



Roj: **SAP ZA 145/2015 - ECLI:ES:APZA:2015:145**

Id Cendoj: **49275370012015100145**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **08/05/2015**

Nº de Recurso: **100/2014**

Nº de Resolución: **78/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS PEREZ SERNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

Z A M O R A

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN Nº 100/14

Nº Procd. Civil : 110/13

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 1

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIANº 78

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D.JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. .PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

Dª. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En la ciudad de ZAMORA, a 8 de mayo de 2015.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 110/13, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 1 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 100/14; seguidos entre partes, de una como *apelantes* D. Nazario y Dª Petra , representados por el Procurador D. MARIA **NO** LOBATO HERRERO , y dirigidos por el Letrado D. JOSÉ ANTONIO TEJEDOR BALADRÓN , y de otra como *apelado* BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por la Procuradora Dª. ELENA-ROSA FERNÁNDEZ BARRIGÓN y dirigido por el Letrado D. CRISTINA FUENTES LÓPEZ , sobre nulidad de contrato financiero.

Actúa como Ponente, el lltmo Sr. D. JESÚS PÉREZ SERNA.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 1 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 5 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por D. Nazario y D^a Petra frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., absolviendo a éste de las pretensiones deducidas en su contra.- Las costas procesales se imponen a la parte actora."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 4 de junio de 2014..

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta por D. Nazario y D.^a Petra frente a la entidad BBVA en reclamación de que se declarara la nulidad radical del contrato suscrito en fecha 31 de marzo de 2008 entre las partes, denominado Contrato Financiero Multicupón, nº NUM000 , así como de todos los anexos de dicho contrato/ordenes relacionadas con el mismo, con la consiguiente restauración de la situación existente al momento anterior de la suscripción de referido contrato. Tras indicar que la acción ejercitada por la parte actora es la de nulidad contractual por vicios del consentimiento (error), y tras referirse a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el error vicio, con cita de la sentencia de dicho órgano 21 de noviembre de 2012 , justifica su decisión, –no concurren en el caso los requisitos precisos para considerar que existió en los actores un error que pudiera anular el contrato –, señalando que la prueba practicada en el acto del juicio desmiente las diferentes afirmaciones efectuadas en la demanda; así, alude al perfil inversor de los demandantes calificándolo "claramente de riesgo", pues la documentación obrante en autos muestra la contratación por los mismos de fondos de inversión y la suscripción de numerosas acciones de diferentes empresas por cantidades de importancia, incluso de sociedades que cotizan en bolsas extranjeras; a la declaración del actor, de la que se extraen datos tales como que compraba acciones de bancos y de compañías, –era él quien las compraba y vendía y lo hizo durante muchos años –, o relativos a la forma de celebrarse el contrato, (en el que sabía había acciones del BBVA), y a la lectura del mismo, o, en fin, a que había tenido capacidad de valorar el ofrecimiento de participaciones preferentes y de rechazarlo; a qué bien de forma directa o a través de su hijo, el demandante tuvo conocimiento de las características básicas del contrato en cuestión; a que diversificó la inversión de la cantidad procedente de la venta de un piso; y a la declaración del testigo don Jesús Manuel acerca de la forma de contratación y de la intervención del hijo del actor. De todo ello concluye, en suma, que la parte actora tenía conocimiento de, al menos, los elementos básicos del contrato: que se trataba de un contrato de riesgo y que estaba vinculado a la evolución que tuvieran dos acciones: las del propio BBVA y las del RBS.

