



Roj: SJPI 55/2012
Id Cendoj: 18087420092012100001
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Granada
Sección: 9
Nº de Recurso: 1479/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CIVIL
Ponente: SUSANA ALVAREZ CIVANTOS
Tipo de Resolución: Sentencia

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA J. Ordinario nº 1479/2011

Nº NUEVE DE GRANADA

SENTENCIA nº

En GRANADA a QUINCE de OCTUBRE de DOS MIL DOCE.

Vistos los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1479/2011, por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 9 de esta ciudad y su partido, **Dª SUSANA ÁLVAREZ CIVANTOS**, seguidos a instancia del Procurador Dª. María Isabel Rodríguez Domínguez en representación de D. bajo la dirección del Letrado Dª. Encarnación González Hierrezuelo contra Banco Santander S.A. representada por el Procurador Dª. Aurelia García-Valdecasas Luque y defendido por el Letrado D. Francisco Javier García Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la mencionada parte actora se formuló demanda en la que tras citar por medio de párrafos separados los hechos que estimaba aplicables, aportaba los documentos que estimaba pertinentes, hacia alegación de los fundamentos de derecho y terminaba solicitando que se dictara sentencia conforme al suplico de la demanda en el que peticionaba que se declarara la nulidad del contrato sobre obligaciones convertibles suscrito en fecha 20 de septiembre de 2.007 en la entidad 0049, oficina 0004 DC 99, Código Cuenta Valores NUM000 por importe de 100.00# y la condena a la entidad Banco Santander a devolver a D. la cantidad suscrita de 100.000# más los intereses y demás pronunciamientos derivados de la declaración de nulidad, restituyéndose recíprocamente ambas partes las prestaciones que dicho contrato hubiera dado lugar, solicitando subsidiariamente a lo anterior se decretara su anulabilidad por error en el consentimiento imputable a la entidad Banco de Santander, manteniéndose el resto de pedimentos contenidos en el suplico, solicitando en todos los casos la imposición de costas a la parte demandada.

Dado traslado de la demanda a la parte contraria se opuso a ésta alegando caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada así como la inexistencia de nulidad por infracción de normas al no ser de aplicación el artículo 6 del CC, estándose ante un supuesto en todo caso sancionable administrativamente, negando haber infringido la normativa aplicable a este tipo de contratos.

SEGUNDO.- Celebrada la audiencia previa, a la misma comparecieron los profesionales que actúan en representación y defensa de las partes y fijados los hechos controvertidos, se admitió de la prueba propuesta por las partes que consta en las notas aportadas al efecto la que se estimó procedente y pertinente según consta en los medios de grabación y reproducción de la imagen y del sonido, señalándose día para la celebración del juicio en cuyo acto se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que obra en dichos medios, quedando los autos pendientes de dictar Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado, en lo esencial, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor solicita en el suplico de su demanda que se declare que el contrato suscrito en fecha 20 de septiembre de 2.007, contrato de adquisición de obligaciones convertibles, es nulo o subsidiariamente

anulable por error en el consentimiento imputable a la entidad demandada con base en los artículos 51 de la CE , 1.261, 1.262, 1.265, 1.266. 1.267, 1.281 y 1.300 y s.s. y en la infracción de la Ley de Mercado de Valores, Ley 24/1988 de 28 de julio, del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios que incorpora como anexo un Código General de Conducta en los Mercados, concretamente por infracción de los artículos 4.1 y 2 y 5.1 y 3 y por infracción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/ 1984 de 19 de julio , vigente hasta el 1 de diciembre de 2.007 y anudada a esta declaración solicita la condena de la entidad demandada a devolverle la cantidad suscrita de 100.000#, restituyéndose recíprocamente amabas partes las prestaciones a que el contrato dio lugar.

