

Roj: SAP O 3361/2016 - ECLI: ES:APO:2016:3361
Id Cendoj: 33044370062016100368
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Oviedo
Sección: 6
Fecha: 23/12/2016
Nº de Recurso: 487/2016
Nº de Resolución: 374/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00374/2016

N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 4 PLANTA Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2015 0004249

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000487 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A. INST.E INSTRUCCION N.6 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000604 /2015

Recurrente: Felicísimo , Antonia

Procurador: PEDRO MIGUEL GARCIA ANGULO, PEDRO MIGUEL GARCIA ANGULO

Abogado: MARÍA DOLORES ARLANDIS ALMENAR, MARÍA DOLORES ARLANDIS ALMENAR
Recurrido: BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador: IGNACIO SANCHEZ AVELLO

Abogado: DAVID FERNANDEZ DE RETANA GOROSTIZA RECURSO DE APELACION (LECN) 487/16

En OVIEDO, a veintitrés de Diciembre de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N^a 374/16

En el Rollo de apelación núm.487/16, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número

604/15 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N^o 6 de Avilés, siendo apelantes D. Felicísimo y D^a. Antonia, demandantes en primera instancia, representados por el Procurador Sr. PEDRO MIGUEL GARCÍA ANGULO y asistidos por la Letrada Sra. MARÍA DOLORES ARLANDIS ALMENAR; y como parte apelada **BANCO DE SANTANDER S.A.**,

demandado en primera instancia, representado por el Procurador Sr. IGNACIO SÁNCHEZ AVELLO y asistido por el Letrado Sr. DAVID FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZA; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés dictó sentencia en fecha 05.07.16 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador D. PEDRO MIGUEL GARCÍA ANGULO, en nombre y representación de D. Felicísimo y D^a. Antonia contra la entidad financiera BANCO DE SANTANDER, S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la parte actora, con expresa imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO. - Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 19.12.16.

TERCERO. - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La acción ejercitada en la demanda con base en los arts. 1265 y 1303 del código civil, además del art. 6.3 del mismo texto legal y 1.101, y en la Ley de consumidores y usuarios, no es otra que la declaración, con carácter principal, de la nulidad de la orden de compra de valores de certificado canjeable ligado a las acciones de Banco Popular y BBVA de 26 de julio de 2007 por importe de 50.000 euros, con la consiguiente restitución recíproca de todas las prestaciones y la condena a la entidad demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de la inversión. Subsidiariamente, la declaración de que la entidad demandada ha incumplido con las obligaciones de información, transparencia y diligencia en relación con los actores.

La entidad demandada se opuso a dicha pretensión interesando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la actora.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda apreciando la excepción de caducidad alegada por la demandada, sobre la base que invocando los actores con carácter principal la existencia de error invalidante del consentimiento prestado por los mismos al celebrar el contrato al no haber recibido de la entidad bancaria información suficiente acerca del producto contratado y en especial del riesgos que dicha contratación suponía, conllevando que el consentimiento viciado por error o dolo puede suponer la declaración de nulidad relativa o anulabilidad del contrato si se ejercita en el plazo de 4 años establecido en el art. 1303 del código civil. La excepción de caducidad ha de operar desde que el inversor tenga conocimiento de los riesgos del producto contratado. Y en el presente supuesto considera el magistrado de instancia que se les facilitó la información adecuada en relación al producto contratado, motivo por lo que no aprecia vicio del consentimiento alguno en la firma de la orden de compra, por lo que el plazo del ejercicio de la acción habría caducado, tomando como fecha de inicio la de 26 de julio de 2007. Pero, si se considerara que le fue omitida información esencial del contrato, en el correo electrónico enviado por el actor a su gestor en el Banco, con fecha 20 de diciembre de 2010, con toda claridad manifiesta el vicio del consentimiento prestado.

La parte demandante interpuso recurso, invocando como motivos de apelación la inexistencia de los presupuestos para apreciar la caducidad de la acción relativa a la nulidad relativa o

anulabilidad y la falta pronunciamiento sobre la acción de daños y perjuicios ejercitada igualmente en la demanda.

SEGUNDO. - Empezaremos el análisis de los motivos de recurso interpuesto, por el referido a la caducidad de la acción ejercitada.

No es controvertido que lo ejercitado en la demanda con carácter principal y acogido en la sentencia es un supuesto de anulabilidad basado en un eventual vicio de consentimiento. En relación al mismo, el art. 1301 del código civil dispone que: "la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: "en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

A efectos de estimar el día inicial del cómputo del plazo para este tipo de acciones, el propio tenor literal del art. 1301, lo sitúa en el momento de la consumación, situación ésta que, conforme tenía declarado con absoluta reiteración la jurisprudencia del TS entre otras en su sentencia de fecha 11 de junio de 2003, con amplia cita de precedentes, tiene lugar cuando se produce "la realización de todas las obligaciones", lo que viene justificado porque es en ese momento de la consumación cuando se puede apreciar en la realidad la índole y naturaleza de las obligaciones asumidas y ver la diferencia entre lo real y lo convenido y el error en que se había incurrido con su firma.

El Alto Tribunal en sentencias de 17 de noviembre de 2014 y en la de 30 de marzo de 2015, así lo declaró igualmente razonando en su apoyo que nuestro legislador distingue en forma inequívoca la perfección del contrato y su consumación o cumplimiento cuando señala en los arts. 1278 y 1157 del Código Civil, que aquellos se perfeccionan por el consentimiento, pero el pago o cumplimiento no tiene lugar hasta que se hubiera entregado completamente la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista.

Es verdad que el propio Tribunal Supremo ha sentado en tiempos recientes desde la sentencia de Pleno de 12 de enero de 2015 y reiterada en la de 7 de julio y 12 de septiembre 2015 auto de 21 de septiembre de 2016, así como en las más de recientes de 2 de noviembre de 2016 y 1 de diciembre de 2016 doctrina novedosa sobre el "dies a quo" para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error que vicia el consentimiento indicando específicamente que "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

En definitiva, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será cuando se produzca en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permita la comprensión real de las características y riesgo del producto que se ha adquirido mediante un consentimiento viciado. Es decir, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente hay podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

En la última de las sentencia se menciona que la cuestión que había sido controvertida quedó resuelta en la sentencia de pleno de 12 de enero de 2015 y en ella se dice: "*Fue en la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que nos pronunciamos sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio, previsto en el art. 1301 CC. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 CC.*

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, «a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:" ... En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato ... ".

En aquella sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, hacíamos una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: «Al interpretar hoy el art. 1301

CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a " la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas ", tal como establece el art. 3 CC.

» (...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

En el supuesto revisado, en relación a la fecha en que los actores tuvieron conocimiento y clara consciencia del error determinante del vicio del consentimiento, es evidente que no puede remitirse a la fecha de contratación.

De considerarse una fecha anterior la recurrida la deriva al correo enviado por el apelante a la entidad demandada ahora apelada (doc. nº 20 contestación) y la sitúa en fecha 20 de diciembre de 2010, al inferirse de su contenido con toda claridad el vicio de consentimiento.

Se combate en el recurso tanto la fecha como el hecho de que la convicción moral de que ha sido engañado signifique necesariamente como exige la jurisprudencia que tenga cabal y completo conocimiento de la causa que originó el error.

Empezando por el estudio de la fecha en que pudo enviarse el correo, cifrada el 20 de diciembre, acogida por el magistrado en base a la afirmación contenida en la contestación que así la data. Fecha que además no ha sido contradicha en la instancia ni objeto de aclaración ni contraste en el interrogatorio practicado al apelante, y es en la alzada cuando dicho tiempo a efectos de la caducidad acogida es rebatida. Y con todos los reparos que conlleva la falta de fecha impresa en el propio documento la misma se puede inferir de la cifra en que ha cifrado el recurrente el importe de su inversión en la fecha de su emisión, y de los extractos enviados, nos sitúa en la citada fecha de diciembre de 2010.

Con arreglo a la consolidada doctrina del TS, la acción debería entenderse caducada, sin embargo, la Sala entiende que en este supuesto concreto, tal doctrina jurisprudencial no

resulta de aplicación, pues al momento en que se tuvo constancia del tipo de producto adquirido, diciembre de 2010, la doctrina emanada del TS era otra, y al momento de producirse el cambio jurisprudencial a partir de la citada sentencia de Pleno de enero de 2015, en ese momento la acción ya estaría caducada, por lo siendo de aplicación restrictiva este principio, no puede exigirse al consumidor que se anticipe a un cambio jurisprudencial y ejercite su acción de forma diversa a la doctrina imperante, por lo que aplicar en este momento la doctrina vigente implicaría que la acción no hubiera llegado a nacer.

Por lo que siendo un contrato sometido a vencimiento, de naturaleza compleja, es claro, que es en el momento mismo del vencimiento del contrato, 27 de julio de 2012, en el que se determina el importe total de pérdidas o ganancias para el cliente, producidas o derivadas de dicho contrato, y la fecha en que deberá computarse como "días a quo" para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, ya que solo entonces es cuando la parte contratante puede conocer con claridad, el resultado del producto contratado, y su verdadero contenido. Y estando la demanda presentada en noviembre de 2015 la acción no puede tenerse por caducada.

TERCERO. - Por lo que se refiere al fondo del asunto. El producto contratado es un bono estructurado cancelable ligado a las acciones de BBVA y Banco Popular.

Se trata de un producto complejo, así aparece con toda claridad en el informe pericial aportado con la demanda. En consideración a tal carácter, la entidad financiera está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la Ley Mercado Valores.

Al respecto ha de traerse a colación la sentencia del Pleno del TS de 20 de enero de 2014 donde se examina el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos como sin ninguna duda este lo es, debiendo considerarse al cliente como minorista, al encuadrarse en la definición siguiente: "*Al propio tiempo debe señalarse que los artículos 38 y 39 del RD 1.310/2.005 distinguen entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista por exclusión, pues lo es quien no es ni experto, ni cualificado, siendo dicho minorista merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de auto tutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor*"

Respecto a la naturaleza de los servicios prestados por la recurrente a la actora, no puede aceptarse que este se limitara a la mera comercialización de un producto solicitado por la misma, toda vez que la jurisprudencia del TJUE, concretamente en su conocida sentencia de 30 de mayo de 2013, tiene declarado que "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con 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. Este último, define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta

consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público".

Tiene así según la misma la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un determinado producto, 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)".

La reiterada doctrina del TS a partir de esta naturaleza de relación de asesoramiento viene recogida en la STS de 25 de febrero de 2016, con amplia cita de precedente, según la cual, "*...en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.*

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve su oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda informarse adecuadamente".

La misma sentencia señala además que "Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición".

La circunstancia de que las partes hubieran celebrado en el año 2007 un servicio de depósito y administración de valores no exonera a la entidad financiera del deber de información de aquellos supuestos en que se realiza una recomendación personalizada de inversión, como ocurrió en el presente caso en que en el cliente fue aconsejado por el llamado "banquero personal" tras una serie de llamadas telefónicas.

Es obvio que en este caso estamos ante un producto ofrecido por el empleado a su cliente por lo que estamos ante un servicio de asesoramiento en el que es plenamente aplicable la exigencia expuesta de que antes de la contratación se hubiera facilitado al cliente información completa, clara y precisa cuando menos sobre las características y riesgos del producto, que como manifestó el cliente nunca se le dijo que iba a perder que era una inversión para ganar.

CUARTO. - Sobre el conocimiento y experiencia del cliente, es doctrina reiteradísima que el conocimiento y experiencia del cliente debe versar precisamente sobre el funcionamiento del mercado de valores en general y el producto financiero de que se trate, sin que pueda extrapolarse a este ámbito la formación académica o la experiencia en administración de empresas.

Así la siendo el cliente un inversor minorista y un perfil conservador por lo que la entidad financiera debería haberse adecuado el producto a los objetivos del cliente. Los productos que manejaban eran libreta, cuenta corriente, acciones de Endesa y un Fondo de inversión de renta fija. En tanto el producto ofrecido es un producto rojo, según la propia calificación de la entidad bancaria, es decir, de los que no garantizan la recuperación del principal a vencimiento, complejo y con un nivel de riesgo elevado, que puede generar pérdida total de la inversión.

QUINTO. - Llegados a este punto, en consideración al carácter complejo de los bonos estructurados y el alto riesgo que entrañan, adquiere singular relevancia la información precontractual que tiene la obligación de prestar la sociedad que hace de la inversión en tales productos su negocio a quien, por no ser un profesional y carecer de conocimientos específicos sobre la materia, se halla en situación contractual desigual y, por tanto, inferior. Dicha información precontractual ha de aclarar todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los distintos niveles de riesgo del producto.

Lo decisivo en esta materia es que el banco informe debidamente al cliente en ese paso previo de conocer bien el producto, para poder sopesar bien los riesgos. Si está bien informado, conoce los riesgos y no obstante los asume, la responsabilidad se desplazará no sobre el banco sino sobre el cliente. Pero si la información es inadecuada o desacertada, es evidente -por la asimetría contractual a que se refiere el Tribunal Supremo- que la responsabilidad debe recaer sobre el banco que comercializa el producto.

En el contenido de la explicación precontractual es de singular relevancia la información que tiene la obligación de prestar la entidad financiera a quien por no ser un profesional y carecer de conocimientos específicos sobre la materia, se halla en situación contractual desigual y, por tanto, inferior. Dicha información precontractual ha de aclarar todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de un producto.

Corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a los ahora demandantes de la naturaleza y efectos del producto, así como de que era idóneo para las necesidades y características de los clientes

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del artículo 217 LEC, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que ofertó y llevó la iniciativa en su contratación, por lo que discrepamos de la distribución de la carga probatoria efectuada en la instancia.

La jurisprudencia ha sido rigurosa en esta exigencia de prueba, resultando de interés la STS de 18 de abril de 2013 en la que al tratar de valores negociables de Lemman Brothers, el alto tribunal consideró que *"La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados"*, y añade *"es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad."*

Esta obligación ha sido claramente explicitada en la STS de 20 de enero de 2014 al destacar lo siguiente: *"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", añadiendo que la "necesidad de protección se acentúa porque 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"*.

Y se reitera en la de 16 de septiembre de 2015, al decir: *"La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultaron debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la*

plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada ".

SEXTO. - El operador financiero aún deberá cumplir con otras exigencias, tanto en lo que se refiere al contenido como a la calidad de la información que debe proporcionar al cliente.

Por lo que respecta al contenido es elemental que en la contratación de este tipo de productos la información debe referirse tanto a las expectativas de beneficio como a los riesgos que asumirá si sigue las directrices o consejos de quien le asesora, mientras que por lo que concierne a la calidad, cabe destacar que la misma " debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos como se extrae de los artículos 60 , 62 y 64 del R.D. 217/2008 regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión cuando ponen de manifiesto que la información proporcionada por dichas sociedades al cliente debe ser: a.) comprensible para cualquier integrante medio del grupo a que va destinada; b.) objetiva y suficiente; y c.) imparcial y equilibrada, de manera que no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes, pues solo así podrá el cliente tomar decisiones de inversión fundadas.

Debe destacarse también que el deber de informar debe ser cumplido con suficiente antelación respecto de la suscripción del contrato porque así se desprende del art. 11 Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo y del art. 5 del anexo del RD629/1993 EDL 1993/16198 cuando exige que la información «clara, correcta, precisa, suficiente » que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación », habiendo precisado el TS que "no se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La entidad demandada sostiene que la información suministrada fue suficiente y correcta. Sin embargo, no podemos compartir esa afirmación. No ha resultado acreditado que la entidad financiera demandada y ahora apelante cumpliera con la obligación de informar a los clientes demandantes, de manera clara, precisa, suficiente y comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero complejo que estaban contratando.

No consta documentación precontractual informativa sobre la naturaleza de la operación y las características del producto entregado a los apelantes. El producto se adquiere el mismo día de emisión. Consta aportado reuniones mantenidas con el cliente, pero este último manifestó en el acto de la vista que siempre fueron por teléfono y de manera somera y en las conversaciones mantenidas no recuerda que se entregara presentación comercial, nunca se le habló de pérdida, pues en ese caso no hubiera contratado, al contrario que al año podría multiplicar su dinero por tener un interés alto. No consta por ello que se le hubiera advertido que los valores sobre los que se estructura el bono acumulaban caídas en el momento de realizar la inversión.

Esa falta de información no se subsana al firmar el contrato, pues al momento de la suscripción únicamente consta como entregada la "orden de compra de valores". Orden de valores que no hace referencia a los riesgos de la inversión.

SEPTIMO. - En cuanto al error invalidante del consentimiento en los contratos de inversión fundamento tanto de la acción de anulación como de la subsidiaria basada en el cumplimiento contractual. La STS de 10 de septiembre de 2014 se remite a la sentencia del pleno de esa sala de 20 de enero de 2014, que recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Se afirmaba en esa 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 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). 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 al contratar ignoraba. 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. Así se declaró en la STS de 18 de febrero de 1994.

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 este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio, y las que en ella se citan).

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 en la STS de 20 de enero de 2014.

El error sobre las circunstancias fundamentales del riesgo (a qué eventos, y en relación a qué operadores económicos, se asocia el riesgo, si existe o no un fondo de cobertura o si el riesgo de pérdida está cubierto por la entidad con la que se contrata el producto emitido por un tercero) no es un error de cálculo, o «de las previsiones o combinaciones negociales» equiparable a dicho error de cálculo. La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MIFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

Se colige de cuanto ha quedado razonado que las omisiones importantes en la información proporcionada a quien era consumidor minorista sobre aspectos esenciales del contrato perfeccionado produjeron inevitablemente un conocimiento confuso sobre el verdadero riesgo asumido incidiéndose en un error sobre la esencia del contrato y de entidad suficiente para invalidar el consentimiento, además de excusable, pues que, como se ha explicitado a lo largo de esta resolución la suscripción del bono estructurado producto complejo, supone que la entidad financiera que presta los servicios de inversión debe ser extremadamente diligente en la información que ha de proporcionar a sus clientes para que éstos sean plenamente conscientes del objeto contractual y de las consecuencias del mismo.

No puede considerarse que los apelantes hubiesen subsanado el vicio del consentimiento mediante la confirmación del contrato, ni por el hecho de que conocieran la evolución negativa de las acciones.

OCTAVO. - Dadas las especiales circunstancias concurrentes en el presente supuesto derivado del cambio jurisprudencial, determina la no imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. García Angulo en nombre y representación de D. Felicísimo Y DÑA. Antonia contra la sentencia dictada el 5 de julio de 2016 por el juzgado de Primera instancia de nº 6 de Avilés en los autos de juicio ordinario nº 604-2015, que se REVOCA, y, en consecuencia, estimar la demanda interpuesta por los apelantes declarando la nulidad de la orden de compra de valores de certificado cancelable ligado a las acciones de Banco Popular y Bbva de fecha 26 de julio de 2007, con restitución recíproca de todas las prestaciones y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión y los correspondientes desde la fecha de la sentencia. Sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.