

Alicante cinco de marzo de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora Sra. Fernández Rangel en nombre y representación de D. Jorge presentó demanda de Juicio Ordinario, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación suplicaba que se dictara sentencia por la que se:

- 1.- Declare que el contrato suscrito entre los litigantes relativos a la compra de valores Santander es nulo de pleno derecho al existir vicio del consentimiento.
- 2.- Condene a la demandada a devolver al actor la suma de 45.000.-€ entregados en depósito más 2.319'70.-€ en concepto de gastos e intereses de la hipoteca que hubo de ampliar, lo que hace un total de 47.319'70.-€, más el interés legal correspondiente desde la fecha de la firma del contrato nulo.
- 3.- Condene a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las cantidades indicadas, con imposición de las costas causadas a la demandada.

SEGUNDO.- Mediante decreto de fecha 25/03/11 se admitió a trámite la demanda y previos los trámites legales se confirió traslado de la demanda y documentos presentados a la demandada. Por escrito con sello de entrada en Decanato 09/05/11 contestó a la demanda la entidad demandada, que tras aducir los hechos y fundamentos de derechos, interesó que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda presentada de contrario, con expresa condena en costas a la actora.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa para el día 28/06/11, con las finalidades previstas en la LEC, al no ser posible el acuerdo entre las partes, propusieron los medios probatorios de los que valerse en el acto del juicio, el cual tuvo lugar el día 05/03/12 con el resultado que consta en acta levantada al efecto y en soporte audiovisual, tras lo cual quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las formalidades a excepción del sistema de plazos al encontrarse la Agenda del Juzgado cubierta con otros señalamientos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la actora una acción de nulidad del contrato marco de operaciones financieras que suscribió con la entidad bancaria demandada. Sostiene que es cliente del banco desde hace 18 años. El 17/09/07 acudió a la sucursal del banco Santander sita en la Plaza de Los Luceros de Alicante para invertir 45.000.-€ en un producto sin riesgo con algo de rentabilidad, pero que implicara fluctuación que pudiera poner en peligro sus ahorros. El comercial le aconsejó el producto denominado Valores Santander, que era tan novedoso que aún no tenía publicidad y tampoco estaba registrado en la CNMV. El actor confiando en que se correspondía con lo que pedía, suscribió ese producto por un importe de 45.000.-€. Desde entonces hasta septiembre de 2008 no recibió ninguna información del banco y cuando fue a retirar el dinero porque lo necesitaba para comprar una casa, se encontró con la desagradable sorpresa que su dinero se había utilizado para realizar una OPA sobre el banco holandés ABN Amro, que implicaba un riesgo altísimo y que prácticamente había perdido todo el dinero que había invertido. Comenzó el actor con sus reclamaciones al director de la sucursal bancaria, a la unidad de atención al Cliente del banco el 12/09/08, a la Oficina del defensor del Cliente el 31/01/09, al servicio de reclamaciones del Banco de España

el 05/10/09. La entidad bancaria nunca le remitió información del estado de los fondos siendo completamente falso que le informaran sobre las características de la operación y de su posterior evolución. Considera que su consentimiento está viciado por error y por lo tanto el contrato concertado es nulo de pleno derecho.

La parte demandada sostiene que aunque el demandante insta la nulidad del contrato con devolución de las cantidades invertidas, no ofrece la devolución al banco de los rendimientos que obtenía trimestralmente y que ascienden a un valor total de 6.647'04.-€. El demandante sostiene que su consentimiento estaba viciado por error y en todo caso la normativa Mifid a la que se hace referencia por la representación del actor, no es aplicable al caso de autos. El Sr. Jorge no es una persona ajena al mundo de la inversión ni de la especulación, puesto que el mismo ha contratado con el Banco Santander distintos productos de inversión de carácter especulativo (en 1997 Fondo de Inversión Santander Mixto Renta Fija, en 2000 Fondo de Inversión Santander Mixto acciones, en 2001 Fondo de Inversión Best 2, en 2003 Fondo de Inversión Santander Dinero Fondtesoro, en 2004 Fondo Supergestión, en 2005 Fondo de Inversión Santander Carteras Garantizado, el Fondo Superselección Dividendo 2, el 2006 el Fondo de Inversión Garantía Activa y en 2007 en nombre de su hijo menor de edad el Fondo de Inversión Santander Fondtesoro a Corto Plazo") y también acciones en muchas empresas que cotizan en Bolsa (Antena 3 TV, BBVA SA, Banco Santander SA, Red Eléctrica de España, Repsol YPF, Telefónica SA, Endesa SA).