Frente a dichas pretensiones se alza la parte demandada explicando en primer lugar las características de la inversión objeto de este procedimiento, concretamente de los Valores Santander, negando la existencia de error en el consentimiento prestado por el actor, estimando la acción de anulabilidad caducada por el transcurso de cuatro años desde la firma del contrato e incluso si se quiere desde la fecha en que se hicieron efectivos los valores en fecha 4 de octubre de 2.007, señalando que la propia parte demandante consciente de tal caducidad data su demanda el día 3 de octubre de 2.011 aunque se presenta el día 18 de octubre de 2.011. Asimismo incide la demandada en el cumplimiento por su parte de la normativa vigente al entregar la documentación exigida para informar a los potenciales inversores sobre los valores reseñados, estimando que cumplió con la obligación de confeccionar y publicar un folleto explicativo de todas las características del producto así como de sus riesgos que depositó ante la CNMV que lo aprobó, publicó y registró y publicó también el oportuno tríptico en el que se resumen las características esenciales del producto, documento este último que le fue entregado en mano al demandante, y que en todo caso el incumplimiento de la normativa citada no daría lugar a la nulidad no siendo de aplicación la Ley de Consumidores y Usuarios a este tipo de contratos, alegando en último término la existencia de actos confirmatorios del contrato.

SEGUNDO.- Antes de entrar a conocer de la cuestión objeto de esta litis, la nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición Valores Santander, es preciso explicar las características del producto comercializado por Banco Santander y las condiciones de la emisión efectuándose para ello una exposición cronológica de la operación desplegada por la entidad bancaria.

La emisión de valores se realizó en el marco de la oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro Holding de modo que el Consorcio Bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis lanzó una OPA y con la finalidad de financiar parcialmente la parte de la contraprestación de la OPA que debía aportar Banco Santander para el caso de tener éxito ésta se efectuó por Santander Emisora 150 S.A. Unipersonal, sociedad cuyo único objeto era la emisión de instrumentos financieros con la garantía de Banco Santander íntegramente participada por Banco Santander S.A., una emisión de valores por importe total de 7 mil millones de euros, dividido en un millón cuatrocientos mil valores de una única serie y clase con cinco mil euros de valor nominal unitario y que se emitieron a la par (esto es por su valor nominal).

Los valores tenían diferentes características esenciales en función de si el Consorcio llegaba o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA, estando ligados al resultado de dicha operación de modo que si llegado el día 27 de julio de 2.008 el Consorcio no adquiría ABN Amro mediante la liquidación de la OPA los valores serían un valor de renta fija con vencimiento a un año con una remuneración al tipo del 7,30% nominal anual (7,50% TAE) sobre el valor nominal de los valores y serían amortizados en efectivo con reembolso de su valor nominal y la remuneración devengada se pagaría trimestralmente antes del 4 de octubre de 2.008. Los valores tendrían las mismas características si aún adquiriéndose ABN Amro por el Consorcio, Banco Santander no hubiese emitido las Obligaciones necesariamente convertibles en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA. Si antes del 27 de julio de 2.008 el Consorcio adquiría ABN Amro mediante la OPA Banco Santander estaba obligado a emitir las obligaciones necesariamente convertibles y la sociedad emisora estaba obligada a suscribirlas en el plazo de tres meses desde la liquidación de la OPA y en todo caso antes del 27 de julio de 2.008. En caso de emitirse estas obligaciones los valores pasaban a ser canjeables por las obligaciones necesariamente convertibles y éstas a su vez eran necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión de Banco Santander. Cada vez que se producía un canje de valores las obligaciones necesariamente convertibles que recibieran en dicho canje los titulares de los valores canjeados serían automáticamente convertidas en acciones de Banco Santander.

El canje de los valores por las obligaciones necesariamente convertibles podía ser voluntario u obligatorio, el primero quedaba sujeto a la decisión de los titulares de los valores el 4 de octubre de 2.008, 2.009, 2.010 y 2.011 y si no siendo de aplicación las restricciones al pago de la remuneración

(ausencia de beneficio distribuible o incumplimiento de los coeficientes de recursos propios exigibles a Banco Santander) o siendo las restricciones previstas parcialmente aplicables la sociedad emisora optase por no pagar la remuneración y abrir un período de canje voluntario y el segundo el 4 de octubre de 2.012 o de producirse antes en los supuestos de liquidación o concurso del emisor o Banco Santander o supuestos análogos, esto es que el 4 de octubre de 2.012 todos los valores que se encontraran en circulación en ese momento serían obligatoriamente convertidos en acciones de Banco Santander (previo canje por las obligaciones necesariamente convertibles y conversión de éstas). Cada valor sería canjeado por una obligación necesariamente convertible en los supuestos de canje valorándose a efectos de conversión en acciones de Banco Santander las obligaciones necesariamente convertibles por su valor nominal y las acciones de Banco Santander se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción Santander en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha en que el Consejo de Administración o por su delegación la Comisión Ejecutiva del Banco Santander ejecutase el acuerdo de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles.

Desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles, en cada fecha de pago de la remuneración la sociedad emisora decidiría si pagaba la remuneración correspondiente a ese periodo o si abría un periodo de canje voluntario.

El tipo de interés al que se devengaba la remuneración, en caso de ser declarada, desde la fecha de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles y hasta el 4 de octubre de 2.008 sería del 7,30% nominal anual sobre el valor nominal de los valores y a partir del 4 de octubre de 2.008 el tipo de interés nominal anual al que se devengaría la remuneración, en caso de ser declarada, sería del Euribor + 2,75%. El rango de los valores una vez emitidas las obligaciones necesariamente convertibles es el de valores subordinados por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de la sociedad emisora, obligándose la sociedad emisora a solicitar la admisión a negociación de los valores en el mercado electrónico de renta fija de la Bolsa de Madrid.

Esta descripción del producto resulta de la lectura de las 93 páginas de la nota de valores relativa a la oferta pública de suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150 S.A.U. suscrita por la entidad demandada y por la citada emisora e inscrita en el Registro oficial de la Comisión del Mercado de Valores el 19 de septiembre de 2.007, documento nº 5 de la contestación a la demanda.

Este es el contrato objeto de litis siendo así que el demandante efectuó previamente una reserva de 23 valores convertibles Banco Santander por importe de 100.000# en fecha 4 de septiembre de 2.007 que quedó documentada únicamente en la entidad bancaria a efectos internos siendo posteriormente en fecha 20 de septiembre de 2.007 cuando suscribió el contrato de adquisición de obligaciones convertibles por el mismo importe pero por menor número de títulos que los que le habían sido asignados en la reserva, por 20 títulos, sufriendo una pérdida de tres títulos en relación con lo ofertado y reservado por el mismo importe, según se evidencia del documento nº 9 aportado con la contestación a la demanda.

En dicho contrato de adquisición de los Valores Santander, en cuyo encabezamiento aparece reflejado producto amarillo Santander, figuran escasos datos y el código de cuenta valores que anteriormente le había sido asignado en la reserva efectuada, tratándose de un formulario en el que no constan condiciones particulares de la operación, reflejando el apartado observaciones que el ordenante manifestaba haber recibido y leído antes de la firma de la orden el tríptico informativo de la nota de valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2.007, así como que se le había indicado que el Resumen y el Folleto completo (nota de valores y documento de Registro del Emisor) estaban a su disposición y se recogía también que el demandado manifestaba conocer y entender las características de los Valores Santander que suscribía así como sus complejidades y riesgos y que tras haber realizado su propio análisis había decidido suscribir el importe de 100.000#.

La operación de adquisición de las acciones del banco holandés ABN Amro culminó con éxito por lo que los títulos emitidos adquiridos por el demandante se convirtieron en obligaciones convertibles en acciones del Banco Santander quedando reducida su inversión inicial de 100.000# a 45.966# en el año 2.011, según se desprende del documento nº 8 de la demanda de fecha 29 de septiembre de 2.011.

TERCERO.- Es en relación a este complejo producto financiero que la parte demandante solicita la declaración de nulidad o anulabilidad del contrato de adquisición de los Valores Santander, contrato sobre obligaciones convertibles.

