

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE DONOSTIA

Pro.ordinarion 38/2014

SENTENCIA N° 162/2014

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, a veintitrés de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí. D. BEATRIZ HILINGER CUELLAR, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO n° 38/14 a instancia de ... representados por la Procuradora D^a. ARANTZA URCHEGI ASTIAZARAN y defendidos por la Letrado D^a. CARMEN JAUREGUI DE LA ENCARNACIÓN, frente a BANCO SANTANDER representado por el Procurador D. TOMÁS SALVADOR PALACIOS y defendido por el Letrado D. MANUEL MUÑOZ GARCÍA-LIÑÁN en virtud de las facultades que me han sido conferidas por la Constitución y en nombre del Rey. dicto la siguiente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. Por la Procuradora Sra. Urchegui, en representación de ... se presentó demanda de juicio ordinario frente a Banco Santander Central Hispano S.A que por turno de reparto correspondió a este Juzgado en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que se declare la nulidad o anulabilidad o subsidiariamente la resolución del contrato de 13 de julio de 2006 que une a los actores con la demandada sobre suscripción de Aportaciones Financieras Subordinadas emitidas por Fagor con ISIN ES0235972017 por importe de 24.425 euros, condenando a la entidad bancada en cualquiera de los supuestos a reintegrar a los actores la cantidad abonada de 24.425 euros mas los intereses desde la fecha de la contratación -13 de julio de 2006- mas en su caso las comisiones y gastos cobrados a los demandantes directamente derivadas del contrato menos los intereses abonadas por la demandada desde la fecha de la contratación, procediendo los demandantes al reintegro de los valores que fueron objeto del contrato, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO-. Emplazada la demandada para contestación en su representación compareció el Procurador Sr. Salvador, que presentó escrito de contestación en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que Se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda y se absolviese a la demandada de las

pretensiones formuladas frente a ella, con condena en costas a la parte actora.

TERCERO- Con fecha 5 de marzo de 2014 se dictó Diligencia de Ordenación convocando a las partes a la audiencia previa. En el acto de la audiencia previa se intentó sin éxito el acuerdo, se consideró correctamente fijada la cuantía de la demanda y se acordó resolver en sentencia las excepciones planteadas en la contestación. Las partes se ratificaron en sus respectivos escritos, la parte actora impugnó los documentos 1 y 6 de la contestación y la parte demandada rectificó un error de su escrito de contestación. Recibido el pleito a prueba por la parte actora se propuso prueba de interrogatorio de la parte demandada en la persona de D. ... y documental, que se admitieron, interponiendo la parte demandada recurso de reposición contra la admisión de la prueba de interrogatorio de la demandada y de parte de la documental, recurso que fue impugnado por la parte actora, dictándose a continuación resolución oral que desestimó el recurso. Por la parte demandada se propuso prueba de interrogatorio del actor, documental y testifical, que se admitieron. Se señaló día y hora para la celebración del juicio. El acto de la audiencia previa se grabó en soporte audiovisual (CD).

CUARTO- En el acto del juicio se practicó la prueba admitida y tras el trámite de conclusiones finales quedaron los autos conclusos para sentencia. El acto del juicio se grabó en soporte audiovisual (CD).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Por la parte actora se ejercita acción de nulidad contractual por error en el consentimiento y subsidiariamente acción de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales en base a los siguientes hechos: que los actores cuentan en la actualidad con 77 y 74 años de edad respectivamente, que la demandante ha sido siempre ama de casa y su esposo, que fuera trabajador autónomo que regentó la ..., es pensionista jubilado desde hace unos 9 años, que ninguno de los demandantes cuenta con el título de graduado escolar, que los actores mantenían relación de clientela con Banco Santander desde aproximadamente el año 1967, que la oficina con la que venían operando y en la que tenían depositados sus ahorros es la sucursal 4967 de dicha entidad sita en Lasarte-Oria de la cual hasta fechas recientes ha sido director D. ..., que era quien asesoraba a los actores sobre la colocación de sus ahorros, que en fecha no determinada de julio de 2006 el Sr. ... llamó por teléfono al actor para ofrecerle un interesante producto para la colocación de sus ahorros indicándole que se pasara por la sucursal antes de un determinado día, que el Sr. ... le comunicó que no podía hacerlo porque estaba fuera de la localidad y el Sr. ... le explicó en la conversación telefónica que se trataba de un producto a plazo fijo a dos *años* y disponibilidad

