

Roj: SJPI 28/2013
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Bilbao
Sección: 11
Nº de Recurso: 1154/2012
Nº de Resolución: 83/2013
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

JDO. 1ª INSTANCIA N° 11 (BILBAO)

LEHEN AUZIALDIKO 11 ZK.KO EPAITEGIA (BILBO)

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - CP./PK: 48001

TEL. 94-4016683

FAX: 94-4016981

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 48.04.2-12/022832

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 48.020.42.1-2012/0022832

Pro.ordinario L2 /Proz.arrunta 2L 1154/2012

SENTENCIA N° 83/2013

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA CRUZ APARICIO REDONDO

Lugar: BILBAO (BIZKAIA)

Fecha: veintidós de abril de dos mil trece

PARTE DEMANDANTE: Adolfina

Abogado: JAIME J. NAVARRO LLIMA

Procurador: JESÚS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A.

Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

Procurador: ALVARO GONZÁLEZ CARRANCEJA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Gorrochategui, obrando en la indicada representación y, mediante escrito que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, se formuló demanda de JUICIO ORDINARIO contra la demandada referida en el encabezamiento, en la que, tras exponer los hechos y Fundamentos legales que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dictase Sentencia conforme al suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a los demandados, en cuya representación compareció el procurador Sr. González, quien presentó el correspondiente escrito de contestación, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, solicitando se dictara Sentencia desestimando la pretensión de la parte actora, con imposición de costas a la misma.

TERCERO.- Una vez contestada la demanda se señaló día y hora para la celebración de la Audiencia previa, que tuvo lugar en la fecha prevista y a la que acudieron las partes litigantes con sus abogados y procuradores, alegando cuanto estimaron conducente a su derecho. Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se admitieron las que resultaron pertinentes, señalándose a continuación fecha para la celebración del Juicio, en el, que se practicaron las mismas con el resultado que es de ver en autos. Finalizado el periodo probatorio quedaron los autos conclusos para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la litis.

La parte actora ejercita acción de nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas, o de anulabilidad, por error en el consentimiento, de las Ordenes de Compra de valores suscritas el 16 de junio de 2005 (doc. 1 demanda) (Participaciones **preferentes** Unión FENOSA, por importe de 50.000 euros); así como de la suscrita el 22 de junio de 2006 (doc. 2 demanda) (Aportaciones financieras subordinadas de Fagor, por 50.000 euros). Subsidiariamente, interesa se declara la responsabilidad contractual o extracontractual de la demandada en la contratación de dichos productos.

La parte demandada se opone a la reclamación efectuada de contrario. Opone en primer lugar caducidad de la acción de anulabilidad, así como prescripción de la acción de responsabilidad. Niega la infracción por su parte de norma imperativa alguna, incluido el deber de información. En cualquier caso, aunque así se entendiera, niega que, como consecuencia del incumplimiento que se le imputa, se hubiera formado erróneamente el consentimiento de la actora, o que dicho incumplimiento tuviera relación de causalidad alguna con la pérdida del valor de las inversiones realizadas.

SEGUNDO.- Relación entre las partes.

La parte actora manifiesta en el escrito de demanda que suscribió los productos litigiosos por consejo de los empleados de la demandada.

La parte demandada niega la existencia de asesoramiento alguno, fundamentando dicho motivo de oposición en que Banco Santander se ha limitado a actuar como mero intermediario, siendo el servicio de asesoramiento ajeno e independiente al de la mera recepción y ejecución de órdenes.

A la vista de la controversia indicada, es preciso determinar la naturaleza de la relación que vinculaba a las partes, a fin de poder concluir si la demandada ha cumplido o no con las obligaciones derivadas de la misma.

Resulta curioso que, para fundamentar su pretensión, la parte demandada se remita al doc. 10 aportado con su contestación, consistente en una comunicación de fecha 7 de mayo de 2009, dirigida a las empresas que presten servicios de inversión. En la misma se exponen unas consideraciones y pautas sobre buenas prácticas en relación con la prestación de servicios de inversión sobre instrumentos financieros, a la vista de la experiencia adquirida en los últimos años

en la supervisión de los procesos de comercialización. Empieza indicando que "los servicios de asesoramiento en materia de inversiones y de colocación o venta de productos financieros presentan importantes diferencias que obligan a que se establezca una frontera clara entre ambas actividades". Sin embargo, concluye que la experiencia demuestra "que la actividad de asesoramiento declarada y reconocida por las entidades pudiera ser inferior a la realmente existente. En efecto, las recomendaciones personalizadas para la adquisición de un determinado producto financiero sin ajustarse al marco legal previsto para las relaciones de asesoramiento, pudieran constituir una práctica frecuente en la relación con la clientela a través de la amplia red de oficinas de que disponen las entidades financieras".