Conviene clarificar en primer término que la parte demandante mezcla y confunde la nulidad de un contrato con la anulabilidad del mismo cuando alega la existencia de error esencial y excusable por su parte en

la prestación del consentimiento ya que sus efectos jurídicos no son los mismos. Si falta un elemento esencial del contrato de los previstos en el artículo 1.261 del CC (consentimiento, objeto o causa) el contrato es nulo (no produce efecto alguno) y si existiendo consentimiento éste se ha prestado por error que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo o concurre cualquier otro vicio éste invalida el consentimiento siendo anulable el contrato, que hasta entonces era válido, requiriéndose un acto de parte para la obtención de la declaración de ineficacia cuyos efectos se producen desde ésta si bien el artículo 1.265 del CC se limita a señalar que será nulo el consentimiento prestado, de ahí que por cierto sector doctrinal y jurisprudencial se hable de nulidad del contrato sin más.

Dicha diferencia tiene su trascendencia en cuanto a la aplicación del artículo 1.301 del C.C. puesto que dicho precepto fija un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fijándose el "dies a quo" para el cómputo de dicho plazo en el momento de consumación del contrato.

Alega la parte demandada caducidad de la acción por estimar transcurrido con creces el plazo de cuatro años ya se tome la fecha del contrato de adquisición de valores Santander (20 de septiembre de 2.007) o la fecha de emisión de los valores Santander lo que tuvo lugar el día 4 de octubre de 2.007 al haberse interpuesto la demanda en fecha 18 de octubre de 2.011 aunque está fechada el día 3 de octubre de 2.011, entendiéndose que el "dies a quo" comienza a computarse cuando las partes tienen pleno conocimiento de las prestaciones que han asumido en el contrato por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, criterio que no puede ser compartido por este Juzgado y es que conforme a reiterada jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, a título de ejemplo la de fecha 11 de junio de 2.003, hay que distinguir entre perfección del contrato y consumación del mismo coincidiendo esta última en los contratos sinalagmáticos como el que nos ocupa con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes. Estándose, por tanto, ante un contrato de tracto sucesivo y prestaciones periódicas con una duración prevista hasta el día 4 de octubre de 2.012 la consumación no se produce sino hasta dicho momento.

No habiendo realizado el demandante actos que puedan calificarse de confirmatorios a los efectos previstos en los artículos 1.311 y 1.313 del CC no puede estimarse el motivo de oposición alegado y es que por el hecho de recibir la información fiscal del año 2.008 en la que se apreciaba la inexistencia de ganancias o cualquier extracto bancario en este sentido la mera actitud pasiva hasta el ejercicio de la acción de anulabilidad mediante la demanda presentada en modo alguno puede implicar la existencia de una confirmación tácita del referido contrato y, por ende, la extinción de la acción ejercitada en la referida demanda, sin mencionar que tendría que haberse probado el conocimiento por el demandante en dicho momento de la causa de nulidad, lo que no se presume, y haber ésta cesado.

CUARTO.- Sentada la inexistencia de caducidad de la acción, la parte demandante ejercita acción de anulabilidad por la existencia de error, vicio del consentimiento, estimando que se le ocultó la verdad diciéndole que lo que abría era una cuenta a plazo fijo sin riesgo alguno indicando que no sólo no le informaron sino que le desinformaron, creyendo en todo momento que lo que contrataba era un producto seguro y que el dinero lo podía retirar a partir del primer año y que incluso después de acudir a la sucursal de Banco Santander en Vélez-Málaga por sus nullos conocimientos financieros siguió sin entender por qué el importe de sus ahorros había descendido teniendo que recurrir finalmente al asesoramiento jurídico solicitando toda la documentación de la operación de la que no disponía, habiéndole sido entregado un folio solamente en marzo de 2.011 sobre la suscripción de los 100.000# y obtenido el tríptico informativo de la emisión en la contestación del servicio de atención al cliente, y sufrido una pérdida con este producto complejo cuyo significado no alcanza a comprender puesto que de los 100.000# a fecha 29 de septiembre de 2.011 le quedan 45.966#.