inmediata, que tenía un tipo de interés del 7%, cuando el Euribor en dicha fecha estaba al 3,539%, sugiriéndole que efectuara un depósito de 60.000 euros, que cuando el ... manifestó que no disponía de tal cantidad el Sr. ... convenció al actor para que realizara dicha operación mediante el traspaso a Banco Santander de ahorros que conocía tenía en otras entidades, proponiéndole el reembolso del Fondo Santander Monetario Fondtesoro Renta Fija que por importe de 18.788,40 euros los demandantes tenían en dicha entidad, a lo cual accedió el actor, que el Sr. Nieva le dijo que el fondo en cuestión no estaba obteniendo la rentabilidad esperada, que incluso estaba perdiendo algo de dinero y que su cuñado ... ya había invertido en el producto una cantidad igual, que el ... convencido de las bondades y seguridad del producto aceptó la oferta que se le realizó telefónicamente y confirmó al Sr. ... que pasaría por la sucursal en cuanto regresara a Lasarte-Oria, que cuando el 20 de julio de 2006 el ... acudió a la sucursal le presentaron para su firma unos documentos que firmó sin leer, entregándosele copia del documento "Orden de Suscripción (No compet.) y del documento Anexo en los que consta el sello original de la entidad de fecha 20 de julio de 2006 y se le entregó en el mismo acto el extracto fechado el 20 de julio de 2006 sobre "contratos del cliente" en el que figura también el sello de la entidad con la misma fecha, que ese mismo día el Sr. ... le informó de que, dada la aceptación que había tenido el producto, le habían adjudicado "bonos" por importe de 24.425 euros, que días después el actor recibió en su domicilio un documento de fecha 20 de julio de 2006 denominado "Resguardo de formalización de anotación en cuenta de deuda pública" y una semana después recibió un documento titulado "Activos financieros-Documento acreditativo de adquisición" en el que consta que "el resguardo de formalización de anotación en cuenta de deuda pública que se extiende en cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente está a su disposición en la sucursal en la que contrató la operación", que anualmente en el mes de diciembre los actores iban recibiendo extractos bancarios denominados de "Activos financieros" en los que en los apartados "Importe inversión" e "Importe amortización" se consignaba el valor nominal de la inversión, que en los documentos "Liquidación por administración de depósitos" que periódicamente remitía la demandada se hacía constar únicamente el valor nominal del depósito, que la demandada remitía anualmente los extractos de cuenta de valores en los que, tras consignar en el apartado "Valor" el valor nominal del depósito ponía también la cifra de 24.425 euros en el apartado "Valoración" a pesar de que la AIAF Mercado de Renta Fija publica diariamente el valor de la deuda y activos de las empresas industriales y la demandada conocía por tanto la valoración del producto, que solo en los extractos remitidos en los últimos meses de 2012, una vez estallado el escándalo por la comercialización fraudulenta de productos financieros, la demandada hizo constar en dicho apartado el valor real del producto, que transcurridos los dos años que teóricamente duraba la inversión el ... fue a la sucursal a fin de que se le reintegrara el importe de la misma, manifestándole el personal de la sucursal que el vencimiento era a los cinco años, que una vez vencido este plazo el actor acudió de nuevo a la

sucursal para solicitar el reintegro de las sumas invertidas, respondiéndole el personal de la sucursal que no podía sacarlo porque el producto solo valía 9.000 euros, que las reclamaciones verbales que hacían los demandantes en su sucursal eran ignoradas por lo que en marzo de 2012 el actor acudió a la OMIC de Lasarte-Oria, que trasladó a la demandada la reclamación de 23 de marzo de 2012, que el Servicio de Atención al cliente de la demandada respondió mediante carta de 16 de mayo de 2012 en la que se afirmaba que ambos demandantes habían tenido acceso a la información de las características, riesgo del producto y del Folleto Informativo antes del momento de realizar la suscripción, lo cual no es cierto, que posteriormente en junio de 2012 a través de la OMIC se trasladó nueva reclamación a la demandada y a Fagor Electrodomésticos, sin recibir respuesta alguna, y también al Banco de España, que a su vez la remitió a la CNMV, emitiéndose por ésta informe final el 18 de febrero de 2013 en el que se concluyó que no había quedado acreditado que la entidad bancaria hubiera recabado información sobre la situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión de los actores con anterioridad a la inversión, que la demandada incumplió además la normativa que obliga a las entidades a remitir a los clientes que tengan suscrito un contrato de prestación de servicios de inversión información clara y concreta sobre la valoración de sus inversiones con periodicidad determinada, que además la orden de suscripción estaba antedatada pues aunque se firmó el 20 de julio de 2006 la fecha que consta en el documento es el 13 de julio de 2006 por lo que se firmó fuera del periodo establecido para ello en la propia emisión y que consta en la Nota de Valores en la que se dice que la emisión debía suscribirse, salvo prórroga, antes de las 14:30 horas del día 14 de julio de 2006, siendo la fecha tope de desembolso de la emisión el 19 de julio de 2006, que en ninguno de los documentos remitidos por Banco Santander a la CNMV consta la firma de la esposa del demandante y nadie de la entidad demandada llegó a hablar con ella, que la letra que aparece en el documento Anexo de fecha 20 de julio de 2006 no pertenece a ninguno de los actores, que nunca les enseñaron ni les dieron el Folleto Informativo del producto y además éste resulta de imposible comprensión para unas personas de más de 70 años sin formación ni experiencia en el ámbito financiero, que dada su edad resulta inverosímil que hubieran aceptado un producto de vencimiento perpetuo o que venciera en 2050, que la orden de suscripción firmada ... contiene ninguna identificación del producto, no menciona la clasificación que la entidad otorga al producto ni menciona el código valor ni la clase y denominación del valor, que el documento denomina el activo contratado como "bonos de empresa", denominación que en nuestro mercado financiero se refiere a productos con vencimientos ciertos en el medio plazo, rentabilidades ciertas, fijas o variables pero no condicionadas a la existencia de beneficios en la entidad y riesgos limitados a la quiebra del inversor pero nunca subordinados en prelación de créditos a cualquier otra deuda, que la orden de suscripción no incorpora el tipo de interés a aplicar, que la indicación de que la recompra de los "Bonos de empresa" se realizaría al mismo valor de la inversión mas el convencimiento de que el plazo máximo de la operación es de 5 años otorga un

plus de seguridad al contratante, que la fecha de vencimiento indicada en la orden de suscripción es el 31 de diciembre de 2050, que esta fecha es falsa porque las Aportaciones Financieras Subordinadas Fagor son perpetuas, que el documento contiene una autorización al Banco a cargar en la cuenta comisiones pero no se concreta su cuantía, que en el documento se establecía que no se aceptaría ninguna petición de suscripción que no poseyera todos los datos identificativos del peticionario exigidos por la legislación vigente pero se vinculó a ... pesar de no constar su firma en el documento, que en los documentos "Resguardo de formalización de anotación en cuenta de deuda pública" y "Activos financieros-Documento acreditativo de adquisición" se sigue insistiendo en la denominación del producto como "bonos de empresa" y en ellos se hace referencia expresa a "deuda pública" o "resguardo de formalización de anotación en cuenta de deuda publica", que las aportaciones financieras subordinadas son productos de muy alto riesgo dirigibles exclusivamente a inversores profesionales, que el Grupo Santander se beneficiaba de la inversión, según se desprende de la Nota de Valores, que el costo por comisiones de dirección, agencia y colocación se estimaba en 5.500.000 euros, que desde la contratación del producto los actores han percibido los intereses de las FSF de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 por importe total de 8.096,45 euros y las comisiones cobradas en el Banco por su custodia durante ese periodo ascienden a 1.548,16 euros.

