

Doña M^a Teresa Bernal Ortega, Secretario Judicial
Instancia nº 2 de Girona CERTIFICO Y DOY FE:
Ordinario que se siguen en este Juzgado con el número
dictada resolución cuyo tenor literal es el siguiente:

ha sido

SENTENCIA Nº 108/2015

En Girona a 10 de junio de 2015.

Vistos por D^a. OLGA BAUTISTA CAMARERO, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona y su partido, las presentes actuaciones de JUICIO ORDINARIO nº , seguidos a instancia del Procurador de los Tribunales D^a. Rosa Boadas Villoria en nombre y representación de D^a.

*defendido por el letrado D. Oscar Serrano Castelló
contra BANCO SANTANDER S.A. representado por el Procurador de los Tribunales D^a.
Carme Peix Espígol y defendido por el letrado D. sobre
nulidad contractual absoluta o relativa por error en el consentimiento o resolución de
contrato con indemnización de daños y perjuicios y recayendo la presente resolución
sobre la base de los siguientes:*

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario, siendo competente este juzgado para el conocimiento de la misma, se admitió a trámite, emplazando al demandado, el cual se personó en tiempo y forma, teniéndole por parte y contestando a la demanda.

SEGUNDO.- La pretensión de la parte actora es la declaración de la nulidad y subsidiariamente la resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios del contrato de suscripción de deuda subordinada necesariamente convertibles en acciones que se suscribió en septiembre de 2007 por un importe de 25.000 euros o bien de nulidad relativa o anulabilidad por vicio del consentimiento derivado de una falta de información o subsidiariamente rescisión del contrato con indemnización de daños y

21326

perjuicios.

Dichas pretensiones se fundan en el hecho de que la compra de deuda subordinada se efectuaron al haber recibido una información errónea del producto al no ser advertida en ningún momento de los riesgos inherentes a los mismos, sin ser un producto adecuado al perfil de la inversora.

TERCERO.- La pretensión de la parte demandada es la desestimación de la demanda. Entiende que no se ha efectuado labor alguna de asesoramiento estando ante un contrato de mandato en el que se ofreció toda la información necesaria no existiendo por ello obligación incumplida por parte de BANCO SANTANDER S.A. , sin que existe causa de nulidad radical ni vicio del consentimiento invalidante que afecte a la compra de "Valores Santander" que se produjo en el año 2007, y en todo caso, al haberse procedido a la conversión de los valores en deuda subordinada o acciones Santander, se ha producido una convalidación del contrato que impide la anulabilidad del mismo. Para el caso de que se entendiera anulable es necesario descontar los rendimientos obtenidos por las actoras durante la vigencia del contrato.

CUARTO.- Para el éxito de sus pretensiones la parte actora propuso prueba, practicándose la testifical de D^a . , que actuó de conformidad con el art. 309 LEC y la documental que se tuvo por reproducida.

QUINTO.- Para el éxito de sus pretensiones la parte demandada propuso prueba, practicándose la documental que se tuvo por reproducida y la testifical de D. Joan Ramírez Cuadrat.

SEXTO.- A la vista de lo actuado se declaran como hechos probados los siguientes;

.- D^a . y D^a .

D^a . contrataron en septiembre de 2007 la compra de "Valores Santander" por importe de 25.000 euros en la entidad BANCO SANTANDER S.A.

.- BANCO SANTANDER S.A. no ofreció información suficiente en relación a los productos que adquirieron, lo cuales no se adecuaban al perfil de las actoras, provocando con ello in vicio del consentimiento relevante.

.- D^a. y D^a.

han percibido como intereses de "Valores Santander" la cantidad de 5.999,16 euros.