Según resulta de la prueba obrante en autos y de la practicada en el acto de la vista oral, el demandante es una persona jubilada, emigrante en Alemania, que cuando suscribió el contrato de adquisición de Valores Santander contaba con 76 años de edad siendo su formación y nivel cultural deficientes. El contacto del demandante en Banco Santander era el Sr. (casualmente con sus mismos apellidos aunque no es familiar suyo), empleado de la sucursal ubicada en Gran Vía de Colón nº 3 en Granada, al que conocía desde años atrás por acudir durante los veranos que disfrutaba sus vacaciones en España a dicha entidad a comprobar el estado de sus cuentas siendo éste el que le ofreció el nuevo producto financiero que estaba comercializando Banco Santander, suministrándole una información genérica con el reclamo para su suscripción de que era una especie de depósito a plazo fijo en relación al cual podía sacar el dinero a partir del primer año con un alto interés.

Es más el empleado de Banco Santander en fecha 4 de septiembre de 2.007 cuando le propone al demandante efectuar reserva de los Valores Santander no pudo facilitarle al demandante ningún tríptico

informativo de las condiciones de la emisión por cuanto el mismo no fue registrado en CNMV hasta el día 19 de septiembre de 2.007 ni queda probado que le diese ninguna copia dicho día del que luego sería aprobado, que de todas formas contiene un extracto o resumen del contenido esencial del contrato, formándose su voluntad negocial el demandante sobre la base de informaciones vagas y genéricas efectuando un contrato de reserva verbal por importe de 100.000# de unos 23 títulos valores sin conocer y sin habersele explicado las condiciones de la emisión y lo que es significativo cuando efectúa la reserva y se le asigna una cuenta valores ni siquiera se había constituido a dicha fecha la sociedad emisora, que se constituyó el día 6 de septiembre de 2.007 según se evidencia de la nota depositada en la CNMV, lo que da una idea del conocimiento que pudo tener del producto financiero, que por otra parte no era tampoco comparable con ningún otro por su novedad en el mercado español.

La iniciativa para formalizar el contrato de adquisición de valores partió del propio Banco y no del demandante, no habiendo realizado el empleado citado una evaluación del perfil de cliente al que "colocó" un nuevo producto que no resultaba adecuado a sus necesidades aprovechando la confianza puesta por éste en su persona y en la garantía de Banco Santander. Es claro, que se trata de un cliente minorista de perfil conservador, como la gran mayoría de personas mayores de 65 años acostumbrados a buscar para sus ahorros productos que les ofrezcan cierta seguridad y liquidez, por tener cierta aversión al riesgo, en consonancia lógica con el propósito y destino de su inversión, que de haber conocido el riesgo y las vicisitudes del producto no lo habría suscrito.

Se trata de un cliente que desconoce los conceptos financieros, que no está familiarizado con este tipo de productos que dista mucho de la finalidad ahorrativa que suele acompañar al perfil de estas personas de avanzada edad, lo que le hace más vulnerable y por este motivo debió extremarse la diligencia en la prestación de la información en el momento de la comercialización del producto, ofreciéndole una información completa de forma tal que pudiera haber sido comprendida y entendida por éste.

La información facilitada no debió ser genérica sino detallada y adaptada al caso concreto, a las circunstancias personales del demandante. Debió cumplirse por Banco Santander la normativa aplicable al caso al pesar sobre dicha entidad un deber de información con la diligencia propia de un ordenado comerciante siendo más exigible aún dicha diligencia por lo novedoso del producto y por el perfil del demandante, teniendo en cuenta además que el producto en cuestión era calificado incluso en el contrato modelo de producto amarillo cuya complejidad se evidencia de la nota registrada en la CNMV que explica detalladamente este tipo de contrato, nota que no fue entregada al cliente al momento de suscripción de la reserva ni en el momento de la firma del contrato y de la que se desprende era difícil conocer el resultado de la inversión, no siendo suficiente al efecto mencionar en el contrato que quedaba a su disposición la nota citada ni tiene virtualidad alguna la suscripción de una cláusula de estilo por la que el demandante reconocía conocer y entender las características de los Valores Santander que suscribía así como sus complejidades y riesgos y por la que declaraba que tras haber realizado su propio análisis había decidido suscribir el importe de 100.000# porque la explicación sobre el producto así como sobre sus riesgos no le fue facilitada en ningún momento y es evidente que por su perfil no podía realizar ningún análisis de la información por mucho que se le facilitara extractada en un tríptico cuando ni los propios testigos, empleados de Banco Santander, supieron dar en el acto del juicio una información completa del producto que comercializaban después de haber precisado de unos cursos acelerados sobre la materia para poder vender el producto.