Frente a la pretensión de la parte actora la demandada se opone, alegando que la orden de suscripción de los valores se encuentra asociada al contrato de cuenta de valores nº.... titularidad conjunta de ambos demandantes, lo que justifica que las inversiones las decidiese y firmase ... que en dicha orden aparece determinado quién es el emisor del producto y el papel que representa Banco Santander como depositario y custodia de los valores, que la demandada carece de legitimación pasiva, que se limitó a ejecutar las ordenes recibidas en sus propios términos, que la iniciativa de la inversión corrió a cargo de los clientes, que la demandada actuó como mero intermediario en la contratación de los productos y no existió relación de asesoramiento, que la demandada no asumió ninguna posición de fiador ni garante de las obligaciones, que en la orden de suscripción y en los numerosos extractos remitidos al domicilio de los actores se identifica al emisor como Fagor Electrodomésticos, que los demandantes, antes de realizar la operación, fueron informados sobre las características y riesgos de las aportaciones financieras subordinadas, que la iniciativa de la inversión corrió a cargo ..., siendo incierto que fuese el personal de la entidad quien le informase telefónicamente del producto, que el empleado de Banco Santander, en una primera reunión con el ... le explicó las características del producto, que eran perpetuas, que únicamente el emisor de las mismas al cabo de cinco años tenía la facultad de amortizarlas, que en cualquier momento se podían vender en un mercado secundario pero que dependerá de las ofertas que haya y el riesgo de las mismas si el emisor quebraba, que el WHI escuchó las explicaciones del empleado de la demandada, llevándose copia del folleto informativo de las Aportaciones Financieras Fagor y

que es fiel reflejo del Folleto del emisor, que a los pocos días el ... se personó en la sucursal y confirmó su interés en la compra de las Aportaciones Financieras, dado que su esposa no acudía a la sucursal, que tras recibir la información verbal y persistiendo en su intención de adquirir el producto, de forma previa a la contratación el ... valoró el folleto del emisor, el contrato y sus anexos y posteriormente confirmó su intención de suscribir 60.000 euros en el producto, suscripciones que se tradujo en una adquisición de 24.425 euros debido a la demanda que había por aquel entonces, que en esa época Fagor era la empresa líder del sector de electrodomésticos con una fama y solvencia reconocida por todos, que en el Anexo de la orden de compra de las aportaciones financieras subordinadas el Sr. declaró haber sido informado de las características y riesgos del producto y haber decidido de motu propio y previo análisis la suscripción del mismo, que en el folleto informativo que se le entregó al demandante antes de la suscripción se contienen de manera detallada las características y riesgos del producto y su funcionamiento, que en los documentos que se remitían a los clientes se denominaba el producto, de inversión como Aportaciones Financieras Fagor, que la demandada tenía a disposición del público todos los folletos de las emisiones de todos los productos que comercializaba y ha cumplido con creces sus obligaciones, que los actores nunca manifestaron queja ni objeción a la operación ni a la actuación del Banco y percibieron las rentabilidades comprometidas por el emisor, que la rentabilidad total obtenida asciende a 4602,71 euros brutos, que en la fecha de la contratación las entidades no tenían obligación de disponer de información sobre el cliente, que los informes emitidos por la CNMV como consecuencia de las reclamaciones de los actores tienen carácter informativo y no vinculante, que la actora) aceptó tácitamente el contrato, y que la acción de nulidad que se ejercita ha caducado.

SEGUNDO-. Se ejercita con carácter principal una acción de nulidad relativa o anulabilidad por error en el consentimiento. El consentimiento contractual, aun existiendo, puede estar viciado por alguno los motivos a los que se refiere el artículo 1265 CC, conforme al cual "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". En concreto respecto del error, que es el vicio de consentimiento aducido por la parte actora, según el artículo 1.266 CC "para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo". 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).

El error causante de la posible anulabilidad puede recaer sobre datos objetivos del propio acuerdo contractual cuanto respecto de la otra parte contratante: en el primer caso, suele hablarse de error esencial o sustancial; en el segundo, de error sobre la persona. En cuanto al error esencial o sustancial, como señalara ya la STS de 14 de junio de 1943, "al remitirse en él a las condiciones de la cosa... bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto". En efecto, el error -que, con carácter general, es una falsa representación subjetiva de la realidad- debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o condiciones de la cosa que hubiesen dado motivo a celebrarlo; por tanto, el error sustancial es simultáneamente un error de carácter objetivo.

Aunque el artículo 1.266 se limite a prescribir que el error ha de ser esencial o sustancial, se requiere igualmente para invalidar el contrato que se trate de un error excusable. Con semejante calificación se pretende indicar que el contratante que incurre en error debe acreditar haber ejercido una diligencia normal en el conocimiento de los extremos propios del objeto de contrato y que, pese a ello, no ha logrado superar la falsa representación mental en que ha incurrido. Con mayor claridad, la jurisprudencia -en vez de recurrir a la idea de excusabilidad-prefiere afirmar que el error "no sea imputable a quien lo padece (SSTS de 18 de abril de 1978 y 16 de diciembre de 1957) o que resulta intrascendente cuando pudo evitarse mediante el empleo de una regular diligencia (STS de 7 de abril de 1976).

