistirá en el importe de su fondo de ahorro sin penalización de rescate alguna", fol. 48 o fol. 288.

2. El contrato nº de póliza NUM001 suscrito con la compañía Liberty en la modalidad de seguro de vida, obra al fol. 167 vuelta, como un Proyecto de Seguro personalizado, que no hace mención alguna a penalización por rescate previo. En el documento de Solicitud de seguro de este producto ya no se identifica como un simple seguro de vida, sino como un PIAS, esto es un "plan individual de ahorro sistemático", y se le vincula a la inversión en diversos valores. En este documento aparece marcado con una cruz una casilla, que identifica la selección de la apelante como inversora, en la categoría de "DINAMICA", excluyendo las restantes opciones de CONSERVADORA, EQUILIBRADA y LIBRE, sin dar razones de dicha selección. En el reverso del documento aparece un cuestionario del perfil de la inversión, en el que se marcan unas casillas, también, curiosamente con una cruz de autor desconocido, por la cual se señala que el cliente asume el perjuicio que conlleva el rescate de la póliza a corto plazo al tratarse de una inversión a largo plazo, fol. 169 vuelta, reseña que aparece sin destacar, ni subrayar, dentro de un condicionado, redactado con letra mínima y de modo farragoso, fol. 169 vuelta.

3. El contrato nº de póliza NUM002 suscrito con la compañía ALTLANTICLUX/FWU, también en la modalidad de Plan individual de ahorro sistemático "PIAS", aparece en una Proposición de Seguro personalizado fol. 79, doc. 11 de la demanda. En el documento obrante al fol. 82 de información previa individualizada, se estipula una prestación mínima garantizada fe 120.327,48€ a fecha de vencimiento, y que el rescate solo se penalizará durante los 5 primeros años,destacándose esto último en negrilla, igualmente en la hoja ultima fol. 83, en la simulación se considera que, en el peor escenario posible, se percibirá la prestación mínima garantizada de 120.327,48€. En el mismo documento reportado por la demandada, al fol. 179 vuelta, se incluye un supuesto cuestionario de idoneidad del perfil inversor del cliente, por el que marcada con una cruz, no sabemos por quién, se asume la condición del perjuicio que conlleve el rescate de la póliza a corto plazo al tratarse de una inversión a largo plazo, dicho cuestionario no aparece firmado por el cliente expresamente, e igualmente se inserta en un texto abigarrado, de letra mínima, y sin destacar, pese a que hay frases del texto que si aparecen resaltadas. Incluso en este contrato y a pesar de que se hace referencia a valores a los que se encontraría vinculada la póliza, no se identifican en modo alguno, ignorándose la selección de los mismos.

Repetimos que tratándose de productos complejos, según ya hemos referido por calificación del propio TS, la entidad inversora debería haber suministrado al cliente una información cualificada, comprensible y adecuada

sobre estos productos, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

En el caso que nos ocupa la falta de información previa es patente, no solo por la ausencia de los test de conveniencia e idoneidad que reunieran un mínimo de exigencia en su práctica, sino también porque curiosamente, el dato más relevante para el cliente, esto es la pérdida importante de capital en caso de rescate del seguro, aparece si es que aparece, intercalado en textos densos, confusos sin destacar, y sin aceptación expresa del cliente, meramente marcadas con un cruz o con un ok, cuya autoría se desconoce, y cuya realización a la vista de lo manifestado por la demandante en la demanda y apelación, no ha reconocido D^a Esther, sin que tampoco fuera propuesto su interrogatorio por la demandada a los efectos de constatar la veracidad de tal autoría.

Ante el incumplimiento de este deber de información, a los efectos de juzgar sobre el error vicio, resulta relevante no tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata productos que rebasan el concepto de un seguro de vida simple, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y sobre todo tratándose de seguros de vida del coste de su rescate. Lo cual no resulta deducible en los Proyectos de Seguro Personalizado reseñados, que preparaban la contratación, donde se contemplaba la posibilidad de rescate sin penalización o concretadas a cinco años, lo que implica una contradicción con los documentos posteriores, que señalaban limitaciones al rescate, y que supuestamente habrían sido asumidas por D^a Esther, con una mera cruz en las solicitudes o proposiciones de contrato.

