



Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 10 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549444
FAX: 935549544
EMAIL: instancia44.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168186406

Procedimiento ordinario 961/2016 -DD

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: X
Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres, Elisabet
Jorquera Mestres
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BANCO SANTANDER,
S.A
Procurador/a: X
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 63/2018

Magistrado: Ester Vidal Fontcuberta

Barcelona, 2 de marzo de 2018

Vistos por Ester Vidal Fontcuberta; Magistrada-Jueza titular de Primera Instancia de esta ciudad nº 44 los autos de Procedimiento Ordinario nº 961/16 DD; promovidos Xrepresentados por la Procuradora Elisabet Jorquera Mestres, y defendidos por el Letrado Juan Luis Pérez Gomez-Morán; contra BANCO SANTANDER, S.A, representado por el Procurador X y defendido por el Letrado X.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En fecha 28 de septiembre de 2007 la parte demandante adquirió el producto objeto de este procedimiento por importe de 25.000 €. Previamente, antes de la aprobación del folleto por la CNMV había firmado un documento de manifestación de interés (doc 20 A demandada)

En el marco de la oferta pública de adquisición de la totalidad de las acciones ordinarias de ABN Amro, formulada por BANCO SANTANDER junto con otras dos entidades, Royal Bank of Soctland y Fortis se procedió a la ampliación de su capital para financiar la adquisición de las acciones y se emitieron Valores Santander por valor nominal de 5.000 euros cada una de ellos y por un importe total de 7.000.000.000 €, en octubre de 2007.





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 anual (7,50% TAE)

Si se adquiría ABN Amro, como así se produjo, los Valores serían necesariamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones de nueva emisión; en ningún caso, se produciría el reembolso en metálico.

Es decir, los "Valores Santander" se convertirían primero en obligaciones, devengando un interés anual de 7,30 % el primer año, y el Euribor más 2,75 % los años sucesivos, pagadero trimestralmente, hasta su necesaria conversión en acciones del Banco el 4 de octubre de 2012. Con anterioridad a esa fecha el inversor podía voluntariamente efectuar el canje los días 4 de octubre de 2008, 2009, 2010 y 2011, a un valor de conversión determinado desde el inicio, en un 116 % de su cotización cuando se emitiesen las obligaciones convertibles.

El canje en acciones se produjo en fecha 10 de octubre de 2012, obteniendo 1929 acciones al precio de 5,80€.

La parte actora procedió a la venta voluntaria de las acciones en fecha 10 de octubre de 2013 por un importe de 12.661,96 €.

Por los valores Santander la parte demandante ha percibido rendimientos por importe de 5.999,15 euros. Después de la conversión en acciones y ha percibido 1.402,22 euros más de dividendos.

Los demandantes, antes de la compra de este producto, habían invertido en otros productos financieros, como fondos de inversión y depósito estructurado.

SEGUNDO.- Caducidad de la acción de nulidad formulada con carácter principal. La demanda fue interpuesta en fecha 4 de octubre de 2016. La demandada fundamenta su excepción de caducidad, en primer lugar en el transcurso de los cuatro años desde la firma del contrato, lo que no puede ser estimado por aplicación de toda la doctrina del Tribunal Supremo sobre la caducidad en este tipo de contratos.

Y, en segundo lugar, en que desde la recepción anual de la información fiscal y de las cartas informativas sobre la posibilidad de convertir los valores en acciones, el cliente podía salir de su error y conocer la verdadera naturaleza del producto, tesis que debe ser rechazada ya que ni la información fiscal ni estas cartas ofrecen suficiente información sobre la naturaleza del producto como para entender que el cliente puede obtener cabal conocimiento de las características y riesgos del producto que le permita ejercitar la acción de anulabilidad, tal como requiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre,





102/2016, de 25 de febrero, la de 20 de diciembre de 2.016, y sentencia 401/2017 de junio 2017.

TERCERO.- Falta de legitimación por haber vendido voluntariamente las acciones en fecha 10 de octubre de 2013.

La parte demandada la apoya en la imposibilidad de que por parte del demandante se pueda cumplir las consecuencias que el artículo 1303 del Código Civil anuda a la declaración de nulidad.

