



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
OVIEDO**

SENTENCIA: 00277/2017

S40040

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

-

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

JMI

N.I.G. 33044 42 1 2016 0004997

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000010 /2017

Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.8 de OVIEDO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000457 /2016

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Procurador: SALVADOR SUAREZ SARO

Abogado:

Recurrido:

Procurador: FLORENTINA GONZALEZ RUBIN

Abogado: JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO

NÚMERO 277

En OVIEDO, a diez de Julio de dos mil diecisiete, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Ángel Luis Campo Izquierdo, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de apelación número **10/2017**, en autos de JUICIO ORDINARIO N° 457/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número ocho de los de Oviedo, promovido por **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, demandada en primera instancia, contra **D.** , demandante en primera instancia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Nuria Zamora Pérez.-

ANTECEDENTES DE HECHO



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de los de Oviedo se dictó Sentencia con fecha dieciocho de Noviembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Florentina González Rubín, en nombre y representación de contra el Banco Popular Español, S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados obligatoriamente convertibles por acciones del Banco Popular Español hecho por los litigantes el 3 de octubre de 2009, así como los contratos de 4 de mayo de 2012 y de 16 de julio de 2015, con condena a la recíproca restitución de las prestaciones derivadas de las indicadas obligaciones subordinadas, con intereses desde la nulidad del contrato, con deducción de los intereses brutos cobrados por la demandante durante el contrato con sus correspondientes intereses.

Todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veinticuatro de Enero de dos mil diecisiete.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia al tener la Magistrada ponente otros asuntos pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda presentada por D. y en consecuencia declara la nulidad del contrato de adquisición de bonos subordinados obligatoriamente convertibles en acciones del Banco Popular español, concertado entre los litigantes el 3 de octubre de 2.009; así como los contratos de 4 de mayo de 2.012 y de 16 de junio de 2.015. Como consecuencia de esa nulidad, los litigantes deberán devolverse recíprocamente las prestaciones derivadas de las obligaciones subordinadas, con intereses, desde la nulidad del contrato, con deducción de los intereses brutos cobrados por el demandante durante el contrato, con sus correspondientes intereses. También condena a la entidad demandada al pago de las costas devengadas en la primera instancia.

SEGUNDO.- Recurrída la sentencia por la entidad demandada, como primer motivo del recurso insiste en la caducidad de la acción de anulabilidad articulada.



Reitera, la entidad apelante, que el demandante, quien el 3 de octubre de 2.009 firma una "Orden de Suscripción Valores", en virtud de la cual adquiriría ciento cincuenta (150) títulos valores por importe nominal de mil euros (1.000€) cada uno de ellos, según un tríptico informativo de la emisión, pudo conocer la pérdida del valor nominal de los mismo cuando en el año 2.010, se le remite información de la inversión a efectos fiscales. De no acogerse esa fecha, año 2.010, el día inicial en el computo del plazo sería el de 4 de mayo de 2.012 /folio 58), cuando se procede al canje de BO-Popular Capital conv,V-2013-ISINESO370412001 por BO.Sub.ob.conv Popular V.11-15-ISIN ESO 313790059 y puesto que la demanda se presenta el 30 de junio del año 2.016, habría transcurrido un periodo de tiempo superior al plazo de cuatro años regulado en el artículo 1.301 del Código Civil.

La excepción invocada fue correctamente examinada y resuelta por el juez de instancia, en el fundamento de derecho cuarto, cuyos razonamientos el tribunal asume. Este tribunal de apelación, en su sentencia de 23 de enero de 2.017 se pronunció sobre la caducidad invocada, en los siguientes términos: "existe una abundante y ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a título meramente ejemplificativo las sentencias de 19 y 20 de diciembre de 2.016 y las que allí se menciona, en la que se mantiene que la interpretación el artículo 1.301 del Código Civil, a efectos de computo plazo en el ejercicio de la acción de anulación de los contratos, ya se considere ese plazo como de caducidad o de prescripción, debe interpretarse con arreglo a la realidad social actual, artículo 3 del Código Civil y al tipo de contrato respecto del que se predica esa nulidad. Y es que la simplicidad contractual existente al tiempo de aprobarse el Código Civil, la cual permitía conocer el verdadero alcance del contrato suscrito, de adoptar los contratantes una mínima diligencia, no se corresponde con la complejidad de algunos contratos que ahora se conciertan, como puede ser la comercialización de determinados productos bancarios o financieros. Relaciones contractuales, en las que además una de las partes contratantes -quien comercializa el producto- acostumbra a tener una postura contractual preferente frente a la otra parte contratante. Conoce la mecánica operativa del producto, algo desconocido para el consumidor, y además en muchas ocasiones goza de una información privilegiada, pues el ámbito mercantil en el que desarrolla su actividad empresarial le facilita un conocimiento de futuro, a corto y medio plazo, acerca de el comportamiento y rentabilidad del mismo, conocimientos que no tiene el cliente.".-