El actor era ducho en la contratación de operaciones de inversión en fondos cuyo valor estaba vinculado a la evolución subyacente como era el valor de las acciones de las distintas entidades en las que las instituciones de inversión colectiva que tutelaban dichos fondos invertían a su vez el dinero aportado por los partícipes y el Sr. Jorge intervino activamente en las mismas. El banco conocía el perfil del actor y por ello cuando en septiembre de 2007 se personó en el banco D^a Nassima le informó de la obligaciones el banco actor iba a emitir para financiar la OPA sobre el banco ABN Amro. La Sra. Nassima le explicó todas las cuestiones de la operación y los peligros que entrañaba y que dichos valores se transformarían en acciones del banco pasados 5 años desde la emisión del producto, lo que implicaba que estaban sometidas a las fluctuaciones del mercado. El demandante consultó con su esposa y el día 17/09/07 suscribió el producto. La CNMV aprobó el producto el 19/09/07 y el Sr. Jorge se personó en el Banco el día 27/09/07 reiterándosele y completando la información facilitada y firmando una solicitud formal de suscripción de valores. El banco emitió el tríptico informativo obligatorio aprobado por la CNMV y se lo entregó al demandante. Además trimestralmente se le iba efectuando la liquidación de los fondos y en base a ello ha percibido la suma de 6.647'04.-€. En el verano de 2008 la crisis económica en las que estamos inversos comenzó a aflorar y el actor no ejercitó ni la opción de canje de los valores por acciones ni su venta en el mercado secundario, lo cual no le dio los resultados que esperaba.

SEGUNDO.- Sentados los términos del debate, en cuanto a la legislación aplicable al contrato debemos indicar que el contrato cuya nulidad se interesa fue suscrito el 17/09/07 ratificado el 27/09/07, lo que determina que la legislación aplicable sea la existente a tal fecha, es decir la Ley 24/1988 anterior a la modificación que sufrió en diciembre de 2007, por lo que no podemos aplicar la Directiva MIFID ni la normativa que la traspone.

El art. 79 bis de la Ley 24/1988 establecía, en la redacción vigente a la fecha de suscripción del contrato que "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:

- Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

- Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

- Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

- 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.

- A Jorgerse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados”.

El artículo 5.3 del RD 629/1993 sobre normas de actuación en los Mercados de Valores establecía que “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”.

De los citados preceptos se desprende como la norma impone a la entidad bancaria un claro deber informativo respecto del producto financiero que ofrece al Cliente, con el contenido contractual puesto exclusivamente por ella, correspondiéndole a la misma la carga procesal de acreditar que cumplió de una forma efectiva y adecuada esta obligación. Sentado lo anterior, la parte actora invoca la existencia de un error en el consentimiento, por falta de información por parte de la Entidad bancaria del producto que se contrataba, ya que creía que lo que contrataba era un plazo fijo en el que había un total seguridad para el dinero que invertía el actor con una rentabilidad interesante, y no un producto de un importante riesgo con especulación en el mercado secundario, indicando que no se le facilitó en el momento de la contratación información suficiente, puesto que si la hubiera tenido no lo habría concertado, ya que la suma invertida de 45.000.-€ constituía prácticamente todo su patrimonio y además los iba a necesitar en poco tiempo dado que tenía intención de cambiar de casa ante el inminente nacimiento de su hijo.