Ante dicho pronunciamiento, la representación procesal de los actores interpuso recurso de apelación con la pretensión de que se revoque la sentencia del juzgado y se dicte otra por la que se estimen sus peticiones según se hacían valer en su demanda. Alega a tal fin, que el juez a quo no ha valorado correctamente el conjunto de pruebas practicadas en el procedimiento, al tiempo que ha realizado una incorrecta aplicación de las normas jurídicas pertinentes al caso. Incide, en este sentido, en el tipo de servicio prestado por la entidad demandada, que cataloga como de asesoramiento, con las consecuencias que ello lleva aparejadas; en la existencia de un conflicto de intereses para el banco difícil de gestionar; en la situación financiera nacional e internacional al momento de concertar el contrato; en la carencia documentada de información precontractual; en la evaluación del cliente llevada a cabo por el banco; en el análisis del contrato concreto; en lo acontecido durante la vigencia del contrato, con un inadecuado seguimiento de la inversión; en el incorrecto encuadre jurídico que se hace en la sentencia respecto del producto en cuestión que se equipara a las acciones, siendo así que éstas son un producto simple, sin complejidad alguna; y en el análisis de los subyacentes elegidos por el de BBVA SA; todo ello, como demostración de que concurren en el supuesto las condiciones del error invalidante del consentimiento contractual, recayendo sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas. Error que afectó a los actores a la hora de contratar, no disponiendo de medios para haberlo salvado, ante la falta de información proporcionada por el banco.

SEGUNDO.- Antes de analizar los diferentes motivos de impugnación, se hace preciso consignar unas breves consideraciones acerca de la naturaleza y características del producto concertado entre las partes, dadas las alegaciones que una y otra han formulado sobre el mismo en sus respectivos escritos.



El contrato concertado en fecha 31 marzo 2008 se denomina "contrato financiero BBVA multicupón", y en el mismo, cuyo importe entregado por los actores asciende a 785,000 (importe invertido), se explicitan, entre otros, los siguientes extremos: a) en el apartado "exponen" se señala que el titular (los actores) se han dirigido al banco solicitándole la constitución de un contrato financiero con unas condiciones concretas, tanto en lo que afecta al plazo como a la particular forma de remuneración de dicho contrato financiero. (Sin embargo, de lo actuado no se desprenden cuáles puedan ser esas condiciones concretas solicitadas por los actores, pues nada en tal sentido obra en autos, ni nada se desprende al respecto de las pruebas practicadas). Se dice, en el mismo apartado, que el contrato financiero... es económicamente un producto estructurado formado por un depósito a plazo y un derivado financiero, en concreto una estructura de opciones sobre los activos subyacentes según se definen más abajo. (Tales activos son acciones ordinarias del BBVA y acciones ordinarias del Royal Bank of Scotland); y también que el banco está interesado en la constitución de dicho contrato financiero.

Por otro lado, en el apartado "convienen", se especifica que "el titular concierta una operación financiera de riesgo elevado que puede generar una rentabilidad positiva, pero también pérdidas del importe invertido. La devolución del importe invertido en la rentabilidad de la inversión están vinculadas a la evolución bursátil de las acciones ordinarias de los activos subyacentes, y, por tanto, se pueden producir pérdidas del importe invertido en los siguientes casos...", "el titular manifiesta que ha recibido las oportunas advertencias por parte del banco sobre el riesgo financiero implícito en la operación objeto de este contrato, al tratarse de un contrato financiero a plazo que podría generar una pérdida total o parcial del importe invertido en la medida que la devolución del importe invertido y la rentabilidad de la inversión están ligadas a la cotización de las acciones ordinarias de los activos subyacentes del mercado", y "el contrato presenta algunas características financieras que representan cierta complejidad. En particular, puede darse la circunstancia que los supuestos de ajuste y supuestos especiales de ajuste incidan negativamente en la retribución variable aplicable al contrato".

En el apartado "cláusulas" refiere que "este contrato se asimila a un depósito a plazo atípico, al estar asociado dicho depósito al derivado financiero, formando un conjunto negocial único. Dadas las especiales características del contrato, éste se debe considerar como una modalidad de los denominados <contratos financieros a plazo> mencionados en el artículo dos de la ley 24/1988 del Mercado de Valores, en la redacción dada por la ley 37/1998 de 16 noviembre".

