

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035
Tfno.: 914933935
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0140747
Recurso de Apelación 341/2018 -4

O. Judicial Origin: Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 853/2016

APELANTE: BANCO POPULAR SA

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

APELADO:D./Dña. [REDACTED]

[REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE RODRIGUEZ TEIJEIRO

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN Nº 341/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. [REDACTED]

DÑ [REDACTED]

Dª. [REDACTED]

En Madrid, a dieciocho de julio de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Procedimiento Ordinario nº 853/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Madrid a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 341/2018, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada D [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Dª. [REDACTED] y, de otra, como

demandada y hoy apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** representado por el Procurador D. [] sobre nulidad compraventa bonos.

SIENDO MAGISTRADO/A PONENTE LA ILMA. SRA. DÑA.

[]

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de MADRID, en fecha 18-01-2018 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Estimo íntegramente la demanda presentada por procuradora [] [] en nombre y representación de [] [] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL y, en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad de las órdenes de compra de los denominados “BO POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013” Y “BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15” suscritas originalmente, [] [] respectivamente, por existir error en el consentimiento prestado por los firmantes e infracción de normas imperativas, así como de conversión en acciones.

2.- Como consecuencia de la declaración de nulidad de las mismas, CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a restituir a los actores las cantidades de 126.000 euros [] [] y 8.000 euros a [] [] en ambos casos incrementadas con los

correspondientes intereses legales de las anteriores cantidades desde la fecha de las primeras órdenes de compra (6 de octubre de 2009 y 7 de octubre de 2009) hasta su efectivo pago. Asimismo DECLARO la obligación de los actores de restituir a la entidad demandada las cantidades referidas a toda remuneración percibida en virtud de los contratos anulados, así como los títulos que posee en virtud de los mismos.

3º Con imposición de costas a la demandada.”

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día 11 de julio del presente año.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de los de Madrid, se alza la apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. alegando los siguientes motivos de impugnación:

1º.- De la indebida desestimación de la excepción de caducidad por el transcurso de cuatro años desde que los actores salieron del error supuestamente padecido;

2º.- De la incorrecta valoración del perfil inversor del actor; y

3º.- De la incorrecta valoración de la prueba documental que llevó a la Juzgadora a quo a estimar la acción de nulidad ejercitada de contrario.

SEGUNDO.- Un renovado examen de las actuaciones y el visionado del soporte audiovisual conducen a la Sala a estimar que el recurso de apelación en modo alguno puede tener favorable acogida.

El primero de los motivos de impugnación denunciado por la entidad bancaria recurrente es la relativa a la indebida desestimación de la excepción de caducidad por el transcurso del plazo de cuatro años desde que los actores salieron del error supuestamente padecido; y así, discrepa de la argumentación de la Juzgadora de instancia cuando considera que no es hasta la conversión de los Bonos en acciones en el año 2015 cuando salen del error, por lo que la acción no se encontraba caducada.

Considera que aun aceptando la teoría de la parte contraria sobre que desconocía la naturaleza y riesgos del producto que realmente estaba contratando, los demandantes salieron de dicha confusión en el momento del canje de los Bonos 2009 por los Bonos 2012.

La pretensión revocatoria está abocada al fracaso. En la contestación a la demanda rectora de este pleito, alegaba BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. la caducidad de la acción ejercitada, porque se podía establecer de forma indubitada el 7 y el 9 de mayo de 2012 cuando tuvieron lugar los canjes de los Bonos Subordinados

obligatoriamente convertibles, adquiridos en octubre de 2009, por los Bonos Subordinados -los BO.SUB.OB.CONV, V11-15-; y poniendo en relación dicha fecha con la fecha de presentación de la demanda (28 de julio de 2016), resulta que la acción ejercitada de contrario estaba caducada al tiempo de interponerse por haber transcurrido más de cuatro años desde que los contratantes tuvieron conocimiento de ello.