Para que exista un contrato tal y como dispone el artículo 1261 Código Civil es preciso que exista consentimiento de los contratantes, el cual se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Lo que implica el perfecto entendimiento del aceptante sobre la oferta que se le hace (consiente la oferta con las obligaciones inherentes). El consentimiento, por tanto es un elemento esencial y su ausencia determina la nulidad del contrato (art. 1265 Código Civil). Existe error cuando a la parte se le representa la realidad del contrato de forma equivocada produciendo efectos cuando es esencial (recae sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato) y excusable (que no haya podido ser evitado mediante el empleo de la diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas). Tal y como establecen las SsTS de 20.04.2001, 12.06.02, 24.01.03 y 12.11.04 entre otras, el conocimiento no equivale al consentimiento, porque el primero es un acto recepticio indispensable para poder actuar, mientras que el segundo es un acto valorativo de manifestación expreso o tácito de la voluntad. En el mismo sentido el error obstativo, es una falta de coincidencia entre la voluntad y la declaración en el negocio jurídico con la

característica que es inconsciente y como consecuencia de ello, excluye la voluntad interna real provocando que el negocio jurídico sea inexistente. El artículo 1266 Código Civil sólo se aplica al contrato que contiene todos los requisitos esenciales, es decir; consentimiento, objeto y causa, de tal forma que aquel en el que existe error en la voluntad (error-vicio) y no error en la declaración (error obstativo) no produce efectos.

TERCERO.- Desde la intermediación y valorando en conciencia el resultado de la actividad de prueba que se ha practicado en el acto del juicio, con arreglo a las reglas de la sana crítica, las partes han mantenido versiones contradictorias sobre los hechos que nos ocupan: La representación del actor indica que lo que buscaba era un producto de inversión seguro por un plazo de tiempo no muy amplio, dado que iba a necesitar el dinero para comprar una nueva vivienda puesto que su hijo estaba a punto de nacer. Expone que cuando le informaron del producto el 17/09/07, éste ni siquiera había sido aprobado por la CNMV, de manera que todo lo que se le dijo fue de palabra y cuando el día 27/09/07 volvió a la sucursal a firmar el anexo tampoco se le comunicó nada, salvo que se trataba de valores convertibles y que hasta que no pasara un año no podría recuperar el dinero. Cuando en septiembre de 2008 el Sr. Jorge fue a recuperar su dinero, fue cuando entendió todo lo que había pasado y que su dinero se había utilizado para hacer efectiva la OPA sobre el Banco holandés ABN Amro y que el riesgo que corría era muy alto y que prácticamente había perdido casi toda su inversión. El actor se quejó ante la sucursal del banco a la unidad de atención al cliente del banco, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España el cual concluye afirmando que la entidad demandada no actuó correctamente ya que no contaba con información adecuada del cliente para valorar la adecuación del producto a su experiencia y perfil inversor y las inversiones previas que había realizado el Sr. Jorge, no proporcionaban al banco demandado la información suficiente para valorar la adecuación del producto con las características y riesgos de los Valores Santander a su perfil inversor y lo único que se tuvo en cuenta fue el juicio del comercial que atendió al actor. Por otro lado, tampoco se le ofreció información escrita (trípticos y dípticos del producto) sobre las condiciones de la emisión previamente a la adopción de su decisión de inversión y hay vicios en los documentos suscritos (falta de identificación del emisor de valores...). En definitiva, la representación del Sr. Jorge sostiene que hubo error en el consentimiento, como causa para pedir la nulidad del contrato suscrito con la entidad demandada. Error que funda en el desconocimiento de lo que realmente estaba contratando, ya que a su juicio lo que se le vendió era un fondo de inversión sin riesgo y a corto plazo.