A la luz de tales contenidos, es evidente, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección octava, de fecha 31 marzo 2014, que está asumido que nos encontramos ante un producto complejo, lo cual presenta relevancia, en el que de inmediato se advierte una grave imprecisión en los términos contractuales utilizados, pues el contrato indica que es un producto estructurado, integrado por un depósito a plazo y por un derivado financiero, cuando, realmente, el funcionamiento del mismo (con la posibilidad de pérdidas, incluso del importe invertido) es absolutamente incompatible con el contrato de depósito bancario, pues sabido es que este obliga a la entidad bancaria la devolución de lo depositado, que no puede perderse. No se entiende, pues, que este producto complejo utilice el concepto bancario de "depósito", muy extendido y conocido entre clientes no especializados, cuando no participa de las características fundamentales del mismo. A mayor abundamiento, sigue diciendo la mentada sentencia, la continua referencia a la posibilidad de pérdidas "del importe invertido", a la vez que se habla de "depósito", puede inducir a pensar, dada la complejidad del funcionamiento del producto, que dichas pérdidas tan sólo se refieren a la parte del mismo que no participa de la naturaleza del depósito y que éste siempre se recuperará. Esta circunstancia presenta relevancia en orden a la apreciación del error como se verá.

Se trata, por tanto, de un producto financiero que implica un riesgo evidente, dado que sólo en el caso de que se cumpla la Condición de Retribución, --"que en una de las fechas de Referencia Final, el Valor Final de cada uno de los activos subyacentes sea superior al 70% de su valor inicial, según las definiciones de estos términos expuestas más adelante" -- será aplicable la retribución que se indica en el propio contrato. Y se trata, asimismo, de un contrato de adhesión con condiciones generales que cumplen todos y cada uno de los requisitos que para tal calificación exige el artículo uno de la LGC, en cuanto que son cláusulas incorporadas a un contrato; son cláusulas predisuestas, es decir, previamente redactadas; impuestas a la parte, que sólo puede tomar la decisión de adherirse o no a las mismas, teniendo por tanto las características de cláusulas no negociadas; de carácter habitual, al tener la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos; y establecidas por una entidad profesional, la entidad bancaria.

En suma, es importante llamar la atención sobre el hecho de que el contrato en cuestión se tiñe de un cierto carácter aleatorio o especulativo, además de ser compleja su intelección, que conlleva, para su suscripción con la suficiente comprensión de las obligaciones que entraña, una cierta formación financiera, claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general, pues entran en juego movimientos de los mercados



internacionales o peculiaridades notables en la posibilidad de cancelación antes del vencimiento del contrato o ajustes ordinarios o especiales que alteran las circunstancias del contrato.

De ahí que toda entidad bancaria, en cuanto diseña un producto y lo ofrece a sus clientes, –como es el caso que nos ocupa –, está obligada a realizar un esfuerzo adicional, que será tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación general, y financiera en particular, del cliente a quien va a ser ofrecido el producto bancario. Así, el cliente debe poder comprender, con ejemplos claros, cuál es el concreto y posible alcance de su decisión, en todas las circunstancias del mercado, entendiendo todos los riesgos que asume cuando contrata.

TERCERO.- Pues bien, vistas las características esenciales del contrato concertado, y habida cuenta que la petición sobre el mismo gira en torno a la reclamación de devolución de la inversión realizada, por falta de la necesaria información previa por parte del banco, con el consiguiente error radical del consentimiento de los actores al no comprender los riesgos que conlleva el mismo, se hace necesario que antes de abordar el tema concreto, se precise en los requisitos del error invalidante del consentimiento.

En este sentido, y a fuerza de ser reiterativos en relación con lo consignado en la sentencia de instancia, cabe significar, siguiendo lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 31 enero 2011 , lo siguiente.

" El error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTs. de 17 de octubre de 1.989 y de 3 de julio de 2.006 , entre otras) un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que la padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1.266 del Código Civil), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1.269 del mismo Código Civil), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad (SAP. de Córdoba (Sección 2ª) de 22 de noviembre de 1.999).