Y es que, como bien advierte la CNMV en el documento antes citado, no se puede desconocer que, en la práctica, aun cuando nos encontremos ante un contrato de gestión, las entidades financieras, especialmente por lo que respecta a productos desconocidos para los clientes medios, realizan a través de sus empleados una actividad de asesoramiento basada en la confianza existente entre aquellos y éstos.

Entiende quien enjuicia que es un hecho notorio la relación de confianza que vincula al ciudadano medio con el personal de las entidades de crédito al que se acude demandando consejo, en su condición de expertos en el mercado financiero, para invertir los ahorros. Ello es lógico teniendo en cuenta la gran cantidad de productos existentes en el mercado, y la complejidad de una materia sobre la que la mayoría de las personas no tiene conocimientos.

No puede posteriormente ampararse la entidad financiera en la falta de suscripción de un contrato de asesoramiento para negar la existencia del mismo. Y ello, porque con su actuación, el cliente entiende que está contratando un producto recomendado por el experto financiero, quien a tal efecto ha tenido en cuenta sus circunstancias (objetivos de inversión, aversión al riesgo, existencia de otros productos, situación financiera...). El cliente contrata de esta forma con el convencimiento de que no es necesario contrastar la recomendación del banco con asesores externos al mismo, circunstancia que, de forma torticera, suele utilizarse por las entidades financieras para fundamentar, en casos como el que nos ocupa, que el error que el cliente dice haber sufrido, no era invencible.

La parte demandada insiste, como mera intermediaría, no es responsable de la pérdida de valor de la inversión. Sin embargo, no es eso en lo que la demandante fundamenta su pretensión, sino que lo hace en el hecho de no haber recibido información sobre los riesgos de los productos adquiridos.

Esa falta de información es la que justifica que la demandante no mostrara su disconformidad hasta el 15 de noviembre de 2010 (doc. 4 de la demanda), coincidiendo con la aparición de las primeras noticias que generaron, alarma entre los suscriptores de **preferentes**, en especial, las emitidas por bancos islandeses y que, por la quiebra de los mismos, resultan irrecuperables.

No puede advertirse acto propio alguno por parte de la Sra. Adolfina en el hecho de que la misma no presentara queja alguna hasta entonces, puesto que, lo que ella percibía, no era sino lo que le había manifestado el banco, que recibiría una remuneración trimestral derivada de los productos contratados.

TERCERO.- Información.

Se analiza a continuación la información recibida por la demandante con carácter previo a la suscripción de las órdenes de compra.

La parte demandada sostiene en su escrito de contestación que informó de todos los extremos que se contienen en la ficha explicativa realizada por la CNMV sobre este tipo de productos, y que se aporta como doc. 11 de la demanda. Asimismo, sostiene que se entregó a la Sra. Adolfina el resumen del folleto informativo de la emisión de participaciones **preferentes** de Unión FENOSA, que acompaña como doc. 12 de la contestación. También afirma haber entregado a la demandante el doc. 14 de la contestación, consistente en el folleto informativo de la emisión de aportaciones financieras de Fagor.

Sin embargo, la parte actora negó haber recibido dichos documentos.

También se remite a las órdenes de compra y anexos a las mismas acompañadas como docs. 1 y 2 de la demanda, y 15 y 16 de la contestación, manifestando la actora que no recibió la segunda hoja del doc. 15 de la contestación.

Existen datos en las actuaciones que permiten a esta Juzgadora llegar a la conclusión de que, tal y como sostiene la demandante, no le fueron entregados a la misma los docs. 11, 12 y 14 de la contestación.

Por lo que respecta a las participaciones **preferentes** de Unión FENOSA, lo que se indica en la orden de suscripción (doc. 1 de la demanda y 15 de la contestación), es que "la ordenante manifiesta tener a su disposición y haber leído, antes de la firma de esta orden, el tríptico resumen del Folleto de Admisión a cotización con las características de las Participaciones **Preferentes** del emisor".

