



Roj: **SAP GR 20/2015 - ECLI:ES:APGR:2015:20**

Id Cendoj: **18087370032015100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **28/2015**

Nº de Resolución: **39/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELICA AGUADO MAESTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

RECURSO Nº 28/2015

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION Nº 3 DE MOTRIL

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 754/2013

PONENTE SRA. ANGÉLICA AGUADO MAESTRO.

S E N T E N C I A N º 39

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

D^a ANGÉLICA AGUADO MAESTRO

En Granada, a 2 de marzo de 2015.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 28/2015, en los autos de juicio ordinario nº 754/2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Motril, seguidos en virtud de demanda de **don Jorge**, representado por la procuradora doña Antonia Abarca Hernández y defendido por el letrado don Alberto Mora Robles; contra **Banco Santander, S.A.**, representado por la procuradora doña M^a Teresa Esteva Ramos y defendido por la letrada doña Pilar Izquierdo Caballero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Antonia Abarca Hernández, en nombre y representación de don Jorge, realizando los siguientes pronunciamientos: Declaro la nulidad de la orden de compra de ocho títulos en participaciones preferentes Unión Fenosa suscrita el día 8 de junio de 2005 entre las partes por valor nominal de 400.000 euros. Declaro la nulidad de la orden de suscripción de setenta y nueve títulos de Valores Santander suscrita entre las partes el 1 de octubre de 2007. Declaro la nulidad de la póliza de préstamo suscrita entre las partes el día 1 de octubre de 2007, por importe de 380.000 euros. Declaro la nulidad de las órdenes de venta, reembolso, y canje de los títulos y venta de acciones sustituidas por los valores canjeados realizada en el marzo de las dos órdenes de compra y suscripción declaradas nulas. Condeno a Banco



Santander S.A. a abonar a don Jorge la cantidad de trescientos veintidós mil setecientos setenta y siete euros con sesenta y un céntimos (322.777,61 €) en concepto de liquidación del estado posesorio resultante de las nulidades declaradas en este fallo. Condeno a Banco Santander S.A. a abonar a don Jorge los intereses legales que devengue la cantidad de 4.729,56 euros desde el día 6 de septiembre de 2013, fecha de interposición de la demanda. Con imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada."

SEGUNDO: Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso; una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 27 de enero de 2015; señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2015.

Siendo Ponente la Iltra. Sra. Magistrada D^a ANGÉLICA AGUADO MAESTRO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se ejercitan tres acciones de manera subsidiaria: 1.) Con fundamento en la infracción de normas imperativas de la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Condiciones Generales de Contratación, la Ley de Defensa de **Consumidores** y Usuarios y del principio del buena fe, se solicita que se declare la nulidad radical de la orden de compra realizada el 8 de junio de 2005 de 8 títulos de participaciones preferentes de Unión Fenosa con un valor nominal de 400.000 euros y la nulidad radical de la orden de compra de 1 de octubre de 2007 por la que se suscriben de 79 títulos Valores Santander por un valor nominal de 395.000 euros y, en consecuencia, se declare la nulidad de la póliza de préstamo suscrita el 1 de octubre de 2007 por importe de 380.000 euros, de las órdenes de venta, reembolso, canje de los títulos y venta de acciones en que fueron convertidos los Valores Santander, resultando una liquidación a favor del actor a la fecha de la demanda de 318.048,05 euros, más otros 4.729,56 euros por comisiones de administración y custodia de valores; 2.) De manera subsidiaria, que se declare la nulidad de estas mismas órdenes de compra por vicio en el consentimiento -dolo y error-, deshaciendo los efectos del producto desde el día de la formalización, sin que ninguna de las partes resulte acreedora o deudora por razón del contrato, con las mismas consecuencias que en el caso anterior; 3.) y, finalmente, para el caso de que no fueran estimadas las acciones de nulidad y se mantenga la validez de los contratos, se declare la obligación de Banco Santander de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus obligaciones legales de transparencia e información en la contratación de los instrumentos financieros complejos, condenándole a pagar la cantidad de 162.365,71 euros como pérdida sufrida en el capital al liquidar las acciones recibidas en el canje de Valores Santander, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

El Banco se opuso a las acciones ejercitadas y al importe que se le reclama por la nulidad de los contratos, explicando de manera pormenorizada el desarrollo de la relación mantenida con el actor desde el mes de marzo de 2005 que en obtuvo una importante liquidez con la venta de una finca de su propiedad, planteando además la caducidad de las acciones y su falta de legitimación pasiva respecto a la compra de las participaciones de Unión Fenosa, pues su labor en este caso se limitó a mediar en la operación.