Son hechos acreditados los siguientes:

1º.- Con fecha 6 de octubre de 2009 (documento nº 3 de la demanda) []
[] suscribieron la orden para la compra de un valor denominado “[]”
[] por importe de 120.000 euros;

2º.- Con fecha 7 de octubre de 2009 (doc. nº 3 al folio 106), []
[] suscribieron la orden de compra de un valor denominado “[]”
[], esta vez por importe de 6.000 euros;

3º.- Y también en esta última fecha (folio 107), []
[] A, suscribieron la orden de compra del valor denominado “[]”, por un importe de 8.000 euros;

4º.- Con fecha 7 de mayo de 2012 (doc. nº 1 de la contestación), []
[] y mediante operación denominada “OFERTA PUBLICA DE ADQUISICIÓN MEDIANTE CANJE”, entregan en valor denominado “BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 ISIN ES0370412001” y reciben a cambio el llamado “BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15 ISIN ES0313790059”;

5º.- Con fecha 9 de mayo de 2012 (folio 256 vuelto), [REDACTED] y mediante operación denominada "OFERTA PUBLICA DE ADQUISICIÓN MEDIANTE CANJE", entregando el valor denominado "BO."POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 ISIN ES0370412001", por importe de 8.000 euros, y reciben a cambio el denominado "BO. SUB. OB., CONV. V. 11-15 ISIN ES0313790059", por el mismo importe.

Este mismo Tribunal se ha pronunciado en un supuesto semejante en su sentencia de fecha 27 de febrero de 2018 y en el siguiente sentido:

"Como ya se indicó entonces: "Así, en un supuesto semejante al de autos, la sentencia de la Sección 8ª de esta Audiencia de 29 de noviembre de 2016 razona: "no podemos más que advertir que no fue hasta la necesaria conversión de las obligaciones por acciones cuando la apelada alcanzó la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido, pues, como señala la STS de 17 de junio de 2016, rec. 1974/2014 «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 (...) como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones», siendo en dicha fase y momento cuando el obligacionista adquiere el cabal conocimiento de la verdadera naturaleza del producto".

A ello es de añadir que, como igualmente se razona en sentencia de esta Sala de 13 de octubre del presente (también en pleito en el que se solicitaba la nulidad de un contrato de adquisición de bonos convertibles del Banco Popular), tras la cita de

la jurisprudencia de aplicación: "En base a esta doctrina legal debe entenderse que la sentencia apelada no incurre en ningún error en la fijación del dies a quo, puesto que no basta una información parcial y sesgada para entender que se tuvo conocimiento completo de los elementos y del error padecido, sino que el dies a quo, para el computo de la caducidad, no puede fijarse sino desde el día en que se produce la conversión de los bonos en acciones y es cuando se produce el daño real, y el conocimiento de dicho error, que es cuando se consuma el contrato ".

Todo ello no viene enervado por el hecho de reconocer el cliente que en el año 2012, cuando se canjearon los Bonos Subordinados Necesariamente Canjeables en acciones del Banco Popular SA I/2009 en Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles en acciones del Banco Popular SA, "me dijeron" que si en ese momento los canjeaba por acciones perdería mucho dinero, como también si los recuperaba entonces, lo cual, en contra de lo expuesto en el recurso no implica el conocimiento del daño real que se puede producir, máxime cuando tal canje de unos bonos por otros se hizo en base al asesoramiento de la propia entidad financiera, y con la finalidad precisamente de evitar la conversión de dichos bonos, en el año 2012, como estaba previsto inicialmente, a fin de evitar las graves consecuencias de la falta de información de las características y lo ineducado de dicho producto para los actores dado su perfil inversor...".