Pues bien, el doc. 12 de la contestación no es un tríptico, que no ha sido aportado a estos autos, sino el resumen del folleto informativo de la emisión de las **preferentes**, documento que las entidades financieras insisten no tener obligación de facilitar al cliente (también lo hace la hoy demandada en la pag. 17 de la contestación). Resulta curioso que se diga haber facilitado documentación que no resulta obligatoria, pero no se pruebe que se entregó la que sí lo era.

Pero es que, además, el tríptico resumen debería ser del Folleto de Admisión a cotización. Sin embargo, como se indica en la propia pag. 3 del doc. 12 de la contestación: "Este documento incluye un resumen de los términos y condiciones más relevantes de la mencionada emisión... sobre la base del... (Folleto informativo), el cual, una vez concluida la oferta, será presentado por el emisor, para su registro en la Bolsa de valores de Luxemburgo para solicitar la admisión a cotización de las Participaciones **Preferentes** en dicha Bolsa de valores. Se hace constar, por tanto, que dicho Folleto Informativo es una versión preliminar que aún no ha sido aprobada por la Bolsa de Luxemburgo, por lo que su contenido aún no es definitivo y podría estar sujeto a variaciones antes de su registro".

Por tanto, es obvio que el doc. 12 de la contestación no es el que la actora dice haber recibido. Además, habiendo negado la demandante que dicho doc. 12 le fuera entregado, la demandada no ha desvirtuado tal alegación.

La importancia de entregar este tríptico ya es puesta de manifiesto por la CNMV en el doc. 10 de la contestación. Indica en primer lugar que "las entidades que prestan servicios de inversión deben proporcionar a sus clientes, una explicación de las características y de los riesgos inherentes a los instrumentos financieros de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente

pueda tomar decisiones de inversión fundadas" y que, además, dicha información se deberá proporcionar con antelación suficiente a la prestación del servicio en cuestión". Continúa sugiriendo que "la documentación que las entidades utilicen para informar al cliente sobre las características y riesgos del instrumento financiero incluya un apartado específico que recoja de forma comprensible los riesgos que afectan al producto. Asimismo es importante realizar todos los esfuerzos posibles para que la documentación esté redactada de forma clara y breve, en lenguaje llano, de forma que resulte comprensible para el tipo de inversor al que se dirige", Centrándose en el tema del tríptico informativo, indica que el mismo deberá utilizarse como vía para informar a los clientes, debiendo conservar la entidad un ejemplar del documento informativo entregado y firmado por el cliente. Es más, para productos complejos, como es el que nos ocupa, recomienda que el cliente firme, y la entidad conserve adicionalmente un documento aparte en el que se recojan de forma muy clara y concisa sus principales riesgos. Y todo ello, sin que las prácticas anteriormente expresadas eximan a la entidad de informar verbalmente al cliente de forma adecuada de todos los aspectos relevantes sobre el producto, teniendo en cuenta los riesgos inherentes al mismo y al tipo de cliente.

Pues bien, si la hoy demandada hubiese informado convenientemente a la actora, bien podría ahora demostrarlo documentalmente, mediante la aportación, firmado por la Sra. Adolfina, del tríptico o cualquier otro documento informativo que pudiera haber entregado. En modo alguno puede exigirse al cliente que acredite un hecho negativo y, por tanto, de prueba diabólica, como es el de no haber recibido la información correspondiente.

En la orden de suscripción se sigue diciendo: "El ordenante manifiesta igualmente conocer los principales riesgos de la emisión, recogidos en el mencionado tríptico resumen", reiterando en el anexo haber sido informado de las características y riesgos del producto. Pues bien, además de que, como se ha dicho, no consta la entrega de dicho documento. Esta cláusula es considerada por los Tribunales como absolutamente insuficiente, por genérica, para que pueda entenderse que el cliente firmó convenientemente informado de las consecuencias negativas de la operación. Advertencias genéricas que también son cuestionadas por la CNMV en el doc. 10 de la contestación: "No resulta apropiado que las órdenes incluyan advertencias genéricas como medio de acreditación del cumplimiento de las obligaciones de proporcionar a los clientes información adecuada sobre las características y riesgos del producto".

