



Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200
FAX: 934867114
EMAIL:aps16.barcelona@xj.gencat.cat

N.I.G.: 0827942120168132903

Recurso de apelación 786/2017 -C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Terrassa

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 542/2016

Parte recurrente/Solicitante: [REDACTED]
Procurador/a: Paula Vignes Izquierdo
Abogado/a: Jorge Muñoz Gomez

Parte recurrida: Banco Santander, S.A.
Procurador/a: Begoña Callejas Mas
Abogado/a: Alejandro Ferreres Comella

SENTENCIA Nº 124/2019

Magistrados:

- Inmaculada Zapata Camacho
- Jose Luis Valdivieso Polaino
- Federico Holgado Madruga

Barcelona, 15 de marzo de 2019

Vistos por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona los autos de juicio ordinario número 542/2016, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Terrassa, a instancia de [REDACTED], representado por la procuradora Dña. Paula Vignes Izquierdo y defendido por el abogado D. Jorge Muñoz Gómez, contra BANCO SANTANDER, S.A., representado por la procuradora Dña. Begoña Callejas Mas y defendido por el abogado D. Alejandro Ferreres Comella; cuyos autos penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada por la juez del indicado Juzgado en fecha 13 de junio de 2017.





ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por [REDACTED], representada por la procuradora Sra. Vignes Izquierdo, frente a Banco Santander, SA, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos efectuados de contrario, con imposición de las costas causadas a la parte actora".

Segundo: La parte demandante interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia mediante escrito motivado, del que se dio traslado a la parte contraria, que lo impugnó, elevándose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia Provincial, para la resolución del recurso planteado. Se señaló para la deliberación y decisión el día 19 de febrero último.

Tercero: En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado señor Valdivieso Polaino.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: 1. En septiembre de 2007, [REDACTED] adquirió, mediante dos órdenes de compra a Banco Santander, S.A., 79 "valores Santander", cuyo valor nominal era de 5.000 euros cada





uno, de modo que la inversión fue de 395.000 euros en total.

Se trataba de títulos emitidos por una filial de la indicada entidad para obtener recursos para la adquisición de otra entidad financiera. De consumarse dicha adquisición, como ocurrió, los títulos pasaban a ser convertibles en acciones del citado banco, aunque no al precio de las acciones en el momento de la conversión. El precio de la conversión era fijado con antelación, de modo que, si después de esa fijación el valor real de las acciones oscilaba, ello redundaba en beneficio o pérdida para el titular de los valores. En consecuencia, se trataba de valores cuyo riesgo era parejo al de las acciones del banco.

En cuanto a la retribución, los títulos comportaban un interés determinado. Lógicamente, una vez producida la conversión en acciones, la retribución pasaba a ser la propia de éstas.

Como se ha expuesto, dado que la compra de la entidad financiera por razón de la cual se emitieron los títulos se llevó a efecto, la conversión en acciones pasó a ser obligatoria, como muy tarde el 4 de octubre de 2012, aunque antes era posible el canje voluntario en determinados períodos.

El beneficio derivado de los títulos era, por tanto, el interés con el que estaban retribuidos. El riesgo era el de que las acciones del banco disminuyesen su valor. Esto fue lo que ocurrió, porque, en la época de la conversión obligatoria, en el año 2012, el valor de las acciones del banco era muy inferior al que tenían en 2007, como puede verse en el documento 29 de la contestación.

2. El 1 de julio de 2016 [REDACTED] entabló demanda contra Banco Santander, S.A., alegando que, ni en el momento de la compra ni antes, fue informado sobre las características y riesgos de

Codi Segur de Verificació: MERNPDX4Y6KPVVY7KAELIZM2BBA02NN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultatCSV.html>

Signat per Valdivieso Prádan, Jose Luis, Zapata Carrascho, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





los valores de que se trata. Los empleados del banco que los comercializaron le dijeron que se trataba de un depósito a plazo con una excelente remuneración. En consecuencia sufrió error al contratar, de modo que solicitó la anulación del contrato o contratos de adquisición de los títulos. Subsidiariamente solicitó que se acordase la resolución por incumplimiento por el banco de su obligación de informar.