Debe existir, finalmente, un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato, de forma tal que resulta exigible probar que dicho error es determinante. Esto es, que de no haber existido error, no se habría llegado a la efectiva celebración del contrato. Como nos recuerda la SAP Baleares de 10 de diciembre de 2013, con cita de la SAP Pontevedra de 7 de abril de 2010, refiriéndose al error en el consentimiento en el ámbito de la contratación bancaria, "Para prestar consentimiento libre, válido y eficaz es necesario haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo

haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio, con la finalidad de trasladar el riesgo de error en la formación del contrato a la parte que debió de informar y no lo hizo. Pues bien, si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en éste ámbito, presidido por las condiciones generales".

TERCERO-. De forma previa a analizar si en este caso existió error en el consentimiento contractual debemos referirnos a las alegaciones efectuadas por la parte demandada respecto de la caducidad de la acción y sobre la falta de legitimación pasiva de la demandada. En cuanto al plazo de la acción de nulidad relativa o anulabilidad, es ciertamente de cuatro años, según el artículo 1301 CC y es un plazo de caducidad (sentencias del Tribunal Supremo como la de 3 de marzo de 2006), sin que como tal sea susceptible de interrupción (sentencias del Tribunal Supremo como la de 6 de febrero del presente año, y apreciable incluso de oficio (sentencias del Tribunal Supremo como la de 10 de marzo de 1994). No obstante dicho artículo 1301 CC dispone también que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo empieza a correr desde la consumación del contrato, y como también sostiene el Tribunal Supremo en sentencias como la de 11 de junio de 2003: "...En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo

de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". En concreto en supuestos de contratos de tracto sucesivo la STS de 24 de junio de 1897 ya afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

El contrato de adquisición de aportaciones financieras subordinadas que nos ocupa implica una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, y solo pueden entenderse cumplidas íntegramente las obligaciones recíprocas de las partes cuando se devuelve al inversor el capital invertido, y teniendo en cuenta que los productos adquiridos son de vencimiento perpetuo, no podemos sino concluir que la acción ejercitada no ha caducado, criterio este seguido, entre otras muchas sentencias, en la SAP Guipúzcoa Sección 3ª de 25 de noviembre de 2013 y en las SSAP Salamanca de 19 de junio de 2013 y Albacete de 21 de octubre de 2013. En consecuencia procede desestimar la excepción de caducidad alegada.

CUARTO- En cuanto a la falta de legitimación pasiva opuesta por la parte demandada, alegando que no ha sido parte en la compraventa de productos financieros cuya nulidad se pretende y que se ha limitado a intermediar en dicha contratación, debemos recordar que la legitimación pasiva ha de entenderse como relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio en cuya virtud es esa persona y no otra quien debe figurar como demandada (artículos 10 y 11 LEC), cuestión por tanto relacionada con el fondo del asunto. Ciertamente los productos financieros adquiridos por los demandantes a través del contrato cuya nulidad se pretende no han sido emitidos por la entidad demandada, pues se trata de aportaciones financieras subordinadas emitidas por la sociedad cooperativa Fagor Electrodomésticos, entidad con personalidad jurídica propia y ajena a la demandada. Sin embargo debemos indicar que los demandantes no concertaron contrato alguno con la referida entidad emisora y que la Orden de Suscripción aportada por ambas partes en la que se documenta la operación de compra de valores cuya nulidad se pretende fue suscrita exclusivamente con Banco Santander. Esta entidad bancaria habría actuado como mandataria de la entidad emisora de los valores, Fagor Electrodomésticos en virtud de un contrato de comisión mercantil, regulado en el art. 244 y ss del Código de Comercio, pues el mandato tenía por objeto una operación de comercio, como es la venta de unos títulos o valores, y tanto los comitentes como el comisionista son comerciantes, pero al presentarse frente a sus clientes como vendedora en nombre propio del producto, pues no consta que expresase en ningún momento a los compradores que actuaba en

nombre o por orden de la entidad emisora del mismo, no podemos sino concluir que desde el punto de vista de los compradores hoy demandantes la operación de compra de las aportaciones subordinadas se concertó con la entidad bancaria demandada y no con la entidad emisora de los valores, y que conforme a lo dispuesto en el artículo 246 Ccom la entidad bancaria queda obligada directamente con los actores como si el negocio fuera suyo. Por tanto no podemos afirmar que Banco Santander sea una mera intermediaria que no es parte en la adquisición de los referidos productos, sino que es la entidad demandada y no Fagor Electrodomésticos quien se encuentra pasivamente legitimada para soportar las acciones derivadas de dicho contrato de compraventa. A lo anteriormente expuesto no obsta el hecho de que obren en autos reclamaciones extrajudiciales previas a la interposición de la demanda en las que se solicita la devolución del capital invertido dirigidas no solo a Banco Santander sino también frente a Fagor Electrodomésticos, pues tales reclamaciones fueron tramitadas y enviadas por la OMIC de Lasarte, pero la primera reclamación que el ... presentó en la OMIC, manuscrita y fechada el 24 de abril de 2012, solicitando la devolución del capital que había invertido en las aportaciones subordinadas Fagor, iba dirigida exclusivamente a Banco Santander, por ser esta la entidad que le había "vendido" el producto, tal y como se expresa en dicho documento (documento 15.4 de la demanda).

QUINTO-. Hechas las anteriores consideraciones previas y puesto que apreciar la concurrencia o no de error en el consentimiento resulta esencial conocer el nivel de información que tenían los demandantes acerca del producto contratado, debemos analizar en primer lugar cuál era el deber de información que recaía sobre la entidad demandada en este pleito, teniendo presente en todo caso que cuando como en este caso los clientes son consumidores, según la definición contenida en el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 vigente en el momento en que suscribieron las órdenes compra de valores objeto del pleito, ostentan como derecho básico el de recibir la información correcta sobre los productos o servicios que adquieren. Como nos recuerda la SAP Vitoria-Gasteiz de 10 de octubre de 2013 "En el ámbito de la contratación o intermediación bancaria, y, en general, con o de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. Los clientes-contratantes han de recibir toda la información necesaria para tomar conciencia de lo que significa el contrato o el producto y su alcance, de los derechos y obligaciones derivados del mismo, y valorar su interés en el mismo. Lo que ha motivado que se hayan establecido códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia las operaciones que se realizan".

