

VISTO, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA DE LOS ÁNGELES RODRÍGUEZ ALIQUE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid, en fecha ocho de junio de dos mil diez, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda promovida por D. [redacted], representado por el procurador D^a. MARÍA RODRIGUEZ PUYOL y asistido por el letrado D. NICOLAS PEREZ-SERRANO JAUREGUI contra BANCO DE 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. [redacted], representado por el procurador D^a. MARÍA RODRIGUEZ PUYOL y asistido por el letrado D. NICOLAS PERES-SERRANO JAUREGUI contra BANCO DE SANTANDER S.A., representada por el procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO y asistido del letrado D. Jesús Remon Peñalver debo declarar y declaro que el BANCO DE SANTANDER S.A., como agente de cálculo previsto en el contrato de 1 de mayo de 2006 venía obligado a pagar al Sr. Arana 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 los 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."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la



Madrid

correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 12 de abril de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de igual naturaleza de la sentencia apelada en cuanto no contradigan los que se exponen a continuación.

PRIMERO: En cuanto al recurso interpuesto por D. [redacted] es de señalar que el mismo reproduce en la presente alzada la pretensión que dedujo en la Instancia, a saber: la resolución del contrato suscrito entre las partes el 1 de mayo de 2006 sobre la base fáctica de la existencia de múltiples incumplimientos por parte del demandado recurrido Banco de Santander S.A.,

SEGUNDO: El contrato en cuestión es un contrato de producto financiero estructurado multiestrategia optimal, destacándose a los efectos de la presente resolución lo siguiente:

- a) el actor y apelante de este recurso entrega al Banco de Santander la cantidad de 000 € (estipulación primera) percibiendo, en la fecha de vencimiento, siempre que con anterioridad a la misma no haya acontecido alguna de las circunstancias que se describen en la Condición Cuarta, o que no haya optado por la posibilidad de cancelación anticipada voluntaria, el importe de devolución que puede ser una cantidad igual o incluso inferior al Importe Principal, es decir, la rentabilidad del Producto estructurado puede ser negativa, cuando la evolución del valor liquidativo de los fondos subyacentes, determinado por el Agente de Calculo, sea igual o negativa o incluso siendo ligeramente positiva no cubra los costes de administración y financiación trimestrales, de forma que el titular corre el riesgo de perder parte o incluso la totalidad del Importe Principal (estipulación segunda)



- b) los fondos subyacentes que integran la cesta de fondos a cuyo valor liquidativo va referenciado el importe de devolución son tres fondos determinados en la estipulación tercera, a saber el Optimal Multistrategy Ireland Fund (OMS), el Optimal Strategic Us Equity Ireland Euro Fund (OSUS) y el Optimal Arbitrage Ireland Euro Fund (OA).
- c) La Gestora de los Fondos Subyacentes es Optimal Investment Management Ltd; el administrador de los fondos subyacentes es HSBC Securities Services (Ireland) Ltd; el Depositario de los fondos subyacentes es HSBC Institutional Trust Services (Ireland) Ltd
- d) El último día hábil de cada mes comprendido entre la fecha de Inicio y un mes antes de la fecha de vencimiento el Agente de Calculo determinará el valor de la cesta para esa fecha (fecha de valoración) de acuerdo con la formula que se prevé en la estipulación cuarta del contrato.
- e) El titular podrá solicitar al Banco la cancelación anticipada del Producto Estructurado cuando se cumplan seis meses desde la fecha de Inicio y a partir de ese momento cada seis meses mediante notificación al efecto remitida al Banco con una antelación de no menos de 80 días a la fecha de cancelación anticipada.
- f) El importe de la liquidación resultante, en caso de terminación anticipada, se determinará por el Agente de Calculo de acuerdo con una fórmula que se contiene en la estipulación quinta del contrato.

El fondo optimal sus equity ejecutaba sus inversiones a través del broker-dealer norteamericano Madoff Securities.

TERCERO: Sobre tales bases, tras el estudio de los autos y teniendo en cuenta las alegaciones formuladas por las partes, es de señalar que el apelante Sr. Arana adquirió un producto cuya rentabilidad estaba ligada a los fondos asumiendo que "en caso de vencimiento o cancelación anticipada del producto, por cualquiera de los casos previstos, no existe certeza sobre cual será el valor de rescate del producto, ya que está referenciado al valor de la cesta de fondos en una fecha posterior a la de notificación de la cancelación por parte del cliente o a la del evento de cancelación" (folio 51 de los autos) por tanto sabía que estaba contratando un producto de riesgo, un producto cuya rentabilidad estaba directamente referenciada a la evolución de determinados activos subyacentes y dio orden de extinción del



Madrid

contrato cuando le convino haciendo uso de las facultades que le otorgaba éste, y esta extinción fue aceptada por el Banco apelado por lo tanto la orden de cancelación le vincula y, aunque han surgido serias discrepancias entre las partes a la hora de liquidar el producto, ya no puede triunfar su pretensión de resolución del contrato al amparo del artículo 1124 del Código Civil.

Entendemos, pues, que el apelante al pedir la cancelación anticipada del producto ha optado por que se efectúe la liquidación del mismo y por tanto no puede acogerse en sede judicial la resolución del contrato, debiendo por ello, desestimarse el recurso interpuesto por el Sr.

CUARTO: En cuanto al recurso del Banco de Santander, es de advertir que a la vista del contrato suscrito con el Sr. para calcular el valor de la cesta de fondos y el importe de liquidación del producto hay que acudir a una fórmula contenida en el contrato, como se ha dicho, en la cual juega un papel preponderante el valor liquidativo de los fondos subyacentes. El Agente Liquidador, por tanto, ha de tener en cuenta unos valores que vienen dados por los órganos de los fondos subyacentes.

Ello sentado, una vez que el Sr. en uso legítimo de su derecho, solicitó la cancelación anticipada del producto se entraba en la fase de liquidación del mismo, la fecha de liquidación, atendiendo a los autos, era el 28 de noviembre y esta fecha es determinante para establecer el valor del fondo. Pues bien la recurrente Banco de Santander afirma que el hecho de que el valor liquidativo de uno de los fondos subyacentes haya sido suspendido por los órganos del propio fondo impide el abono de cantidad alguna, dicho fondo era el OPTIMAR SUS EQUITY que ejecutaba sus inversiones a través de Madoff intervenida a 11 de diciembre 2008.

A 16 de diciembre de 2008 el Consejo de Administración de OPTIMAL MULTIADVISORS IRELAND PLC comunicó 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 por lo que OPTIMAL INVESTMENTS SERVICES entendió que el valor liquidativo calculado a 28 de noviembre (acta del notario Sr. Ramos Villanueva obrante a los folios 1549 y siguientes de los autos), aunque se hubiese publicado no era válido, mas es lo cierto que a esta fecha, 11 de diciembre



Madrid

2008, el valor liquidativo ya estaba determinado, consecuencia de lo hasta ahora expuesto es que el Banco ha de estar al importe que calculó al 30 de noviembre toda vez que no hay estipulación en el contrato que le faculte para anular la valoración ya realizada por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto.

QUINTO: Por aplicación de lo previsto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte apelante pagará las costas originadas por su recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. [redacted] y DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander S.A. debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la Sentencia pronunciada a 8 de junio de 2010 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario seguidos bajo el número 1822/10 a instancias de D. [redacted] contra Banco de Santander S.A. con imposición a cada apelante de las costas originadas por su respectivo recurso de apelación

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Madrid