Así las cosas, en este tipo de contratos, considera, el Tribunal Supremo, que el día inicial a efectos de cómputo de plazo, de cuatro años, regulado en el artículo 1.301 del Código Civil, sólo puede fijarse cuando el cliente tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de diciembre de 2.016. "no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento".





Abundando en esa argumentación esa misma sentencia, en relación a este tipo de contratos bancarios, financieros o de inversión, apunta que el día inicial del plazo del ejercicio de la acción de anulación será: "el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados 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 de error".

Consideraciones jurídicas aplicables al caso de autos, en especial porque el producto de inversión allí analizado es el mismo que ahora se examina y la entidad bancaria que lo comercializa también es la misma.

La entidad apelante apunta que el demandante podía ser conocedor de la pérdida de valor de su inversión cuando en el año 2.010 se le remite información a efectos fiscales. En el fundamento de derecho cuarto se apunta que los bonos habían pasado a cotizar al 97'88%. En la prueba documental remitida a este tribunal, al folio 353 vuelto se recoge un apunte contable en el que se reseña BO. Popular. Capital CONV V.2013. 150.000 N-A 97'88%. Información que aparece "enmascarada" en una pluralidad de datos numéricos que la hace pasar fácilmente desapercibida. Además hablamos de una pequeña reducción de capital que podía ser debida a una circunstancia coyuntural, nada que hiciera prever la importante pérdida de valor que acabaría sufriendo al convertirse en acciones.

Tampoco podemos aceptar como día inicial en el cómputo de ese plazo de cuatro años el de 4 de mayo de 2.012. Ese documento lo único que recoge es el canje de la inversión inicial por otra nueva. Es más, el análisis del mismo evidencia cierta contradicción en la postura mantenida por la entidad demandada, al tiempo que delata la ocultación en la conducta de la misma. según propugna la recurrente, en la información fiscal remitida en el año 2.010 los bonos habían sufrido una pérdida en la cotización de un 2'12%, en un periodo de tres meses, ya que en el año 2.010 se remite la información a efectos fiscales del ejercicio 2.009 y los bonos se habían suscrito en octubre de ese año. El canje se produce casi tres años más tarde y la inversión seguía manteniendo el valor de 150.000 euros. No se da explicación alguna acerca de cómo ha ido evolucionando en eso tres años, las fluctuaciones al alza o la baja que ha sufrido en ese periodo, sigue manteniendo el mismo valor, de manera que el cliente consumidor difícilmente podía percatarse de las graves consecuencias económicas que se iban a producir años más tarde. En definitiva, teniendo en cuenta las diversas fechas que se reseñan en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, y que la conversión definitiva no tenía lugar hasta el año 2.013, cuando se presenta esta demanda no había transcurrido los cuatro años legalmente previstos.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

TERCERO.- En cuanto al fondo del litigio, la apelante insiste en negar la concurrencia del error esencial como vicio invalidante del consentimiento. Además el demandante es un

Descargado en www.asufin.com

inversor con un perfil avezado en estos productos, como lo demuestra el que tenga suscritos otros productos financieros de análoga naturaleza.

En cuanto a la concurrencia del error en el cliente y de la diligencia que deben observar las entidades financieras o de inversión que comercializan esos productos bancarios, de naturaleza compleja, difíciles de conocer y comprender por los particulares adquirentes razona ampliamente el juez "a quo" en los fundamentos de derecho quinto a octavo. También este tribunal en su sentencia de 23 de enero de 2.017, con referencia a otras precedentes decía: "nos hallamos ante la comercialización de productos bancarios de carácter complejo, de naturaleza híbrida, pues inicialmente, durante un periodo de tiempo, se comportan como si fuera un depósito a un tipo de interés superior al que acostumbran a dar las entidades bancarias, pero que acaban convirtiéndose en una inversión en acciones, sujetas a fluctuaciones de mercado. Producto que entraña un importante riesgo para el inversor, generalmente consumidor, desconocedor del tipo de producto que suscribe, y de su mecánica operativa. Contratos, en muchas ocasiones, concertados por las indicaciones y asesoramiento proporcionado por el empleado de la entidad bancaria, quien por ser con el que habitualmente hablan, tienen depositado en él su confianza. Es cierto que el consumidor busca la mayor rentabilidad de su capital, como por otro lado es comprensible, pero al invertir en estos productos que presentan mayor rentabilidad de inmediato, les lleva a asumir unos riesgos importantes, hasta el punto de exponerse a la pérdida del capital, lo que hacen por desconocimiento del alcance real del contrato concertado.

La dificultad de conocer el verdadero alcance de estos contratos ha llevado al Tribunal Supremo, desde su sentencia de 20 de enero de 2.014, a exigir que las entidades bancarias y financieras, al concertar estos contratos, extremen la diligencia de información al cliente, exponiendo tanto aquellos aspectos positivos que puedan hacer atractivo el producto como los negativos, tales como riesgo asumido, consecuencias económicas para el inversor, poniéndole ejemplos asequibles, comprensibles, acerca del comportamiento futuro del contrato, e incluso informarle de la posible existencia de otros productos bancarios que puedan obedecer a sus expectativas de inversión y que entrañen menor riesgo. Diligencia que en el caso de autos, no cabe dar por acreditado, adoptara la entidad bancaria. Y es que la concertación del producto en base a un folleto informativo, preimpreso por la comercializadora, sin mayores explicaciones no cumple el requisito de información, previa, clara, precisa, suficiente para que el cliente conozca el producto que contrata.

Un examen del contrato permite afirmar que lo que se concierta es una "suscripción de valores", sin mayor explicación. De lo único que parece haber sido debidamente informado es de las tarifas de comisiones y gastos aplicables a la operación, así como de una supuesta autorización al banco a asentar los importes en otra cuenta que posea, si en caso de débito no tuviera saldo disponible la indicada para atender su liquidación y en último extremo, a la enajenación de valores

en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite.....

Del examen del tríptico facilitado se aprecia destacado en negrita términos como "Bonos" "Obligaciones" "Obligaciones Subordinadas Necesariamente Convertibles", por el contrario pasa totalmente desapercibido, en la redacción general, que el inversor al vencimiento del plazo pactado no recupera el capital que se convierte en "Obligaciones Subordinadas Necesariamente Convertibles de Banco Popular Español I/2009, que a su vez se convertirán necesariamente en acciones ordinarias de nueva emisión de Banco Popular Español SA". En definitiva el consumidor se acababa convirtiendo en accionista, condición que dudosamente parecía estar dispuesto a asumir con la adquisición de este producto.

CUARTO.- Tampoco hay constancia de que la demandante conociera el riesgo que asumía caso de insolvencia, liquidación o disolución de la entidad bancaria, ni de que estuviera dispuesta a aceptarlo. No consta que recibiera información objetiva y fiable de la situación económica en la que se hallaba ésta. En el año 2.009 muchas entidades bancarias, crediticias, financieras, se presentaban como sólidas, solventes, con una situación patrimonial fiable, aunque eso no obedecía a la realidad. La ocultación de la situación económica real de la entidad que comercializa el producto, incide de forma esencial en la voluntad del consumidor contratante, quien suscribe estos productos, obligaciones subordinadas, fiado en la escueta información facilitada acerca de la liquidez, solvencia y seguridad económica de la entidad bancaria, lo que no obedecía a la realidad, circunstancia que incidiría de forma determinante en la recuperación de la inversión realizada.

En la página tres del tríptico (folio 225) recoge los supuestos en los que se produce el canje de los bonos diferenciando entre un periodo de canje voluntario y el obligatorio. El que se incluya esa referencia en el folleto informativo, después de un clausulado previo de difícil comprensión, por un ciudadano medio, no cabe considerarlo como cumplimiento del deber de información por parte de la entidad comercializadora. Y es que no se alcanza a comprender que si realmente la entidad bancaria considera que comercializa productos de fácil comprensión, que el cliente en todo momento conoce el riesgo que asume, además del tríptico, que en muchas ocasiones sólo cumple la finalidad de publicitar el producto que va a comercializar, no entregue una hoja en la que de forma clara, indubitada, fácilmente asequible para cualquier consumidor especifique:

1º.- Duración del contrato.

2º.- Rentabilidad del mismo, esto es en el caso de autos puesto que durante un periodo devengaba unos intereses, el tipo de interés que producía y durante qué tiempo

3º.- Riesgos asumidos, tales como que caso de disolución o liquidación de la entidad bancaria, las obligaciones subordinadas ocupaban el último lugar en la recuperación del

capital invertido, después de haber pagado a todos los acreedores.

4º.- Reseña clara e indubitada de que a la expiración del plazo inicialmente convenido la inversión se convertiría en acciones de la entidad bancaria. Importe de adquisición de la acción, si las acciones cotizan en bolsa, indicar el valor al que cotiza y posible evolución futura de esa cotización. De no cotizar en bolsa además del importe a desembolsar por las acciones, debería informarle de las opciones de su comercialización en el mercado secundario y posible precio de venta.

No consta que la demandante recibiera esa información de manera clara y precisa, sino que por el contrario, los términos oscuros en que comercializa el producto, genera en su consentimiento, un error esencial, invencible que vicia la validez del contrato. Error del que sólo se percata cuando al finalizar el plazo pactado no recupera el capital, sino que se convierte en bonos-obligaciones subordinadas y luego en acciones, con un valor que le supone una importante pérdida del capital invertido.-

QUINTO.- Las consideraciones jurídicas expuestas no se ven desvirtuadas por el resultado de la prueba testifical practicada. En primer lugar por la condición de empleado de la entidad bancaria, del testigo que declara, lo que exige que su testimonio sea valorado con las debidas cautelas, máxime teniendo en cuenta que fue quien comercializó el producto, esto es interviene activamente en su la celebración de un contrato cuya validez se está cuestionando. En segundo lugar, porque las posibilidades de recordar, siete años más tarde, como actuó en un supuesto concreto, es cuando menos dudoso. El testigo, con arreglo a parámetros de normalidad, podrá rememorar cual era su mecánica operativa en general, y de ahí presumir que fue la que observó en este caso, pero no que así lo hiciera.

La complejidad del producto comercializado, su naturaleza híbrida, primero como producto de inversión y finalmente como accionista, el potencial riesgo de pérdida de valor económico de la inversión, exige unas explicaciones concienzudas, claras, que no dejen lugar a dudas, de manera que el cliente consumidor tenga cabal conciencia del riesgo al que se expone, dejando constancia escrita de la información recibida, lo que no consta en autos.

Se apunta que el demandante tenía un perfil inversor elevado, paradójicamente no consta en autos que se le practicara unos tests de comprensión del producto ni de idoneidad, previos y adecuados para conocer su perfil personal y el grado de comprensión del producto y el riesgo que asumía. Según la documental remitida es cierto que tenía acciones en empresas como Repsol SA, Telefónica SA, y otra similares que cotizan en bolsa, productos claramente diferentes al que es objeto de este proceso.

En cuanto a los fondos de inversión que reseña no cabe darles la importancia que se pretende. No se acredita en qué

Descargado en www.asufin.com



consiste el producto, cuales fueran los condiciones en las que se suscribe, si el adquirente había recibido o no la debida explicación y si comprendía el riesgo que sumía. En definitiva se tratan de contratos diferentes, cuya posible eficacia jurídica es irrelevante en el supuesto examinado.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas del apelante, por aplicación del artículo 398 nº 1 de la LEC.

En atención a lo expuesto la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente:

F A L L O

SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, contra la sentencia dictada el dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis, por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Oviedo, en el Juicio Ordinario Nº 457/2.016. Se confirma la sentencia apelada, imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta segunda instancia.

En aplicación del punto noveno de la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ, dese el destino legalmente previsto, al depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

