

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimer

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0187088

Recurso de Apelación 116/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1105/2016

APELANTE: POPULAR BANCA PRIVADA

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

APELADO: ASUFIN

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JOSE AGUDO RUIZ

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos. Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D^a. ROSA M^a CARRASCO LÓPEZ

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

En Madrid, a veintinueve de enero de dos mil diecinueve. La Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 1105/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Demandante-Apelada: ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN, y de otra, como Demandada-Apelante: POPULAR BANCA PRIVADA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **la Ilma. Sra. D^a ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 51 Madrid, en fecha, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que, estimando la demanda formulada por de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, actuando en representación de

, representado por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JOSÉ AGUDO RUIZ y asistido por el Letrado D. RODRIGO ROYO LÓPEZ, contra POPULAR BANCA PRIVADA S.A. representada por el Procurador de los Tribunales DÑA MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ, y asistida por el Letrado D. ÁLVARO ALARCÓN DÁVALOS, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de la orden de valores objeto de estas actuaciones y de cuantas actuaciones se han derivado de la misma, CONDENANDO a la demandada a abonar a la actora el total invertido (200.000 euros), más los intereses legales desde la suscripción del producto, debiendo a su vez la actora devolver a la demandada los intereses o rendimientos que hubiere percibido del producto con sus intereses legales desde cada una de las liquidaciones, más los títulos que conservare, y con expresa imposición de las costas causadas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 26 de noviembre de 2018, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 28 de enero de 2019.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen de este procedimiento, la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) quien accionó en nombre y representación de _____ contra POPULAR BANCA PRIVADA, suplicaba que se declarara la nulidad de la orden de compra de bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones del Banco Popular S.A y el canje posterior de obligaciones en acciones, y subsidiariamente, primero la resolución por incumplimiento de las obligaciones de “diligencia, lealtad e información en los contratos suscritos entre ambas partes”, y en su caso, acción de reclamación de daños y perjuicios por la comercialización del producto al inicio reseñado; y en todo caso recuperar conforme disponen las normas reguladoras de la nulidad ya fuera absoluta ya anulabilidad o en concepto de indemnización la cantidad de doscientos mil euros que fue lo invertido, mas intereses legales.

Dichas peticiones las fundamentó la actora en carecer el _____ de formación financiera y confiado en la entidad demandada, habiendo contratado este producto atendiendo “al asesoramiento” que se le hizo aunque sin tener en cuenta ni cuál era su perfil ni cuáles sus intereses. Adquiriendo los bonos en la creencia de no ser un producto de riesgo, es más, que había constituido “un

depósito a plazo”, y en la creencia de estar el producto garantizado o respaldado por el Banco Popular.

En resumen, lo que sostuvo ASUFIN fue que prestó su representado el consentimiento por error porque ni el producto era adecuado para él ni la entidad había cumplido las exigencias legales, MiFID, porque no se le hizo el test de idoneidad, limitándose a entregarle el tríptico, complejo e incompleto en tanto aconsejaba que se leyera el folleto que era y es lo suficientemente técnico para no ser fácilmente comprensible para un minorista; no habiendo informado de manera suficiente porque no lo era entregar ese tríptico el día en el que se contrataba.

La entidad demandada opuso en primer la caducidad de la acción atendiendo a la fecha del canje que fue el 3 de mayo de 2012, por lo que desde esa fecha a la de la demanda habían transcurrido los cuatro años (3 de mayo de 2012 a 8 de noviembre de 2016) y respecto a la cuestión de fondo, negó que hubiera incumplido el deber de informar y que hubiera contratado el representado de ASUFIN sin saber qué producto estaba adquiriendo, además de no haber sufrido ningún perjuicio el quien ha recibido rendimientos por importe de 51.758,41 euros, es decir, un 25% del inicial desde 2009 a 2013, mas las cantidades restantes a liquidar; además de ser incierto que hubiera habido error alguno en la contratación porque informó suficientemente, habiendo cumplido la normativa MIFID porque se le hizo “el test”. Negó que no se le hubieran hecho los test, aunque admitía que no los había podido aportar debido al tiempo transcurrido entre la contratación y la demanda, y que no hubiera entregado el tríptico siendo el perfil del adecuado como lo evidenciaba los productos que tenía en su cartera de valores, adquirida en los años anteriores, y que evidenciaban que no cabía la nulidad.