La omisión de los test que debían recoger estas valoraciones, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre los complejos productos contratados en unidad de acto en la misma fecha, y sus riesgos asociados, que suponen estimar que concurre un consentimiento viciado en la cliente por falta de la información exigida para este tipo de seguros. Y si bien la ausencia de los test, como señala la doctrina, no determina por sí la existencia del error vicio, sí permite presumirlo, sobre todo cuando el mismo se sustituye por una especie de autoevaluación del propio cliente, sin referencia a dato objetivo alguno, y en clara contradicción con los datos existentes, concluyendo la calificación como inversor dinámico, sin premisa previa que lo justifique, dada la probada falta de conocimiento y experiencia de D^a Esther. Es sorprendente, que tal y como ha insistido la actual demandante, no se le hiciera entrega de una copia de los contratos, ni de las condiciones generales o particulares, hasta su reclamación años más tarde, siendo notable la ausencia de rubrica de la demandante de tales condiciones contractuales, aportadas en la documental por la demandada en su contestación.

Si la información precontractual ha de estar en relación con las características del producto, su novedad o conocimiento generalizado, su complejidad o sencillez, su trascendencia o nimiedad en la economía del cliente, son, sin duda y desde un punto de vista meramente objetivo, factores que requieren una mayor o menor intensidad en la información exigible; y en el presente caso, debe recordarse que los tres contratos de seguro, se firmaron en unidad de acto, en la misma fecha, existiendo documentos preparatorios claramente contradictorios entre sí, y sin una clara prueba de que se informara al cliente del coste concreto y real del rescate de su dinero en un producto que se le había vendido como un plan de ahorro seguro.

Por todo ello, y tras revisar las actuaciones, no existe prueba en autos suficientemente demostrativa a juicio de la Sala de que la entidad demandada prestara la debida y correcta información sobre los productos financieros contratados, por lo que tal falta de información provocó un vicio de consentimiento (por error esencial) que determina la anulación de los negocios con la consiguiente reposición de las prestaciones en el importe solicitado. Esto es, no se atisba actividad diligente alguna por parte de la entidad OVB dirigida a proporcionar una información precontractual, que determinara el favorecimiento de una formación de la voluntad en el cliente, en igualdad de condiciones con la de la entidad aseguradora, sobre el funcionamiento de este tipo de productos. De tal modo, que las cláusulas contractuales no tienen justificación, habida cuenta de que estamos en presencia de contratos de adhesión, con un contenido ininteligible, sin que se haya acreditado haber cumplido con el deber de información al cliente de los productos especialmente complejos adquiridos, de sus efectos, del riesgo que conllevaba y de las previsiones razonables sobre su evolución.

OCTAVO. - Conclusión de la Sala.

De lo anteriormente expuesto cabe concluir que no compartimos los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, ni el criterio mantenido por el Juzgador de instancia respecto a la información proporcionada al apelante sobre los riesgos del producto financiero contratado. Entendemos, por el contrario, que OVB no cumplió con las obligaciones contractualmente asumidas de diligencia, lealtad e información que la normativa reguladora de la actividad bancaria le imponía a la hora de prestar al demandante los servicios de

asesoramiento financiero y ello en relación a las de adquisición de los seguros de vida "unit linked". El citado incumplimiento provocó un error en el cliente que no pudo ser consciente que se arriesgaba a perder -como ha sido el caso- una gran parte del capital invertido.

La información que consta se ofreció fue absolutamente insuficiente y resultó ser engañosa, en la medida que impidió a al hoy recurrente conocer la verdadera y real naturaleza de los productos que se le ofrecían, provocándose así la formación viciada de su consentimiento a la hora de suscribir las operaciones concertadas, que por ello han de ser tachadas de nulas, pues ha quedado suficientemente probada la concurrencia de un error esencial que ha viciado el consentimiento prestado, pudiendo concluirse que fue inducida D^a Esther , a consecuencia de una insuficiente y defectuosa información precontractual, a una falsa percepción sobre las características propias del activo que contrataba, haciéndole creer que era un producto de renta fija, seguro, omitiendo una información esencial y determinante a la hora de decidir su contratación como era el riesgo de pérdida de la totalidad del capital invertido. Error excusable, pues es consecuencia del cumplimiento defectuoso del deber de informar que incumbía a la entidad OVB quien había tomado la iniciativa de la contratación de un producto complejo, y ello frente a un cliente que no tenían un conocimiento previo de productos estructurados, ya que el único conocimiento que poseía se sustentaba en la información inexacta, incompleta y difícilmente comprensible facilitada por la entidad ahora apelante, de tal modo que cabe concluir que el demandante, de haber conocido con detalle y exactitud el producto que le ofrecieron, no lo habrían adquirido. En conclusión, con revocación de la sentencia apelada, se declara la nulidad de los contratos objeto de la demanda.

