

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE DONOSTIA

Pro.ordinario n° 65/2014

SENTENCIA N° 165/2014

En DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, a Veintinueve de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, D^a.BEATRIZ HILINGER CUELLAR, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado de Primera Instancia n° 7 de DONOSTIA-SAN SEBASTIAN, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO sobre Nulidad contractual N° 65/14 a instancia de Dña. ... y D. ... representados por la Procuradora Dña. ARANTXA URCHEGUI ASTIAZARAN y defendidos por la Letrada Dña. CARMEN JAUREGUI DE LA ENCARNACIÓN, frente a BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representado por la Procuradora Dña. ANA MARÍA LAMSFUS MINDEGUIA y defendido por la Letrada Dña. CARMEN FERNANDEZ HONTORIA, 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 Dña. ..., 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 declarase la nulidad/anulabilidad o subsidiariamente la resolución del contrato de 13 de julio de 2006 que une a los actores con Banco Santander Central Hispano S.A sobre suscripción de aportaciones financieras subordinadas emitidas por Fagor con ISIN ... por importe de 40.400 euros condenando a la entidad bancaria en cualquiera de los supuestos a reintegrar a los actores la cantidad abonada de 40.400 euros mas los intereses legales 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 abonados por demandada desde la fecha de contratación, procediendo los demandantes al reintegro de los valores que fueron objeto del contrato, todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO- Emplazada la demandada para contestación en su representación compareció la Procuradora Sra. Lamsfus, 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 desestimando íntegramente la demanda y absolviendo a su representada de las pretensiones formuladas, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO- Con fecha 13 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 correcta la cuantía señalada en la demanda y se acordó resolver en sentencia las excepciones planteadas en el escrito de contestación. Las partes no impugnaron documentos y se ratificaron en sus respectivos escritos. Recibido el pleito a prueba por la parte actora se propuso prueba de interrogatorio de la demandada, documental y pericial caligráfica, que se admitieron, salvo parte de la documental y la pericial caligráfica. Por la parte demandada se recurrió en reposición la admisión de parte de la documental propuesta y la parte actora impugnó el recurso interpuesto, dictándose a continuación resolución oral que estimó en parte el recurso interpuesto y acordó inadmitir la prueba documental contenida en el apartado b) de la minuta de prueba, formulándose protesta por ambas partes. Por la parte demandada se propuso prueba de interrogatorio del demandante y documental, que se admitieron, señalándose a continuación día y hora para la celebración del juicio. El acto de la audiencia previa se grabó en soporte audiovisual (CD).