En el año 2006 en que los hoy actores compraron las aportaciones financieras subordinadas Fagor,

la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida en el artículo 79.1 de la LMV, cuya redacción en la fecha de dicho contrato era la siguiente: "Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado; (...) c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios; d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone; e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados

". Del tenor de dicho precepto se desprende que este deber de información era exigible aunque la relación contractual entablada entre la entidad de crédito y el cliente se limitara al depósito y administración de valores y no incluyera de forma expresa el asesoramiento. Asimismo se encontraba vigente entonces el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones: "

Artículo 4. Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.
2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.
3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5. Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.
2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.
3. La información a la clientela 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".

También debemos recordar que el producto objeto de las operaciones 'litigiosas, denominado aportaciones financieras subordinadas, es un producto complejo, atendiendo a la redacción actual del artículo 79 bis.8 a) LMNV porque no aparece en la lista explícita de valores no complejos y porque no cumple los tres requisitos que en dicho precepto se recogen para que otros instrumentos financieros tengan la consideración de no complejos, como son: "(i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento"; en concreto las aportaciones financieras subordinadas no cumplen el primero de ellos, pues se trata de valores admitidos a negociación en el mercado AIAF, que es un mercado secundario descentralizado en el que para que la orden de venta sea efectiva debe existir una contrapartida adecuada en el mercado, por lo que no gozan de liquidez inmediata, no existe garantía de recuperar el capital invertido ni se contempla compromiso de recompra por el emisor, quedando por tanto sometidos a las condiciones que existan en el mercado en cada momento cuando se quiera hacer líquida la inversión mediante su venta. Se trata también de un producto de riesgo elevado por su carácter perpetuo, porque su vencimiento no tiene lugar hasta la liquidación de la cooperativa que las emite y si bien puede ser amortizadas anticipadamente a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, bien total o parcialmente, ello es facultad, únicamente, de la emisora, además los créditos derivados de las AFS se sitúan detrás de todos los acreedores comunes o por créditos ordinarios frente a la Cooperativa conforme a lo dispuesto en el artículo 57.5 de la Ley de Cooperativas de Euskadi, y finalmente existe también el riesgo de que su precio de cotización se sitúe a niveles inferiores de su valor nominal.

En función de lo expuesto y dado el tipo de producto objeto del contrato, recaía sobre la entidad demandada la obligación de recabar, antes de realizar la contratación, la correspondiente información sobre la situación financiera de los clientes que deseaban efectuar la compra, sus objetivos, experiencia inversora en la contratación de productos similares, y asimismo le

correspondía la obligación de proporcionar a los clientes una información clara, precisa y suficiente para que pudieran formar correctamente su consentimiento sobre este producto de riesgo y complejo. En cuanto al "onus probandi" en esta materia, la SAP Baleares de 2 de septiembre de 2011, con cita de la sentencia de la misma Sala de 21 de marzo de 2011, señala que "Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (SAP Valencia 26-04-2006).

SEXTO- Corresponde por tanto a la parte demandada acreditar que proporcionó a los demandantes toda la información que precisaban para conocer las características esenciales del producto que estaban adquiriendo y para que pudieran formarse una idea cabal y ajustada a la realidad de los riesgos inherentes al mismo. De la prueba obrante en autos se desprende que D. ... firmó un documento denominado "Orden de Suscripción (No compet)" fechado el 13 de julio de 2006 en el que figura el número de sucursal del Banco, los números del contrato y de la cuenta de cargo, el nombre y DNI de los titulares ... la clase y denominación del valor que se identifica como "Bonos de empresa, emisor Fagor Electrodomésticos SCL, referencia Fagor 07065" nominal 60.000 euros, fecha valor 19 de julio de 2006 y fecha de vencimiento 31 de diciembre de 2050, y al pie la firma de ..., como ordenante, y el sello y firma de Banco Santander junto con la fecha 20 de julio de 2006; esta Orden no contiene indicación ni advertencia alguna sobre las características y riesgos del producto (documento 4.2 de la demanda); también consta que el ... firmó un documento denominado "Anexo del contrato nº[...]" con el siguiente contenido " D/Dña. (espacio en blanco) con NIF (espacio en blanco) y domicilio en (espacio en blanco) manifiesto que tras haber sido informado en la sucursal nº (espacio en blanco) o bien en Internet o en Banca telefónica si se contrata por estos canales de las características del producto (espacio en blanco) he decidido proceder una vez hecho mi propio análisis a suscribirlo por importe de (espacio en blanco)", figurando al pie del documento el sello de Banco Santander con la fecha 20 de julio de 2006 y la frase "El cliente rellenará de su propio puño y letra los espacios en blanco de este formulario. Este documento deberá firmarse simultáneamente con la venta del producto financiero y después de haber leído y firmado la documentación relativa al mismo" (documento 4.3 de la demanda). La parte demandada ha aportado a los autos un ejemplar de este Anexo, en el que los apartados referidos al nombre y NIF del cliente, número de sucursal e importe de la inversión (60.000 euros) aparecen manuscritos con una tipología de letra diferente a la de la firma de D.

El día 18 de julio de 2006 se produjo el vencimiento de un fondo de inversión Santander Monetario Fondtesoro renta FI 0001364802 que el ... y su esposa la ... tenían contratado con Banco Santander, produciéndose el reembolso del fondo por importe de 18.788,40 euros que se ingresó en la cuenta de los actores. El día 19 de julio de 2006 se produjo un reintegro de esta cuenta por importe de 24.425,29 euros en concepto de "Suscripción", siendo este importe el que se invirtió en aportaciones financieras subordinadas Fagor, en lugar de los 60.000 euros que figuraban en la orden de suscripción (documento 2 de la demanda). El fondo de inversión Santander Monetario Fondtesoro corto plazo era un fondo de renta fija corto plazo en el que el 70% del patrimonio del fondo debía estar invertido en Deuda del Estado en euros y un porcentaje máximo del 30% en otros valores de renta fija negociados en un mercado secundario organizado y que contasen con una calificación crediticia otorgada por alguna de las agencias reconocidas por la CNMV equivalente o superior a A+, Al o asimilados, así como en depósito en entidades de crédito que tuviera reconocida esa calificación mínima. El objetivo del fondo era rentabilizar las inversiones asumiendo un nivel bajo de riesgo de mercado y la duración media de la cartera era de 0,25 años. El... y su esposa no tenían más productos bancarios contratados con Banco Santander, salvo una "superlibreta". Tampoco consta que tuvieran productos bancarios contratados con otras entidades (documento 4 de la demanda, oficios cumplimentados por entidades bancarias en prueba documental).

Banco Santander envió al ... un documento denominado "Resguardo de formalización de anotación en cuenta de deuda pública" fechado el 20 de julio de 2006, en el que figuraba como emisor Fagor Electrodomésticos SCL, la clase de deuda se identificaba como "Bonos de empresa", fecha de emisión 19 de julio de 2006 y fecha de amortización 31 de diciembre de 2050, capital nominal 24.425 euros, (documento 5 de la demanda). ... percibieron en los años posteriores los cupones de las aportaciones financieras subordinadas Fagor, mediante abonos en su cuenta, y recibieron los extractos de abono y las liquidaciones de gastos por administración de valores. En los extractos de su cuenta de valores hasta el 21 de diciembre de 2010 se asignaba a la inversión de AFSF un valor de 24.425 euros, pero en el extracto de 21 de noviembre de 2011 figuraba un valor de inversión de 8.411,97 euros y en el de 16 de diciembre de 2013 de 1748,83 euros (documentos 6 a 11 de la demanda). En la prueba de interrogatorio de partes D. ... declaró que "era director de la sucursal de Banco Santander en Lasarte de la cual eran clientes los actores, habitualmente era D. ... era quien acudía a hacer las gestiones, con él trató muy poco, era habitual que un cotitular de la cuenta se llevara los documentos para que los firmara el otro, no es cierto que llamara por teléfono a ... para ofrecerle las aportaciones financieras subordinadas de Fagor, no sabe si ... suscribió el contrato de depósito de valores el mismo día en que firmó la orden de compra, eran clientes minoristas, no sabe lo que significan las palabras "no compet" que figuran en la Orden de Suscripción de las AFSF, el

día 13 de julio de 2006 se inició la comercialización de las AFS, se ponía 2050 como fecha de vencimiento por una cuestión informática, se ponía la fecha mas lejana posible, porque no se podía poner en letras que era perpetuo, el producto lo comercializó ..., en el Manual de Procedimiento del Banco las AFS eran un producto rojo, que no se podía ofrecer a clientes minoristas pero en el Manual de 2005 pasaron a ser producto amarillo". El demandante ... declaró que "antes de jubilarse tenía un negocio de bodega, era el encargado de negociar con los bancos, contrataba plazos fijos y algún fondo, no hipotecas ni líneas de descuento, él actuaba en nombre de su esposa, en la contratación de las AFS no le atendió ... sino ..., éste le dijo que era un buen producto, que era un plazo fijo por tres años, cuándo pasó el plazo quiso sacar el dinero y no se lo dieron, Guillermo no le daba la cara, firmó los documentos sin leer, no se fijó en el vencimiento en 2050, no se reunió nunca con el Sr. ... antes de contratar, el Sr. ... sacó el dinero de su cartilla y lo invirtió en este producto, el Sr. ... le llamó por teléfono y le ofreció el producto, él lo autorizó porque le pareció bueno, no sabe cuántas veces fue a la sucursal, él fue a firmar, no leyó ningún folleto resumen, sólo le dieron la Orden de suscripción, con Banco Santander tenía un seguro vitalicio, una cartilla y este producto, también tiene acciones, no recuerda haber firmado un contrato de depósito de valores, no recuerda cuándo firmó los documentos, las reclamaciones las hizo a través de la OMIC, él no sabe escribir a máquina, no tiene tarjetas y no se maneja con internet".

La testigo Dña. ..., empleada de Banco Santander, ha declarado que "no asesoraban a los clientes, ella realizó la comercialización del producto, no llamó al...para ofrecerle las AFS, él fue a la sucursal, pidió el producto porque se lo había aconsejado una persona llamada ... estaba atraído por la rentabilidad, en el Banco simplemente informan de los productos,, no se firmó un contrato de asesoramiento, antes de adquirir las aportaciones el cliente tenía un contrato de depósito, que también lo firmó su mujer, hubo dos o tres reuniones antes de contratar las AFS, ella expuso verbalmente las características del producto, le dijo que era perpetuo, no le consta que ...fuera en 2006 a preguntar por la fecha de vencimiento de 2050, antes de contratar y retirar los fondos de la cuenta no se conocía cuál era el prorrato, la orden se firmó el 13 de julio y se selló el 20 de julio cuando ya-se ejecutó, los clientes no plantearon dudas, el Sr. ... leyó el contrato y se le entregó antes el folleto y se lo llevó a casa, no recuerda si el le dijo que había leído el folleto antes de firmar, ella leyó el folleto y la nota del emisor, ella no denominó el producto como depósito, le dijo que el Banco era el intermediario y el emisor Fagor, los clientes no dijeron que quisiera contratar un depósito,- en el año 2005 el Manual de comercialización catalogaba el producto como amarillo, apto para clientes minoristas, ella le dijo que eran unas AFS, no sabe por qué se denomina bono de empresa en la Orden de Suscripción, la firma del documento 4.2 de la demanda es suya, se le entregó copia a al ... día 13 de julio y el Anexo lo firmó el Sr. Ugarte el día 13, es apoderada del Banco desde 2003, la contratación se hizo el 13 de julio, el día 20 de julio es cuando el Banco ya tenía seguro el prorrato, al ... se le dio el Anexo en blanco porque ya había uno cumplimentado en

la oficina, no es cierto que ... lo firmara en blanco y se rellenara después, no era obligatoria la firma del recibo del folleto informativo de la emisión, entiende que al ser un cliente que jugaba en Bolsa tenía información suficiente, el ... decía que tenía fondos en otras entidades, no sabe lo que quiere decir "no comet", el ... solo tenía un fondo de inversión en renta fija en Banco Santander cuando ella llegó al Banco".