Como ya se ha señalado en las Sentencias de 11 de noviembre de 1.997 , 18 de julio de 2.000 y 20 de marzo de 2.006 , entre otras, en cuanto al error como vicio del consentimiento, ya la STS. de 18 de abril de 1.978 señaló que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil , es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266. 1º, del Código Civil), que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (SSTs. de 1 de julio de 1.915 y de 26 de diciembre de 1.944), que no sea imputable a quien lo padece (SSTs. de 21 de octubre de 1.932 y de 14 de diciembre de 1.957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SSTs de 14 de junio de 1.943 y de 21 de mayo de 1.963). En definitiva, como ha señalado la STS. de 14 de febrero de 1.994 , para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil , pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (SSTs. de 6 de junio de 1.953 , 27 de octubre de 1.964 y 4 de enero de 1.982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el Código Civil no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y buena fe (artículo 7 del Código Civil).

Las SSTs. de 4 de enero de 1.982 y de 18 de febrero de 1.994 señalaron que el error es excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, y que, de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por su declaración; y añaden que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error, señalando que, en términos generales, la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era



exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (STS. de 29 de marzo de 1.994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, siendo, por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa (SAP. de Córdoba de 22 de noviembre de 1.999).

Finalmente no puede desconocerse también que es verdad que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio (SSTS de 30 de mayo de 1.991 y de 6 de febrero de 1.998), teniendo su apreciación un sentido excepcional acusado, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no la falta de él. A lo que hay que añadir también, según la STS de 13 de junio de 1.966 , que aquellos obstáculos que en orden al consentimiento, al objeto o causa del contrato sean invocados como susceptibles de impedir su virtualidad o que vicien lo pactado, deben correr a cargo del oponente, quien deberá acreditar la existencia de los hechos en que se funde para desvirtuar la realidad o apariencia formal de la existencia y eficacia del vínculo que se presente como contraído en forma legal.

Doctrina ésta que es seguida y reiterada en otras resoluciones posteriores, tales como las SSTS. de 23 de julio de 2.001 , 12 de julio de 2.002 , 12 de noviembre de 2.004 y 17 de julio de 2.006 , entre otras muchas."

CUARTO.- Expuesta la doctrina general en orden a los requisitos que han de concurrir para que pueda apreciarse o no la existencia de error en el consentimiento, determinante de la nulidad del contrato, se ha de entrar ya en el análisis de las alegaciones realizadas por la defensa de la parte actora en su escrito de interposición del recurso de apelación, y con las que pretende demostrar la equivocación en que se ha incurrido por el juzgador a quo al concluir sobre la inexistencia de error en los actores al prestar consentimiento contractual.

A) Indica la sentencia recurrida que el perfil inversor de los denunciados es un perfil claramente de riesgo, como se desprende de la documentación aportada por la parte demandada, en tanto que hace referencia a fondos de inversión y a numerosas acciones de diferentes entidades por cantidades de importancia, incluso de empresas que cotizan en bolsas extranjeras; de modo que no cabe considerar que la evolución o seguimiento de los mercados bursátiles era algo desconocido para los demandados, sino algo habitual, y en tal sentido alude a la declaración del actor, en línea de que compraba acciones y las vendía por sí mismo.

