

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Décima c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035 Tfno.: 914933917 37007740	
---	--

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0222819

Recurso de Apelación 523/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1456/2015

Apelante: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

Apelado: D./Dña. AVELINO MOHEDANO CRESPO

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ-LAYOS

SENTENCIA N° 444/2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. JOSÉ MARÍA PRIETO Y FERNÁNDEZ-LAYOS

Dña. AMALIA DE LA SANTÍSIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

En Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil diecisiete.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1456/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid a instancia de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. apelante - demandado, representado por la Procuradora Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER y defendido por Letrado, contra D. AVELINO MOHEDANO CRESPO apelado - demandante, representado por el Procurador D. FRANCISCO JAVIER BLASCO MATEU y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 3 de febrero de 2017.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José María Prieto y Fernández-Layos

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por Juzgado de 1ª Instancia nº 72 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 3 de febrero de 2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Que ESTIMANDO la demanda presentada por el Procurador Sr Blasco Mateu, en nombre y representación de D. Avelino Mohedano Crespo, contra Banco Popular España S.A debo declarar y declaro la nulidad de la orden de suscripción de 50 títulos de BO Popular Capital Conv V 2013 de fecha 38/10/2009 por el actor por un nominal de 50.000 €, así como de los contratos de administración de valores asociados a dicha orden de suscripción, así como el canje de dichos bonos en acciones de Banco Popular Español S.A, condenando a la demandada a restituir a la actora la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €) más intereses legales del dinero desde la fecha de contratación de los bonos hasta el día de hoy, e intereses del art. 576 de la LEC desde el día de hoy hasta su completo pago, descontando los intereses legales devengados desde cada una de las liquidaciones hasta el día de hoy, e intereses del art. 576 de la LEC desde el día de hoy hasta su completo pago. Se declara que la titularidad de las acciones pasen a la entidad demandada.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.”

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, 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. Por providencia de esta Sección, de fecha 3 de octubre de 2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 24 de octubre de 2017

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia que estima, en el sentido que se recoge en el primero de los antecedentes de hecho consignados *ut supra*, la demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción principal de anulabilidad de compraventa de bonos convertibles en acciones origen del presente procedimiento, en base a determinadas

consideraciones de las que se hará mención, por su relación con este trámite impugnativo, en los siguientes razonamientos de derecho, se interpone recurso de apelación por la parte demandada, cuyos motivos son los que se van a pasar a analizar seguidamente, aceptándose por esta Sala los fundamentos jurídicos asentados en aquella resolución judicial.

SEGUNDO. Después de manifestar los pronunciamientos de la sentencia recurrida que se impugnan y hacer un breve análisis del objeto, tanto del procedimiento, como del presente recurso de apelación en relación con las cuestiones de fondo, temas que carecen de naturaleza impugnatoria alguna, alega la parte apelante como primer motivo de su escrito refutatorio el error en la apreciación de la existencia de vicio en el consentimiento.

El motivo debe desestimarse.

La Sala considera que es de aplicación al devenir de la presente apelación el principio de la libre valoración judicial de la prueba, que viene sintetizado, recogiendo el dictado de la pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial sobre el particular, por la sentencia 106/2015, de 27 de abril, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz al afirmar que “la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que aunque evidentemente pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, no, en forma alguna, tratar de imponerla a los Juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador *a quo* y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia, que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez *a quo* de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso”.

Asimismo, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 8 de mayo de 2017, de esta Sección, en su recurso número 1163/2016, ha tenido ocasión de recoger la doctrina inveterada sobre el particular al afirmar que “sobre la apreciación de la prueba, resulta indiscutido en el ámbito jurisdiccional que constituye una función exclusiva del órgano de enjuiciamiento, no susceptible de revisión en apelación cuando la ponderación se ha ajustado a las reglas de la sana crítica y las conclusiones resultantes de esta evaluación no resultan irracionales o ilógicas, debiendo prevalecer sobre la opinión parcial que merezcan a las partes en el proceso”, y que “la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina dentro de las facultades propias del Juez de instancia, cuyas conclusiones, favorecidas por el principio de inmediación, deben mantenerse a no ser que sean ilógicas, arbitrarias o contrarias a derecho, debiendo prevalecer la evaluación que de las pruebas realizan los órganos judiciales por ser más objetiva que la de las partes, habida cuenta de los intereses particulares que éstas defienden, no pudiendo tener favorable acogida aquella pretensión dirigida a sustituir el criterio objetivo del Juez por el subjetivo de la parte”.