Solamente se le facilitó el día en que suscribió el contrato, que no cuando efectuó la reserva, un tríptico informativo que recoge extractada la información sobre el producto pero en cualquier caso dicha firma del contrato era un trámite de mera ratificación de la reserva efectuada días antes, el día 4 de septiembre de 2.007, con la diferencia de que adquirió menos valores de los reservados, 20 concretamente, por el mismo importe, y a la vista del informe pericial aportado por Banco Santander S.A. dicho tríptico recoge a criterio del perito la información para que un ciudadano medio conozca las características del producto siendo evidente que un jubilado de edad tan avanzada como el demandante, emigrante, no encaja en la definición de ciudadano medio por mucho que los peritos de la demandada el día del juicio quisieran estirar la definición para incluir al demandante dando como definición de hombre medio un bachiller que sabe leer el periódico y que oye la radio pues es evidente que no es el supuesto tampoco y que en todo caso no es suficiente leer sino que es necesario entender.

La carga de probar que se proporcionó al demandante una correcta información adecuada a su perfil y que éste fue asesorado sobre el producto con carácter previo a su suscripción correspondía a la demandada al tratarse de un hecho negativo la ausencia de información, requiriéndose una diligencia en el asesoramiento que no es la genérica de un buen padre de familia sino la de un ordenado empresario y representante leal

en defensa de los intereses de sus clientes como señala reiterada jurisprudencia, que por conocida huelga señalar, resultando de la prueba practicada que no fue así.

En la fase precontractual debió proporcionarse al demandante una información lo suficientemente clara y precisa para que éste entendiera el producto que iba a reservar y sobre si éste reunía las ventajas que esperaba obtener para que aceptara el producto con pleno conocimiento, exponiéndole y explicándole incluso con ejemplos las posibilidades de ganancia y de pérdidas, no siendo de recibo poner como excusa como hizo el empleado de Banco Santander que el demandante no le advirtió que no quería perder. En la fase contractual debió respetar la demandada el contenido de la normativa aplicable que no es otra que la Ley de Mercado de Valores, Ley 24/1988 de 28 de julio, que en su redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato litigioso establecía en su artículo 79 como regla del comportamiento para la entidad bancaria frente al cliente que ésta debía comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes cuidando de los intereses de éste como si fuesen los propios, desarrollando una gestión ordenada y prudente, intereses de los que es evidente no cuidó la demandada.

El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó aún mas la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando en su anexo un código de conducta que le imponía a la entidad demandada solicitar 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 fuera relevante para los servicios que fueran a proveer (artículo 4.1) estableciéndose además la obligación de las entidades de ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispusieran cuando pudiera ser relevante para la adopción por éstos de decisiones de inversión, dedicándole al cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más adecuados para sus objetivos, debiendo ser la información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conociera con precisión los efectos de la operación que contrataba disponiendo también el artículo 5 que cualquier previsión o predicción debía estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

La prueba practicada arroja como resultado que el empleado de Banco Santander que comercializó el producto no cumplió ninguna de las prescripciones normativas señaladas siendo incierto que el demandante con anterioridad a la adquisición de este producto contase con otras inversiones en acciones sino todo lo contrario en productos tradicionales de corte ahorrista.

Ni se le facilitó una información clara ni completa ni se le hizo hincapié en los riesgos que la operación conllevaba cuando era evidente que el perfil del cliente no era el apto para este tipo de productos ni se le ofreció ni suministró toda la información necesaria pues ya se comercializaba el producto en fecha 4 de septiembre de 2.007, fecha de la reserva, sin estar ni tan siquiera registrado en la CNMV el tríptico con la información esencial sobre el producto, no habiendo quedado probado que se le explicara ni entregara éste en tal fecha, lo que es inadmisibles máxime cuando en la nota de valores o folleto explicativo registrado en la CNMV el día 19 de septiembre de 2.007 se establecía con total nitidez, folio 6, que el periodo de solicitudes de suscripción comenzaría el día 20 de septiembre de 2.007.

