

SENTENCIA núm. 141

En Madrid a ocho de junio de dos mil diez.

Vistos por D^a.Cristina Fernández Gil, Magistrada-Juez de Primera Instancia del juzgado número dos de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad, tramitados con el núm. 1822/09 a instancia de D. Nicolas , representado por el procurador D^a. MARIA RODRIGUEZ PUYOL y asistido por el letrado D. NICOLAS PEREZ-SERRANO JAUREGUI contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO y asistido del letrado D. JESUS REMON PEÑALVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto, correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario sobre reclamación de cantidad, presentada por el procurador D^a. Maria Rodríguez Puyol, en la representación que tiene acreditada contra Banco Santander S.A. alegando en síntesis que el demandado suscribió un contrato el 1 de mayo de 2006 con el Banco Santander Central Hispano S.A. por el que contrataba una cesta de fondos compuesta de 3 fondos invirtiendo 300.000 euros, el 9 de septiembre de 2008 ordenó la venta anticipada del producto contratado y el demandado desatendió la orden, indicándole el 18 de marzo de 2009, que la valoración de su inversión es 0 euros, y dándole soluciones no satisfactorias para recuperar parte de su dinero, por lo que y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó aplicables terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

Declare que el Banco Santander S.A., como agente de cálculo previsto en el contrato de 1 de mayo de 2006 venía obligado a comunicar al Sr. Nicolas el valor de los fondos Optimal (20% en multi-strategy; 35% en Strategic US Equito y 45% Arbitraje), lo cual debió hacer no más tarde de 9 de enero de 2009, en que tenía que ingresar al actor la cantidad del reembolso de su inversión.

Declare que el Banco Santander S.A., en aplicación de lo dispuesto en dicho contrato de 1 de mayo de 2006 estaba obligado a ingresar en la cuenta corriente del Sr. Nicolas el valor correspondiente a dichos fondos Optimal una vez transcurrido el último día contractual para la resolución anticipada de la desinversión, que era el 30 de noviembre de 2008 y que Banco Santander incumplió sus obligaciones.

Declare que el perjudicado por dicho incumplimiento, es decir, el actor Sr. Nicolas ha ejercido en tiempo y forma su derecho de escoger al amparo de lo dispuesto en el art. 1124 CC , por lo que queda resuelto el contrato suscrito entre las partes el 1 de mayo de 2006 y sus anejos, y obligado Banco Santander S.A. a entregar al Sr. Nicolas los 300.000 euros en que consistía su inversión, fruto de dicho contrato e igualmente declare asimismo en cumplimiento de esa opción realizada por el Sr. Nicolas que Banco Santander S.A. ha de indemnizar por todos los conceptos al Sr. Nicolas en la cantidad de 127.027,56 euros.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por auto de 23 de septiembre de 2009 , se emplazó a la demandada para que contestara la demanda lo que verificó por medio de escrito de 18 de diciembre de 2009, oponiéndose a la misma, alegando falta de incumplimiento del contrato y solicitando el dictado de una sentencia absolutoria.

TERCERO.- Por providencia de fecha 23 de noviembre de 2009 se señaló día para la audiencia previa que tuvo lugar con la asistencia de las partes, proponiendo el actor como prueba la documental y testifical y la demandada la documental e interrogatorio de parte, que fueron declaradas pertinentes, a excepción de una testifical y documental, señalándose día para la celebración del juicio en que se practicó y quedando estos autos vistos para dictar sentencia tras presentar la parte oralmente sus conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Examinado el suplico de la demanda debe centrarse este litigio en las consecuencias de no haber ingresado, el demandado, en la cuenta corriente del actor el valor correspondiente a los fondos Optimal una vez transcurrido el último día contractual para la desinversión. Es importante resaltar que no se invoca la resolución como consecuencia de la suscripción de bonos emitidos por Lehman Brothers, el suplico es claro al respecto, y ello debe destacarse porque si se examina la fundamentación de la demanda, los documentos presentados, la insistencia en aportar algunos extemporáneos y el propio desarrollo del juicio, parece que el actor pretende introducir en el debate supuestos incumplimientos relativos a código de conducta y de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (pág. 42 y ss de la contestación). El art. 399 LEC es claro en cuanto los hechos que han de tenerse en cuenta son los fundamentadores de la pretensión y, en este caso, a pesar de lo extenso de la demanda, queda reducida a la cuestión de si el demandado debía haber entregado alguna cantidad al actor al recibir de él la orden de desinversión. Si se examina el contrato suscrito por el actor, el 31 de mayo de 2006, de adquisición de producto financiero estructurado, en su cláusula quinta se define y regula en proceso de liquidación por una solicitud anticipada, conviniéndose en caso de que diera el preaviso antes del 11 de septiembre (está acreditado que, en este caso, lo realizó el 9 de septiembre) hubiera una Ref VL para valoración cesta al 30 de noviembre de 2008 y una fecha límite de liquidación al 9 de enero de 2009. Para determinar el importe de la liquidación se establece una formula en la que el agente de cálculo ha de tomar en consideración el valor de la cesta. Este valor se determina en base a los valores liquidativos de cada uno de los fondos subyacentes que se publican por la gestora de los fondos subyacentes en el sistema de información electrónica Bloomberg (estipulación segunda). Estos fondos subyacentes eran:

Optimal Multistrategy Ireland Fund (20% de la cesta)

Optimal Strategic US Equity Ireland Euro Fund (35% de la cesta) (Optimal Sus Equity).

Optimal Arbitrage Ireland Euro Fund (45% de la cesta).

Al 30 de noviembre debía pues estar determinado el valor, disponiendo después del plazo de cuarenta días (naturales/hábiles) para abonar su importe (cláusula quinta del contrato), es decir, hasta el día 9 de enero. El motivo por el que, no obstante, el demandado no abonó ninguna cantidad es por el "hecho de que el valor liquidativo de

uno de los fondos subyacentes -elemento contractualmente necesario para la liquidación- ha sido suspendido por los órganos del propio fondo, que ha declarado no válido el valor liquidativo a la fecha que ha de tomarse como referencia para calcular el importe de liquidación y ha suspendido desde entonces temporalmente su cálculo". El fondo a que se refiere es el Optimal Sus Equity, que ejecutaba sustancialmente sus inversiones a través del broker-dealer norteamericano Madoff Securities, que fue intervenido el 11 de diciembre de 2008 como consecuencia de una denuncia del FBI. A esta fecha, no obstante, el valor de la cesta ya estaba determinado y lo único que faltaba era el abono del importe resultante. El demandado funda su oposición en que el 16 de diciembre de 2008, el consejo de administración de Optimal Multiadvisors Ireland plc comunicó a los partícipes que suspendía la determinación del valor liquidativo de los fondos y la emisión y el reembolso de las participaciones de todas las clases de fondos, así como no pagar ningún reembolso respecto a la fecha de transacción de 1 de diciembre de 2008 considerando que el valor liquidativo de las participaciones de los fondos para el día de la transacción no podía ser tenido en cuenta hasta que el consejo recibiera más instrucciones. De esta comunicación Optimal Investments Services entendió que el valor liquidativo calculado al 28 de noviembre correspondiente a la fecha de transacción de 1 de diciembre de 2008, aunque se hubiese publicado no era válido. Ahora bien una cosa es que se suspenda el valor liquidativo de uno de los fondos y otra que, una vez ya determinado el valor de la cesta, pueda unilateralmente anularse. El actor adquirió un producto estructurado, cuya rentabilidad estaba referenciada a los fondos. Y el riesgo que asumió conforme al contrato por él firmado es que "en caso de vencimiento o cancelación anticipada del producto, por cualesquiera de los casos previstos, no existe certeza sobre cuál será el valor de rescate del producto, ya que éste está referenciado al valor de la cesta de fondos en una fecha posterior a la de notificación de cancelación por parte del cliente o a la del evento de cancelación". Esta fecha, en el caso que nos ocupa, fue la del 28 de noviembre y a la misma ha de estarse para determinar cual es el valor del fondo, sin que las incidencias posteriores puedan afectarle con base a unos estatutos de los que ni siquiera hay constancia hubiera tenido conocimiento. No puede admitirse pues que el banco no hubiera podido calcular el importe de liquidación, pues éste tenía ya que estar fijado, lo que faltaba era obtener los fondos para pagarlo y es ahí cuando resultó que ese valor podía ser erróneo o inferior al real, pero igualmente los valores anteriores podían haber sido erróneos, dada la estafa subyacente, y, sin embargo fueron tomados en consideración, incluso, en este caso, puesto que el demandado ya podía efectuar el reembolso el 30 de noviembre si lo hubiera hecho antes del 16 de diciembre hubiera percibido el actor el importe conforme a la liquidación ya realizada y, sin embargo, al haber agotado el plazo el demandado resulta que ya no percibe nada o ha de esperar a una nueva liquidación. Es evidente que el problema era la dificultad para atender el reembolso por un error sobre la existencia de activos en que descansaba uno de los fondos, pero ese error se constató posteriormente a que se valorara el importe que debía recibir el actor y, en el contrato, no hay cláusula alguna que le permita anular la valoración ya realizada, conforme ahora pretende, por el contrario, en el contrato se establece que: "el importe de liquidación determinado por el agente de cálculo de acuerdo con lo anterior será abonado por el Banco al titular...", de forma que el banco se obligó a abonar el importe que calculó al 30 de noviembre y a ello debe estarse, sin que pueda liberarse de su obligación por incidencias posteriores que repercutieron en el valor de un fondo al haber sido por él calculado correctamente conforme a los parámetros existentes en la fecha en que debía efectuarse el cálculo. Ahora bien de ello no pueden derivarse las consecuencias pretendidas por el actor, él era consciente de que invertía en un producto de riesgo y