NOVENO. - Consecuencias de la nulidad

En cuanto a las consecuencias de la nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil ,los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses. La jurisprudencia interpretativa del citado precepto ha señalado que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra; que es aplicable a los supuestos tanto de nulidad radical o absoluta, como de anulabilidad o nulidad relativa, y que opera sin necesidad de petición expresa de parte (STS de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000, de 11 de febrero de 2003, 6 de julio de 2005 , 15 de abril de 2009, entre otra muchas). Y ello con independencia de si ha habido o no buena fe por los contratantes. Como señala la jurisprudencia (STS de 29 de febrero de 2012, con cita de las SSTs de 4 febrero 2003 y de 17 noviembre 2000), la norma pretende equilibrar entre los contratantes las consecuencias de la pérdida de efectos del contrato, y ello con independencia de que en virtud de lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil , pudiera haber lugar o no a indemnizaciones por incumplimiento de una de las partes, ya que indemnización y reintegración son remedios distintos pero compatibles.

En consecuencia, al haberse acordado la nulidad de los contratos reseñados, tal y como fue solicitada como pretensión principal de la demanda, la hoy recurrente deberá recuperar el capital invertido más sus intereses, y al mismo tiempo debe restituir las remuneraciones percibidas durante la vigencia de los contratos por cualquier concepto, más los intereses devengados desde la fecha en que se hubieran percibido sucesivamente.

DÉCIMO. - COSTAS

Por lo expuesto, al ser acogido el recurso de apelación interpuesto, procede la íntegra estimación de la demanda instada por [REDACTED], en defensa de su asociada D^a. Esther , frente a OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A., lo que conlleva la condena en costas de Primera Instancia a la demandada.

Sin imposición de las costas causadas en esta segunda instancia (artículos 394 y 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)al estimarse el recurso de apelación.

DÉCIMO PRIMERO. -De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, procede acordar la devolución del depósito constituido por el recurrente, la cual deberá interesarse del Juzgado de procedencia.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] [REDACTED], en defensa de su asociada D^a. Esther contra la sentencia de fecha quince de junio de

dos mil veintidós, recaída en juicio ordinario seguido con el nº 1459/2020 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, QUE REVOCAMOS ,y, en su lugar:

- Se estima íntegramente la demanda rectora de los presentes autos.

- Declaramos la nulidad de contratos:

* Contrato nº de póliza NUM000 suscrito con la compañía Liberty en fecha 1/8/2016 en la modalidad de plan de previsión asegurado "PPA".

* Contrato nº de póliza NUM001 suscrito con la compañía Liberty en fecha 1/8/2016 en la modalidad de seguro de vida.

* Contrato nº de póliza NUM002 suscrito con la compañía ATLANTICLUX/FWU en fecha 1/8/2016 y en la modalidad de plan individual de ahorro sistemático "PIAS".

-Condenamos a OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A. a restituir el capital invertido más sus intereses, calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta), y al mismo tiempo la demandante debe restituir las remuneraciones percibidas durante la vigencia de los contratos por cualquier concepto, más los intereses devengados desde la fecha en que se hubieran percibido.

- Se imponen a las costas de la primera instancia a OVB ALLFINANZ ESPAÑA S.A.

- No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en esta segunda instancia.

- Se acuerda la devolución del depósito constituido por la parte recurrente, que deberá solicitarse del Juzgado de procedencia.

Contra esta sentencia cabe interponer, conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, recurso de casación apoyado inexcusablemente en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que se justifique la concurrencia de interés casacional, según lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, y previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-1179-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez firme la presente resolución, procédase conforme determina el art. 22 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Librese copia de la presente la cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro y remitase otra copia al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.