Pues bien, una vez examinado el procedimiento escrito y audiovisual, este Tribunal no puede sino concluir que la valoración global de la prueba efectuada por la Juzgadora de instancia sobre los particulares apelados no resulta en absoluto contraria a las reglas ni de la lógica o la razón (artículo 218.2 de la LEC), ni de la sana crítica (como criterio general que ilumina todo el contexto de la apreciación probatoria judicial no tasada), siendo cuestión distinta que tal valoración no se comparta por la parte apelante.

Efectivamente, la sentencia de primera instancia afirma que “el trabajo desarrollado por el actor durante su vida laboral en Banco Popular no le confería unos conocimientos financieros que le permitieran conocer la naturaleza y características de los bonos convertibles en acciones que suscribió seis años después de cesar en su actividad laboral”. Frente a estas aseveraciones lógicas y razonables no puede pretenderse como hace la parte apelante que esta Sala las vuelva a valorar en sentido contrario por su mera disconformidad subjetiva con las mismas. El hecho de que el actor fuera empleado de la entidad bancaria durante 29 años y conociera el funcionamiento y operativa bancaria, no quiere decir que estuviese familiarizado con todos los productos ofertados por ella. En el certificado emitido por el banco del historial laboral del demandante (obrante al folio 259 de las actuaciones) se puede comprobar que comenzó su andadura como subalterno, para pasar a ejercer funciones de auxiliar administrativo y posteriormente de oficial, pero siempre sin ostentar ningún cargo de responsabilidad, como reconoció en su interrogatorio, ni tener firma, como afirmó en su declaración testifical el ex-empleado señor García Rama. El dato de haber trabajado en el centro de valores de la entidad según dicho certificado, tampoco es relevante al venir referido sólo a la gestión de acciones, y no de productos complejos como el que es objeto de autos. Además, la operación se le ofreció seis años después de jubilarse y sobre un instrumento de comercialización novedosa, del que ni siquiera el empleado de banca que lo tramitó -el citado señor García Rama- había recibido ningún curso formativo, tal y como éste reconoció en su deposición judicial.

Siguiendo el dictado de la sentencia 840/2013 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 20 de enero de 2014, “conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar”. En este sentido, aunque la sentencia recoja que “en definitiva, ha quedado acreditado que no se ofreció al cliente la información suficiente, clara y nítida para comprender los riesgos que asumía al suscribir un producto complejo de alto riesgo ofrecido por la entidad bancaria, e inadecuado al cliente, al que no realizó un test de idoneidad, al que estaba obligado el Banco Popular al desarrollar una función de asesoramiento”, lo cierto es que nuestro Alto Tribunal hace más hincapié en la falta de conocimiento que en la de información, haciendo residir esa falta de conocimiento por parte del cliente -salvo que tenga una experiencia financiera preclara sobre el producto que aquí no concurre como hemos visto- en la ausencia del test de idoneidad. Y así, siguiendo de nuevo la citada STS 840/2013, de 20 de enero de 2014, “lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención al cliente minorista que contrata [los bonos convertibles], como si al hacerlo tenía