Sentado lo anterior, con carácter previo debemos precisar el hecho de que los documentos contractuales aportados por ambas partes no estén firmados por la demandante ... sino únicamente por su esposo también demandante ... significa que la primera no prestase su consentimiento contractual, pues el ... ha declarado que en todo momento actuaba en representación de su esposa; además los rendimientos periódicos de los productos contratados se ingresaron en la cuenta de la que ambos eran titulares sin que en ningún momento se manifestara por la ... sorpresa o extrañeza sobre el origen de tales cantidades. No obstante, que exista consentimiento contractual de ambos actores únicamente supone que no estemos ante un supuesto de nulidad absoluta o radical del contrato por ausencia de un elemento esencial, pero la acción que se ejercita es de nulidad por vicio de consentimiento, por lo que debemos analizar si éste, aun concurriendo, pudiera estar viciado por el error de los actores sobre las características esenciales del producto que estaban contratando, en concreto su naturaleza perpetua y el riesgo que existía de no recuperar el capital invertido si en el mercado secundario no hubiera demanda del producto. Pues bien, del conjunto probatorio al que acabamos de hacer referencia no podemos deducir que la información proporcionada a los actores por la demandada con anterioridad a la contratación del producto AFS Fagor fuera suficiente para que llegaran a tener una idea cabal de lo que estaban contratado y de los riesgos inherentes al producto. En primer lugar en la Orden de Suscripción aportada ni siquiera se identifica correctamente el producto, pues se denomina "bonos de empresa" en lugar de "aportaciones financieras subordinadas", ni se menciona ninguna característica del producto que se contrata, más allá de una fecha de vencimiento datada en 2050 que puede pasar perfectamente inadvertida para el firmante, ni se explica su funcionamiento ni mucho menos se advierte de sus riesgos, ni se dice siquiera que el cliente haya recibido el folleto informativo con las características del producto de forma previa a la firma de la Orden de Suscripción. En cuanto al documento denominado "Anexo", que según se indica en el mismo debía firmarse por el cliente de forma simultánea a la venta del producto financiero y después de haber leído y firmado la documentación relativa al mismo, existen serios indicios de que fue firmado por el ... en blanco y rellenado después por algún empleado del Bnaco, tal y como se desprende del examen comparativo del ejemplar del Anexo que la entidad demandada ha aportado y del aportado por la parte actora como documento 4.3 de la demanda lo que nos lleva a concluir que se presentó a la firma del Sr. ... como un documento de trámite o una formalidad que tenía que cumplimentar para contratar el producto, y que el ... lo firmó sin otorgarle

mayor importancia, confiando en todo caso en lo que le decían los empleados de un Banco del cual hacía muchos años que era cliente. Respecto al folleto informativo de la emisión de AFS Fagor 2006 (documentos 17.6 a 17.11 demanda, documento 5 de la contestación), no podemos considerar probado que se entregara al ...en algún momento anterior a la firma de la Orden de Suscripción ni que por tanto pudiera acceder a su contenido ni mucho menos comprenderlo, en este sentido las afirmaciones efectuadas al respecto por la testigo Sra. ... no son suficientes para estimar acreditado un extremo tan relevante, máxime cuando la intervención de esta empleada de la demandada en el proceso de contratación que nos ocupa ha sido rotundamente negada por el demandante Sr. y no contamos con más prueba sobre tal intervención que las manifestaciones de la propia Sra. ... y de D. ..., empleados ambos de la entidad demandada. Pero incluso en el supuesto de que el ... hubiera recibido dicho folleto antes de contratar y hubiera tenido tiempo suficiente para leerlo, advertimos que en el mismo no se hace, hincapié suficiente sobre el riesgo de no poder rescatar lo invertido, pues dentro del apartado "Factores de riesgo relacionado con los valores", pag 10 del folleto, no se menciona como riesgo el vencimiento perpetuo del producto, y además se minimiza el riesgo de liquidez, al decir que "está prevista la admisión a cotización de las AFSS en AIAF Mercado de Renta Fija y se ha suscrito con Banco Santander Central Hispano S.A un contrato de liquidez y un contrato complementario con los limites y condiciones previstos en el apartado apartado 6.3 de la Nota de Valores y con un compromiso de recompra por el emisor con los limites y condiciones también previstos en dicho apartado," es decir, que de haber llegado a leer los demandantes el Folleto hubieran extraído la tranquilizadora pero errónea conclusión de que podría recuperar el dinero destinado a la adquisición de este producto sin excesivas dificultades, al mencionarse la existencia de un compromiso de recompra de la entidad emisora y un contrato de liquidez en el que intervenía una importante entidad bancada, garantías que en todo caso han resultado ser irreales, pues no consta que existan ni el compromiso de recompra ni el contrato de liquidez.

Por otra parte también existen versiones contradictorias de las partes sobre si la iniciativa en la contratación del producto partió del propio ..., que según la parte demandada acudió a la sucursal preguntando por las aportaciones financieras subordinadas Fagor de las que le había hablado un amigo, o si fue el propio Banco y en concreto el director de la sucursal de Lasarte Sr. ..., quien ofertó telefónicamente el producto al..., pero aun en el supuesto de que fuera cierta la versión de la parte demandada, respecto de la cual consideramos que no existe prueba suficiente pues se basa exclusivamente en la declaración de su empleada Sra. ..., habría que distinguir entre el conocimiento como simple noticia de la existencia de unos productos que estaban ofreciendo mucha rentabilidad en ese momento y que resultaban por ello atractivos y de deseable adquisición, y el conocimiento completo de todos los aspectos del producto, no solo de los positivos sino también de los negativos, conocimiento éste que no consta que tuvieran los demandantes y que el Banco estaba

obligado a proporcionar, informando tanto de las bondades como de los inconvenientes del producto y asegurándose de que sus clientes estaban suficientemente enterados de éstos últimos, y en concreto de los problemas de liquidez del producto y consiguientes dificultades e incluso imposibilidad de recuperar el capital invertido que surgirían, en caso de disminuir su demanda en el mercado secundario, dado el carácter perpetuo de la inversión.

No se ha acreditado tampoco que los demandantes hubieran contratado de forma anterior, simultánea o posterior a las operaciones objeto de litigio, productos financieros similares o de riesgo elevado, ni que por tanto tuvieran una amplia experiencia inversora o que las aportaciones financieras subordinadas fueran adecuadas a su perfil inversor, en concreto en la información sobre los productos titularidad de los actores aportada únicamente consta la previa contratación de un fondo de inversión en renta fija, de riesgo bajo y características totalmente distintas a las del producto que nos ocupa en este pleito. En cuanto a la previa contratación de acciones por parte del ...en el que, según ha declarado la testigo Sra. ..., se basó ésta para deducir que las AFS Fagor eran adecuadas para el Sr. ..., debemos decir que el funcionamiento y operativa de las acciones, que son títulos negociables en un mercado bursátil de flexibilidad no comparable al mercado de renta fija, y que no tienen más riesgo que el propio de las oscilaciones del mercado, el cual resulta de notorio conocimiento para el público en general, nada tienen que ver tampoco con el de las aportaciones financieras subordinadas, por lo que deducir la conveniencia de este producto de la simple tenencia previa de acciones resulta inaceptable.

Tampoco de la percepción de los rendimientos proporcionados por las AFS Fagor en los años posteriores a su contratación puede deducirse el conocimiento por los actores de su carácter perpetuo ni de las dificultades de liquidez de las mismas, pues la obtención de rendimientos era solo reflejo de una de sus características positivas, cual era su rentabilidad.

En definitiva, del conjunto de argumentos expuestos concluimos que el consentimiento de los actores al contratar las aportaciones financieras subordinadas de Fagor en 2006 estaba viciado por un error sobre unas características esenciales del producto cual es el carácter perpetuo de la inversión y el riesgo de falta de liquidez del producto, error que ha de calificarse como invalidante, ya que recae sobre la sustancia del objeto del contrato -duración y riesgos de la operación-, y que además es excusable, al existir una específica obligación legal positiva que impone a la entidad financiera la carga de asegurarse que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias, no cabiendo desvirtuar tal deber legal haciendo recaer en el cliente la obligación de informarse, pues, como nos recuerda la SAP de Vitoria-Gasteiz de 10 de octubre de 2013, la cuestión de la información y conocimiento del contenido, efectos y riesgos del contrato o producto

no es meramente formal, pues se requiere que el cumplimiento de las normas sobre la protección e interés de los clientes sea eficaz y que conste que efectivamente se llegó a comprender en todos sus efectos el mecanismo y consecuencias del contrato o producto, lo cual en este caso no podemos considerar acreditado.

Procede por tanto estimar la pretensión formulada por la parte actora y declarar la nulidad, por error en el consentimiento, de la operación de compra de aportaciones financieras subordinadas Fagor objeto del presente litigio, con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del Código Civil, conforme al cual "Declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", deber este de restitución nace de la ley y no necesita petición expresa (SS 22-1 1-1983y 24-2-92), en razón al principio iura novit curia (SAP Gipuzkoa Sección 3ª de 25 de noviembre de 2013), de manera que la demandada deberá devolver a los actores el importe total de la inversión en AFS Fagor, que asciende a 24.425 euros mas las comisiones y gastos cobrados a los demandantes directamente derivados de la adquisición de las mismas, pero los demandantes deberán a su vez devolver a la demandada los títulos adquiridos y los rendimientos que hayan percibido de las mismas durante la vigencia del contrato. En materia de intereses, y teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto en el artículo 1307 CC, se imponen a la entidad demandada los intereses legales devengados por la suma de 24.425 euros desde el 13 de julio de 2006, fecha del contrato cuya nulidad se ha declarado (artículos 1100 y 1108 CC y 576 LEC), intereses que a su vez se compensarán con los devengados por los rendimientos que la parte actora ha percibido de los títulos.

SÉPTIMO-. Dado que se ha producido una estimación íntegra de la demanda, se imponen a la parte demandada las costas del litigio (artículo 394 LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Urchegui, en representación de Dña. ... y D. ..., frente a Banco Santander Central Hispano S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la operación de compra de aportaciones financieras subordinadas Fagor de 13 de julio de 2006 objeto del presente litigio, Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a devolver a los actores el importe total invertido en dichos productos, que asciende a 24.425 euros, así como las comisiones y gastos cobrados a los demandantes

directamente derivados de la adquisición de los mismos, con la recíproca restitución por los demandantes a la demandada de los títulos adquiridos y de los rendimientos percibidos de los mismos durante la vigencia del contrato. Se imponen a entidad demandada los intereses legales devengados por la suma de 24.425 euros desde la fecha del contrato cuya nulidad se ha declarado, intereses que a su vez se compensarán con los devengados por los rendimientos que la parte actora ha percibido de los títulos. Se imponen a la parte demandada las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZK.OA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número ES5500493569920005001274 0699000000003814, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintitrés de septiembre de dos mil catorce.