Entiende esta Juzgadora que la demandada no podrá basarse en que el doc. 10 de la contestación, al que se ha hecho referencia en varias ocasiones, es de mayo de 2009, por lo que las recomendaciones en él contenidas eran aplicables con anterioridad. Y ello es así porque dicho documento es consecuencia del examen, por parte de la CNMV, de las prácticas bancarias incorrectas que se venía realizando. Es decir, no habría sido necesario si no se hubieran observado prácticas bancarias cuestionables. Y es que el deber de información no es introducido por la Ley 47/2007, aun cuando la misma lo desarrolle más detalladamente, el art. 79 de la Ley 24/1988, en la redacción vigente en el momento de la suscripción de los contratos litigiosos, ya lo recogía:

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste."

Otra cuestión a analizar en la orden de suscripción es que, la aportada por la actora, sólo cuenta con una hoja y un anexo, mientras que la acompañada como doc. 15 de la contención incluye una segunda hoja. No queda acreditada la entrega de esta última, que carece de la firma de la actora, a diferencia de las otras dos.

Por tanto, de la documentación aportada en relación con las participaciones **preferentes** de Unión FENOSA, sólo se aprecia que la demandante podría haber llegado a conocer que la remuneración trimestral a percibir estaba condicionada a la percepción de un beneficio suficiente. Sin embargo, si dicha advertencia escrita no fue acompañada de explicación verbal, tampoco se considera suficiente, dada la avanzada edad de la demandante en el momento de contratación, que contaba entonces con 83 y 84 años respectivamente. En cualquier caso, no se ha demostrado que se facilitara a la actora información relevante sobre las características y riesgos del producto en los términos, por ejemplo, indicados en la ficha emitida por la CNMV, y que ha sido aportada como doc. 11 de la contestación;

"Las participaciones **preferentes** (PPR) son valores emitido por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada.

Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

...

Las PPR no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado, incluso pueden contar con un contrato de liquidez. No obstante, su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión.

Se puede perder el capital invertido. "Según la situación del mercado, el emisor y las condiciones financieras del producto, su valor puede ser inferior al que pagó al adquirirlas, por lo que el inversor podría sufrir pérdidas.

...

Dicha remuneración está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un período, el inversor pierde el derecho a recibirla.

...

En caso de insolvencia del emisor: "A pesar de que se las denomina **preferentes**, las PPR se sitúan en el orden de recuperación de los créditos:

- por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados.
- por delante de las acciones ordinarias (y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorros).
- al mismo nivel que el resto de PPR emitidas o que pudiera emitir en un futuro el emisor".

Nótese que, aun habiendo entendido que la demandada había facilitado la segunda página del doc. 15 de la contestación, en la misma no se exponen todos los riesgos antes mencionados, por lo que tampoco se entiende suficiente la información en ella facilitada.

Lo anteriormente expuesto es igualmente aplicable a la operación de las aportaciones financieras subordinadas. En la segunda hoja de la orden de compra se vuelven a incluir advertencias de riesgo genéricas que, por ello, no resultan admisibles.

Tampoco en este caso puede entenderse acreditado que se vaya entregado un documento resumen del Folleto informativo (doc. 14 de la contestación).

Finalmente, en el doc. 2 de la demanda, y doc. 16 de la contestación se informa inadecuadamente a la demandante de la naturaleza del producto contratado, que no consiste en unas participaciones **preferentes**, sino en unas aportaciones financieras subordinadas.

Lo anterior no es desvirtuado por la testifical de la Sra. Sacramento , empleada del Banco Santander. La misma no recordaba si había sido ella, o algún compañero, quien había comercializado los productos litigiosos a la Sra. Adolfina ya que, siendo ésta una cliente habitual, era atendida por varios compañeros. Lo que sí manifestó es que la demandante acudía sola a la oficina, y que no sabía si luego contrastaba la información con sus hijos.

También indicó que los folletos no se entregaban a los clientes, ya que no existía obligación de hacerlo, lo que avala la conclusión alcanzada por quien enjuicia, de que no fueron entregados los docs. 11, 12 y 14 de la contestación. La testigo manifestó que sólo se entregan las órdenes firmadas, encontrándose el resto de documentación en la oficina, lo que no acredita que la demandante tuviera oportunidad de leerlas.

CUARTO- Experiencia inversora de la demandante.