La sentencia dictada en primera instancia elude el análisis de la caducidad de la acción y de la falta de legitimación pasiva del Banco y de las acciones que subsidiariamente se ejercitan en la demanda, estima la acción de nulidad de los contratos por vicio en el consentimiento, con fundamento en el art. 1.266 del Código Civil y llega a la conclusión que el actor no fue informado de manera adecuada de los riesgos asociados a los productos adquiridos a través del Banco, lo que provocó un error sobre los aspectos capitales de las participaciones preferentes Unión Fenosa y de los Valores Santander, nulidad que arrastra a las órdenes de venta, reembolso y canje de los distintos títulos. Y como el art. 1.303 del Código Civil establece que en caso de nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, da por buena la liquidación que realiza la parte actora en su demanda y condena al Banco a pagarle 322.777,61 euros y los 4.729,56 euros por las comisiones, más los intereses legales desde la demanda.

Frente a dicha resolución Banco Santander interpone recurso de apelación para insistir en su falta de legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por la compra de las Participaciones Unión Fenosa, la incorrecta inversión de la carga probatoria y la contravención de la doctrina del Tribunal Supremo, error en la valoración de la prueba, caducidad de la acción de anulabilidad de las órdenes de suscripción de los productos litigiosos y, de manera subsidiaria, impugna la liquidación del estado posesorio para el caso de que se mantenga en esta segunda instancia la nulidad de los contratos.

SEGUNDO: Antes de entrar en el análisis de los distintos motivos que se plantean en el recurso de apelación, es necesario fijar los hechos que consideramos relevantes y que han resultado acreditados en el procedimiento:



- 1.- Don Jorge vendió una finca rústica de su propiedad el 21 de marzo de 2005 por un total de 863.464,88 euros (fols. 56 y ss).
- 2.- Según se explica en el burofax que el actor envió a Banco Santander el 16 de agosto de 2012 y que se aporta con la demanda como documento nº 24, con el precio obtenido por la venta de la finca adquirió dos fondos de inversión distintos, el denominado "FMI Liquidez Empresas" al que destinó 441.455,84 euros entre los días 20 de abril y 9 de mayo de 2005; y los fondos "FIM Selección Acciones 3" por un total de 420.544,13 euros los días 9 y 10 de mayo de 2005, inversión por un total de 662.000 euros que fue reembolsada al poco tiempo sin ofrecer más detalles (fol. 166). Y es en el documento nº 14 del escrito de contestación a la demanda sobre la información fiscal del actor de los ejercicios 2005 a 2013, donde podemos comprobar que estos fondos fueron efectivamente transmitidos en los meses de mayo, junio, octubre y noviembre de 2005 (fols. 396 y 397), recuperando la totalidad de la inversión más los beneficios (fols. 396 y 397).
- 3.- El 8 de junio de 2005 el actor dio orden de compra de 8 Participaciones de Preferentes de Unión Fenosa (fol. 13), que se llevó a cabo de forma efectiva el 30 de junio de ese año como resulta del extracto de la cuenta personal (fol. 173), se reconoce en el burofax antes mencionado y se confirma con la fecha en que recibió el primer cupón de 2.814,18 euros el 30 de septiembre de 2005. Las 8 Participaciones fueron vendidas más tarde por don Jorge en el mercado secundario, en concreto, el 6 de noviembre de 2007 vendió 2 títulos, otros 2 el 23 de enero de 2008, el 10 de marzo de 2008 otros 3 y el último el 18 de abril de 2008. Tras la venta de las participaciones el actor recuperó el 100% del capital invertido, es decir, los 400.000 euros y por intereses recibió un total de 38.911,42 euros, como resulta del certificado de Banco Santander aportado como documento nº 25 del escrito de contestación a la demanda (fols. 574 y 575).
- 4.- Banco Santander le ofreció al actor la posibilidad de adquirir Valores Santander y el actor accedió a suscribir 79 títulos por un total de 395.000 euros el día 1 de octubre de 2007, documento nº 17 de la demanda (fol. 117).
- 5.- Para la compra de estos valores obtuvo del propio Banco un préstamo por importe de 380.000 euros. El contrato de préstamo se suscribió ante Notario el mismo día de la compra de los valores y con vencimiento el 1 de abril de 2008, pignorando las 8 participaciones de Unión Fenosa en garantía de su devolución (documento nº 18 de la demanda, a los folios 118 y ss). El préstamo se amortizó el 21 de abril de 2008.
- 6.- De los 79 títulos de Valores Santander adquiridos por don Jorge el 1 de octubre de 2007, se desprendió de 24 vendiéndolos en el mercado secundario. Así el 15 de abril de 2008 vendió 20 valores, el 30 de abril de 2008 fueron 2 valores los vendidos y otros 2 el 4 de septiembre de 2008, por un total de 120.000 euros, recuperando el 100% del capital invertido en estos títulos.
- 7.- Entre enero de 2008 y julio de 2012 en que el actor de manera voluntaria canjeó los valores por acciones del Banco Santander, recibió por intereses la suma de 68.206,68 euros, según los certificados emitidos por el Banco y que se aportan como documentos nº 34 y 79 con el escrito de contestación a la demanda y la audiencia previa (fols. 601 y ss y 1.102 y ss).
- 8.- El 4 de julio de 2012 el actor decidió de manera voluntaria canjear los 55 títulos Valores Santander de los que todavía era titular, por acciones del Banco Santander, S.A., y recibió un total de 20.754 acciones, a razón de 377,345 acciones por título.
- 9.- Estas acciones, a su vez, fueron generando beneficios y hasta el 12 de febrero de 2014 el Sr. Jorge recibió como retribución otras 1.285 acciones y 28,18 euros en concepto de fracciones sobrantes (fol. 1.103).
- 10.- El 5 de noviembre de 2012 don Jorge vendió parte de sus acciones, en concreto, 21.402 acciones y recibió 123.514,24 euros (a 5,77 euros por acción) (fol. 603), en ese momento seguía siendo titular de 623 acciones que se fueron ampliando en otras 74 acciones hasta febrero de 2014. El 8 de septiembre de 2014 vendió otras 663 acciones por las que recibió 5.168,61 euros (a 7,79579 euros la acción) (fol. 1.327).