Sin embargo, lo cierto es que los actores, don Nazario y su esposa doña Petra , de 75 y 74 años al momento de concertar el producto, funcionario de prisiones y ama de casa, jubilados, no son susceptibles de ser catalogados como inversores de riesgo, con arreglo al producto en cuestión. El hecho de que sean titulares de acciones o de fondos de inversión no supone la existencia de cierta cultura financiera por su parte, pues se trata de productos diferentes al aquí contemplado. Como indica el apelante, se trata de productos sin complejidad cuyo manejo depende directamente del cliente, y son realizables con total inmediatez; por contra el producto aquí barajado depende de la entidad que diseña el producto, no es líquido y está sujeto a plazos, y plantea conflictos con el propio banco por estar vinculado a acciones del mismo. El perfil de los actores, en concreto del actor, --pues de la actora no hay duda --, no era, por tanto, el específico para la contratación de productos complejos, especulativos o de riesgo alto. Su calificación, en consecuencia, y a tenor del artículo 78 de la LMV es la de cliente minorista. Es la situación patrimonial de los actores, derivada de sus ingresos e inversiones al tiempo de suscribir el producto, la que pone de manifiesto el perfil conservador o calificación del cliente minorista de los mismos. Ello implica la necesidad de una adecuada información al cliente acerca del producto, comenzando por la normativa MIFID. Procede señalar que los actores llevaban tiempo trabajando con el banco demandado y que su relación con los empleados del banco era buena, dentro de lo que a la actividad bancaria se refiere, lo cual nos lleva, nuevamente, al tema de la adecuada y correcta información que debe producirse entre ambas partes, máxime siendo el banco el ofertante del producto, como consecuencia de otros productos que la parte mantenía en la entidad.

B) Respecto de la información a facilitar, partiendo de lo señalado en la STS de 20 enero 2014 , --"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 porque las entidades financieras a comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que presta 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 interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un



determinado producto" –, es de citar el artículo 79 bis tres LMV, en cuanto señala que "a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costos asociados de modo que se les permita comprender la naturaleza de los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias".

Dicha información debe, además, suministrarse tanto en la fase precontractual como contractual, de forma que la entidad financiera debe cerciorarse de que el **consumidor** ha entendido los riesgos que la contratación de estos productos complejos, en los que la falta de conocimientos específicos en materia financiera exige mayor información, máxime si entendemos, como así es, que el banco prestó en el caso un servicio de inversión cualificado o de asesoramiento al cliente, (pues no consta que éste solicitara expresamente el producto, en cuyo caso el banco se hubiera limitado a comercializar el producto), al presentarles el producto como conveniente para ellos y al haber acudido estos a la entidad en base a las relaciones previas existentes.

Pues bien, a la vista de la prueba practicada, no cabe sino concluir que la entidad demandada no ha acreditado haber suministrado, de forma efectiva, la información a la que venía obligada. Estamos ante un contrato, el firmado, aleatorio, establecido y regulado por el código civil, pero en el que no consta que el banco facilitara a la contraparte información previa sobre el producto en cuestión, ni informática ni de ninguna otra clase al margen de lo que consta en el propio contrato. Las propias manifestaciones del actor, a las que hace alusión en la sentencia recurrida, son buen ejemplo de la confusión que se le generó a éste en la contratación del producto, con la mezcla de acciones o activos subyacentes del contrato. No existe documento explicativo alguno del producto, ni constan en autos las razones, explicadas al cliente, de porque se eligen los dos activos subyacentes a los que va asociado el producto, ni tampoco las previsiones futuras a corto y medio plazo de aquellos en función de los riesgos que se asumían en el contrato. Y no son utilizables los argumentos relativos al hijo del actor en tanto que el mismo no ha comparecido en los autos al no haber sido llamado, no pudiéndose apreciar, pues, directamente por el juez, el resultado de su intervención y los términos de la misma, y ello, a mayores de que de su intervención en los hechos se ha de colegir que el actor no era consciente de la contratación del producto y de la comprensión del mismo; no cabe olvidar, a este respecto, que cuando un **consumidor** tome una decisión sobre la contratación de un producto ha de estar bien informado sobre todas las características relevantes de los productos o servicios.

Desde otra perspectiva, es de notar que la entidad no sometió a los clientes al test de idoneidad ni al test de conveniencia a que obliga la normativa, siendo así que el primero obliga al banco a cerciorarse de que el producto se adapta al cliente, a su perfil, (obliga a conocer su experiencia y conocimiento, su situación financiera y sus objetivos de inversión), y que el segundo va dirigido a que la entidad valore y el cliente es capaz de comprender el producto y los riesgos que conlleva el mismo; de tal modo que sin tal información, – en el caso basta con ver los documentos número 3 y 4 aportados con la demanda –, la entidad bancaria no debe recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros a sus clientes.