TERCERO.- A continuación BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. alega la incorrecta valoración del perfil inversor del actor [REDACTED] [REDACTED] de comprender el producto contratado puesto que tenía experiencia de contratación de otros productos de riesgos; y así, los actores han sido titulares de los siguientes:

.- Participaciones Preferentes Serie D, las cuales suscribieron el 30 de marzo de 2009 por valor de 17.000 euros, y que fueron vendidas por el demandante en junio de 2010 obteniendo una pequeña ganancia patrimonial de 61,2 €;

.- Acciones de BANKIA, adquiridas en julio de 2011, por valor de 3.000 €;

.- Acciones de MAPFRE;

.- Fondos de Inversión:

a) EUROVALOR MIXTO-70 (documento nº 6 de la contestación): Se trata de un producto no garantizado, que invierte en renta variable, con un riesgo de nivel 6 en una escala de 1 al 7, por lo que no se trata de un producto 100 % seguro;

b) EUROVALOR CONSERVADOR DINAMICO (doc. nº 7) en la que se identifica un riesgo 2 en escala del 1 al 7;

c) EUROVALOR PARTICULARES VOLUMEN;

D) Otros Fondos de Inversión: EUROVALOR AHORRO EURO, Clase B; EUROVALOR GARANTIZADO EUROPA II; EUROVALOR COMBINADO 2; EUROVALOR DOBLE ASEGURADO 2; EUROVALOR GARANTIZADO INDICES GLOBALES; EUROVALOR GAR. EXTRAMODA; EUROVALOR GAR. REVALORIZACION MAXIMA (antes denominado Eurovalor Ibex 35, aseg. B); EUROVALOR EUROPA PROTECCION; EUROVALOR CONSOLIDADO 5; EUROVALOR CESTA SELECCIÓN.

Desde el momento en que se constata que en la experiencia judicial los productos bancarios como los bonos canjeables por acciones del Banco Popular vienen siendo calificados como productos complejos y de riesgo (como lo ha puesto de relieve la STS 2894/2016 de 17 de junio de 2016), lo que se impone es analizar y

precisar el perfil del inversor con el fin de determinar si antes de la suscripción de esos productos bancarios ha recibido por parte de la entidad bancaria la información suficiente y adecuada para propiciar que su consentimiento sea adecuado y suficiente y no esté viciado de error alguno.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2016 dice al respecto de estos productos: "...1.- *Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.*

2.- *Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no*

es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular 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 banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión”.

En cuanto a la existencia de asesoramiento por parte de la entidad bancaria, no cabe duda que lo hubo, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, pues basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a

sus clientes, recomendándoles su adquisición. Esto quiere decir que si la entidad bancaria no actuó como mera comercializadora del producto sino como oferente y asesora del mismo habiéndoselo recomendado al demandante como cliente que era del banco, por lo tanto no era suficiente el test de conveniencia sino que debió realizarse, y no se hizo, el test de idoneidad mucho más exhaustivo y adecuado a fin de conocer su idoneidad o adecuación para un producto que como antes dijimos es complejo y de alto riesgo. Debía por ello haber acentuado su deber de información suministrado al cliente información comprensible y adecuada sobre el producto recomendado (bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones) que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión este producto era el que más le convenía, según doctrina contenida en la sentencia del TS de 20 de enero de 2014.

Además, en este caso concreto el cliente podría tener experiencia en productos financieros, pero ninguno de los cuales era similar o igual a los bonos suscritos, bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones, por lo que mediante la información facilitada por el cliente u obtenida por la entidad bancaria no podía inferirse que el cliente, tuviera conocimientos en el producto vendido que exonerara a la entidad bancaria de informar a los clientes de forma clara, y precisa, sobre la naturaleza y riesgos del producto vendido.

Esto es, por el hecho de haber realizado inversiones anteriores no puede considerarse probado que los actores conocieran ni las características ni los riesgos que implicaba una inversión como la de autos; las inversiones realizadas anteriormente no son similares a los bonos convertibles en acciones (tampoco se acredita qué información se dio en las inversiones anteriores), y BANCO POPULAR no demuestra haber suministrado a los demandantes información suficiente como para que conocieran en concreto, en el caso de que se trata, las características de su inversión ni los riesgos que asumían.