TERCERO: Partiendo de estas circunstancias, debemos comenzar analizando la posible caducidad de las acciones de nulidad de los contratos que ya se planeó por Banco Santander, S.A., en el escrito de contestación a la demanda y que se reproduce en esta alzada, de conformidad con lo previsto en el art. 1.301 del Código Civil que establece que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y el plazo de caducidad comenzará a contar "desde la consumación del contrato", que ya habría transcurrido a la fecha en que se interpuso la demanda el 6 de septiembre de 2013, si consideramos como "dies a quo" para el cómputo del plazo la fecha de celebración de los contratos, pues las Participaciones de Unión Fenosa se compraron el 8 de junio de 2005 y el 1 de octubre de 2007 los Valores Santander y el préstamo personal para financiar esta compra; por el contrario, si computáramos como día inicial el momento en que estos contratos agotaron sus efectos, al menos, estaría prescrita la acción de nulidad de las Participaciones de Unión Fenosa que se terminaron de vender el 21 de abril de 2008, la compra de 24 de los 79 títulos Valores Santander que también estaban vendidas en el mercado



secundario para el 4 de septiembre de 2008 y el contrato de préstamo personal que se canceló el 21 de abril de 2008.

La repuesta sobre el día inicial del cómputo del plazo viene detallada en la reciente sentencia del Pleno del TS de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012) para decir que " *No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.*

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes", para seguir diciendo que " no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error " .