Disponiendo la entidad bancaria al momento de la firma del contrato el día 20 de septiembre de 2.007 de la nota de valores o folleto explicativo registrado el día 19 de septiembre de 2.007 en la CNMV, que desarrolla con mayor amplitud la información contenida en el tríptico, no se le entregó al cliente ni se le explicó su contenido al demandante de forma que pudiese entender el alcance o riesgo del producto en el que invertía como era la obligación de Banco Santander S.A., limitándose a reseñar en el contrato que quedaba a su disposición.

La razón de tal omisión unida a la falta de explicación adecuada a las circunstancias del demandante del contenido del tríptico por el empleado de la sucursal bancaria estriba en el propio contenido de la nota o folleto que resalta y expone detalladamente los efectos del contrato incidiendo en el riesgo que conlleva el producto y en que en caso de emisión de las obligaciones necesariamente convertibles quedaba al arbitrio de la sociedad emisora los efectos de éste, con clara infracción de lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC .

Así por resaltar algunas de las menciones más significativas del folleto se señala y explica en la nota que desde la fecha en que se emitiesen las obligaciones necesariamente convertibles los titulares de los valores no tenían asegurado el cobro de la remuneración. Desde dicha fecha, salvo en los supuestos detallados, la sociedad emisora decidía a su sola discreción si acordaba el pago de la remuneración o si había un periodo de canje voluntario de los valores. Adicionalmente se recogía que la emisora no declararían la remuneración ni

abriría un periodo de canje voluntario si no existía beneficio distribuible suficiente o si resultaban de aplicación las limitaciones impuestas por la normativa bancaria sobre recursos propios, añadiendo que si por cualquier razón no se pagaba en todo o en parte las remuneraciones correspondientes a los titulares de Valores en una fecha de pago se perdería el derecho a percibir dicha remuneración, lo que da una idea del riesgo que se corría al invertir en este producto. El folleto advertía claramente sobre la posibilidad de evolución desfavorable del precio de cotización de los valores mencionando que podían llegar a valores inferiores a su valor nominal, advertía que los valores carecían de derecho de suscripción preferente en caso de nuevas emisiones, del precio al que se adquirirían las acciones...etc.

Al hecho de no tener los inversores asegurada la percepción de la remuneración en este tipo de contrato en el supuesto citado se unen otras consideraciones como que las condiciones de liquidez de los valores y del Mercado electrónico de Renta Fija son inferiores a los de la deuda pública y otros títulos semejantes, que las obligaciones tienen un carácter subordinado, que en caso de canje de los valores es necesario que la acción Santander se hubiera revalorizado al menos en un 16% respecto de la media aritmética de sus precios medios ponderados en el Mercado Continuo español en los cinco días hábiles bursátiles anteriores a la fecha de ejecución del acuerdo de emisión de las Obligaciones Necesariamente convertibles para que el valor de cotización de las acciones Santander que reciba el inversor en la conversión corresponda al importe desembolsado por los Valores...etc.

En opinión de esta juzgadora, lo expuesto es más que suficiente para estimar la existencia de un error invalidante del consentimiento al suscribir el producto el actor sin información suficiente y comprensible sobre el mismo en la creencia de que contrataba un depósito a plazo con una rentabilidad fija del que podía disponer al año, error que se ve incluso refrendado por la denominación que otorga Banco Santander al producto en la información suministrada al cliente en el mes de septiembre de 2.011 en la que figura como depósito de custodia.

El supuesto de amortización anticipada de los valores y en efectivo únicamente se producía el 4 de octubre de 2.008 si llegado el día 27 de julio de 2.008 no se producía la liquidación de la OPA o si adquirido el control de ABN Amro en virtud de la OPA por cualquier motivo, transcurridos tres meses desde la liquidación de la OPA, y en todo caso antes del 27 de julio de 2.008, la sociedad emisora no suscribía las obligaciones necesariamente convertibles, quedando en caso de conversión de los valores en Obligaciones necesariamente convertibles el contrato al arbitrio de la demandada en cuanto a sus efectos.