cuando consideró que no le satisfacía dio orden para su cancelación, es decir, de extinción del contrato que fue aceptada por el demandado, de manera que el conflicto surgió en el proceso liquidativo y no puede exigir más que las consecuencias derivadas de éste. El pretender ahora que se le devuelva el principal y su actualización conforme al interés legal e índice de inflación, supone tanto como obviar que invirtió en un producto de riesgo y conocido su resultado adverso optar por una inversión conservadora. La orden de cancelación dada le vincula, de hecho es la que le ha permitido rescatar su inversión, y necesariamente ha de estar a sus consecuencias, de forma que sólo puede obtener aquello a lo que tenía derecho si su orden de resolución anticipada hubiera sido atendida con los valores dados al 30 de noviembre de 2008, para lo que habrán de tenerse en cuenta los cálculos que figuran en la pág 17 del informe pericial aportado con un valor OSUS al 30 de noviembre de 2008 de 164,25, en lugar de 0 como en el mismo se refleja y con el límite de la cantidad solicitada en la demanda. Por lo que respecta a la cantidad de 67.041,90 euros reclamada en concepto de honorarios, horas trabajadas, es improcedente, pues solo ha de abonar el demandado los gastos por el proceso (o preparatorios del mismo) que puedan incluirse en costas e igualmente no puede otorgarse cantidad alguna en concepto de daños morales pues no está acreditados más allá de los propios de todo conflicto que llega hasta los tribunales. Igualmente es improcedente otorgar intereses pues no se ha admitido la cantidad principal que ha de servir para su cálculo.

SEGUNDO Al haberse estimado parcialmente la demanda no procede hacer expresa imposición de costas.

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda promovida por D. Nicolas , representado por el procurador D^a. MARIA RODRIGUEZ PUYOL y asistido por el letrado D. NICOLAS PEREZ-SERRANO JAUREGUI contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO y asistido del letrado D. JESUS REMON PEÑALVER, debo declarar y declaro que D. Nicolas , representado por el procurador D^a. MARIA RODRIGUEZ PUYOL y asistido por el letrado D. NICOLAS PEREZ-SERRANO JAUREGUI contra BANCO SANTANDER S.A., representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO y asistido del letrado D. JESUS REMON PEÑALVER debo declarar y declaro que el Banco Santander S.A., como agente de cálculo previsto en el contrato de 1 de mayo de 2006 venía obligado a pagar al Sr. Nicolas el valor de los fondos Optimal (20% en multi-strategy; 35% en Strategic US Equito y 45% Arbitraje), no más tarde de 9 de enero de 2009, calculados al 30 de noviembre de 2008 y no habiéndolo hecho debo condenarle, como consecuencia de la resolución anticipada, a abonar dicho importe conforme a las parámetros que aparecen en el folio 17 del informe pericial unido a actuaciones con el valor de 164,25 en lugar de 0 respecto del fondo Strategic US Equito, y con el límite de 359.985,66 euros, sin hacer expresa imposición de costas.

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

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días a partir de su notificación ante este Juzgado y para ante la Audiencia Provincial de

Madrid. Asimismo se le hace saber que deberá consignar como depósito, al preparar el recurso, la cantidad de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado nº. 2430 0000 00 0000 02, debiendo acompañar justificante del ingreso.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que suscribe, estando celebrando Audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.