Por el contrario, la testigo D^a Nassima, Cargo000 de Clientes (que no asesora financiera) de la sucursal del Banco Santander en la Plaza de Los Luceros de Alicante que intervino directamente en la contratación del fondo, indica que estuvo en la referida sucursal durante un año desde principios de 2007 a 2008 y el Sr. Jorge era un cliente habitual y conocía tanto sus características personales como financieras, ya que cada cliente tiene una ficha personal en donde constan todos los fondos de inversión y productos que ha venido contratando, aunque ya no los tenga en vigor; así el demandante tenía o había tenido varios fondos y acciones en Bolsa del propio banco y de otras entidades. Recuerda que el actor fue a la sucursal en septiembre de 2007 y le dijo que tenía un dinero que quería invertir, no recuerda que le dijera que iba a comprarse un piso ni tampoco que estaba esperando el nacimiento de su hijo. La testigo atendiendo al perfil del Sr. Jorge le ofreció el producto de Valores Santander, explicándole que se trataba de valores convertibles en acciones del propio banco y que la rentabilidad era muy alta (cosa que sorprendió al demandante) porque el dinero iba dirigido a capitalizar el Banco Santander para comprar el Banco ABN Amro; si la operación no salía bien al año se le devolvería la inversión con un interés del 7'30% y si salía bien no podría disponer del dinero invertido hasta pasados 5 años con distinta rentabilidad. Le dijo que las participaciones se convertirían en acciones, lo que implicaba necesariamente que

dependerían de las fluctuaciones de la bolsa. El mismo día 17/09/07 firmaron una reserva, ya que el producto no había sido todavía aprobado por la CNMV, y las sucursales tenían un cupo para cubrir. En ese momento no le pudo entregar ningún tipo de documentación al Sr. Jorge ya que no disponía de la misma, precisamente porque aún no estaba aprobado el producto.

El actor regresó a la sucursal el día 27/09/07, a petición de la testigo para realizar la firma efectiva del contrato y le volvió a explicar lo mismo. Sabe que le remitió información del producto, pero no recuerda si lo hizo por correo electrónico o personalmente cuando fue a suscribir el producto. No fue necesaria la realización de ningún test de conveniencia o de idoneidad, ya que en aquel momento no se aplicaba la normativa comunitaria MiFID. Por la ficha que tenía la testigo del Sr. Jorge, le pareció que el producto era adecuado para él al tratarse de un “cliente arriesgado”. Una vez suscrito el contrato trimestralmente se le iba mandando la información del fondo. La testigo ya no trabajaba en la sucursal cuando el actor acudió a recuperar su dinero, aunque con posterioridad sí que ha tenido conocimiento de las quejas que ésta ha formulado.

Para la testigo en base a la ficha personal del banco tenía conocimientos financieros y capacidad de riesgo, de acuerdo con los productos que previamente había contratado. El producto ofertado Valores Santander era un producto amarillo, es decir de riesgo. No era necesario hacerle ningún tipo de test porque en aquel momento la normativa no lo exigía y era suficiente con la valoración que el comercial hiciera. Lo más importante del producto era que las participaciones se convertirían en acciones y eso lo sabía el Sr. Jorge. Éste le pidió información sobre algún producto con alta rentabilidad y ella le ofreció Valores Santander diciéndole que la CNMV aún no lo había aprobado y que por escrito no podía darle ninguna documentación. La dicente no firmó ni la reserva de 17/09/07 ni el contrato de 27/09/07, sino que lo hizo el director adjunto de la sucursal.

CUARTO.- Valorando la prueba practicada y la documentación obrante en autos, mediante un análisis objetivo y con arreglo a las normas de la sana crítica, atendiendo al criterio de la carga de la prueba contenido en el art. 217 LEC y motivando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas (art. 218 LEC) considero acreditado que la Sra. Nassima ofreció el producto Valores Santander al actor porque la ficha personal del mismo indicaba que en tiempos anteriores (desde el año 1997 al 2007) había suscrito productos arriesgados (fondos de renta variable, suscripción de acciones...) y de acuerdo con su propia percepción entendió que el producto le era apropiado. Es cierto que a la firma del contrato no regía la normativa comunitaria MiFID, pero no es menos cierto que por el hecho de que una persona en una determinada época contrate servicios financieros arriesgados o especulativos, implique necesariamente que siempre van a demandar ese tipo de servicios.