Y en caso ahora analizado, de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, estarían prescritas las acciones de nulidad por vicio en el consentimiento de la compra de las ocho participaciones de Unión Fenosa y del contrato de préstamo suscrito en su día para financiar la compra de los Valores Santander, pues las primeras se terminaron de vender en el mercado secundario en abril de 2008 y el contrato de préstamo también se canceló en esa fecha, por tanto, desde que estos contratos produjeron todos sus efectos a la fecha de interposición de la demanda el 6 de septiembre de 2013, habían transcurrido ya más de los cuatro años con los que contaba la parte actora para ejercitar las acciones de nulidad por vicio en el consentimiento, sin que pueda tener efectos suspensivos el burofax enviado el 16 de agosto de 2012 (fol. 166), en primer lugar, porque el plazo de caducidad no puede ser interrumpido y, en segundo lugar, porque esta comunicación no fue preparatoria del ejercicio de las acciones judiciales, como se desprende del propio contenido de la comunicación que detalla de manera pormenorizada el devenir de las distintas operaciones y porque así se reconoce de forma expresa en el escrito de oposición al recurso de apelación al decir que "al mismo, ninguna respuesta recibió" (fol. 1.348v).

La estimación de la caducidad en el ejercicio de las acciones de nulidad de la compra de las Participaciones de Unión Fenosa y del contrato de préstamo, impide entrar a analizar la posible falta de legitimación pasiva del Banco Santander frente a la acción de nulidad de la compra de las Participaciones de Unión Fenosa que, en todo caso, parece que efectivamente debía prosperar, de conformidad con la sentencia del TS antes mencionada de 12 de enero de 2015 , pues la actuación del Banco en el cumplimiento de esta orden de compra fue solamente mediadora, no fue parte en el contrato cuya anulación se solicita y no se trata de un producto financiero elaborado por el propio Banco, ni Unión Fenosa pertenece al Grupo Santander.

Para destacar que no se llega a comprender la acción de nulidad de la orden de compra de las Participaciones de Unión Fenosa realizada a principios de junio de 2005 y efectuada el 30 de junio de ese mismo año, cuando el supuesto incumplimiento de las obligaciones que se le imputan al Banco en cuanto a que no informó de forma adecuada de los riesgos de la operación no le ha ocasionado al actor ningún perjuicio desde el momento en que, además de obtener más de 38.000 euros de beneficio por el cobro de los cupones trimestrales, vendió el producto en el mercado secundario entre el 6 de noviembre de 2007 al 11 de abril de 2008, recuperando de esta forma el 100% de la inversión.

CUARTO: Por ello, la acción de nulidad quedaría centrada en la compra de los Valores Santander realizada el 1 de octubre de 2007, pues el contrato fue único y no se puede fraccionar en función de la venta parcial de parte de los títulos, para lo que se hace necesario precisar las características de esta operación financiera según podemos conocer de la "Nota de Valores Relativa a la Oferta Pública de Suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150, S.A.U. con la garantía de Banco Santander, S.A." que se aporta con la demanda como documento nº 20 (fols. 132 y ss) y del tríptico aportado con la contestación como documento nº 40 (fols.688 y ss):

1.-) En el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por el consorcio bancario formado por Banco Santander, Royal Bank of Scotland y Fortis, se



procedió a la ampliación del capital del Banco Santander para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 € cada uno de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 €.

2.-) Si no se adquiría ABN Amro, la amortización de los Valores se produciría el día 4 de octubre de 2008 con reembolso del nominal del Valor más la remuneración a un 7,30 % nominal.

3.-) Si se adquiría ABN Amro, como así ocurrió, los Valores serían necesariamente canjeables por obligaciones que a su vez se convertirían en acciones de nueva emisión. El canje de los Valores en obligaciones y la conversión de éstas en acciones se producirían simultáneamente. Para la conversión, la acción Santander se valoró al 116% de su cotización cuando se emitieran las obligaciones convertibles, lo que se concretó en 16,04 euros por acción, precio inicial que se fue reduciendo como consecuencia de las sucesivas ampliaciones de capital del Banco para terminar el 4 de octubre de 2012 fijándose el canje en 12,96 euros por acción. El canje se produciría voluntariamente por el titular de los valores los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010, 2011, plazo que también se amplió y, obligatoriamente, el día 4 de octubre de 2012.

4.-) La retribución al titular de los Valores se fijaba en un tipo de interés anual del 7,30 % hasta el día 4 de octubre de 2008 y, del Euribor más 2,75% a partir de esa fecha hasta el 4 de octubre de 2012 o el día en que el titular de los Valores optara por el canje voluntario en acciones..