3. El Juzgado desestimó la demanda.

Segundo: 1. Por lo que se refiere a la caducidad de la posibilidad de pedir la anulación por error, la juez de primera instancia consideró que se produjo, dado que la demanda se presentó el 6 de julio de 2016 y en junio de 2012 [REDACTED] solicitó la conversión de los títulos en acciones, de modo que en ese momento se inició el plazo de 4 años establecido a estos efectos. La demanda se presentó, por tanto, después de esos 4 años.

2. El plazo de caducidad no puede comenzar a correr antes de que el interesado pueda tener conocimiento del error en que incurrió. Así lo ha señalado la jurisprudencia, en particular a partir de la sentencia del Tribunal Supremo 769/2014, de 12 de enero de 2015, a la que le han seguido otras que no hace falta citar. Así lo establece en Catalunya el artículo 122-5.1 de su Código Civil, conforme al cual el plazo de caducidad se inicia cuando nace la acción o cuando el titular puede conocer razonablemente las circunstancias que fundamentan la acción y la persona contra la cual puede ejercerse.

Sin embargo el plazo no se inicia, pura y simplemente, cuando el interesado conoce el error en que incurrió, porque el artículo 1301 del

Codi Segur de Verificació: MERMXPX4Y6KPVWY7KAELZM2BBA02NNA

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://regcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultas/CSV.html>

Signat per Valdivieso Práano, Jose Luis, Zapata Cimachos, Inmaculada, Hedgado Madriga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





Código Civil determina que el plazo de 4 años comienza a correr desde la consumación del contrato. Esta puede identificarse con el nacimiento de la acción a que se refiere el citado artículo 122-5.1. Por tanto, aunque el interesado conozca las circunstancias del caso y, en consecuencia, que incurrió en un error, el plazo no comienza a correr si el negocio jurídico de que se trata no se ha consumado. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de febrero de 2018, relativa a un contrato de swap y en la que se declaró que el plazo no comenzaba a correr hasta el fin del plazo por el que el contrato se celebró. Entonces debía entenderse producida la consumación y solo a partir de entonces debía comenzar a correr el plazo de caducidad.

Por consiguiente han de considerarse dos cuestiones: el momento de la consumación del negocio jurídico cuya anulación se pretende y el en que quien afirma que se equivocó tuvo conocimiento del error que alegue. En definitiva, el inicio del plazo exige dos requisitos, consumación y conocimiento del error. Los dos deben existir para que comience a correr el plazo

Tercero: 1. La sentencia apelada no se refiere a la fecha de la consumación del contrato. Aborda el tema de la caducidad solo desde el punto de vista de la segunda de las cuestiones que han de considerarse, que es la del conocimiento de las características reales del producto financiero adquirido, es decir del error padecido.

2. Por consumación suele entenderse el cumplimiento de las prestaciones derivadas del negocio jurídico de que se trate. Cuando se trata, por ejemplo, de una compraventa, la consumación se produce cuando se paga el precio y se entrega la cosa objeto del contrato.

Codi Segur de Verificació: MERNPDX4Y6KPVWYTKAEILZM2B8402NN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://regit.judicial.gencat.cat/IAPI/consultatCSV.html>

Signat per Valdivieso Prádan, Jose Luis, Zapata Cimachos, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





Si la cosa vendida y comprada es un título valor la cuestión ya no es tan clara. En un caso como éste de los valores Santander cabe sostener que la consumación se produce cuando se entrega el precio y, a cambio, se entregan los valores. Como un título valor no es una cosa física sino un conjunto de derechos y obligaciones, la entrega puede identificarse con el inicio de la aplicación de esos derechos y obligaciones. Pero cabe otra interpretación, según la cual la consumación se produce cuando el título valor llega a su desarrollo final, es decir, en un caso de valores convertibles en acciones, cuando la conversión tiene lugar. Según esta posibilidad es el momento en que tiene lugar la conversión cuando se consuma la situación a la que tiende toda la operación. Se compraron títulos que, después de un determinado período de tiempo y cumplida la condición de la adquisición de la entidad financiera, pasaron a convertirse en acciones del banco. Según este segundo modo de entender las cosas, en ese último momento quedó consolidada la situación. En ese momento el adquirente pasó a tener las cosas en su estado o situación definitivas, en forma de acciones del banco, con un régimen jurídico y económico estable, sin modificaciones a la vista.

3. El banco demandado ha entendido que la consumación se produjo en este caso según esta segunda posibilidad, es decir, cuando se produjo la conversión de los títulos en acciones. Así lo sostiene en la página 13 del escrito de contestación al recurso de apelación. Como esta opción interpretativa es más favorable a la parte demandante, se estará a ella sin necesidad de mayores consideraciones.

La cuestión es, entonces, la fecha en que se produjo la consumación de acuerdo con este criterio.

4. La parte demandada sostiene que ello ocurrió el 26 de junio de

Codi Segur de Verificació: MERNPDX4Y6KPVWYTKAELIZM2B840ZNN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://regcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Signat per Valdivieso Prádan, Jose Luis, Zapata Caramacho, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





2012. Es indiscutible que en esa fecha el demandante solicitó la conversión de los valores en acciones, pues así consta en el documento 30B de la contestación, que aparece suscrito por [REDACTED]. La autenticidad de los documentos no fue cuestionada en la audiencia previa. Si se considera esa fecha y solo la cuestión de la consumación, se habría producido la caducidad, porque la demanda se presentó, como se ha dicho, el 1 de julio de 2016.

Sin embargo la consumación consistente en la conversión de los valores en acciones no debe entenderse producida cuando se solicitó, sino solo cuando se produjo realmente. De acuerdo con los documentos aportados con el número 14 de la contestación, que son 2 certificaciones del banco, la conversión se produjo el 10 de julio de 2012.

En consecuencia, cuando se presentó la demanda no había finalizado aún el plazo de caducidad de 4 años.

Cuarto: La emisión y venta de valores Santander estaban sujetas a la Ley del Mercado de Valores y normas de desarrollo, entre ellas el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. No es de aplicación la normativa de la llamada Directiva MiFID de la Unión Europea, aplicable solo tras la reforma de diciembre de 2007.

Las entidades financieras estaban obligadas a informar de las características de los títulos que vendiesen a los particulares o de los que se vendiesen con su intervención activa. Se trata de una obligación impuesta, para la época de la adquisición a que se refiere el proceso, por el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores y por el





código de conducta anexo al Real Decreto mencionado, cuyo artículo 5 exigía que la información facilitada fuese clara y entregada a tiempo, haciendo especial hincapié en los riesgos que cada operación comportase.

La obligación de informar existía tanto si se prestaba asesoramiento financiero propiamente dicho como si se trataba simplemente de ejecución de órdenes de inversión. El artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, siempre en la redacción anterior a la reforma de diciembre de 2007, determinaba que las entidades debían actuar como determinaba el precepto (o sea con diligencia y transparencia en interés de sus clientes) *"tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores"*. El código de conducta que aprobó el Real Decreto 629/1993 debía aplicarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la ley, por cuantas entidades realizasen actividades relacionadas con los mercados de valores, o sea tanto si había como si no había contrato de asesoramiento financiero.

La carga de la prueba de haber facilitado la información corresponde a las entidades que intervienen en el mercado de valores, porque es una obligación suya y el cumplimiento de las obligaciones corresponde probarlo, siempre, a los obligados.

Sobre esto no hay que añadir nada más, porque es algo claro y que ya no se discute.

Quinto: 1. La juez de primera instancia considera que [REDACTED] sabía que no contrataba una imposición a plazo, sino un producto con rentabilidad variable y con posibilidad de pérdidas, dado

Codi Segur de Verificació: MERNPDX4Y6KPPVYNTKAEILZM2BBA02NN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultatCSV.html>

Signat per Valdivieso Prádan, Jose Luis, Zapata Carracho, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





que era convertible en acciones.

La sentencia considera que el demandante era administrador de dos sociedades, de modo que no era un simple ahorrador, y que no era cliente del banco, por lo que no podía pensarse que la relación pasada le llevase a confiar en los empleados. Después de la adquisición de los títulos el demandante los pignoró y no mostró queja alguna mientras estuvo percibiendo los rendimientos, que llegaron a los 91.399,69 euros.

2. De acuerdo con los documentos 4H y 4I de la contestación, las sociedades de que el demandante fue administrador único se constituyeron en 2014 y 2015, por lo que es difícil afirmar, a partir de esa condición de administrador, que en 2007 el demandante tuviese los conocimientos necesarios como para no haber incurrido en el error que afirma. El objeto de las sociedades era la construcción, instalaciones y mantenimiento, comercio al mayor y al menor, distribución comercial, importación y exportación, actividades inmobiliarias y profesionales, e industrias manufactureras. Se trata de un objeto muy amplio, pero que no permite afirmar que, varios años antes de constituirse las sociedades, [REDACTED] tuviese conocimientos en materia financiera, que le permitiesen percatarse, por sí mismo, de las características de los valores Santander.

No hay otros datos que indiquen que el demandante tuviese esos conocimientos financieros a que se ha hecho referencia. Desde 1998, [REDACTED] nacido en 1944, era pensionista por invalidez permanente total, como consta en el documento 14 de la demanda. Al parecer se había dedicado a trabajar en el ámbito de la restauración.

3. Sin duda alguna antes de solicitar la conversión en acciones, el demandante supo o pudo fácilmente saber que no había concertado





depósitos a plazo fijo. Ya en 2008 pignoró los títulos, como consta en los documentos 5 de la demanda y 4B de la contestación, en los que se dice que el valor unitario de los valores era de 4.441,25 euros, siendo así que los había adquirido por 5.000 euros, como resulta de las órdenes de compra, una de las cuales se refería a 2 valores y reflejaba un coste total de 10.000 euros.

También puede afirmarse que el demandante recibió información fiscal. En el recurso, página 16, niega que el banco le facilitase información, señalando que solo le remitió los documentos 7 a 9 de la demanda. Los documentos 7 y 8 son de información fiscal del ejercicio 2009. No es creíble que el banco no facilitase información fiscal de otros ejercicios, porque es algo que se remite en general por las entidades financieras y porque parece lógico que el demandante necesitase la información para cumplir sus obligaciones tributarias.

Ya en la información fiscal correspondiente al ejercicio 2008, aportada como documento 15 de la contestación, se refleja una drástica disminución del valor de los títulos. Los 77 que habían sido adquiridos por 385.000 euros aparecen valorados en 223.762 euros.

También es cierto que el demandante no protestó por escrito ante el banco hasta el 24 de diciembre de 2015, en que su abogado se dirigió a la entidad para intentar una solución extrajudicial al asunto.

4. Sin embargo, lo expuesto no tiene relevancia desde el punto de vista de la obligación de informar.

Primero porque el conocimiento por el demandante de que no había constituido un depósito a plazo sino que había adquirido valores susceptibles de pérdida de capital fue posterior a la compra de los títulos. Además, lo tuvo cuando ya había bajado el precio y,

Codi Segur de Verificació: MERNPX4Y6XPPWYNTKAEILZM2BBA02NN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://regcat.justicia.gencat.cat/IAPI/consultasCSV.html>

Signat per Valdivieso Prádan, Jose Luis, Zapata Carrascho, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





obviamente, su venta en el mercado secundario, que era posible, le habría hecho incurrir en pérdidas definitivas muy importantes.

La falta de protesta por escrito puede considerarse un indicio de que el demandante supo desde el principio lo que había adquirido. Pero es un indicio insuficiente como para afirmar, a partir de él, que se facilitó la información que la normativa aplicable (y la buena fe) exigía ya en la época de la compra de estos valores. Aparte de otras razones porque pudo ocurrir que, como afirma, [REDACTED] se quejase verbalmente ante los empleados de la entidad.

5. En las dos órdenes de compra que el demandante firmó se indica 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"* están a su disposición. Las órdenes de compra constaban de una sola hoja cada una y la indicación que se ha transcrito figura en la parte central de la hoja, al principio del texto que podríamos denominar *"literario"*. El banco afirma que esa indicación, seguida poco más abajo de la firma del demandante, prueba que éste recibió el tríptico.

La sala no comparte la posición de la entidad financiera. No se ha aportado un ejemplar del tríptico con indicación de haberse entregado una copia y firma del demandante bajo esa indicación. Lo que mencionan las órdenes de compra debe considerarse una de esas menciones predispuestas, vacías de contenido informativo, a las que la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega eficacia a efectos de información. Pueden citarse, por ejemplo, las sentencias 335/2017, de 25 de mayo, y 608/2017, de 15 de noviembre.

6. La prueba testifical del director de la oficina de la entidad





financiera es irrelevante a estos efectos, porque, aparte del evidente interés en el asunto del testigo, que intervino en la comercialización, no recordaba el caso concreto [REDACTED]

7. Por consiguiente, como no se ha demostrado que se facilitase información suficiente al demandante sobre las características de los títulos, lo que, en el mejor de los casos para la demandada, resulta dudoso, el proceso ha de resolverse considerando que no se facilitó la información, porque la carga de la prueba correspondía al banco demandado.

Sexto: 1. La falta de información sobre las características de títulos valores adquiridos conduce a presumir el error en el momento de contratar, según constante doctrina del Tribunal Supremo, que es ya muy conocida.

En el presente caso no hay ninguna razón que permita prescindir de esa presunción. Ya nos hemos referido a las circunstancias del [REDACTED]

Por consiguiente procede estimar la demanda y anular las órdenes de adquisición a que se refiere el litigio.

2. Las consecuencias de la anulación serán las establecidas en el artículo 1303 del Código Civil, o sea la restitución recíproca de las prestaciones, con el interés legal desde la percepción del dinero por cada una de las partes. El tipo a aplicar es el del interés legal, a falta de toda otra precisión en sentido distinto en el citado precepto y teniendo en cuenta que el artículo 2 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, relativa al interés legal del dinero, determina que cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato de que se derive la obligación y salvo

Codi Segur de Verificació: MERNPX4Y6XPPVWYTKAELIZM2B8402NN4

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultatCSV.html>

Signat per Valdivieso Práano, Jose Luis, Zapata Cimachos, Inmaculada, Hedgado Madroga, Federico;

Data i hora: 25/03/2019 00:22





pacto en contrario, el interés que deberá pagarse en los supuestos de mora y en los demás casos en que el interés sea exigible con arreglo a las leyes, será el interés legal.

Séptimo: Las costas de la primera instancia se impondrán a la parte demandada, en aplicación de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se hará pronunciamiento en cuanto a las de la apelación, al estimarse el recurso.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Terrassa en el proceso mencionado en el encabezamiento, revocamos dicha sentencia y, en su lugar, estimando la demanda, anulamos las órdenes de adquisición de valores Santander que [REDACTED] dio a BANCO SANTANDER, S.A., en septiembre de 2007, con las siguientes consecuencias:

Primero: La citada entidad financiera pagará al demandante (i) la suma de 395.000 euros, con el interés legal desde que se cargase en la cuenta [REDACTED] el coste de la adquisición de los títulos y hasta la devolución de la cantidad por el banco; y (ii) las costas de la





primera instancia.

Segundo: [REDACTED] entregará al banco demandado (i) los rendimientos brutos percibidos por razón de la tenencia de los indicados títulos o de las acciones en que fueron convertidos, incluidos los resultantes de la venta de derechos o productos financieros derivados de la tenencia de los valores o de las acciones; (ii) el interés legal aplicado sobre los importes mencionados desde que se abonaron [REDACTED] hasta su pago por éste o su compensación con lo que éste ha de recibir; y (iii) las acciones en que fueron convertidos los valores inicialmente adquiridos.

Sin costas de apelación. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

Conforme a la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Parlamento de





Cataluña, si hubiese de fundamentarse el recurso, aunque sea en parte, en infracción del ordenamiento jurídico catalán, cabría recurso de casación, en caso de apreciarse contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del antiguo Tribunal de Casación de Cataluña, o por falta de dicha jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos y lo firmamos.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://regit.judicial.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació: MERNPDX4Y6XFPVYNTKAEILZM2BBA02NN4
Data i hora: 25/03/2019 00:22
Signat per Valdivieso Práano, Jose Luis, Zapata Ciernacho, Inmaculada, Helgado Madroga, Federico;