La representación del Sr. Jorge indica que en ningún momento le dijeron que los que contrataba era algo arriesgado, mientras que la Sra. Nassima afirma lo contrario. Aunque de tal contradicción no se puede afirmar una cosa o la otra a ciencia cierta, es indudable que dada la novedad del producto, el Banco no pudo dar por escrito toda la información necesaria para que el cliente tomara una decisión conociendo todos los pormenores de la operación, ya que aunque de palabra se le indicara en qué consistía el producto así como sus beneficios y sus desventajas, la Sra. Nassima afirmó que el día 17/09/07 no le pudo dar nada porque en la sucursal no tenían ningún folleto, puesto que la CNMV aún no había aprobado el producto y el día 27/09/07 tampoco se le da nada por escrito (según el Sr. Jorge) afirmando la testigo que sí que le dio información pero no recuerda ni cuándo ni cómo.

Por otro lado si atendemos al contenido del doc. núm. 1 de la demanda (la reserva de compra de 17/09/07) únicamente se indica que el actor junto con su esposa compran valores convertibles por 45.000.-€ sin más datos. El doc. núm. 3 de la demanda (la orden de compra de los valores) es más amplia que la reserva, pero se hace referencia a que el actor ha recibido y leído el tríptico informativo de la nota de valores de la CNMV, cosa que no fue así. En atención a lo expuesto se estima que el incumplimiento de la obligación de información a cargo de la entidad bancaria provocó que el actor no tuviera un conocimiento adecuado del producto contratado incurriendo en un error, que debe comportar la anulación del contrato, motivo por el cual procede la estimación de la demanda interpuesta en lo relativo a la declaración de nulidad del contrato.

QUINTO.- La declaración de nulidad del contrato implica necesariamente por aplicación del art. 1303 del Código Civil que los contratantes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses.

Así al actor se le tienen que devolver los 45.000.-€ que entregó al banco, pero igualmente el Sr. Jorge debe restituir al Banco los intereses que trimestralmente la inversión le fue generando, y que ascendían a fecha 04/04/11 a 6.647,04.-€ (doc. núm. 1 de la contestación a la demanda) y a fecha de la vista del juicio a 7.789,98.-€ (doc. aportado justo antes del inicio del juicio).

Por lo tanto compensando ambas cantidades la suma que debe recibir el demandante es la de 37.210,02.-€

SEXTO.- Pide igualmente la parte actora como daños y perjuicios, el abono de 2.319'70.-€ que le generó la ampliación de la hipoteca que había suscrito para comprar su nueva vivienda ya que no pudo disponer de los 45.000.-€ que estaban invertidos en Valores Santander y que le supusieron al actor el desembolso de 887'66.-€ por la escritura de la hipoteca, 538'52.-€ por intereses desde el 22/05 al 31/12/09, 734'85.-€ por los intereses del año 2010 y 158'67.-€ por los intereses de 2011 hasta la interposición de la demándale 08/03/11.

Esta petición no es estimable, ya que el actor señala que los 45.000.-€ que nos ocupan los quería usar para comprar una vivienda, pero ello no es más que una mera afirmación de parte sin sustento probatorio

SÉPTIMO.- En cuanto a los intereses aplicaremos el art. 576 LEC.

OCTAVO.- En materia de costas es de aplicación el art. 394.2 de la LEC de manera que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al haberse estimado parcialmente las pretensiones de la parte actora.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Jorge contra el Banco Santander SA debo:

1.- Declarar y declaro que el contrato suscrito entre los litigantes relativos a la compra de Valores Santander firmado el 17/09/07 con su anexo de 27/09/07 es nulo de pleno derecho al existir vicio del consentimiento.

2.- Condenar y condeno a la demandada a devolver al actor la suma de treinta y siete mil doscientos diez euros con dos céntimos de euro (37.210,02.-€), más los intereses legales.

3.- Condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de la cantidad.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Modo de Impugnación: mediante recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante (artículo 455 LEC). De conformidad con lo dispuesto en el punto 3º de la Disposición Adicional 15ª introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre de reforma de la LOPJ, será necesario acreditar haber efectuado la consignación del depósito de 50.-€ en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado. El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. Juana María Lorite Chicharro.

Publicación.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia de lo que yo, el Secretario Judicial Doy fe.