CUARTO.- Por último, denuncia la recurrente que se producido una incorrecta valoración de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia, y así, y en relación a la prueba documental, afirma que constan entregados, firmados y realizados los siguientes documentos:

.- Ordenes de suscripción de “BO POPULAR CAPITAL CONV. V.2013”;

.- Ordenes de suscripción de “BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15”;

.- Documentos acreditativos de haber recibido la información correspondiente a los “BO POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013”;

.-Confirmación de la realización del test de conveniencia;

.- Advertencia sobre la conveniencia del producto en base al nivel de conocimientos declarado;

.- Documentos acreditativos de haber recibido información correspondiente a los “BO. SUB. OB. CONV. POPULAR V. 11-15”;

.- Tríptico sobre “*resumen explicativo de condiciones de emisión de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones de BANCO POPULAR, S.A. I/2009*”; y

.- Documento acreditativo de haber recibido los documentos denominados “*Condiciones Generales de los Servicios de Inversión e Instrumentos Financieros*”.

Y además resalta las contradicciones en qué incurrió el demandante
 en la prueba de interrogatorio, y la declaración del testigo
 que reveló no se podía prever en el año 2009 que el valor de la acción iba a

estar muy por debajo del precio del canje, que el actor había tenido acciones de BANKIA y de MAPFRE y diez fondos de inversión con los que *“le había ido muy bien”*, y que no recordaba que pudiera decirle que el producto estuviera garantizado.

Consta en las actuaciones al folio 119 (doc. nº 5 de la demanda) el TEST DE CONVENIENCIA realizado a DON [REDACTED] y a DOÑA [REDACTED] con fecha 6 de octubre de 2009, en el que textualmente se dice: *“El Cliente manifiesta que, pese a haber sido informado de que, en base a lo declarado a la Entidad, ésta estima que el producto o servicio pudiera no ser adecuado al nivel de conocimientos y experiencia declarado, y tras haber sido informado sobre la naturaleza y riesgos asociados al mismo, ha decidido, actuando por cuanta propia, de forma libre e independiente, y con base a sus propias estimaciones, contratar el producto/servicio: BO.POPULAR CAPITAL COMV. V. 2013”*.

Al folio 120, escrito firmado por [REDACTED] con fecha 27 de febrero de 2009, en el que se dice: *“He recibido un ejemplar completo de las “Condiciones Generales para la Prestación de Servicios de Inversión”, protocolizadas en fecha 16 de octubre de 2007 ante el Notario de Madrid D. Antonio Huerta Trólez con el número 2.440 de su Protocolo, correspondiente a las Entidades pertenecientes al Grupo Banco Popular que prestan Servicios de Inversión.*

En el supuesto de que curse en lo sucesivo una orden de inversión a alguna de las Entidades del Grupo Banco Popular, ello supondrá mi aceptación a las citadas Condiciones Generales en su integridad”.

Y al folio 121 (documento nº 5) que *“Con el fin de evaluar si los productos/servicios de inversión no son adecuados para el Cliente, BANCO POPULAR ESPAÑOL le ha realizado el test de conveniencia.*

De los datos declarados por el Cliente se deduce que el nivel de conocimientos y experiencia que se le debe asignar es: 2- Cliente con experiencia con productos financieros NO complejos.

El Cliente manifiesta haber sido debidamente informado de esta calificación".
Y está fechado el 27 de febrero de 2009.

Por otro lado, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el artículo 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras *"deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:*

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...)".

La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en cuanto a la categorización de los clientes, obliga a las entidades financieras, artículo 78 bis en la LMV, a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de

forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos.

La obligación de realizar el test de conveniencia, y el de idoneidad en su caso - que ha de realizarse cuando se trata de un servicio de asesoramiento-, cobra y tiene sentido porque a su vez determina el grado de información o protección que debe otorgarse por la entidad asesora de inversiones al cliente minorista, que siempre lo será por exclusión; es decir, que a quien no le conste sea profesional, debe darle el tratamiento de minorista.

Debemos recordar que la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2015 indica que *" constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), como en la normativa pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación (Sentencias 588/2015, de 10 de noviembre, y 671/2015, de 10 de diciembre) "*, añadiendo que *" como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales,*

pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza ».