La parte demandada hace especial hincapié en la experiencia inversora de la actora. Señala que la Sra. Adolfina es- una- inversora asidua y con dilatada experiencia en diferentes tipos de productos de inversión, lo que pretende acreditar con la aportación de los docs. 1-9 de la contestación. En los mismos se comprueba que la demandante ha sido titular de acciones, valores Santander, fondos de inversión, plan de pensiones, y seguros estructurados. Sin embargo, no consta en modo alguno que la actora hubiera suscrito participaciones **preferentes**, ni aportaciones financieras subordinadas con anterioridad a los contratos que nos ocupan. Siendo esto así, debe concluirse que, la falta de información en el momento de la contratación de las características y riesgos de los productos adquiridos, no puede suplirse con presuntos conocimientos que pudieran derivarse de inversiones anteriores en productos distintos a los contratados.

La parte demandada no acredita qué formación académica pudiera tener la demandante, o que profesión desempeñó la misma en su día, circunstancias de las que pudieran derivarse conocimientos del mercado financiero y, en concreto, de los productos litigiosos.

Tampoco comparte quien enjuicia la relación advertida por la demandada entre la realización de determinadas inversiones y la adquisición por ello de una experiencia inversora que permita al cliente tener constancia de los riesgos del concreto producto que nos ocupa. Ello es así por cuanto, para poder entenderse adquirida una experiencia sobre los riesgos de una inversión, es necesario, o al menos, hay que tener en cuenta, si alguna vez se ha materializado dicho riesgo, es decir, si se ha llegado a frustrar la inversión. De otro modo, la experiencia adquirida por un inversor que no ha sido informado expresamente del riesgo, no deja de ser errónea, pues lo único que la misma le permite concluir es que las inversiones realizadas sólo aportan beneficios.

Por otra parte, la mayor o menor aversión al riesgo de la demandante debe ponerse en relación precisamente con el resto de inversiones que en cada momento tuviera el cliente ya que dicha información no sólo debe tomarse en consideración, tal y como hace la demandada, para pretender acreditar una supuesta experiencia financiera, sino también para conocer si la tolerancia al riesgo estaba ya o no cubierta con otros productos.

Resulta irrelevante el hecho de que la actora hubiera invertido en acciones, ya que, el inversor común, como es de sobra sabido, conoce el funcionamiento de las aquéllas, es decir, asume un riesgo conocido, lo que no es extrapolable a un producto como el que nos ocupa, ajeno totalmente al conocimiento del ciudadano medio, especialmente cuando no es informado de sus características y de los riesgos que implica.

La actualidad de los problemas relativos a las participaciones, y el incremento de reclamaciones de esta naturaleza en los Juzgados, obligan a sus titulares a estar al día de Sentencias y trabajos doctrinales relativos a este tema. Por este motivo, la lectura de la pág. 11 de la contestación hizo recordar a quien enjuicia un artículo publicado por el Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado Francisco J. Alonso Espinosa en el Diario La Ley, nº 7875, Sección Doctrina, 7 de junio de 2012, Año XXXIII (La Ley 5971/2012).- "Participaciones **preferentes** y clientes minoristas de entidades de crédito", que contradice lo expuesto por Banco Santander en el antepenúltimo párrafo de la citada página. Así, en la pag. 18 indica que "puede afirmarse sin excesivo riesgo de errar que un inversor informado del contenido que subyace bajo la denominación "participación **preferente**" no invertiría su dinero en ella. Si el inversor minorista en más proclive al riesgo se decantaría por invertir su dinero en acciones de una sociedad cotizada que se distinga por practicar una política de reparto anual de dividendos en cuantía y condiciones de pago aceptables antes que invertirlo en participaciones **preferentes**. El inversor en acciones cotizadas, comparado con el titular de participaciones **preferentes**, goza de mayor liquidez para su inversión, tiene probabilidad de revalorización del valor bursátil de su inversión y, seguramente, obtendrá unos rendimientos iguales o mejores que los fijos (o variables procurados por las participaciones **preferentes**, ya, que el devengo de éstos también depende - al igual que el dividendo- de la existencia de beneficios o de resacas distribuibles por parte del emisor-deudor en cuantía suficiente".

Explica en la pag. 14 que "el art..79 bis 8.a) LMV considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de "general conocimiento "... La participación **preferente** es calificable como valor complejo porque no aparece en la lista legal explicitada de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos".

Llega a afirmar el citado autor que las personas que invierten en este tipo de productos, pueden considerarse "inversores de riesgo al máximo nivel, incluso en posición de mayor riesgo que la propia

de los accionistas o, en su caso, cuota- partícipes, de la entidad de crédito emisora". Se explica en la pag. 11 de su trabajo: "Por tanto, el riesgo que asume el inversor en participaciones **preferentes** es el mismo que el de los accionistas. Pero con la siguiente particularidad no exenta de interés: los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones **preferentes**, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación **preferente** permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor. Este es un aspecto especialmente perverso de la participación **preferente** que por sí solo confirmaría su inaptitud como instrumento de inversión para, clientes minoristas".