CUARTO- En el acto de la vista 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 por error en el consentimiento y subsidiaria de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios en base a los siguientes hechos: que los actores Dña. ... cuentan en la actualidad con 66 y 69 años de edad respectivamente, que la demandante ha sido fundamentalmente ama de casa desde que contrajera matrimonio y su esposo fue trabajador por cuenta ajena en la empresa ... durante 33 años, habiéndose extinguido su contrato de trabajo a la edad de 58 años y reconociéndosele tras agotar las prestaciones por desempleo, el 20 de junio de 2004 una incapacidad permanente total para su trabajo, que los demandantes son por tanto pensionistas de la Seguridad Social, que la demandante tiene estudios equivalentes al graduado escolar y el demandante estudió hasta los 16 años en la Escuela Profesional de Hernani aunque carece de título alguno, que los actores son clientes de la entidad demandada desde los años 80, y han venido operando con la sucursal n°4967 de dicha entidad sita en Lasarte Oria, de la cual ha sido director D.... que fue quien asesoraba a los actores en la colocación de sus productos, que en un día no determinado de junio o julio de 2006 el ... 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 cuando el Sr. ... acudió a la sucursal el ... comunicó que se trataba de un producto a plazo fijo a cinco años y disponibilidad inmediata en 24 o 48 horas que tenía un tipo de interés de Euribor más 3,5%, que el Sr. ... convenció al actor para que realizara dicha operación con cargo a la disponibilidad que el actor podía tener en los meses venideros derivada de la actividad de colocación de máquinas recreativas en establecimientos de hostelería que desde hacía años venía desempeñando como complemento a la actividad laboral por cuenta ajena, que el Sr. Arroyo aceptó la oferta y dio instrucciones de colocar 40.000 euros, aunque en 2011/2012 cuando solicitó copia de la documentación del producto, tuvo conocimiento de que en la orden de suscripción pone 100.000 euros, que el actor debió suscribir sin leer los documentos que le pusieron delante o los firmó y fueron completados después, que en la fecha de contratación del producto los actores carecían de recursos para afrontar una inversión de 100.000 euros, días después, una vez que comprobaron los actores que su cuenta bancaria reflejaba la compra del producto y totalmente confiados en la gestión de su entidad financiera, se despreocuparon de él de manera que los sucesivos extractos bancarios que periódicamente recibían en su domicilio eran destruidos tras ojearlos, que por documentación que han proporcionado otros afectados a la Letrada de los actores, se tiene conocimiento de que las sucesivas comunicaciones que la entidad demandada efectuaba sobre el producto a los adquirentes era la remisión de un documento denominado Resguardo de Formalización de anotación en cuenta de deuda pública fechado el 20 de julio de 2006, y un documento acreditativo de adquisición de activos financieros, que anualmente la demandada remitía a los actores extractos de la cuenta de valores en los que tras consignar en el apartado Valor el del valor nominal del depósito, ponía la misma cifra de 40.400 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 perfectamente el valor real del producto, que en los extractos Liquidación por administración de depósitos se hacía constar exclusivamente el valor nominal del producto, que en diciembre de 2007, con ocasión de la compra de una vivienda en Granada el ... acudió a recuperar los ahorros que tenía colocados en AFS Fagor y el Sr. ... desatendió la petición y convenció al actor para que suscribiese un préstamo personal que la entidad le daría al 5%, que previamente los actores se habían visto obligados a vender las acciones que tenían en la propia entidad, que en 2009 de nuevo los actores acudieron a la sucursal a recuperar sus ahorros y el Sr. ... les convenció para que no rescataran el producto y rescataran la EPSV de la que el Sr. ... era titular, lo cual hizo éste siguiendo el consejo del Sr. ... que cuando durante 2011 el actor tuvo noticia del problema existente en torno a las preferentes se acercó a la sucursal y el Sr. ... le confirmó que en ese momento su inversión no valía prácticamente nada, que las reclamaciones verbales fueron reiteradas, que el actor no llegó a formular queja a la CNMV pero este organismo se ha pronunciado exponiendo las deficiencias que presentaban los documentos de suscripción y las obligaciones legales que deben

observar las entidades financieras en la comercialización de los productos complejos, que la demandada incumplió su obligación de informar de forma clara y concreta sobre la valoración de sus inversiones con periodicidad determinada, que en el documento 5.2 de la demanda denominado Anexo al contrato figuran números escritos a mano cuya autoría se desconoce, careciendo además de fecha dicho documento, que las letras y números escritos a mano que constan en el mismo no pertenecen a los actores sino posiblemente al ... que en ninguno de los documentos consta la firma de la esposa del demandante porque ésta nunca acudió a la sucursal bancaria ni habló siquiera telefónicamente con el ... que la demandada tenía excelentes razones para potenciar al máximo la venta del producto incluso aunque la suscripción se efectuase exclusivamente con fondos que los ahorradores tuvieran en Banco Santander y que trasladaron a sus empleados, que no dudaron en llamar a los ahorradores animándoles incluso a cancelar cualquier otro producto que tuvieran contratado para contratar las AFS de Fagor, que en este caso se permitió dejar la cuenta del cliente en números rojos por importe superior a 15.000 euros durante 20 días porque en el momento de la suscripción el ... manifestó al ... que carecía de fondos para hacer el depósito que se le proponía y que disponía en ese momento solo de 25.000 euros si bien en pocos días dispondría de otros 30.000 euros, fruto de la venta de un garaje de su propiedad, que los actores no firmaron ningún contrato de compra del producto, que no se les informó de las condiciones reales de contratación ni les enseñaron ni entregaron el Folleto Informativo del producto, que con 60 años de edad es inverosímil que hubieran aceptado un producto de vencimiento perpetuo o en el año 2050, que los actores en general han venido invirtiendo en productos a plazo fijo con vencimientos a corto o medio plazo y así poder disponer de su dinero durante su jubilación, que de ser conscientes de las condiciones reales de contratación con los riesgos que conllevaba nunca lo hubieran aceptado, que la Orden de suscripción firmada por el ... está llena de irregularidades, que no se identifica el producto ni se menciona la clasificación que le otorga la entidad al producto, ni el código valor ni la clase y denominación del valor, que el producto se denomina como bonos de empresa, denominación que hace referencia a productos con vencimientos ciertos en el medio plazo, rentabilidades ciertas y riesgos limitados a la quiebra del emisor pero nunca subordinados en prelación de créditos a cualquier otra deuda, que los bonos de empresa son productos asimilables a los bonos del estado, que la orden de compra hace referencia a un nominal de 100.000 euros, suma que el ... nunca se planteó en invertir pues no disponía de ella, que la Orden de suscripción no incorpora el tipo de interés a aplicar, que en ella se indica un valor de recompra de 100000 euros, lo que unido al convencimiento de que el plazo máximo de la operación es de 5 años otorga un plus de seguridad al contratante, que figura como fecha de vencimiento el 31 de diciembre de 2050 que es una fecha falsa pues el producto es perpetuo, que el documento no hace referencia a la cuantía de los gastos y comisiones de la inversión y de su custodia, que incumpliendo las prescripciones exigidas en la Nota de Valores el documento no contiene todos los datos identificativos del peticionario pues se