El tribunal de instancia dictó sentencia rechazando haber caducado la acción de anulabilidad de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –Sentencia de 25 de febrero de 2016- y estimó la demanda atendiendo cuál era el perfil del [redacted] s, la existencia de asesoramiento, y el incumplimiento de las obligaciones de información exigidas por la normativa MiFID.

La estimación de la demanda ha sido apelada por BANCA PRIVADA POPULAR S.A reproduciendo lo alegado en la instancia respecto a la caducidad e igualmente en relación al fondo reprochando al tribunal de instancia haber valorado de forma errónea la prueba tanto respecto a ser el producto adecuado para el [redacted] como en haber sido diligente la entidad bancaria porque la calificación o consideración de ser el actor un inversor prudente no era contrario a sus conocimientos porque era un “inversor experto”, lo que debía haber sido tenido en cuenta al resolver, y en segundo lugar rechazó haber sido la conducta de la entidad contraria a la regulación legal, todo lo contrario, había cumplido con la misma porque no hubo asesoramiento por su parte, habiéndole dado la información necesaria y hecho el test de conveniencia. Motivos del recurso a los que se ha opuesto la actora solicitando fuera confirmada la sentencia.

SEGUNDO.- Al recurrir la demandada reprodujo **la excepción de caducidad** alegando como motivo haber errado la Juez al fijar el día inicial el de la fecha de vencimiento del mismo, por ser contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entendiendo que la fecha inicial del cómputo era cuando tuvo conocimiento el [redacted] de “las pérdidas” de la inversión, que fue cuando se produjo el canje. Debiéndose tener en cuenta por un lado este hecho, el canje por razón de las pérdidas, y la vinculación entre el contrato primero y el segundo concertado para “paliar las pérdidas del primero”.

El motivo primero al que se opuso la actora debe ser rechazado. Atendiendo precisamente a tener una fecha de vencimiento el contrato, y sin que se esté infringiendo por la Juez la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En sentencia de 12 de enero de 2015 (Sentencia 769/2014) interpretando el artículo 1301CC manifestaba que “(...) en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil.

La redacción original del artículo 1301 del Código civil que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo

contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas 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 por el error”.

Esta doctrina ha sido ratificada por sentencias de 7 de julio de 2015, 25 de febrero de 2016, y 9 de julio de 2017 ; en estas resoluciones respecto a la caducidad y la interpretación de los efectos del artículo 1301CC, ha dispuesto el Tribunal Supremo que en la relaciones contractuales complejas como son las derivadas de los contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el día inicial del ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento del a existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo será “*por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de*

medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas 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 por el error”.

Según lo expuesto el día inicial sería cuando tuvo conocimiento de las circunstancias sobre las que versa el vicio del consentimiento, cuando pudieron despejar cualquier duda sobre su verdadero alcance; pero esta doctrina no es la vigente, en tanto exista una fecha de consumación del contrato, como ocurre en este caso; y es por ello que el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de febrero de 2018 concluye tras exponer la doctrina antes referida, que en ningún caso de la doctrina anterior resultará que el cómputo del plazo “*deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción comienza a correr desde la consumación del contrato*”, en definitiva, que “*A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos*” debe ser cuando se produce el agotamiento de la acción.

TERCERO.- La petición revocatoria de la sentencia referida al fondo está fundada en un motivo único que es haber incurrido en **error la Juez de instancia al valorar la prueba tanto respecto al perfil del inversor, y actividad desarrollada por la entidad, que reitera ha sido la correcta partiendo eso sí de no haber habido asesoramiento por su parte, y haber cumplido las obligaciones que como comercializadora le competían.** Rechazando que hubiera habido error alguno en la contratación del producto financiero, reiterando que sí sabía lo que adquiriría y asumía los riesgos, que eran conocidos por él mismo.

Niega que la propuesta realizada de este producto, bonos subordinados canjeables en acciones, no fuera adecuado para él mismo, por ser calificado de “inversor prudente”. A esta conclusión llega atendiendo a la cartera de valores de la que era o había sido titular, y que hubiera habido error alguno en el consentimiento porque no solo el producto era adecuado a su perfil, así lo admitía el , sino porque cumplió en el marco de su actividad, que no fue de asesora, el deber de información entregándole la documentación necesaria para conocer el producto.

La conclusión a la que llega la parte recurrente, la que mantuvo en la instancia, fue que sus obligaciones no eran las de un asesor sino las de un intermediario las que había cumplido mediante la entrega de la documentación incorporada a los autos, suficiente para conocer los riesgos del producto; ninguna otra obligación tenía ni incumplió respecto al demandante porque había que poner en relación los conocimientos del mismo, y la actividad desarrollada por la misma, para inferir si hubo error sobre el objeto, y esto no ocurrió además de no ser excusable. Debiendo ser el actor (actora ASUFIN) quien probara los requisitos exigidos por la ley y jurisprudencia para poder afirmar que concurrió el vicio en el consentimiento.

Frente a lo anterior se ha de declarar en contra que sí hubo asesoramiento en la inversión, artículo 79 bis apartado 3 de la Ley del Mercado de Valores y por tanto debió comprobar cuál era el perfil del inversor, para lo que debió hacerle el test de idoneidad, y a su vez el de conveniencia, eso sí, en el año 2009, no con posterioridad, para asegurarse que comprendía cuáles eran los riesgos que iba a asumir.

CUARTO.- No es cuestión litigiosa cuál es la naturaleza de los bonos Subordinados necesariamente canjeables en acciones (“BO.O. POPU.AR CAPITAL. CONV. V.2013”), porque está admitido que era un producto de

riesgo, al igual que lo es la cualidad de minorista del , y ser un inversor “prudente”, “conservador”.

En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de junio de 2016 tiene declarado en relación a este producto, bonos convertibles del Banco Popular, que son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata “de un producto no solo complejo sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del canje y, por tanto puede suponer la pérdida de la inversión”.

E igualmente está admitido y probado que antes de la firma de la orden de compra el 23 de octubre de 2009 no se le hizo al el test de idoneidad, sí el de conveniencia (documento de los aportados por la demandada) , habiendo sido incluido en el año 2011 su hijo como titular, y éste procedió a calear estos bonos por otros de vencimiento posterior, 2015, canje realidad por poder de su padre, el demandante , y estos bonos era Bonos Popular Capital CONV. V.11-15. Y por último antes de entrar a resolver los motivos de apelación referidos al fondo, se ha de reseñar también que nunca ha sido negado que el recibió rendimientos, y que estos fueron importantes en los primeros años.

Lo que ha sido litigioso es si hubo o no error en el consentimiento, y esto es lo que se vuelve a plantear por la recurrente, que lo niega, partiendo no solo de haber cumplido la misma su deber de información, como intermediaria no como asesora por no ser ese el objeto del contrato suscrito con el sino de tener éste último conocimientos suficientes para conocer el producto, que era adecuado para él mismo, aseveración ésta que hace atendiendo a su profesión y lo que declaró en el acto de la vista al ser interrogado.

No considera este tribunal que proceda **admitir este motivo de apelación, error en la valoración de la prueba** referida tanto al asesoramiento como al deber de información, sin que esto signifique poner en duda el contenido ni del contrato suscrito con el de intermediación o gestión ni de los trípticos elaborados y firmados por el , por él y por poder del mismo del año 2012, pero en contra de lo afirmado por la recurrente sí hubo asesoramiento por su parte en los términos que dispone la Ley del Mercado de Valores, es decir, asesoramiento “en la inversión”, y no cumplió los deberes que la ley exige a consecuencia de este asesoramiento existente y a la naturaleza del producto.

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo en sus resoluciones, así la de 8 de septiembre de 2014, que “ordinariamente existes una desproporción entre la entidad que comercializa productos financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una simetría informativa en su contratación que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y ala reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va mas allá de la mera y aséptica información sobre

los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esa información y tomar la decisión de contratar un determinado producto”.

Ha sido esta habitual desproporción entre la entidad y el cliente lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no especializado o experimentado, que tiene su fundamento en la buena fe comercial así se declara en la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, y otras posteriores, 7 y 8 de julio de 2014.

Consecuencia de lo expuesto es el deber del Banco primero de comprobar si el producto es o no idóneo y después informar para que tenga un conocimiento completo de qué contrata y de sus riesgos.

Partiendo de lo expuesto procede resolver si hubo o no asesoramiento y si se dio cumplimiento a las dos obligaciones anteriores:

*En ambas instancias ha negado Popular Banca Privada S.A que prestar servicio de asesoramiento al que viene vinculado la obligación de realizar previamente el denominado test de idoneidad, porque el artículo 79 bis.6 LMV vigente cuando se hizo la inversión, dispone que antes de recomendar un servicio de inversión o instrumento financiero al cliente o posible cliente ha de hacerle este test. que no hizo en este caso, no obstante lo dispuesto en el artículo 79.

Esta afirmación de la parte correctamente ha sido rechazada en la sentencia afirmando que sí hubo asesoramiento, porque para llegar a esta conclusión no es preciso que hubiera con tratado con dicho objeto, el de asesorar, sino que se ha de entender que existe este asesoramiento “en la inversión”, en la concreta realizada, cuando es ofertada por la parte, y quien contrata es un minorista, sin que le conste ni se haya probado, en contra de lo

afirmado , que tenga un perfil adecuado o conocimientos financieros respecto a este producto o tenga un asesoramiento externo sobre lo que se ofrece, porque lo relevante es determinar si hubo o no esa recomendación, y esto no sea negado. Los bonos estructurados se le recomendaron, y no se hizo ningún test de idoneidad, no pudiéndose tratar de justificar su ausencia, negando el asesoramiento y en base a un perfil adecuado para serle ofertado este producto, aseveración que hace la parte al recurrir atendiendo a lo que fue declarado por , eso sí valorado por la parte, y olvidando el total de lo declarado y las respuestas dadas a preguntas sugestivas en todo momento.

No considera este tribunal que proceda valorar la prueba de interrogatorio como lo hace la parte, ello al margen de la dificultad de oír lo declarado dada la mala calidad de la grabación por un lado y lo mal grabada que está dicha prueba –quizás por la distancia del respecto al micrófono-, pero lo que sí quedó perfectamente grabado es el interrogatorio formulado de forma sugestiva y negativa, y preguntando sobre este producto poniéndolo en igualdad, por la demandada, con otros productos como las acciones o fondos de inversión, lo que dificulta saber qué estaba respondiendo más aun cuando sus respuestas era “puede que sí” , pero además porque se pretende concluir que era un inversor “experto” o con un perfil adecuado atendiendo a lo que él consideraba, no a lo que realmente era, por tanto esta valoración que hacía la propia parte no es de recibo.

Si el producto era o no idóneo para el , debió ser la consecuencia de una comprobación por parte de la entidad atendiendo a los datos que obtuviera, objetivos todos ellos, no a la valoración de la propia parte, porque quien es preguntado puede considerar que tiene unos grandes conocimientos, y no ser ello cierto, por lo que las preguntas han de ir dirigidas a saber cuál es su capacidad, no a obtener una respuesta de autosuficiencia o de confirmación de conocimientos que pudiera no tener; y desde luego ser Notario

no significa ser un conocer en materia financiera y menos de un concreto producto.

*Lo que sí se le hizo fue el test de conveniencia, que no se puede considerar igualmente hecho con la finalidad de poder saber qué es lo que ha comprendido o no de lo informado; un test con ese fin debe contener preguntas a través de las que valorándolas poder comprobar que es lo que sabe; no cumple ese fin porque diga que “sabe” o que comprende, eso no es más que una tautología, sin contenido cierto a los efectos perseguidos por la ley.

De lo anterior este tribunal considera que no cumplió la parte con sus obligaciones porque sí debió hacerle el test de idoneidad, y no lo hizo, lo que sí es relevante, como después se indicará a los efectos de revisar si hubo o no error en el consentimiento, vinculado con la carga de la prueba respecto a qué ha quedado probado sobre el deber de información porque la recurrente debía informar, esto no se discute, y esa información debía ser especialmente meticulosa, porque en ningún caso se ha probado que fuera el demandante “un inversor experto”, y tampoco que se hiciera una labor informativa más allá de entregarle en el mismo acto de la firma el tríptico con referencia a cuáles eran los riesgos, porque primero de la prueba practicada no resulta que pudiera ser el perfil del el pretendido por la recurrente, quien no lo ha probado en ningún caso, como ya se ha indicado y segundo porque ni la documental practicada ni la testifical prueban que se llevara a cabo una información en los términos exigidos por la Ley, pero es más, lo que no consta es que esa información pretendida respecto a los riesgos permitiera al inversor conocer el trámite de la inversión con el riesgo de pérdida total de la misma.

QUINTO.- Lo que niega la recurrente es la existencia del error en el consentimiento al no haber acreditado, así lo afirma, la parte actora la existencia del error; a tal conclusión llega por tener conocimientos suficientes

el [redacted] y por haber informado de los riesgos a través del tríptico, fundamentalmente. Conclusión que no es compartida por este tribunal porque no se ha acreditado por su parte que hubiera informado debidamente al apelado, para de esta forma poder desvirtuar la presunción de que hubo error en el consentimiento.

El deber de información se ha de valorar atendiendo a quién es el inversor, en este caso un minorista sin conocimientos específicos sobre este producto, no era ni “avezado”, “ni profesional”, “ni experimentado en este tipo de producto”, porque se ha de salvar el desequilibrio de información existente y que podría provocar el vicio en el consentimiento por error; y para evitarlo la entidad debe cumplir una serie de deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que existe en este tipo de actividad, al ser el producto complejo; debe una vez considerado el producto idóneo, lo que en este caso ni siquiera se ha acreditado que lo fuera porque no se le hizo el test, y por tanto ofrecido o recomendado, comprobar que conoce cuáles son los riesgos, que han de serle no solo enumerados, o reseñados en el documento, sino que deben ser explicados y comprobar que los comprende, lo que en este caso difícilmente se puede entender cuando todo se hizo en él mismo día, y no se puede inferir del test de conveniencia realizado, Sentencia del Tribunal supremo de 10 de septiembre de 2014.

Que la parte recurrente considerara en ambas instancias que el producto era idóneo para el actor por su profesión o por tener una cartera de productos equilibrada con productos que pudieran ser, así lo afirmó el [redacted], de riesgo similares “a éste”, no significa que fuera “experto” lo que nunca se consideró él mismo, ni siquiera lo admitió en prueba de interrogatorio, todo lo contrario se afirmó un inversor “prudente” y “conservador”, de lo que se puede extraer que no tenía un correcto conocimiento de los riesgos de este producto y de algunos que tuviera en su cartera inversora; la interpretación que hace la parte de las

respuestas y de las inversiones no es única ni exclusiva, ni puede ser compartida ni sustituir la realizada en la sentencia.

De la prueba practicada no se llega a la conclusión de haber la recurrente cumplido sus obligaciones en materia de inversión, y si bien de ello no se llega a la conclusión de que ha habido error en el consentimiento, sí es un elemento determinante del mismo; el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2014 se pronuncia sobre la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay asesoramiento financiero, como en este caso. En dicha resolución afirma, que si bien el incumplimiento de ese deber de informar no comporta necesariamente la existencia del error, sí puede incidir en su apreciación, porque el error ha de ser esencial, recaer sobre el objeto afectando a los riesgos asociados a la contratación, y la información que ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente el consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información”, que incide “en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pue si el cliente minorista está necesitado de esa información y la entidad estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero completo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”, y en el caso de incumplimiento no este deber lo relevante para juzgador sobre el error vicio no es tanto “la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista (...) como si, al hacerlo el cliente tenía conocimiento suficiente de este productos complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa

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 permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicie el consentimiento ; por eso la ausencia del test no determinar por sí la existencia de error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Partiendo de lo anterior, para que la acción prosperara lo que debía era comprobarse que el error fue relevante e inexcusable; y será apreciado cuando hubo insuficiencia de información como en este caso, en él que no se le hizo el test de idoneidad debiéndose a partir de ahí presumirse que hubo un consentimiento no válido, salvo que hubiera acreditado lo contrario la entidad apelante, que considera este tribunal que no ha practicado prueba en ese sentido porque la firma de la documentación aportada, y que se le entregar no implica como ya se ha indicado que conociera los riesgos de este producto, y que prestara el conocimiento conociéndolos de forma suficiente; la presunción de error no ha sido desvirtuada por la recurrente debiéndose por tanto desestimar el recurso y confirmar la sentencia.

SEXTO.- Desestimado el recurso procede imponer a la parte recurrente las costas de esta alzada conforme a lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO **DESESTIMAR el recurso** de apelación interpuestos por la representación procesal de la

demandada POPULAR BANCA PRIVADA S.A contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Madrid, el 3 de noviembre de 2017 en el Juicio ordinario número 1105/2016 y **CONFIRMAR lo resuelto con imposición de las costas de esta alzada a la apelante.**

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

descargado en www.asufin.com

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

descargado en www.asufin.com