Por consiguiente, si los propios términos y cláusulas del contrato, anteriormente expuestos, no aparecen expresados con la suficiente claridad para comprender su objeto, funcionamiento, ventajas y riesgos, y si no puede afirmarse que por parte del empleado de la demandada se ofreciera a los actores una completa información sobre tales extremos y circunstancias, (se recalcan los posibles beneficios de forma expresa, dentro de las ventanas que se prevén en el contrato, y se alude genéricamente a posibles pérdidas), en modo alguno cabe tener por cumplida la obligación expresa de información sobre el producto que incumbe al banco, máxime teniendo en cuenta que tal falta no puede verse frenada por el hecho de que en el contrato se contengan referencias a la posibilidad de pérdidas, incluso sustanciales, pues ya se ha dicho que la información ha de ser previa y adecuada al perfil minorista del cliente. Cosa que en el caso no ocurrió, a tenor de lo actuado en el presente procedimiento.

C) En cuanto a las consecuencias que se derivan de la vulneración de los deberes legales de información, o en general de cualesquiera de los deberes legales asociados a la formalización de la operación, si bien dicho incumplimiento no conlleva la nulidad automática del negocio concertado, cuando el cliente carece previamente de la información suficiente para contratar, la omisión del deber de información implica que suscribe la operación desconociendo la naturaleza y funcionamiento del producto, es decir, esa omisión del deber de información entraña que el consentimiento se presta mediante un error esencial sobre el objeto del



contrato, por lo que la nulidad contractual que se deriva de ello no se sustentará en una serie de infracciones administrativas, sino en la ausencia de consentimiento informado, o prestado mediante error esencial. Como señala la STS el 20 enero 2014 , por sí mismo, 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.

El error, según señala el Tribunal Supremo en la sentencia citada, debe recaer sobre el objeto del contrato, lo que en estos casos afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del producto financiero de que se trate. El hecho de que el apartado tres del artículo 79 bis de la LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, 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 advertencia 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".

A la vista de lo actuado, no le cabe la más mínima duda a esta Sala que si los actores hubieran llegado a conocer, o se les hubiera explicado con detalle y exactitud, el producto que les ofrecieron, no lo habrían adquirido, por lo que de no haber actuado así, estos incurrieron en un error determinante de la nulidad contractual.

Procede, pues, la estimación del recurso de apelación en cuanto a su pedimento principal.

QUINTO.- Las costas procesales de la presente instancia no son objeto de imposición expresa a ninguna de las partes en litigio al estimarse el recurso, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC . Por contra las costas de la primera instancia, en consonancia con las previsiones del artículo 394 del mismo texto, habrán de imponerse a la parte que haya visto rechazada todas sus pretensiones, en el caso de la parte demandada, teniendo en cuenta que este tribunal no aprecia la existencia de serias dudas de hecho o de derecho en el supuesto analizado.

En atención a lo expuesto en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Nazario y doña Petra contra la sentencia dictada en fecha 5 febrero 2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de esta ciudad , revocamos referida resolución, y en su consecuencia con estimación total de la demanda interpuesta por los citados apelantes don Nazario y doña Petra contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya BBVA, declaramos la nulidad radical del contrato suscrito entre las partes en fecha 31 de marzo de 2008, denominado Contrato Financiero BBVA Multicupón N° NUM000 , así como de todos los anexos de dicho contrato/órdenes relacionadas con el mismo, con la consiguiente falta de todo efecto del mismo, de modo que condenamos a la demandada a la devolución a los actores de la cantidad de 85.000 euros, entregados por los actores, previo descuento de la cantidad recibida por estos en concepto de liquidación del producto a su vencimiento, más el interés legal de la misma computado desde la fecha del contrato, y, asimismo, al pago de las costas procesales de la primera instancia del presente procedimiento.

No se hace expresa imposición de las costas procesales devengadas en esta instancia a ninguna de las partes en litigio.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN

Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.