



Roj: **SAP O 750/2018 - ECLI:ES:APO:2018:750**

Id Cendoj: **33044370052018100105**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **12/03/2018**

Nº de Recurso: **71/2018**

Nº de Resolución: **107/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00107/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000071 /2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a doce de Marzo de dos mil dieciocho.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 119/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero, Rollo de Apelación nº **71/18**, entre partes, como apelante y demandada **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por el Procurador Don Salvador Suárez Saro y bajo la dirección del Letrado Don José María Molina Llorente, y como apelada y demandante **DOÑA Belinda**, representada por la Procuradora Doña Eugenia García Rodríguez y bajo la dirección del Letrado Don Marcelino Tamargo Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero dictó sentencia en los autos referidos con fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de DOÑA Belinda frente **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** y, en su virtud, declaro la nulidad del contrato de 2 de octubre de 2009 firmado entre la entidad demandada y la actora y el canje posterior de mayo de 2012, con condena a reintegrar a la actora la cantidad en su día invertida más los intereses correspondientes, previa compensación de las percibidas en concepto de intereses por la Sra. Belinda .

Con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en esta instancia".

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por **Banco Popular Español, S.A.**, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El 2-10-2009 Doña Belinda suscribió con el **Banco Popular** una orden de suscripción de **bonos subordinados**, necesariamente convertibles en acciones con vencimiento en el año 2.013 (fecha de obligada conversión), por nominal de 40.000 € equivalente a 40 bonos y el 3-05-2012 canjeó esos bonos por otros de igual clase, por igual nominal y en igual número, con vencimiento en noviembre del año 2.015.

Pues bien, Doña Belinda accionó frente al **Banco Popular** en petición de la declaración de nulidad de la orden de suscripción de los bonos con vencimiento en el año 2.013 y sino, y subsidiariamente, su anulabilidad, como también del contrato de canje por error en el consentimiento y en tercer lugar, también con carácter subsidiario, la declaración de que la demandada incurrió en infracción de su deber de información, debiendo ser condenada a resarcirle en los daños y perjuicios sufridos.

La demandada contestó oponiendo la caducidad de la acción (art. 1.301 del CC), que no intervino en la contratación del producto en funciones de asesoramiento, que cumplió con su deber de información tanto en la fase precontractual como en la contractual y que la parte, por su perfil y experiencia en otros productos, pudo o debió conocer de los riesgos del producto.

El Tribunal de la instancia declaró la nulidad de la orden de compra de 2-10-2009 y del contrato de canje de 3-05-2.013 al apreciar error en el consentimiento y la demandada no se conforma por los siguientes motivos que pasamos a analizar separadamente.

SEGUNDO.- Insiste la parte en la caducidad de la acción desde la consideración, según su criterio, de que la actora conoció la verdadera naturaleza y riesgo del producto con motivo del acuerdo de 3-05-2012 por el que se canjean los bonos suscritos el 2-10-2009 por otros con vencimiento en noviembre del año 2.015, presupuesto del que se parte inasumible desde el momento en que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial según la cual el cómputo del plazo del art. 1.301 del CC no debe de comenzar hasta en tanto el cliente inversor no adquiera conciencia del producto, su naturaleza y riesgos (STS 12-01-2015 , 7-7-2015 , 16-09-2015 y 19-02-2018), para que así fuese debió de acreditar la parte que con motivo del canje fue debidamente informada la adversa de la naturaleza y riesgos del producto (STS 7-1-2016 , FD 2º in fine y también sentencia 4- 4-2017) y, más concretamente, del que caracteriza el de autos que, según explica la STS de 17-06-2016 , relativa a un caso similar, reside en que el precio de canje o conversión de los bonos en acciones de la entidad bancaria viene predeterminado, pudiendo no coincidir con el verdadero valor de la acción al momento del canje o conversión.

Incidentalmente apunta la recurrente que la actora suscribió en el año 2.010 otra orden de compra de bonos, también necesariamente convertibles en acciones, cuyo canje se produjo en junio del año 2.012, lo que tanto da, pues para que dicho evento adquiriese relevancia a los efectos de la excepción examinada requeriría (como del mismo modo respecto del negocio de canje) la prueba de que la actora fue informada del riesgo del producto al momento de aquella orden de suscripción de bonos, pues es claro que, de otro modo, el error no hace sino perpetuarse y con el añadido de que, del examen del resumen explicativo de aquella emisión de bonos del año 2.010, resulta que el precio de canje o conversión no venía predeterminado del mismo modo que en el que nos ocupa, sino que tomaba por referencia la cotización de la acción en un período de tiempo próximo al de la conversión o canje del bono (folio 191).

Por ser, ni siquiera concreta la recurrente si la actora se vio o no perjudicada en ese producto por el canje y en qué cuantía como para que, siendo significativa, aquélla pudiese tomar conciencia del riesgo que caracteriza el producto.

En el siguiente motivo analiza la recurrente su comportamiento en la fase precontractual, remitiéndose a la documentación facilitada a la actora tanto con motivo de la suscripción de la orden de compra de los bonos como de su canje, queriendo ignorar que toda ella aparece fechada y fue entregada al momento de la firma de uno y otro actos jurídicos y, obviamente, dicha información carece de virtualidad para erradicar el error si no se entrega previamente (STS 16-09-2015) a la suscripción del producto (de nuevo STS 7-1-2016).

Refiere, acto seguido, la recurrente que la actora dio su consentimiento plenamente informada, lo que no es sino consecuencia de su afirmación previa de que fue previamente informada, lo que, ya se ha expuesto, no fue así ni está acreditado.

Del mismo modo expone que en la fase postcontractual periódicamente le informaba tanto de los rendimientos del producto como, en las fecha establecidas para su conversión voluntaria, de la posibilidad de optar a ello, lo que es cierto, pero obvia la recurrente que en esa información se omite el valor nominal de las acciones que la actora recibiría de optar por el canje o conversión.

Por último, se refiere la parte a la prueba de interrogatorio, desatendiendo lo que la actora declaró, que no fue otra cosa que no se le informó del riesgo del producto.



En el siguiente motivo el recurrente apoya su recurso en el perfil de la adversa afirmando que poseía experiencia inversora, como resulta de que en el año 2.010 suscribió una compra de producto similar, cuando es que ya se ha dicho que no consta que con motivo de la suscripción de ese producto hubiese sido suficientemente informada de sus característica y riesgos, viniendo reiterado hasta la saciedad por la doctrina jurisprudencial que la suscripción de otros productos de inversión no convierte, sin más, a un titular en un experto inversor capaz de comprender el producto sin recibir previa información (STS 17-7 y 30-09-2016 y 4-4-2017).

En el cuarto motivo, sostiene que se habría producido la convalidación del contrato con motivo de la suscripción del canje, lo que es volver sobre lo mismo, pues para que se produzca aquello es necesario que el contratante sea consciente del error y, aún así, manifieste su voluntad en obligarse, y ya se ha expuesto que con motivo del canje se perpetuó el error, pues por la recurrente no se acreditó que hubiese informado adecuada y suficientemente a la adversa de los riesgos del producto antes de formalizar el canje, y sobre esto conviene dejar reseña de que la advertencia que encabeza el resumen explicativo de la emisión de los bonos del año 2.012 sobre la pérdida de valor es con referencia a los bonos mismos y no de las acciones por su valor al canje (folio 177).

En suma, se desestima el recurso.

TERCERO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, de conformidad con el art. 398 de la LEC .

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por **Banco Popular** Español, S.A. contra la sentencia dictada en fecha veinte de noviembre de dos mil diecisiete por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.