El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja, sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese el punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas, sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones.

Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del

producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

Por ello consideramos que era necesario informar de cuál era el precio de la acción en tales momentos, de cuando se iba a proceder a la conversión de los valores en obligaciones y que podría esperarse de la evolución del precio de la acción en función de las cotizaciones durante los últimos años y las condiciones económicas en el momento en que se celebró la inversión, o, al menos, que efectos tendría sobre el producto la bajada del precio de cotización de las acciones. Es evidente que en un momento de crisis económica ninguna de tales interrogantes hubiera sido favorable para los intereses del banco que tenía interés en que se cubriese la emisión en el tiempo establecido.

Obviamente, debemos reconocer que la información que recibió fue parca e incompleta, ya que no se les informó de elementos que hemos considerado necesarios e imprescindibles, sin que la documentación que se ha aportado nos pueda hacer cambiar de opinión. Sobre el tríptico simplemente podemos aceptar que se tuvo presente cuando se firmó la orden, lo que indudablemente es insuficiente ya no existe prueba alguna de que hubiera tenido en su poder con tiempo suficiente para ser analizado y asesoramiento adecuado para comprenderlo. Solamente en el documento de contratación de los Valores del Banco Popular consta que la actora recibió una copia del tríptico, pero consideramos que ello es una mención estereotipada que no nos asegura que tuviera conocimiento del mismo que, además, no es de fácil comprensión.

Por tanto, consideramos que la información suministrada a los clientes no fue la que correspondía con los productos contratados, y respecto de la información verbal, el testimonio de los empleados de la entidad bancaria, sus manifestaciones resultan escasamente fiables, no solamente porque no es razonable acudir,

exclusivamente, a tal exposición para tratar de demostrar la adecuación y suficiencia de la información, cuanto que los declarantes, por su condición de dependiente de la entidad de crédito, tiene un claro y directo interés en el resultado del litigio, pues no puede olvidarse que era la persona encargada de facilitar la información y, en consecuencia, responsable de no haberla realmente proporcionado.

En definitiva, no consta que se hubieren proporcionado al cliente datos veraces y reales sobre el producto, esencialmente los relativos a los riesgos (como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, el error substancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto). Tampoco por escrito se facilitó, al menos con suficiente tiempo para analizar y poder comprender los riesgos de los productos vendidos, información prenegocial y no consta, por otro lado, que el demandante hubiere adquirido tal conocimiento por otros medios (no se acreditada una especial cualificación en relación con los conocimientos específicos de este tipo de productos financieros complejos). Tampoco se realizó el test de idoneidad, y con la mera entrega del tríptico no queda cumplida la obligación de información que pesa sobre el banco.

En consecuencia con lo expuesto pues, y dando además por reproducidos los demás argumentos esgrimidos en la resolución impugnada, a los que nos remitimos a fin de evitar repeticiones innecesarias, procede la desestimación del recuso de apelación y la íntegra confirmación de la sentencia recurrida, pues si la resolución de primer grado es acertada como aquí ocurre, la que la confirma en apelación no tiene porqué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que sea necesario. Al respecto debe recordarse que tanto la doctrina dimanante del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987, 11/1995, 24/1996, 115/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/2000), como del Tribunal Supremo (sentencias de 5 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1999, 3 y 23 de febrero, 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, 21 de julio de 2000, 2 y 23 de

noviembre de 2001), permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la sume explícitamente el Tribunal de segundo grado.

QUINTO.- Que al desestimarse el recurso de apelación, a tenor de lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de esta alzada se impondrán a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

Se desestima el recurso de apelación formulado por el Procurador [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de enero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de Madrid, en los Autos Civiles de Juicio Ordinario nº 853/16, y en su consecuencia se confirma íntegramente la sentencia, imponiendo expresamente a la recurrente las costas de esta alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

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

ROLLO 341/2018

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. En Madrid, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

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