QUINTO.- Anulabilidad por error.

Lo expuesto hasta ahora permite concluir a quien enjuicia que, si bien no procede declarar la nulidad del contrato, bien por infracción de normas imperativas, bien por falta absoluta de consentimiento, sí que ha quedado acreditado que este elemento esencial del contrato estaba viciado por error, lo que conduce a la anulabilidad de las operaciones realizadas.

Según el art. 1.266 CC , para que el error en el consentimiento invalide el contrato es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración. Asimismo, y aunque el Código no lo recoja expresamente, el error deber ser excusable, lo que se deduce de los principios de auto responsabilidad y buena fe. El error es inexcusable "cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundada en la declaración".

En el caso de autos, el error es jurídicamente relevante, al reputarse como esencial y excusable. Es esencial porque afecta a las características básicas del contrato, como es el alto riesgo del mismo, no sólo a no percibir la remuneración trimestral pactada, sino a la posibilidad de pérdida del capital invertido, o la dificultad de puede existir en ciertos momentos para deshacer la inversión.

De lo anterior se concluye que la actora, de haber conocido las características esenciales de los productos contratados, y el riesgo inherente a los mismos, no los habría contratado. Aun cuando la parte demandada ha privado a quien enjuicia de la posibilidad de escuchar a la demandante, al no haber propuesto su interrogatorio, no ha conseguido acreditar haber Informado de dichos extremos a su cliente. El sentido común permite llegar a la conclusión que la Sra. Adolfina , con 83 y 84 años que contaba a la suscripción de las órdenes de compra, no habría contratado unos productos con gran riesgo de perder los ahorros de toda su vida, y que ofrecían gran dificultad de recuperar la inversión. El error es imputable al Banco, por el incumplimiento de su deber de información, omitiendo a la actora características esenciales del contrato que podían perjudicarle seriamente.

Finalmente se trata de un error inexcusable, ya que la actora contrató basándose en la relación de confianza que le merecía el personal del banco con el que había trabajado toda la vida. En este punto es preciso advertir que la demandada no ha acreditado que la Sra. Adolfina hubiera tenido asesoramiento alguno por parte de sus hijos.

No puede entender que la acción de anulabilidad haya caducado, tal y como opone la parte demandada. Conforme al art. 1.301 CC, la acción de nulidad dura cuatro años desde la consumación del contrato. Dicha consumación se produce, en contratos de tracto sucesivo como el que nos ocupa, en el momento del vencimiento del contrato. Ello supone que esta acción puede ejercitarse hasta que hayan transcurrido estos cuatro años desde el vencimiento del contrato.

Por lo que respecta a los efectos civiles de la anulación, el art. 1.303 CC establece que "declarada la nulidad, de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

La demandada está obligada a devolver a la actora el resultado de descontar de los 100.000 euros invertidos, las sumas que en concepto de rendimientos le hayan sido abonadas trimestralmente a la demanda hasta el momento de la anulación. A su vez, tal y como ofrece la actora en el Suplico de la demanda, ésta devolverá al Banco Santander los títulos adquiridos con las operaciones anuladas.

SEXTO.- Intereses.

La cantidad que resulte debe ser restituida por la demandada devengará intereses legales desde la demanda, e intereses procesales desde la fecha de esta Sentencia.

SÉPTIMO.- Costas

En cuanto a las costas, será de aplicación el art. 394 de la LEC por lo que, estimándose la demanda, se imponen las mismas a la parte demandada.

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

FALLO

Se estima parcialmente la demanda presentada por la representación de Adolfina, contra BANCO SANTANDER, a la que se condena a devolver a la actora el resultado de descontar de los 100.000 euros invertidos, las sumas que en concepto de rendimientos le hayan sido abonadas trimestralmente a la demanda hasta el momento de la anulación. A su vez, tal y como ofrece la actora en el Suplico de la demanda, ésta devolverá al Banco Santander los títulos adquiridos con las operaciones anuladas. Todo ello, con los intereses señalados en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia, y con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes en legal forma.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (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 necesario 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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número., 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, el Secretario Judicial doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a veintidós de abril de dos mil trece.

RODOLFO