.- el 4 de octubre de 2012 los "Valores Santander" se convirtieron en acciones, recibiendo las actoras 1.929 acciones por las que están percibiendo rendimientos, que ascienden a fecha mayo de 2015 a la cantidad de 2.364,43 euros.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los " Valores Santander " se emitieron en el año 2007 para financiar la compra por BANCO SANTANDER S.A. del grupo ABN Amor. El interés era de 7,50% en el primer año, y a partir del segundo año era de Euribor más 2,75 puntos. Si la compra del banco holandés fracasaba, BANCO SANTANDER S.A. devolvería a sus clientes el dinero invertido en el plazo de un año y si se realizaba con éxito, como así ocurrió, los " Valores Santander " se convertirían en obligaciones subordinadas obligatoriamente en octubre de 2012, existiendo un periodo previo de conversión voluntaria.

Para comercializar dicho productos, como han reconocido los testigos que han depuesto, se llamó a los clientes, con exclusión de los que exclusivamente tenían depósitos a plazo fijo señalando la Sra. que se buscaba clientes con conocimiento inversor mínimo al no ser un producto para cliente de plazo fijo.

La finalidad de los "valores Santander" era obtener recursos y a la vista de la información que del producto obra en autos (doc. 3 de la contestación a al demanda), si la compra de la entidad holandesa no hubiera prosperado estaríamos en presencia de un

producto de renta fija con vencimiento a un año pero de prosperar, como ocurrió los valores se convertían en obligaciones necesariamente convertibles en "acciones Santander" durante un periodo máximo de cinco años.

Ello no obstante no supone que estemos en presencia de compra de simples acciones, pues se fijó un precio para la conversión que no era fijo sino que dependía de ciertas variables, lo que configura el producto como complejo y de riesgo.

BANCO SANTANDER S.A. alega que no asumió labores de asesoramiento, actuando como mera intermediaria o comercializadora. Sin embargo de la prueba practicada no puede reducirse la actuación de la entidad demandada a una mera labor de recepción y transmisión de la orden del cliente así como de su ejecución por cuenta de clientes. El apartado 2a) del artículo 63 LMV establece que se consideran servicios auxiliares la custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos previstos en el artículo 2. Del análisis de la documental aportada, de la testifical practicada, en la que se ha reconocido expresamente que se llamó a las actoras, quienes no solicitaron el producto sino que les fue ofrecido por BANCO SANTANDER S.A. , se concluye que si existió un servicio de asesoramiento y que no se limitó su actuación a una mera recepción, transmisión y ejecución de órdenes y a una custodia y administración de los instrumentos financieros. El artículo 63.1 g) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores considera servicio de inversión el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

Y por ello es de aplicación el art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que establece que a

los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera.

SEGUNDO.- Pretendida por D^a.

y D^a.

la nulidad de compra de "Valores Santander" efectuada en el año 2007 debe recordarse que , como señala el art 1261 del CC uno de los requisitos esenciales de los contratos es el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art 1262 del CC , y que será nulo, según establece a su vez el art. 1265 de dicho texto legal , si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por ello es fundamental que voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz se haya adquirido con plena conciencia de lo que significa el contrato que se celebra así como de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, por lo que cobra especial relevancia la negociación previa o 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.

Partiendo del ofrecimiento de la entidad, la información que se dio no fue muy completa, en primer lugar la Sra. , que comercializó directamente el producto con las actoras ha reconocido que no recuerda como fue la contratación con las actoras, pero si que se daba información escrita a través de un tríptico junto con la información oral, sobre la base del doc. 18 de la contestación a la demanda, que es un documento de uso interno sobre la comercialización del producto antes de la aprobación del mismo por

la CNMV. Si bien la declaración de la testigo parecía reflejar una información completa y cabal del producto tanto en cuanto a los riesgos como a los beneficios, al ser preguntada expresamente sobre si a su juicio D^a sabía lo que estaba suscribiendo, no solo ha dudado la testigo, sino que ha terminado reconociendo que por la plena confianza que tenían depositada en ella hubieran comprado cualquier producto que se les hubiera ofrecido.

Si analizamos la información escrita que debieron recibir las actoras a través del tríptico debemos de partir de la complejidad de la redacción, mas bien dirigido a clientes profesionales que a minoristas, calificación que debe aplicarse a D^a.

y D^a. que por mas que tuvieron contratados otros productos, siendo los mismos fondos de inversión y un plan de pensiones, no pueden ser calificadas de expertas financieros, acudiendo a la oficina cuando eran llamadas al estar cerca el vencimiento de sus productos, buscando rentabilidad, sin poder olvidar que como ha reconocido la Sra. , seguían sus recomendaciones, pues tenían depositada en ella su confianza.