QUINTO: En el escrito de demanda además de solicitar la parte actora la nulidad radical del contrato por infracción de normas imperativas -acción que no ha prosperado en primera instancia-, solicitó la nulidad por vicio en el consentimiento, pues el Banco no realizó " *una oferta clara, veraz y precisa que permita a la otra contraparte formar una voluntad cierta sobre el objeto, de modo que cuando prestó su consentimiento lo hizo sobre una causa y objeto equivocado* ", centrándose los incumplimientos que le imputa al Banco en los siguientes: 1. No adecuación de la información sobre el producto ofrecido al nivel de conocimientos financieros de la clientela tradicional, con ejemplos sencillos a fin de evitar una situación de riesgo no deseada; 2. No proporcionar los requerimientos informativos necesarios para que pueda comprender las dificultades en la valoración de su rentabilidad; 3. No incluir ninguna referencia específica a los riesgos inherentes al producto asociados a su limitada liquidez, posibilidad de amortización anticipada a voluntad del emisor -con pérdidas-, subordinación en la prelación de créditos en caso de insolvencia del emisor.

En lo que respecta a la compra de los Valores Santander, en el escrito de demanda la parte actora explica que " *el mismo empleado del Banco, con quien la confianza era plena* " y con el que había suscrito las operaciones anteriores - persona que no identifica-, " *le llamó para aconsejarle un nuevo producto igualmente seguro y rentable. Según se le dijo, podría disponer de su dinero al cabo de cinco años y mientras tanto le originaría una rentabilidad más alta que un depósito normal* ". Se trataba de la compra de los Valores Santander, producto que el actor considera inapropiado para su perfil inversor " *al que no se le acompañó de la información imprescindible para comprender los riesgos asociados* ".

Para la sentencia dictada en primera instancia no es suficiente que en la orden de compra de los Valores se hiciera constar que al cliente se le hacía entrega del tríptico informativo como mecanismo para acreditar que fue debidamente informado de las características y riesgos del producto, pues por su propia naturaleza compleja exigía " *una cabal información verbal adecuada al entendimiento y perfil del cliente* " y en el caso de autos dada la profesión y edad del actor en el momento de la contratación, no llegó a comprender los aspectos esenciales del producto que suscribió por iniciativa del Banco lo que provocó un error determinante del vicio en el consentimiento. Sin embargo, estas conclusiones no son compartidas en esta segunda instancia.

Es cierto que ninguno de los empleados del Banco que compareció como testigo al acto de la vista celebrada en junio de 2014 pudo recordar si fue él personalmente quien participó en las negociaciones y, por tanto, no recordaban de qué forma se pudo llevar a cabo el ofrecimiento y la información concreta que se le facilitó al actor siete años antes, pero la prueba testifical no puede ser considerada como principal para tener por probado que el Banco incumplió su obligación de informar de manera adecuada al cliente, dado el tiempo transcurrido y que se trató de una emisión de 1.400.000 valores por un total de 7.000 millones de euros.

Tenemos que recordar que en la demanda se explicó que el Sr. Jorge , de profesión agricultor y de edad avanzada, es una persona ajena al mercado de valores, carente de conocimientos específicos en dichos mercados y que no era su intención operar con instrumentos financieros complejos. Sin embargo, la parte demandada ha acreditado documentalmente que con anterioridad a la adquisición de los Valores Santander (1 de octubre de 2007), el actor tenía experiencia en la contratación de diversos productos financieros con riesgo. En concreto, invirtió en los fondos denominados "FMI Liquidez Empresas" al que destinó 441.455,84 euros los días 20 de abril y 9 de mayo de 2005 y en los fondos "FIM Selección Acciones 3" por un total de 420.544,13 euros los días 9 y 10 de mayo de 2005 y el 1 de junio de 2005 invirtió otros 400.000 euros en las Participaciones Preferentes de Unión Fenosa y en ninguna de esas inversiones quedaba garantizado ni el



capital ni los rendimientos. También compró acciones Laboratorios Almirall, S.A, y Realia Business, S.A., los días 5 y 19 de junio de 2007 (fol. 405), además de otras operaciones de riesgos posteriores a la orden de compra de Valores Santander objeto de este procedimiento. La única operación sin riesgo que conocemos es una imposición a plazo fijo de 6.000 euros que aparece en la información fiscal del año 2007 con unos intereses abonados de 7,64 euros (fol. 404).

De hecho, ni la edad o profesión del actor le impidió realizar la operación inmobiliaria de donde obtuvo un importante capital, ni existe una sola prueba que nos permita deducir que al ordenar la compra de estos títulos, en realidad, estaba realizando un depósito con total disponibilidad de capital, pues en la orden de suscripción aparece con claridad que se trata de "VALORES SANTANDER" y se recoge que " *el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) están a su disposición. Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla "Importe Solicitado" (folio 117).*

Teniendo en cuenta que la firma del actor aparece en esta orden de compra no se puede sostener sin más que, en realidad, ni recibió ese Tríptico Informativo, ni copia de la propia orden o que se pensaba que estaba contratando un depósito a plazo fijo, cuando en el documento (orden de compra de valores) no consta, ni el término depósito, ni ninguna otra de las particularidades bancarias que caracterizan este producto financiero. Por el contrario, se aporta junto con la demanda y como documento nº 20 la Nota de valores Relativa a la Oferta Pública de suscripción de Valores Santander de Santander Emisora 150, S.A.U., que describe la emisión, las características esenciales del producto, los destinatarios, el garante de la operación y los factores de riesgos que acompaña a la inversión, en concreto, la posibilidad de no recibir remuneración y que se produzca un descenso en la cotización de las acciones que es, precisamente, lo que ha ocurrido. Documentación que si bien la parte actora niega que se le hubiera entregado ni explicado, lo cierto es que se encuentra en su poder y la ha aportado con la demanda y tampoco explica de qué forma la ha conseguido, pues tras el burofax admite que no obtuvo ninguna respuesta.

A lo que se une que el producto financiero denominado "Valores Santander", objetivamente considerado, no puede calificarse de complejo. Es un producto financiero consistente en bonos convertibles, de renta variable con el que se obtenía una renta fija el primer año al 7,30 % o, si el Banco Santander adquiría el banco holandés ABN AMRO, también una renta fija los cuatro años siguientes (Euribor + 2,75%) y pasados los cinco años desde la adquisición de los títulos, la inversión pasaban automáticamente a convertirse en acciones del Banco Santander con un precio por acción marcado desde un primer momento. El capital no estaba garantizado y el comportamiento de los títulos en el mercado dependía de si el Santander adquiría el banco ABN AMRO, cosa que acabó sucediendo. Y aún admitiendo que el producto tuviera carácter complejo, ello no impide concluir que, debidamente explicado, se comprenda su alcance que estaba descrito en la emisión, mediante su amortización al año como bono, caso de que no se ejercite la OPA sobre una tercera entidad financiera, o su conversión en obligaciones a su vez convertibles en acciones mediante la oportuna emisión de necesaria suscripción. Y la mayoría de las Audiencias Provinciales que ha analizado el tema coinciden en mantener la validez de los distintos órdenes de compra y las características del producto con un riesgo similar al de cualquier inversión en bolsa, y en tal sentido se pronuncian, por ejemplo, la A.P. de Asturias, Sección 7ª, en Sentencia de 9 de febrero de 2015, recurso 408/2014, la A.P. de Lugo, Sección 1ª, en sentencia de 11 de febrero de 2015, recurso 572/2014, A.P. de Córdoba, Sección 1ª de 5 de enero de 2015, recurso 1148/2014, AP de Madrid, Sección 25ª, de 30 de diciembre de 2014, recurso 513/2014, AP de Barcelona, Sección 13ª, de 12 de noviembre de 2014, recurso 31/2014, AP de Guipúzcoa, Sección 3, sentencia de 19 de diciembre de 2014, recurso 3298/2014 y de la AP de Jaén, Sección 1ª, sentencia de 26 de diciembre de 2014, recurso 838/2013.

De hecho, en el caso ahora analizado el actor no tuvo ningún problema en comprender las posibilidades que ofrecía el producto y antes de que transcurriera el primer año de la operación y cuanto estaba obteniendo una rentabilidad del 7,30% anual, decidió vender en el mercado secundario 24 de los 79 títulos Valores -los días 15 de abril, 30 de abril y 4 de septiembre de 2008-, recuperando el 100% de la inversión y además optó por el canje voluntario de los 55 títulos restantes que se convirtieron en acciones del Banco Santander el día 4 de julio de 2012, sin esperar a la conversión obligatoria prevista para tres meses más tarde. Por este canje recibió un total de 20.754 acciones del Banco Santander que siguió generando beneficios en acciones y algunos euros en concepto de fracciones sobrantes y como titular de estas acciones y por su exclusiva decisión, ordenó la venta de 21.402 y obtuvo 123.514,24 euros y otros 5.168,61 euros el 9 de septiembre de 2014 con la venta de otras 663 acciones que le habían generado.



Actos posteriores a la emisión que no hacen sino confirmar el perfecto conocimiento de la dinámica y posibilidades de los títulos, pues además de recibir los intereses pactados por un total de 68.206,68 euros, como decimos, el actor vendió un tercio de la compra en el mercado secundario a los pocos meses de su adquisición, optó por el canje voluntario antes del plazo máximo previsto y como titular de las nuevas acciones, ordenó vender en los términos antes indicados, no obteniendo siempre los mismos resultados en estas ventas pues el precio de las acciones ha ido variando, actos contrarios a un posible desconocimiento de las características del producto adquirido en su día, cuando además el actor optó por acceder a la financiación mediante la concesión de un préstamo para la adquisición de los títulos valores, préstamo otorgado ante Notario y para lo que tuvo que pignorar las participaciones de Unión Fenosa para así garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Desarrollo de la operación de la que además ha recibido información puntual, al menos, con la información fiscal remitida por el Banco para presentar la oportuna declaración de la renta.

SEXTO: Todo ello sin desconocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el énfasis especial sobre el deber de información a sus cliente que la Ley del Mercado de Valores impone a las entidades financieras (sentencias del Pleno de 20 de enero de 2014 y 12 de enero de 2015) y que el incumplimiento " *del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable* ", pero ha de tenerse en cuenta que aunque tratándose de un producto no convencional precisamente por la finalidad de su emisión, su funcionamiento una vez explicado o leído con atención tanto el tríptico de la emisión como las notas aportadas con la demanda, podía ser fácilmente comprensible y por ello concluimos, frente a lo resuelto en primera instancia, que como al actor le fue entregada la documentación sobre las características del producto y además ha gestionado los títulos de manera muy distinta desde su adquisición, esto ha sido posible porque fue informado de manera adecuada de sus características y conocía su funcionamiento, por tanto, que contaba con los conocimientos necesarios para contratar sin dolo ni error, y como indica la sentencia de la AP de Córdoba Sección 1 de 5 de enero de 2015 (rec. 1148/2014) un producto que " *no tiene más complejidad ni riesgo que cualquier inversión en bolsa, y es evidente, (por las constantes y notorias fluctuaciones del mercado financiero), que quien invierte en acciones asume riesgos económicos considerable. Ha de tenerse en cuenta que se trataba de un producto económicamente similar a la compra de acciones, pero que, a diferencia de éstas, retribuía al inversor con un interés fijo hasta que se produjera la conversión en acciones. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones por lo que el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, atenuado por los intereses que recibía a cambio*" .

En definitiva, en el presente caso, atendiendo a la prueba practicada, se debe concluir que la información suministrada al actor sobre la naturaleza del producto, sus riesgos, su desenvolvimiento y expectativas de resultado fue adecuada y comprensible, debiendo valorar la información suministrada no solo en el tríptico que consta que se le entregó, sino también con la nota con las características del producto que también obran en poder de la parte actora y que ha sido aportado con la demanda; sin olvidar que el actor a la fecha en que adquirió los Valores Santander no era ajeno a la contratación de productos de inversión incluso de mayor riesgo. Todo lo expuesto debe llevar al rechazo del incumplimiento de las obligaciones que se le imputan a la demandada y, en consecuencia, a estimar el recurso de apelación desestimando las acciones de nulidad e indemnización de daños y perjuicios que se ejercitan de manera subsidiaria en la demanda.

SÉPTIMO.- Al estimar el recurso de apelación, procede condenar al pago de las costas de conformidad con lo previsto en los arts. 394 y 398 de la LEC .

FALLO

Estimamos el recurso de apelación presentado por Banco Santander, S.A., y revocando la sentencia dictada el 10 de octubre de 2014 en el juicio ordinario nº 754/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Motril , desestimamos la demanda presentada por don Jorge y absolvemos a la entidad demandada, condenando al actor al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las costas del recurso y con devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de **VEINTEDÍAS** , a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.



Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos/a. Sres/a. Magistrados/a. que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