vincula a la Sra. ... sin constar su firma, que no refleja el número de AFSF que contraba el peticionario, que las AFSF son un producto de muy alto riesgo exclusivamente dirigible a inversores profesionales, que de la Nota de Valores se desprende que el Grupo Santander se beneficiaba de la emisión, que desde la contratación del producto los actores han percibido intereses de las AFSF hasta 2012 que ascienden a un total de 13.411,31 euros y las comisiones cobradas por el banco ascienden a 2067,17 euros y se cargaban a los clientes otros gastos menores.

Frente a la pretensión de la actora, la parte demandada se opone alegando que los actores en fecha 13 de julio de 2006 solicitaron la suscripción de Aportaciones Financieras Fagor por valor de 100.000 euros en un primer momento, pero dada la gran demanda que tuvieron las aportaciones financieras Fagor en el año 2006 solo pudieron contratarlas por valor de 40.400 euros, que las inversiones las decidía y fumaba el ... porque los valores eran de titularidad conjunta, que la parte actora adquirió el producto con plena conciencia y ante la imposibilidad de obtener el importe nominal invertido ha optado por demandar a quien ha sido mero intermediario, que los demandantes trabajan con diferentes entidades bancarias, que el actor ostenta el cargo de administrador de dos sociedades, ... cuyo objeto social es la construcción de edificaciones y ... cuyo objeto social está relacionado con la automoción y la hostelería, que no es de recibo que firmase documentos sin leer, que los demandantes poseen propiedades inmobiliarias cuyo manejo requiere conocimientos sobre contratación mercantil y contratos con entidades bancarias, que los actores son titulares de acciones en Banco Santander, BBVA, NH Hoteles, Telefónica, un fondo de inversión Santander Fondtesoro Corto plazo FI, y una EPSV, que el cliente ingresaba cuantiosas sumas en Banco Santander con bastante frecuencia, obtenidas del negocio de máquinas tragaperras, que ser un inversor minorista no implica ser inexperto o carente de conocimiento, que la demandada carece de legitimación pasiva pues ha sido un mero intermediario en la contratación de los productos objeto de la litis, que no tenía suscrito contrato de asesoramiento con los actores, que fue el Sr. ... quien decidió contratar el producto, limitándose el Banco a facilitar información de los productos para que decida si es o no conveniente la inversión y a recibir y ejecutar la orden de compra del valor, que mientras el producto dio resultados positivos los actores no manifestaron su rechazo, que se entregó al ... el Resumen del Folleto Informativo de la emisión varios días antes de la contratación para que lo pudieran estudiar con detenimiento, que en la Orden de Suscripción aparecen todos los elementos característicos del producto y también en el Resumen del Folleto, que la demandada no estaba obligada a entregar éste al cliente, que la demandada ha informado a los actores de forma periódica sobre el estado de la inversión, que la demandada no asumió la posición de fiador o garante de las obligaciones asumidas por la emisora del producto, que actuó como mera intermediaria, que la demandada no tenía obligación de disponer de información sobre el cliente, que en el año 2002 los actores solicitaron un préstamo hipotecario para la compra de su primera vivienda y antes de

concederlo el Banco realizó un exhaustivo estudio de la solvencia del solicitante y de su actividad y desarrollo, que si se estima la pretensión de nulidad deberá deducirse del importe invertido por los actores el valor total de los cupones recibidos por los actores así como las aportaciones financieras subordinadas Fagor y los intereses devengados de las retribuciones percibidas, que la acción de nulidad que se ejercita ha caducado.

SEGUNDO-. Como consecuencia de la actividad probatoria practicada en el presente juicio, valorada según las reglas de la sana crítica, procede declarar probados los siguientes hechos:

1º El matrimonio integrado por Dña. ... nacida el 10 de febrero de 1944, y ... nacido el 2 de octubre de 1944, eran clientes de Banco Santander, sucursal 4967 de Lasarte Oria desde los años 80. El ... fue trabajador por cuenta ajena en la empresa ... hasta el año 2002 y tras extinguir su prestación por desempleo en 2004 fue declarado en situación de incapacidad permanente total, percibiendo por ello una pensión de la Seguridad Social. Asimismo desempeñó como trabajador autónomo una actividad de explotación de máquinas de juegos de azar desde el 1 de julio de 2002 hasta el 28 de febrero de 2010. El 16 de marzo de 1992 ... fue nombrado administrador solidario de la sociedad ... cuyo objeto social es la construcción de edificaciones, venta de edificaciones y de maquinaria de obra. Esta sociedad está en situación de baja provisional desde el 22 de enero de 2005. El 11 de marzo de 1993 el ... fue nombrado administrador mancomunado de la sociedad ... cuyo objeto social es la actividad de automoción y hostelería. Esta sociedad está de baja provisional desde el 14 de junio de 1997 (documentos 1 a 4 de la demanda, documento 3 de la contestación, documento A aportado por la actora en la audiencia previa).

2º La ... son titulares de una plaza de aparcamiento en San Javier (Murcia), de varias plazas de aparcamiento y una vivienda unifamiliar en Salobreña (Granada), comprada esta última el 19 de diciembre de 2007 por un precio de 210.354 euros (documento 17 de la demanda) (documento 4 de la contestación), y asimismo son propietarios de dos viviendas y de un local comercial en Gipuzcoa (documento 34 demanda). Entre 2005 y 2013 han sido titulares de acciones en BBVA, Bankoa, Santander Central Hispano, Telefónica, NH Hoteles, Credit Agricole y la sociedad de valores Norbolsa; han tenido imposiciones a plazo en Banco Santander, han sido titulares de una cuenta de ahorro y una imposición a plazo en Kutxa, una cuenta de ahorro en Caja Rural Navarra, una cuenta de ahorro en Bankoa, cuentas corrientes en Banco Español de Crédito y Banco Santander Central Hispano. Han tenido fondos de inversión en Kutxabank (documentos 1 a 4 y 34 de la demanda, oficio cumplimentado por Kutxabank). En 2007 contrataron un fondo Santander Ahorro Diario 2 FI, que es un fondo de inversión de renta fija corto plazo, que tiene en cartera activos de renta fija de elevada calidad crediticia principalmente pública a medio y corto plazo, siendo la duración

global de la cartera no superior a un año; en 2012 contrataron un fondo Santander Renta Fija Corto Plazo FI, que es un fondo de inversión de renta fija que invierte el 100% de la exposición total en Renta Fija pública y privada con al menos calidad crediticia media BBB- o superior, con una duración media de la cartera inferior a un año (documento 6 de la contestación, documento D de la audiencia previa). El Sr. ... era titular de una EPSV que rescató el 3 de febrero de 2009 (documento 5 y 6 contestación). Banco Santander concedió un aval a la ... y ésta y su esposo el Sr. ... han concertado con Banco Santander un contrato de crédito, un préstamo hipotecario el 13 de junio de 2002 y otro préstamo por importe de 120.500 euros el 19 de diciembre de 2007 (documento 9 de la contestación, documento 34 de la demanda).

3º En el mes de julio de 2006 el ... acudió a la sucursal de Banco Santander en Lasarte, a la que iba de forma periódica para efectuar ingresos en efectivo procedentes de la actividad de máquinas de juego a la que se dedicaba, y D. ... que era en ese momento director de dicha sucursal, le habló de un producto de inversión que le podía resultar interesante por su alta rentabilidad. El Sr. ... aceptó contratarlo y en fecha no determinada firmó un documento denominado "Orden de Suscripción (No compet)" fechado el 13 de julio de 2006 en el que figura el número del contrato y de cuenta de cargo/abono del solicitante, su domicilio y los nombres y números de DNI del ... y de su esposa. En el apartado Clase de Deuda del citado documento consta: "Emisor Fagor Electrodomésticos SCL, Activo Bonos de empresa, Referencia Fagor07065"; en el apartado Datos de la operación: "Fecha valor 19-07-2006, efectivo recompra 100.000 euros, fecha recompra 31-12-2050, número de operación 39, fecha operación 13-07-2006, Nominal 100.000 euros". En este documento figura únicamente la firma del Sr. ... y no la de su esposa. El Sr. ... firmó también un documento denominado "Anexo del contrato numero ... de sucursal e importe aparecen escritos a mano con una letra que no consta que pertenezca ni al ... ni a su esposa. El importe que figura en este documento asciende a 100.000 euros. Bajo la firma del ... figura impreso lo siguiente: "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. Se conservará una copia de este documento archivada junto con la documentación de la venta" (documentos 5.1 y 5.2 de la demanda). Tras la firma de estos documentos el ... recibió del Banco un documento denominado Contratos del cliente fechado el 19 de septiembre de 2006 en el que, entre otros productos tales como cuenta corriente, superlibreta y EPSV, figura un saldo de 40.400 euros en concepto de depósito de custodia (documento 6 de la demanda).

4º El 19 de julio de 2006 se efectuó un cargo en la cuenta ... de Banco Santander de la que son titulares el ... por importe de 40.400 euros en concepto de "suscripción". Como consecuencia de

este cargo la cuenta quedó en descubierto hasta el 7 de agosto de 2006. En esta misma cuenta se efectuaron hasta 2012 abonos en concepto de "abonos de cupones vencimiento 2050-12-31". También se realizaban abonos en concepto de rendimientos de acciones y se cargaban comisiones en concepto de administración y custodia de valores (documento 6 contestación).

5º ... recibían periódicamente extractos de abono de cupones del producto que se denominaba como "Activo financiero emisor Fagor Electrodomésticos SCL" con vencimiento 31-12-2050 importe inversión 40.400 euros e importe amortización venta 40.400 euros (documento 9 de la demanda). También recibieron documentos de Liquidación por administración de depósitos en los que se reflejaban gastos adeudados por este concepto y se describía el valor como "Ac. Fagor Electrodomésticos" valor nominal 40.400 euros (documentos 14 a 16 de la demanda).

TERCERO- 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".

CUARTO- 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 1988, 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.

QUINTO- 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 la entidad bancaria demandada 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.

SEXTO-. 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).

SÉPTIMO-. Retomando la cuestión referida a la información suministrada por la demandada a los actores sobre las aportaciones financieras subordinadas contratadas, ya hemos dicho que conforme al artículo 217.2 LEC recaía sobre la parte demandada la carga de acreditar que proporcionó a la actora una información suficiente, siendo además de específica aplicación el apartado 6 del mismo artículo 217 LEC conforme al cual "El Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio". D. ... empleado de la entidad demandada que era director de la sucursal de Lasarte en la fecha de contratación de los productos

litigiosos, ha declarado que habitualmente era D. ... quien hacía las gestiones en la sucursal, que él le entregaba los documentos para que los firmara su esposa, que no es cierto que en julio de 2006 él llamara a ... para ofrecerle las AFS, que fue éste quien le preguntó por el producto porque estaba publicitado en prensa, que primero ... preguntó a una compañera de la sucursal por las AFS y luego pidió que le atendiera él, que él le comentó las condiciones que venían en el folleto, el ... se fue a casa, se lo pensó y volvió a los pocos días, que él le advirtió que era un producto perpetuo y así se decía en el folleto, que los actores querían invertir 100.000 euros, no sabe si tenían disponible ese saldo, era un cliente conocido y sabían de su solvencia, cuando se le adjudicaron los 40.000 euros la cuenta estuvo al descubierto un mes por 25.000 euros pero sabían que no iban a tener problemas, que no es cierto que le convenciera para invertir los 40.000 euros a pesar de que el ... le dijo que no disponía de ese dinero, que normalmente se le llamaba al cliente cuando se inició la comercialización, le decía que fuera a firmar la orden, el cliente la firmaba, se registraba la orden en el ordenador y se archivaba, que las ordenes se firmaron el 13 de junio de 2006 porque era el día del inicio de la comercialización de las aportaciones, que no era obligatorio que los clientes firmaran un recibí del folleto informativo, que se entregó copia de la orden, que informó al cliente que el producto tenía riesgo de pérdida del capital, que entiende que el ... explicó a su mujer las características del producto, que desconoce por qué en la orden de compra aparecía la mención a bonos de Fagor, el término "no compet" ni la referencia al año 2050, que cree que el Anexo (documento 5.2 de la demanda) se firmó al mismo tiempo que la orden de suscripción, él no escribió los términos manuscritos que aparecen en ese documento, que los empleados del Banco no percibían comisiones por la comercialización de este producto, que él no daba al ... consejos de inversión, que el ... se dedicaba al negocio de máquinas recreativas y era socio de alguna empresa de promoción inmobiliaria, era cliente de otras entidades, que tenía conocimientos suficientes para entender el producto, que su objetivo era obtener rentabilidad, que tuvo dos o tres reuniones con él sobre este producto, le entregó copia de la orden y el folleto y le explicó las condiciones del producto y que podía perder el capital pero se hacía especial hincapié en ello, si que le dijo que la rentabilidad del producto dependía de Fagor, no le dijo que fuera un depósito a plazo fijo ni que Fagor lo garantizase, no cree que en 2007 el ... solicitase la devolución del capital, si lo hubiera hecho no hubiera habido problemas para vender las AFS en el mercado secundario, que no es cierto que él le convenciera para que pidiera un préstamo para no vender las AFS, que no es cierto que en 2009 el Sr. ... le pidiera vender las AFS ni que él le recomendara reembolsar la EPSV, porque para rescatarla hay que pagar mucho a Hacienda y el Banco obtiene más beneficio por mantener las EPSV, que no se le ocultó al ... que tenía contratadas las AFS y además en la información fiscal aparece muy claro, que el ... no fue a decirle que no entendía la información fiscal o que no conocía los gastos de administración y custodia que se adeudaban en cuenta.

Por su parte el demandante ... declaró que él lee los documentos que firma y se lleva copia a casa de los documentos que le dan, que el ... le dijo que era un producto sin riesgo, que era más o menos un depósito a plazo, no le dijo que tuviera vencimiento perpetuo, que Guillermo no le llamó a casa, que una vez él fue al Banco y el ... se lo ofreció, que él iba al Banco a ingresar dinero cada 10 o 15 días, en 2006 se dedicaba a las máquinas tragaperras, era administrador de la sociedad Obras y Servicios pero ésta no tenía actividad, y también lo era de otra empresa a la que aportó dinero, no desempeñaba funciones efectivas de administrador, era accionista, estas empresas tendrían empleados pero quien llevaba todo era el otro administrador, el ... le dijo que era un producto tan bueno que decidió invertir en ello, que tiene acciones porque el ... se lo aconsejaba, que éste le aconsejó que no sacara el producto, lo intentó dos veces, en 2002 le dieron un préstamo para comprar la vivienda, él no leyó la orden de compra, no le dieron ningún papel, cree que se ha rellenado después de firmarlo, no sabía que el dinero invertido iba a Fagor, él lo veía en los extractos pero no le daba importancia, a él le daban los intereses y no se preocupaba de más, el ... le hizo sacar la EPSV, en 2007 quiso sacar las AFS y el ... le convenció de que no lo hiciera y que pidiera un crédito, en 2009 él volvió para sacar las AFS y el ... le hizo recuperar la EPSV, el Sr. ... le convenció insistiendo en que era un producto buenísimo, que cuando empezó a oír en la calle sobre las AFS se dio cuenta de que las tenía, fue en 2012 a la sucursal y el ... se negó a recibirle, que él recibía los intereses y veía que aparecían los 40.000 euros en los extractos y no se preocupó, que tenía mucha confianza en el Sr. Nieva.

De lo expuesto se desprende en primer lugar que el actor y el empleado de la entidad demandada que intervino en la contratación del producto mantienen versiones contradictorias sobre si fue el director de la sucursal de Lasarte quien ofreció el producto litigioso al Sr. ... o si fue éste quien pidió el producto al ... por haber tenido conocimiento del mismo por otros medios, lo cual no obstante carece de trascendencia pues incluso de ser cierta la versión ofrecida al respecto por el ... ello no implica en modo alguno que el Sr. ... tuviera en ese momento un completo conocimiento de todos los aspectos del producto, no solo de los positivos sino también de los negativos, y que no precisara de ninguna información al respecto, información que como hemos indicado anteriormente el Banco estaba obligado a proporcionar, exponiendo a sus clientes las bondades e inconvenientes del producto y asegurándose de que quedaban suficientemente enterados de estos últimos. La circunstancia de que el ... y su esposa tuvieran cierto patrimonio inmobiliario, que tuvieran acciones o hubieran contratado fondos de inversión o que el ... fuera administrador de dos empresas no resulta en modo alguno suficiente para atribuirles la condición de expertos financieros ni desde luego para deducir que las características del producto que nos ocupa fueran adecuadas a su perfil inversor. En este sentido no ha quedado en modo alguno probado que el ... desempeñara ninguna actividad de gestión o dirección efectiva en las sociedades en las que figura como administrador,

cuyo objeto social por otra parte nada tiene que ver con la actividad financiera o inversora. Respecto de la tenencia de acciones éstas no resultan en modo alguno equiparables a las aportaciones financieras subordinadas, básicamente porque las acciones pueden venderse en el mercado bursátil, mucho más flexible que el mercado secundario de renta fija, y en cuanto a los fondos de inversión contratados, únicamente constan en autos las características de dos fondos suscritos con Banco Santander en fechas posteriores a la contratación de las APS Fagor, y que son precisamente fondos de inversión a corto plazo, ajenos por tanto a la perpetuidad que caracteriza a la inversión en aportaciones financieras subordinadas. En definitiva debemos concluir que el perfil de los actores no era propio de expertos financieros que no precisen de información alguna sobre los productos que contratan ni que en concreto pudiera deducirse del mismo que tuvieran un conocimiento cabal y ajustado a la realidad de las aportaciones financieras subordinadas que eximiera al Banco de sus obligaciones informativas.

Sentado lo anterior, consideramos que la entidad demandada no ha logrado acreditar que la actividad informativa que como hemos dicho estaba obligada a desplegar fuera suficiente para que el demandante ... conociera la naturaleza y riesgos del producto litigioso, y mucho menos para que la esposa de éste también demandante pudiera adquirir tales conocimientos, en tanto que ésta ni siquiera mantuvo conversación alguna con el ... sobre estos productos, ni firmó ningún documento y solo dispuso de la información que al respecto le proporcionó su esposo el ... y que a su vez se reducía a la que éste pudo obtener del ..., sobre cuyo contenido y alcance ninguna prueba existe, más allá de la declaración del propio Sr. ..., que se ha referido a información verbal, en reuniones cuyo número, fechas en que se celebraron y periodo de reflexión transcurrido entre ellas y la efectiva contratación del producto no ha llegado a concretar, y cuyo contenido, según ha reconocido el Sr. ... se centró sobre todo en la rentabilidad del producto, porque en el riesgo de pérdida de capital "no se hizo hincapié". El Sr. ... ha declarado también que informó al ... de las características del producto que venían en el folleto de la emisión, entre ellas de la perpetuidad de la inversión, pero si examinamos el ejemplar del resumen del folleto informativo que obra en autos aportado por la propia demandada (documento 7 de la contestación) y del cual según ha manifestado su empleado extrajo éste la información que proporcionó al ..., observamos que en el mismo no se menciona en ningún momento las palabras "perpetuo" o "perpetuidad" ni se advierte suficientemente sobre el riesgo de no poder rescatar lo invertido, pues dentro del apartado "Factores de riesgo relacionado con los valores" del referido resumen 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 AFSF 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 límites 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 límites y condiciones también previstos en dicho apartado." Además en la página primera de este documento se dice que "el resumen debe leerse como introducción al folleto informativo, toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto informativo en su conjunto", y sin embargo no ha quedado probado que el ... u otro empleado de la sucursal entregara ni el resumen ni mucho menos el folleto completo al ... con anterioridad a la firma de la orden de suscripción, ni que, de habérselo entregado, hubiera tenido el cliente tiempo y ocasión suficiente para leerlo y comprender su contenido y, en todo caso, ya hemos visto que, de haber llegado a leerlo los demandantes 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 bancaria, garantías que han resultado ser irreales, pues no consta que existan ni el compromiso de recompra ni el contrato de liquidez.

Los documentos contractuales firmados por el demandante ... no suplen en modo alguno el déficit informativo que apreciamos en el proceso precontractual. En concreto en la Orden de Suscripción aportada, aunque se cita a Fagor Electrodomésticos como emisor, 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. 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, las dudas de que no fuera cumplimentado de puño y letra por el ..., salvo su firma que figura al pie del mismo, son más que razonables, pues la letra que aparece en los apartados rellenados a mano es notoriamente distinta a la de la firma de ... y además la parte demandada no ha podido asegurar que pertenezca a éste, por lo que no podemos sino concluir que, o bien dicho documento fue firmado por el ... en blanco y rellenado después por algún empleado del Banco o bien se le presentó a la firma ya cumplimentado, limitándose el ... a plasmar su firma.

La documentación que recibieron los demandantes con posterioridad a la contratación no subsanó tampoco las relevantes omisiones informativas en las que incurrió la entidad bancaria, en este sentido en cuanto a la información fiscal de los años 2007 a 2012 aportada como documento 5 de la contestación, en la misma aparece como fecha de envío el 27 de febrero de 2014, dato este que genera dudas sobre si efectivamente tal información fue remitida a los demandantes en los años a que se refiere, pero en todo caso de admitir que efectivamente fuera enviada y recibida por los

actores, de su lectura éstos solo podrían deducir que entre los valores que tenían contratados había uno denominado "Aport. Financ. Sub. Fagor jul. 06", sin más datos, al igual que en los extractos de abonos de cupones que recibían los demandantes o los documentos de Liquidación por administración de depósitos, algunos de los cuales se han aportado con la demanda, en los que aparece "Activo financiero emisor Fagor Electrodomésticos SCL" o "Ac. Fagor Electrodomésticos", expresiones que nada aportan sobre las características del producto financiero contratado, como tampoco la referencia "vencimiento 31-12-2050" que aparece en los extractos de abono de cupones si en el momento de la contratación no se explicó suficientemente lo que significaba ni se llamó la atención al cliente sobre la perpetuidad de la inversión.

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, cuál era su rentabilidad. Por otra parte, aunque no podemos considerar suficientemente probado que el director de la sucursal MMBB insistiera a los actores en que mantuvieran la inversión en AFS y en que recurrieran a otros mecanismos para obtener la liquidez que precisaron en ciertos momentos para acometer gastos que les iban surgiendo, tales como pedir préstamos o rescatar la EPSV, lo cierto es que tampoco consta que durante todo el tiempo posterior a la contratación la entidad bancada proporcionara a sus clientes ninguna información adicional sobre las AFS ni, que en concreto les informase del riesgo de falta de liquidez de esta inversión y de la conveniencia de venderlas para obtener tal liquidez cuando ello aun era posible.

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 40.400 euros más 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 40.400 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.

OCTAVO-. De conformidad con el artículo 394 LEC se imponen a la parte demandada las costas del procedimiento.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Urchegui, en representación de ..., 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 40.400 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 la entidad demandada los intereses legales devengados por la suma de

40.400 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 GIPUZKOA (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 IBAN ES55-3569-9200-0500-1274 CONCEPTO 0699 0000 00 0065 14, 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.