Era necesario que las actoras, antes de contratar el producto contaran con toda la información relevante del mismo para poder decidir si era lo que les convenía, si podían asumir los riesgos propios del producto, invirtiendo por ello su dinero en un producto rentable pero que se adecuara a sus necesidades y objetivos, y ello no ha quedado acreditado tal y como se viene exponiendo.

Nuevamente a la vista de la documentación obrante en autos sobre el producto y a lo que la Sra. ha indicado que se informaba, no estamos en presencia de un producto adecuado a un cliente minorista y de perfil conservador, perfil que no desaparece por los productos bancarias, que como el que se refleja en el doc. 4 de la contestación a la demanda, al folio 474 es un fondo garantizado, lo cual no le hace parejo al producto litigioso, en el que si existía riesgo de perdida de capital.

Las actoras firmaron el doc. 1 de la demanda, que esta incompleto, y así se puede observar no sólo que no consta rellenado el casillero relativo a la fecha, que podría carecer de relevancia, sino que tampoco lo está el relativo a las "Condiciones

Particulares de la Operación" y por mas que en mismo se consigne que las observaciones que se ha recibido completa información ello no es así, como se ha dado por probado, siendo entonces relevante recordar que para que el error invalide el consentimiento, aquel debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, no ser imputable a quién lo padece y ser inexcusable.

TERCERO.- Debe afirmarse que la información ofrecida por la empleada de BANCO SANTANDER S.A. fue sesgada, inexacta y contraria a los intereses de las actoras. Es mas no sólo hubo falta de información precontractual sino que tras las variaciones sufridas que afectaban directamente a la rentabilidad del producto adquirido, tampoco consta que se procediera a informar a las actoras en debida forma de los riesgos que ya no eran futuribles sino evidentes y tangibles, luego ese déficit de información alcanza incluso a la fase postcontractual, y ello constituye un vicio del consentimiento merecedor de la anulabilidad de la compra, esgrimido con carácter subsidiario por la actora, que no puede ver prosperar la nulidad absoluta del contrato, al no darse los requisitos para ello, no siendo de aplicación el art. 6. 3 CC, pues el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, citada por el demandante, exige extremar la prudencia a la hora de aplicar este artículo, considerando más bien que estamos en presencia de un vicio del consentimiento relevante pero no merecedor de nulidad absoluta.

Es evidente que la oferta del producto en términos sesgados lo aleja de la realidad, haciéndolo atractivo para el pequeño inversor, quien además va obteniendo rendimientos periódicos que integra en su patrimonio sin que ello convalide el contrato ni anule el vicio del consentimiento en virtud de los actos propios, como pretende la demandada pues el principio general del derecho "nemo potest contra proprium actum venire" regulado en el art. 111-8 CCC, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, ejercido en este caso por comprar unos título que pasan al patrimonio de D^a. y D^a. Es precisamente la parte que pretende hacer valer este principio general del derecho el que

ha defraudado la confianza que los actores, como clientes de la entidad bancaria, tenían depositada en ella, de suerte que por la escasa información recibida adquirieron un producto complejo alejado de la real inversión que querían contratar.

En cuanto a la alegación efectuada por la parte demandada en el sentido de que, de considerarse que hubiese existido consentimiento viciado, base de la anulabilidad propugnada, el contrato habría quedado confirmado por los propios actos de la propia parte demandante, sobre la base de los arts. 1309 a 1313 del Código Civil, al haberse admitido las remuneraciones y haber procedido al final al canje por acciones, quedando consumado el contrato y purificado de cualquier vicio anulatorio, debe ser rechazada, pues para ello el art. 1311 del C.C. exige que, en todo caso, y más en la confirmación tácita, que sería el supuesto alegado, exista conocimiento de la causa de nulidad y una vez cesada, se ejecutasen actos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla.