El Tribunal Supremo ya ha declarado en diversas ocasiones la inexistencia de falta de legitimación cuando el cliente ha vendido al FGD las acciones en las que se convirtieron las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas. Así, en la sentencia nº 580/2017, dice:” Esta cuestión ha sido tratada por esta sala en la sentencia 448/2017, de 13 de julio . Dijimos en dicha resolución que no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC (LA LEY 1/1889) , que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad.

Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio de la recurrente en el momento del canje obligatorio, por lo que ya desde esa fecha no era posible su restitución en ejecución de una eventual sentencia que declarara la nulidad del negocio originario de adquisición. De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio de la adquirente, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora.

Ahora bien, el art. 1307 CC (LA LEY 1/1889) no priva de la acción de anulabilidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones. Y a esa modulación se adaptaron lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia de primera instancia.

2.- Tampoco cabe considerar que, conforme al art. 1314 CC (LA LEY 1/1889) , se haya extinguido la acción de nulidad contractual. A tenor del primer párrafo de dicho precepto, se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa que constituya su objeto se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarla. Y no puede considerarse que la recurrente, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubiera perdido la cosa (las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas) por dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera le es imputable, en cuanto que vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendía con pérdida o no recuperaba nada de lo invertido”





Ciertamente en el caso de estos productos había elementos distintos a los que concurren en el supuesto de autos. Sin embargo, la imposibilidad de devolución de los títulos es una circunstancia común en ambos casos, y el Tribunal Supremo no ve en ello un impedimento para el ejercicio de la acción de nulidad. Por otro lado, en el presente caso, la venta también tiene lugar como medio para paliar las pérdidas que se están produciendo, y que son consecuencia del contrato cuya nulidad sebusca.

Este mismo motivo, el hecho de que la venta fuera el único medio para intentar reducir estas pérdidas es lo que hace que no puede mantenerse que concurren los requisitos para que la confirmación extinga la acción de nulidad conforme a los artículos 1.309 y siguientes del Código Civil. Tampoco del cobro de los rendimientos puede presumirse la confirmación del contrato, pues este acto no comporta un pleno conocimiento y aceptación de las características y riesgos del producto.

CUARTO.- El error como vicio del consentimiento se produce cuando recae sobre la sustancia, objeto del contrato, es esencial, la representación equivocada se muestra razonablemente cierta, es relevante y excusable (por todas la S.TS. 20-1-2014).

Estamos ante la suscripción de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Como ha dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de febrero de 2016, las sentencias de la Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación».

En el presente supuesto, la valoración de la prueba practicada da como resultado que la demandada no facilitó una información adecuada al cliente sobre el producto, su naturaleza y riesgos, obligación que le imponía la normativa aplicable.

La carga de la prueba de que se dio la información adecuada la tiene la entidad financiera. Dicha entidad se apoya en la prueba testifical de la empleada del Banco que realizó la operación y en el contenido de la orden de compra.

La orden de compra no contiene la información sobre los riesgos del producto.

El riesgo esencial de este producto era que el cliente siempre recibiría el mismo número





de acciones ya determinado de inicio, y si la cotización de la acción del Banco en el momento de la conversión fuera superior a ese precio prefijado, el cliente obtendría ganancias, pero si, como ocurrió, como en el momento de la conversión el precio de las acciones hubiera bajado, se produciría una pérdida.

Este riesgo de pérdida no consta en la orden de suscripción. Y tampoco se aporta una copia firmada que acredite la recepción del tríptico informativo.

Con el estudio del tríptico podría haberse conocido el riesgo, pero lo cierto es que no hay constancia documental de que fuese entregado.

Ciertamente en esa orden de compra figura una manifestación, también previamente redactada por la entidad bancaria, del siguiente tenor:

" Observaciones: 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"..."

Esta mención no es suficiente para entender que Banco Santander cumplió con las obligaciones que le incumbían, resultando aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de enero de 2015, que a continuación se transcribe, aun cuando se estableciera en relación con un contrato diferente: "Tampoco son relevantes las menciones predisuestas contenidas en el contrato firmado por la Sra. Bernarda en el sentido de que «he sido informado de las características de la Unidad de Cuenta...» y «declaro tener los conocimientos necesarios para comprender las características del producto, entiendo que el contrato de seguro no otorga ninguna garantía sobre el valor y la rentabilidad del activo, y acepto expresamente el riesgo de la inversión realizada en el mismo». Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 (LA LEY 169541/2014), en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el





reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista."

En cuanto a la declaración testifical de la Sra. Orozco, quien afirmó haber explicado los riesgos del producto, pero no fue preguntada sobre si llegó a entregar al tríptico antes de la firma de la orden de suscripción. No puede aceptarse en este caso, como única prueba de que se facilitó la información, el testimonio de un empleado de la entidad. La testigo es empleado de una de las partes, y además, es la persona responsable de haber dado esa información de manera adecuada, por lo que es lógico que defienda la actuación del Banco.

La falta de información produjo el error en el consentimiento que se produce cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equívoca o errónea (SS.TS. 221-11-2012; 29-10-2013; 20-1-2014). Lo que lleva a la formación de un consentimiento viciado erróneo.

En este Juzgado se han dictado otras sentencias con anterioridad en las que se consideró que la información que dio la sociedad demandada fue suficiente para que el cliente entendiera el funcionamiento del producto, con apoyo sobretodo en que en la orden de compra manifiesta no sólo haber recibido, sino también haber leído, antes de la firma, el tríptico informativo de la Nota de valores registrada en la CNMV. Sin embargo, el criterio se ha cambiado ante la lectura de varias sentencias de nuestra Audiencia Provincial, como la de la Sección 13ª, Sentencia 15/2018 de 16 enero 2018, que revoca una de este juzgado, la de la Sección 17ª, Sentencia 72/2018 de 24 Ene. 2018, y la de Sección 16ª, Sentencia 11/2018 de 12 Ene. 2018,

QUINTO.- Los efectos de la nulidad son los previstos en el art. 1.303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. Se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. Por ello, es obligación de la parte demandada la devolución del capital invertido y los frutos que el capital ha generado, que se materializa en el interés legal devengado desde la compra de los títulos.

Así, el efecto de la nulidad no será el solicitado por la parte actora en el suplico de su demanda (donde no recoge la deducción de lo obtenido por la venta de las acciones).

La parte actora deberá reintegrar a la parte demandada el importe obtenido tras la venta de acciones así como la totalidad de los importes abonados como intereses durante el periodo de vigencia de las participaciones, con sus intereses legales.

Esta es la solución adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia número 716/2016, de 30 de noviembre, al establecer "*La sala recuerda que los efectos de la declaración de nulidad de adquisición de estos productos financieros alcanzan a ambas*



partes, comercializadora y adquirentes, lo que implica que los efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono. Ésta es la solución adoptada por los arts. 1.295.1 y 1.303 CC, al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas, como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales.

QUINTO.- Las costas causadas en esta instancia no se imponen a ninguna de las partes, en atención a la estimación parcial de la demanda. Se entiende que la estimación es parcial, puesto que la sentencia atiende a lo peticionado en el suplico de la demanda, pero añade la obligación de la demandante de devolver los 12.661,96 € obtenidos de la venta de las acciones resultantes del producto, lo que supone una variación sustancial respecto de lo pedido.

FALLO

Estimo en parte la acción principal de la demanda que formula la Procuradora Elisabet Jorquera Mestres en representación de Xcontra BANCO SANTANDER, S.A, representado por el Procurador Ildfonso Lago Perez, y declaro la nulidad de la compra de Valores Santander concertada entre ambos el 27 de septiembre de 2007, con los efectos restitutorios recíprocos indicados en el último párrafo del fundamento jurídico quinto de la presente resolución, sin hacer expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona. (art. 455 LEC). El recurso se interpondrá mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LEC).

Con el escrito de interposición deberá acompañarse el documento que acredite el ingreso de 50 € como depósito para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este juzgado correspondiente al presente procedimiento en Banesto. Debe hacerse constar en el apartado "concepto en que se hace el ingreso" los términos: "Recurso 02 Civil-Apelación", bajo apercibimiento de no dar trámite al recurso.

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

El Magistrado