Los Valores se ofrecían a un tipo de interés de 7'5% en el primer año y posteriormente 2'75 puntos porcentuales por encima del tipo de interés interbancario europeo durante los otros cuatro años. Si la oferta por ABN Amro fracasaba, Santander devolvía el dinero a los clientes tras un año, lo que concedía a Valores Santander una apariencia de depósito que inducía a confusión.

Fue la propia entidad Banco Santander S.A. la que etiquetó Valores Santander como un "producto amarillo" dirigido a clientes medios con alguna experiencia inversora cuando el trabajador de la oficina considerara que el producto se adaptaba a su perfil de riesgo, luego no se entiende que se aprovechara la apariencia de depósito y que se vendiera este producto como algo similar a un depósito a una persona como el demandante que no encaja en las directrices establecidas por la propia entidad bancaria y menos que se comenzara a vender los Valores antes de que se publicara el tríptico y el folleto que especificaba los términos y las principales condiciones de la emisión.

Es evidente que se trata de un producto complejo que para su completo conocimiento exigía disponer de la información necesaria que debió ser proporcionada en este caso con minucioso detalle por las características personales del demandante y no mediante un tríptico cargado de términos financieros incomprensibles para éste.

Como consecuencia de la suscripción del producto el demandante ha visto caer su inversión, según informó el perito de la demandante que fue muy gráfico al respecto si quería recuperar dinero el demandante tenía que vender y perder para poder recuperar solamente una parte de lo entregado en su día.

El vicio del consentimiento se produjo por el desconocimiento por el demandante del alcance del contrato que firmaba, de sus características y sobre todo de los riesgos que con su suscripción asumía de modo que tuvo un falso conocimiento de la realidad que le llevó a emitir una declaración no efectivamente querida (error como vicio del consentimiento previsto en el artículo 1.266 del Código Civil). La falta de información completa y adecuada de las características y efectos del producto financiero, no se olvide calificado de producto amarillo, tanto al momento de efectuar la reserva como en el momento de la firma del contrato, por parte de la demandada a la que le era y le es exigible como entidad bancaria una diligencia profesional

específica, deber de información riguroso para con su cliente, el actor en este caso, generó dicho vicio en la prestación del consentimiento por parte del demandante.

El error esencial y excusable que recae sobre las condiciones principales del contrato invalida el contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y es que de haber contado el demandante con la información completa no habría contratado el producto que no cumplía la finalidad perseguida con la inversión efectuada. Tuvo, por tanto, el demandante un falso conocimiento de la realidad que le llevó a emitir una declaración de voluntad no efectivamente querida.

El error, como vicio del consentimiento, da lugar a la anulabilidad del contrato, artículo 1.300 y ss. del Código Civil, por ser nulo el consentimiento prestado (artículo 1.265 del CC) y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del mismo cuerpo legal los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, estimándose por todo lo argumentado la demanda, declarándose la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento imputable a la entidad Banco Santander S.A., condenándose a la entidad demandada a devolver al actor la cantidad suscrita de cien mil euros (100.000#) debiendo restituirse recíprocamente ambas partes las prestaciones que dicho contrato hubiere dado lugar.

CUARTO. - El interés aplicable es el interés de demora procesal previsto en el artículo 576 de la Lec al no haberse solicitado por la parte demandante el interés legal precisando fecha de devengo conforme a lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil.

QUINTO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 394 de la L.e.c. y al haber sido estimada la demanda procede hacer expresa imposición de costas a la parte demandada, conforme al criterio del vencimiento.

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

FALLO

Que estimando la demanda formulada por D. _____ contra Banco Santander S.A. debo declarar y declaro anulado el contrato sobre obligaciones convertibles suscrito en fecha 20 de septiembre de 2.007 en la entidad 0049, oficina 0004, con DC 99, código cuenta valores NUM000, por importe de cien mil euros (100.000#), condenando a la entidad demandada a devolver al demandante dicha cantidad más el interés de demora procesal y condenando asimismo a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones a que dicho contrato hubiere dado lugar, con expresa imposición de costas a la demandada.

Líbrese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

RECURSOS .- Contra esta resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GRANADA. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación.

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banesto nº 1757, indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.