Tal y como ha manifestado la Sra. en el año 2012, ante la bajada de rendimientos las actoras acuden a la oficina bancaria mostrando su preocupación, y hasta ese momento no habían sido conscientes del riesgo del producto adquirido por mas que recibieran puntualmente extracto de las operaciones y rendimientos, y sin comprender, hasta la conversión en acciones que es lo que había adquirido sin actuar antes por puro desconocimiento y todo ello es independiente de la evolución del producto, pues lo que no existe es acto alguno que permita entender que se han vaciado los vicios que la suscripción adolecía y que necesariamente implicase la voluntad de renunciar al derecho de pedir la nulidad, requiriendo el art. 1311 del C.C una voluntad expresa o tácita que no se da en el caso de autos.

CUARTO.- En el momento de la firma del contrato no estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, al transponer al ordenamiento jurídico español diferentes Directivas europeas (la 2004/39/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, la 2006/73/CE de la Comisión y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006) por ello regía la Ley de Mercado de Valores y en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y ello supone que no se requería ni el test de conveniencia ni el de idoneidad pero en todo caso si era exigible a BANCO SANTANDER S.A. informar adecuadamente a su cliente sobre las características del producto ofrecido, así como analizar si dicho producto era apto para satisfacer las necesidades de las clientes y ello se desdeñó en el caso de autos, presumiéndose de manera incomprensible que todos los clientes que tenían algún producto distinto al plazo fijo eran poco menos que expertos financieros y por ellos aptos para un producto, el litigioso, que no era una simple compra de acciones como se pretende hacer ver.

Por ello no habiéndose suministrado por BANCO SANTANDER S.A. información clara, veraz y suficiente a D^a y D^a.

haciendo hincapié en los riesgos que la operación conlleva, confiando en unos conocimientos que presuponía pero no constataba, es evidente que estamos ante un error del consentimiento de entidad suficiente para producir los efectos pretendidos por la parte actora en cuanto a la anulabilidad del contrato, por lo que procede estimar la demanda, y declarar la nulidad interesada con las consecuencias del artículo 1.303 CC, según el cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses".

QUINTO.- Por todo lo anterior debe declararse la nulidad del contrato litigioso así como de todas las operaciones que del mismo traigan causa, por error en el consentimiento, debiendo proceder a la recíproca devolución de las prestaciones percibidas por ambas partes contratantes como consecuencia de la operación junto con los intereses devengados desde el momento de cada devengo, con la correspondiente compensación.

SEXO.- En materia de costas es de aplicación el art. 394 LEC. Al haberse estimado las pretensiones de la parte actora, las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D^ª. Rosa Boadas Villoria en nombre y representación de D^ª.

y D^ª. debo declarar y declaro la nulidad de la operación de inversión en " Valores Santander " suscrita por las actoras en septiembre de 2007 así como de todas las operaciones que del mismo traigan causa debiendo proceder a la recíproca devolución de las prestaciones percibidas por ambas partes contratantes como consecuencia de la operación junto con los intereses devengados desde el momento de cada devengo, con la correspondiente compensación entre la cantidad inicial percibida por BANCO SANTANDER S.A. , 25.000 euros, y las cantidades recibidas por D^ª. y D^ª.

como intereses por los "Valores Santander", 5.999,16 euros y los rendimientos percibidos por las acciones, 2.364,43 euros, debiendo en todo caso D^ª. y D^ª. devolver los títulos que derivados del contrato que se anula tengan en su poder.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación ante este juzgado en el plazo de veinte días desde su notificación .Para la interposición del recurso deberá acreditarse que se ha constituido depósito en cuantía de 50 euros, que deberán ser ingresados en la cuenta n^º de este Juzgado, indicando en las observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, con expresión del código 02, de conformidad con la Disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º así como en el caso de beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo, juzgando definitivamente en la instancia.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la presente resolución, estando la Ilma. Magistrada-Juez celebrando audiencia pública.
Firmado y rubricado
Y, para que así conste, expido la presente en Girona, a diez de junio de dos mil quince.