un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; la omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”. De esta forma, siendo evidente que en el presente caso hubo una clara labor de asesoramiento financiero, cual concluye la sentencia apelada (el banco no realizó campaña publicitaria; el actor no acudió a la sucursal a interesarse precisamente por ese producto; y el comercializador reconoció en juicio que tenía un listado de clientes y los iba llamando para proponerles la inversión) y deriva de la doctrina jurisprudencial (por todas, la STS 387/2014, de 8 de julio, donde se recoge que “para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que éste es ofrecido al cliente”, debiendo tener “la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir [el producto] realizada por la entidad financiera al cliente inversor que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”), de esta forma, decimos, existiendo asesoramiento y habiendo quedado constatada la falta de realización del test de idoneidad, la existencia del error vicio por desconocimiento, como afirma el Tribunal Supremo en la antedicha sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, debe presumirse. Y esta presunción determina la inversión en la carga de la prueba (artículos 217.6 y 385 de la LEC) con todo lo que ello supone, sin que la entidad apelante haya podido acreditar, aparte de las circunstancias ya refutadas *ut supra*, dato alguno que determine el conocimiento del producto en toda su extensión por el demandante, debiendo unirse a tales circunstancias la relación que unía al actor con el empleado comercializador del instrumento financiero -amigo y ex-compañero de trabajo- y que condujo a una evidente relajación en el trámite de la suscripción, como reconocen ambos en sus correspondientes interrogatorios judiciales (a modo de ejemplo, el demandante admitió que la operación duró unos diez minutos o menos, y el testigo, que simplemente le dio un tríptico y le informó cómo funcionaba el producto), abocando a considerar que la compraventa se efectuó más por razón de confianza que de información. Además, en orden a esta información, de dichas declaraciones se desprende que la facilitada recalca la seguridad del instrumento, sin ningún viso del riesgo que finalmente se materializó en las pérdidas económicas denunciadas (así, el actor refirió que el señor García Rama le dijo que era un producto super-seguro y que siempre podía rescatar los 50.000 euros invertidos, mientras que éste manifestó que en esa época era una inversión segura que se recuperaba cuando se quería y que hasta la fecha nadie había tenido ningún problema, pues todo el que quería liquidez avisaba al banco y el banco en unos días liquidaba). Esa falta de conocimiento veraz propiciado por las probadas circunstancias antedichas generó un error en el demandante que vició su consentimiento al contratar (artículos 1265, 1266, 1300 y 1301 del CC).

TERCERO. Alega la parte apelante como segundo y último motivo de su recurso el hecho de no haberse tenido en cuenta el perfil inversor del actor.

El motivo debe desestimarse, y con él, íntegramente el recurso.

Se recoge en la sentencia impugnada que “en cuanto a la experiencia inversora del cliente, del historial aportado por la demandada, a la fecha de contratación en el año 2009, sólo consta la inversión en acciones de distintas entidades bancarias y mercantiles, pero no la contratación de otros productos complejos como warrants y pagarés del Banco Popular, que se contrataron con posterioridad a la suscripción del producto litigioso”.

La claridad de este argumento judicial en absoluto resulta contradicha por el dictado del motivo que analizamos, pues, por un lado, no se puede equiparar sin sonrojo las acciones con los bonos convertibles, por mucho que para calificar aquéllas y acercarlas a la equiparación se usen en el escrito impugnativo expresiones como “especulación en bolsa”, “renta variable” o “riesgo de pérdida del capital invertido”; y por otro, no resulta dable mezclar el conocimiento financiero que se tenga en un momento dado con el que se pudiera adquirir posteriormente. En definitiva, no ha quedado constatado que al tiempo de la suscripción nos encontrásemos ante un inversor entendido ni que tuviera experiencia previa en bonos convertibles u otros productos complejos y de riesgo. Ése es el perfil que ha de valorarse en el presente asunto. En este sentido, en el documento número 3 de la contestación a la demanda, consistente en el historial de inversiones del demandante, se comprueba que con anterioridad al 3 de octubre de 2009, fecha de la orden de compra de los valores en litigio, el actor sólo había invertido en acciones y letras del tesoro, y que los warrants y europagarés a que se refiere el recurso fueron suscritos con posterioridad, como bien se recoge en la sentencia apelada.

CUARTO. Desestimándose el presente recurso de apelación procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, deviene necesario jurídicamente dictar el siguiente

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora doña Cayetana Natividad de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de Banco Popular Español, S.A., contra la sentencia de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete, dictada en el procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número setenta y dos de Madrid bajo el cardinal 1456/2015, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, imponiendo expresamente las costas de esta

alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0523-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala N° 523/2017, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ.