

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 23 PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00008/2018

EDIFICIO SA GERRERÍA, 1 PLANTA, TRAVESSA D'EN BALLESTER 20
Teléfono: 971 21 94 21, Fax: 971 21 94 86
Equipo/usuario: EAP
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 07040 42 1 2017 0006918

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000228 /2017/3

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. X
Procurador/a Sr/a. JUAN CAMPOMAR PONS, JUAN CAMPOMAR PONS
Abogado/a Sr/a. ,
DEMANDADO D/ña. BANCO POULAR ESPAÑOL SA
Procurador/a Sr/a. X Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A n° 8/2018

En Palma de Mallorca, a 17 de Enero de 2018.

Dña. María Campoy Vivancos, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n°23 de Palma de Mallorca, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario n°228/2017 seguidos en este Juzgado, entre partes, de una, como demandante, **X**, con Procurador D. Joan Campomar Pons y Letrado D. Juan Luis Pérez Gómez-Morán; Y de otra, como demandada, la entidad **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, con Procuradora Dña. X y Letrado D. X, pronuncio la presente en base a los siguientes:

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

Primero-En fecha 16 de Marzo de 2017 el Procurador Sr. Campomar Pons, en nombre y representación de Dña. X y D. X, presentó en el Juzgado Decano demanda

de juicio ordinario contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, por la cual suplicaba se dictara sentencia recogiendo los pronunciamientos contenidos en el suplico de su demanda.

Segundo-Por Decreto de fecha 30 de Marzo de 2017 se acordó admitir a trámite la demanda presentada y se acordó emplazar a la parte demandada para que la contestase en el plazo de veinte días hábiles.

Tercero-Por la Procuradora Sra.X, en nombre y representación de la entidad demandada, se presentó en tiempo y forma, escrito de contestación a la demanda.

Cuarto-Por Diligencia de Ordenación de fecha 31 de Julio de 2017 se acordó citar a las partes a la celebración de la Audiencia Previa el día 7 de Noviembre de 2017 a las 10 horas.

Al acto de Audiencia Previa, comparecieron las partes, realizando las alegaciones y proponiendo las pruebas que tuvieran que tuvieron por conveniente, practicándose las admitidas en el acto de juicio que tuvo lugar el 15 de Enero de 2018 a las 10 horas, con el resultado que obra en el soporte audiovisual correspondiente, y quedado, tras el trámite de Conclusiones, los autos vistos para sentencia.

Quinto-En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

Primero-A través de la demanda presentada, los actores, solicitaban, de manera principal, que se declarase la

nulidad o anulabilidad de la orden de suscripción DE PARTICIPACIONES PREFERENTES PA BPE PREF. INTNAL LTD "C" por importe de 25.000 euros y de la sucesiva orden de canje por 12 valores BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.4-18 por importe de 25.000 euros, en fecha 11 de mayo de 2012, por existencia de vicios del consentimiento y/e infracción de normas imperativas aplicables, condenando al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la devolución a los actores del precio de compra del producto financiero, 25.000 euros, más gastos y comisiones cobrados, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia de los contratos, sumando a dichas cantidades los intereses que legalmente correspondan conforme art. 576 de la LEC.

Y de manera subsidiaria, que se declarase el derecho de los actores a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados, con origen en falsedades y omisiones en la información del producto financiero, en la intermediación en su adquisición e incumplimientos contractuales al momento de suscripción del producto financiero y durante la vigencia del mismo, en cuantía de 25.000 euros, más gastos y comisiones, menos los rendimientos o frutos percibidos durante la vigencia del contrato y menos el precio de canje en fecha de conversión forzosa -o en su defecto, del precio de canje a fecha de interposición de la presente demanda, más el interés legal que corresponda y se condenase al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a pagar dicha suma. Y en ambos casos, con condena en costas para la entidad bancaria.

Así, decían los actores, que se calificaban de clientes habituales del banco, consumidores, minoristas, ahorradores no inversores, con un perfil de riesgo conservador, y sin experiencia en productos financieros complejos o de riesgo, que creyendo que contrataban un plazo fijo, en el año 2002 suscribieron participaciones



preferentes del BANCO DE CRÉDITO BALEAR, (entidad absorbida por el BANCO POPULAR), PA BPE INTNAL LTD "C" por un nominal de 25.000 euros.

Y que, en Marzo de 2012, un empleado de la sucursal les comunicó que había que "renovar el contrato", haciéndoles firmar una ORDEN DE CANJE, que sustituía los 25.000 euros en bonos iniciales por otros tantos de la emisión BO.SUB.OB. CONV.POPULAR V.4-18.

Los "bonos del Popular" se contrataron, según la parte actora, en lo que técnicamente se conoce como proceso de venta asesorada, pero sin previa comprobación por la entidad financiera emisora y comercializadora de la idoneidad o conveniencia del mismo para los actores, ni informarles de las características reales del producto financiero, que se enmascaró frente a ellos como un plazo fijo más, siendo un producto complejo y de riesgo, no adecuado al perfil de los actores, por lo que, de manera principal, solicitaba la nulidad de lo contratado por vicios del consentimiento, y subsidiariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada se oponía a la demanda alegando, con carácter previo, la excepción de caducidad respecto de la acción de nulidad ejercitada, al amparo del artículo 1.301 del Código Civil, al haber transcurrido en exceso, según decía, el plazo de 4 años previsto para el ejercicio de la misma, tomando como dies a quo el momento en que se canjearon las Participaciones Preferentes por los Bonos Subordinados convertibles en fecha 21 de Marzo de 2012, fecha en la que se extinguió, y, por tanto, se consumó, el contrato de suscripción de Participaciones Preferentes.

Asímismo,añadía la demandada,que la acción de nulidad por vicio en el consentimiento se encontraría también caducada tomando como dies a quo del plazo de caducidad,la fecha del conocimiento de la existencia de la circunstancia sobre la que versaba el error en el consentimiento.Y,dado que la parte actora alegaba que en el momento de la primera contratación, los suscriptores creían haber contratado un producto tipo depósito a plazo fijo,sin riesgo alguno,en el que el capital aportado estaba garantizado,el plazo de la acción de caducidad debería computarse desde que el contratante conoció o tuvo posibilidades de conocer que el producto contratado no era un simple depósito,que no era seguro y que estaba sujeto a fluctuaciones en su valor.

Y respecto de la acción de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios,alegaba la entidad demandada la excepción de prescripción de tres años del artículo 945 del Código de Comercio,por lo que,señalaba,poniendo en relación la fecha del supuesto incumplimiento precontractual o la fecha del contrato con la fecha de la presentación de la demanda, que habría transcurrido el plazo de 3 años del artículo 945 del Código de Comercio,y por tanto,la acción se encontraba prescrita.

Y en cuanto al fondo del asunto,la demandada alegaba respecto de la acción de nulidad ejercitada,que los actores contrataron los productos,previa suscripción de toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente,decidiendo,libre y voluntariamente para obtener los altos intereses que finalmente le han generado,firmando varios documentos en donde se indicaban todos los riesgos asumidos y,además,eran perfectamente conocedores del producto que contrataban y de las consecuencias de su contratación,subrayando que los actores,con

los rendimientos obtenidos, habían superado, incluso, su inversión inicial.

Asimismo, subrayaba que la entidad bancaria había cumplido con los deberes de información precontractual, contractual y postcontractual, información que había sido facilitada a los actores tanto verbalmente por los empleados del banco, como, por escrito.

Y que, en todo caso, al haber confirmado sus actos canjeando las Participaciones Preferentes por los Bonos Subordinados obligatoriamente convertibles, los clientes habrían sanado, el supuesto error cometido al suscribir las participaciones preferentes en el año 2002.

Por último, la entidad bancaria negaba haber realizado una labor de asesoramiento de los actores, limitándose a ejecutar las órdenes de valores, no siendo en ningún caso su deber el de prestar asesoramiento financiero sobre el producto y añadía que los actores tenían suscritos otros productos financieros y bancarios, por lo que tenían experiencia en la contratación de productos bancarios.

Segundo-Pues bien, entrando, en primer lugar, a examinar la acción principal ejercitada por los actores, la acción de nulidad, con carácter previo, debemos dar respuesta a la **excepción de caducidad** alegada por la entidad demandada respecto de esta acción.

Pues bien, sobre esta excepción, resulta plenamente aplicable lo manifestado en supuesto similares al presente, por la **sentencia dictada en fecha 19 de Diciembre de 2016 y 23 de Enero de 2017 por la Sección Quinta de nuestra Audiencia Provincial.**

Así, en la última de ellas se indicaba que, "La entidad demandada alega que la pretensión de nulidad de la actora ha caducado por el transcurso del plazo de cuatro años en los que hubiese podido ejercitar la acción, teniendo en cuenta que la demanda que nos ocupa es presentada en marzo de 2.016, y suscrito el contrato el día 1 de octubre de 2.009, y que el demandante ha podido conocer o conocido que el valor del producto había bajado, por la información fiscal suministrada ya en 2.010 cuando se atribuía un valor a los bonos un valor inferior a los de la fecha de su contratación.

La sentencia de instancia, con cita de la STS de 12 de enero de 2.015, considera que la fecha a partir de la cual el demandante pudo descubrir el error fue la de canje obligatorio por acciones, en noviembre de 2.015. Ratificamos dicha argumentación, y destacamos que, con anterioridad a su canje, los bonos tenían una parte esencial que quedaba por desarrollarse, como era el valor real de esos valores a efectos de la conversión en acciones del Banco Popular, y hasta el momento de la conversión, el adquirente no puede saber la extensión real de las cargas a soportar.

El concepto de consumación del artículo 1.301 del CC en relación con contratos bancarios es tratado en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2.015, que se reitera en la de 7 de julio de 2.015, con los siguientes términos:

"Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato.... 5.-Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil 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 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 actual, 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.

En el caso concreto, la Sala comparte la argumentación de la sentencia de instancia, y considera que hasta el canje obligatorio en acciones acaecido en el mes de noviembre de 2.015, en supuesto de existencia del error, el demandante cliente minorista no pudo apercibirse plenamente del mismo, destacando que hasta dicha fecha no podía saberse si el resultado final de la inversión tendría pérdidas por la notable bajada en la cotización de las acciones de la entidad demandada. Nos hallamos ante un producto híbrido que inicialmente proporciona un interés fijo mientras dura el bono, y sólo cuando se plantea el canje obligatorio por acciones, es cuando el inversor alcanzó a percibir el error.

Las informaciones que pudieron ser remitidas, sean o no de tipo fiscal, no son suficientes para determinar la existencia del error, y hasta tal canje no pudo conocerse el error en el que habría incurrido de considerar que el capital invertido no podía tener pérdidas, o lo que es lo mismo, estaba garantizado.”

Pues bien, aplicando la Jurisprudencia citada al supuesto de autos, la excepción de caducidad debe ser desestimada. Y para ello, debemos tener en cuenta los cuatro hitos principales del procedimiento.

Así, en fecha **12 de diciembre de 2002** los actores suscribieron un contrato de depósito y administración de valores.

En fecha **19 de diciembre de 2002**, los actores suscribieron una orden de valores para la contratación de Participaciones Preferentes "PA. BPE PREF. INTNAL. LTD "C"" por importe de 25.000 euros.

En fecha **21 de marzo de 2012** se procedió al canje de las 25 Participaciones Preferentes "PA. BPE PREF. INTNAL. LTD "C"" por 250 Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles (BO. SUB. OB. CONV. B. POPULAR V4-18).

Y en fecha **27 de enero de 2014**, se ejecutó la conversión de los 250 Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles (BO. SUB. OB. CONV. B. POPULAR V4-18) por 5.704 acciones del Banco Popular.

En el presente caso, estimo que es tras esta fecha, tras la fecha de la conversión de los bonos en acciones, 27 de Enero de 2014, cuando los actores pudieron ser plenamente conscientes del supuesto error en el que habían incurrido, cuando los actores se dieron cuenta de las pérdidas que había sufrido su inversión inicial.

Así, como señaló D. José Antonio Cuenca al ser interrogado, tras la conversión de los bonos en acciones, decidió no vender las acciones, al darse cuenta de que, pese a haber realizado una

societaria, el tenedor de la participación preferente no tiene este carácter en el orden de prelación de los créditos.

Según el **artículo 7 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros**, las participaciones preferentes constituyen (y computan como) recursos propios de las entidades de crédito, cumplen una función financiera de la entidad, por lo que el dinero que se invierte en su adquisición no constituye un pasivo en el balance de la entidad, esto es, el valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago, por lo que se suele decir que son "permanentes" o no tienen fecha de vencimiento.

Así, en la **Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985** se establecen las características principales de las participaciones preferentes indicando que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es un valor perpetuo y sin vencimiento.

Por su parte, la **Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009** no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora.

En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inverso, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es

perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España). También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

En definitiva, las participaciones preferentes constituyen un producto complejo, de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión.

Dicho carácter complejo se deriva también del **artículo 79 bis 8.a) LMV**, que considera valores no complejos los desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento" y en los que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor, los que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento, y los que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características.

De éste modo, la participación preferente es valor complejo porque la ley no lo expresa como "no complejo" y porque tampoco cumple los tres requisitos mencionados.

Dicho carácter se desprende igualmente de la **Exposición de motivos del Real Decreto Ley 24/12 de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito**, sobretodo, cuando no se explica clara y concisamente su naturaleza jurídica, haciendo pasar o confundiendo su adquisición como si fuera una inversión con mayor o menor grado de retorno del capital con el que se adquiere, al margen del aseguramiento o no de un rédito mínimo durante su tenencia.

Dicha complejidad y alto riesgo determina la exigencia de una especial, acentuada, diligente y clara información que debe proporcionarse al cliente o consumidor para la validez de la adquisición/inversión, teniendo en cuenta la distinta posición contrapuesta de ambas partes, pues a diferencia de la entidad financiera el cliente desconoce el entorno económico y financiero, determinante en la concurrencia de un consentimiento informado que valide éste tipo de contrataciones.

El deber de información al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto ofrecido aparece recogido en la **Ley del Mercado de Valores, modificada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre**, que incorporó al ordenamiento jurídico español la **Directiva 2004/39/CE**. Esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (**artículo 79 LMV**), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (**artículo 79 bis 2**), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (**artículo 79 bis 3**), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (**artículo 79 bis 3, pto. 3º**), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar

la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente",debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (**artículo 79 bis 7 LMV**).

El **Real Decreto 217/2008,de 15 de febrero**,que derogó el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo,reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y en concreto,en el primero de los mencionados preceptos establece que " ...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también de riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.C) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.D) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia,cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener,en todo momento, informados a los clientes.A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial,clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión a fin de que la misma le permita comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece,que le permita tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Y respecto de la naturaleza de los **bonos convertibles en acciones**,decían las citadas sentencias de **19 de Diciembre de 2016 y 23 de Enero de 2017 dictadas por la Sección Quinta de nuestra Audiencia**,que "*SEGUNDO.- NATURALEZA O CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO.RIESGOS QUE COMPORTA PARA UN CLIENTE MINORISTA.-En la denominada jurisprudencia menor se aprecia una contraposición de criterios sobre la complejidad de este concreto y específico producto financiero, muy especialmente en bonos de otra entidad bancaria,y son muy numerosas las sentencias que lo consideran un producto que no reviste dicha calificación, muy fácil de entender,entre ellas la alegada sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2.014,pero también lo son las que lo consideran un producto complejo.*

Sobre el particular se ha pronunciado recientemente la STS de 17 de junio de 2.016,citada y transcrita parcialmente en la sentencia de instancia,en relación con el mismo tipo de bonos que en esta litis.Según indica dicha sentencia: " 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".

Por tanto, debemos concluir que se trata de un producto complejo y arriesgado, motivo por el cual cabe desestimar la pretensión de la demandada de que se trata de un producto muy simple de entender, y dicha resolución, aunque sea única, pone de relieve el criterio del Alto Tribunal en el contexto de una notable discrepancia en la jurisprudencia menor El hecho de que existan en el mercado otros productos que supongan más complejidad, como un swap o participaciones preferentes, no altera la anterior conclusión.

En cuanto a los riesgos que comporta, la aludida STS, refiere:2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de

acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.-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 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”.

Cuarto-Respecto de **la normativa aplicable en la fecha en la que los actores suscribieron el primer contrato, 19 de Diciembre de 2002**, señalar que ésta era la normativa previa a la MIFID.

Decía **la sentencia dictada en fecha 1 de Junio de 2016 por el Tribunal Supremo** que, “De este modo, aunque por la fecha del contrato,....., todavía no se había traspuesto la normativa MiFID, estaba vigente la que hemos venido a denominar pre-MiFID, que ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información.

Así lo hemos declarado en muchas ocasiones, entre ellas en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre ,y 60/2016, de 12 de febrero :

«También con anterioridad a la trasposición de la 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 art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados (...)".

»Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de

sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

»1.Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...).

»3.La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

Obviamente, como la finalidad de los deberes de información expuestos es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer, la intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto. A mayor complejidad, se requerirá una actividad informativa mayor, que

disminuirá conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos.

4. Correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente,....., sobre las características del derivado financiero y, sobre todo, de los concretos riesgos que conllevaba, así como de las implicaciones que podía tener respecto de la amortización anticipada del préstamo, en concreto, en relación con el coste de dicha cancelación".

Sobre esta jurisprudencia lo cierto es que habrá de ser examinada la postura de la entidad atendiendo al modo en que informó de la naturaleza y riesgos reales del producto financiero ofrecido a la actora y del examen de la conveniencia o no del mismo para dicho cliente minorista, resaltando que con anterioridad a la transposición de la aludida Directiva, ya existía este derecho de información".

Quinto-Asimismo, sobre la alegación realizada por la parte demandada relativa a que se limitó a comercializar el producto pero no a realizar **labores de asesoramiento** de los actores, señalaban las sentencias de nuestra Audiencia, antes citadas, para negar esta afirmación, que "Esta cuestión es tratada en la ya alegada STS de 17 de junio de 2.016, con cita de otras, en los siguientes términos: "Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre

servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. 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."

En aplicación de dicha doctrina jurisprudencial, las argumentaciones de la apelante no pueden prosperar. Es preciso recordar que el producto le fue ofrecido y recomendado al demandante por un empleado de la demandada, precisamente con la finalidad de poder ejecutar la OPA pretendida por el Banco demandado, llegando hasta el extremo de conseguirle un préstamo personal para la adquisición de dichos valores. Por tanto, y aunque se trate de la normativa pre Mifid, se prestó un asesoramiento y la demandada tenía el deber de informar al cliente minorista. Como indica la STS de 15 de diciembre de 2014, "el deber que pesaba sobre la entidad financiera era cerciorarse de que esta cliente minorista, directamente o a través de su propia asesora financiera, conocía bien en qué consistía lo que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto".

Como se indica en la sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia, en relación con el mismo producto financiero, " Sin embargo, lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor - comercialización o asesoramiento -sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Al ser los actores inversores minoristas, la protección es máxima cuando, además, los productos que se les vendían eran complejos como los de autos, y ha de prestárseles toda la información a la que se refiere la normativa vigente al tiempo de celebrarse el contrato, a la que más arriba se ha hecho referencia, de modo que si no se alcanzan dichos estándares de transparencia en la operación, el consentimiento ha de entenderse viciado."

Sexto-Y sobre el significado y alcance del deber de información, decía nuestra Audiencia Provincial en las tan citadas sentencias que, "Sobre este aspecto, la STS de pleno de 8 de septiembre de 2014, con cita de la de 20 de enero de 2014, dispone lo siguiente: "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo 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 a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente

a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del RD 629/1993, "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" .

En la STS de 17 de junio de 2.016 se indica:.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil (EDL 1889/1) no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte

contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.-En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si

bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm.769/2014, de 12 de enero , entre otras."

Por último, y sobre **la convalidación de los contratos**, decía la **sentencia dictada en fecha 20 de Junio de 2017 por la Sección Tercera de nuestra Audiencia** que, "CUARTO .-SOBRE LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO ANULABLE POR ACTOS DEL DEMANDADO.

Por la apelante se alega la existencia de una confirmación del contrato anulable y así como una vulneración de los actos propios al suscribir el canje de mayo de 2012. En suma, la suscripción de mayo de 2012 supone, para el apelante, un acto confirmatorio del demandante sobre el negocio jurídico de suscripción de obligaciones de octubre de 2009.

A la vista de las circunstancias del caso que nos ocupa, la Sala no puede compartir dicha argumentación. A estos efectos, y, como se recoge en diversas sentencias de esta Audiencia Provincial, como la de 2 de marzo de 2.015 (Sección Tercera) o la más reciente de 19 de diciembre de 2916 (Sección Quinta) relativas a productos de característica similares:

"De conformidad con lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado

válidamente. Según dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo".

En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980, 4 de julio de 1951, 15 de febrero de 1.995 , 12 de noviembre de 1.996 , 21 de julio de 1997). "

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2016 mantiene que: «La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

2.-Además, como ya dijimos en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos

contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato."

En el caso que nos ocupa, el supuesto acto de confirmación (la segunda suscripción de mayo de 2012 consecuencia de la "oferta pública de adquisición mediante canje" realizada por el BANCO POPULAR) no puede considerarse en modo alguno acto de convalidación por cuanto, como hemos visto señala el Tribunal Supremo, el encadenamiento de diversos contratos no puede ser considerado acto convalidante del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento. A la vista de la prueba practicada, en el caso que nos ocupa, no queda acreditado que el actor adquiriera en ese momento conocimiento pleno del producto adquirido, con lo que el contrato se hallaría afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, por lo que no puede tener efecto sanatorio del contrato en modo alguno. No existe por ello, como señala la sentencia de instancia, "voluntad inequívoca de querer convalidar los vínculos contractuales con la entidad demanda, sanando el vicio de consentimiento de la primera suscripción de valores de octubre de 2009", especialmente teniendo en cuenta que, como hemos señalado en el Fundamento de Derecho anterior, a la vista de la prueba practicada, y frente a lo alegado por el apelante, no consideramos que pueda acreditarse la existencia de tal conocimiento pleno más que a partir de la conversión de obligaciones en acciones de noviembre de 2015. Con anterioridad, y, en concreto, respecto de la segunda suscripción formal de 2012, este parece presentarse materialmente ante el actor como una prórroga (de hecho uno de los empleados de la entidad bancaria lo califica en su declaración, como ampliación de plazo, como si de la misma suscripción inicial se tratara) y

con posibilidad de mejora (pues, así lo señala otra de las empleadas, su expectativa era de la de recuperación del valor de las acciones) por lo que no puede afirmarse que en ese momento existe plena consciencia de la situación por parte del demandado.

Por ello, no puede aceptarse la alegación de la recurrente de que "al suscribir el canje en fecha 10 de mayo de 2012 ya tuvo conocimiento que el motivo de esta nueva emisión era intentar que la acción se recuperara y que la inversión de los clientes no sufriera una pérdida" por lo que ya existe en ese momento pleno conocimiento; al contrario, considera esta Sala que la existencia de esta segunda suscripción, la forma en que se le ofrece y la información que se le proporciona al respecto hace persistir en su error al actor, que no tiene conocimiento claro de las pérdidas derivadas de su inversión hasta la conversión de obligaciones en acciones de noviembre de 2015".

Séptimo-Pues bien, aplicando la Jurisprudencia antes citada, al supuesto enjuiciado, tras valorar la prueba practicada, debemos comenzar señalando, respecto del primer contrato suscrito por la parte actora en fecha 19 de Diciembre de 2002 con la entidad demandada, del que deriva el posterior suscrito el 21 de Marzo de 2012, que el Banco Popular, S.A. no ha acreditado, como a continuación se razonará, haber proporcionado a los actores, previamente a la contratación, la información cabal, completa, necesaria y suficiente para que los clientes pudieran percatarse de la verdadera naturaleza y características esenciales del producto y de los riesgos asociados que aparejaba su suscripción, siendo así que la carga de la prueba sobre este hecho, recaía sobre la entidad demandada a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC.

Así, **en primer lugar**, del interrogatorio de los actores se desprende que tenían confianza en los empleados de la entidad bancaria, que creían estar contratando en todo momento un depósito a plazo fijo, y que no eran conscientes de la verdadera naturaleza y riesgos de los productos contratados, tanto en lo relativo a las preferentes como a los bonos.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que nos encontramos ante clientes minoristas, que llegaron a calificarse de analfabetos, respecto de los que no se ha acreditado que tuvieran estudios ni una sólida formación bancaria o financiera.

En tercer lugar, el hecho de que los actores hubieran contratado otros productos bancarios, como los que citaba la entidad demandada en su contestación, no exonera al banco de probar, en cada caso concreto, que proporcionó la adecuada información en la contratación, pues lo que debe el banco acreditar en el presente procedimiento es que proporcionó a los clientes, una información completa para que pudieran percatarse de la verdadera naturaleza, características y riesgos de lo que estaban contratando.

En cuarto lugar, y respecto a la información verbal que, según la demandada, el personal del banco proporcionó a los clientes, debemos señalar que al banco correspondía acreditar este extremo. Sin embargo, no lo ha hecho, pues, no ha propuesto la testifical de ninguno de los empleados o la del Director del banco que atendieron a los actores para acreditar qué, como decía en su contestación, se dio a los actores información verbal tanto sobre la contratación de las preferentes como de los bonos convertibles.

En quinto lugar, y sobre la información escrita que aparece consignada en la orden de valores de fecha 19 de Diciembre de 2002, en la orden de suscripción de bonos de 21 de Marzo de 2012 o en el tríptico, tras su lectura, es fácil concluir, dado el perfil de los actores, que sin una cooperación activa del personal del banco, los actores no hubieran podido conocer la naturaleza, las características y riesgos del producto que contrataban.

La entrega de documentos o folletos informativos no exonera a la entidad bancaria de cumplir sus obligaciones de información, máxime cuando de su simple lectura se desprende que son documentos con un contenido, términos y expresiones complejas, caracterizados por su tecnicidad, por lo que puede concluir que una persona con el perfil de los actores no puede comprender el alcance de lo que lee, la naturaleza del producto y sus riesgos.

En sexto lugar, es cierto que cuando los actores contrataron las preferentes en el año 2002 no resultaban obligatorios los tests de conveniencia e idoneidad. Sin embargo, en el año 2012, vigente la normativa MIFID y cuando se procede a la suscripción de los bonos, no consta que a los actores se les realizara este tipo de tests, máxime cuando en el tríptico consta, respecto del perfil del inversor, que es un "Producto complejo y de riesgo alto".

En séptimo lugar, el hecho de que los clientes hayan percibido rendimientos durante años sin poner reparos, no supone convalidar los actos de falta de información del banco, pues es precisamente cuando los actores padecen las consecuencias adversas de su inversión, y de cuya posibilidad, por muy remota que fuere, no consta que fueran advertidos, cuando se dan cuenta de la falta de información por parte de la entidad bancaria.

Y en octavo lugar, y respecto a la afirmación de la entidad demandada relativa a que los actores, al haber canjeado las Participaciones Preferentes por los Bonos Subordinados obligatoriamente convertibles, habrían sanado el supuesto error cometido al suscribir las participaciones preferentes en el año 2002, señalar, para negar esta afirmación, como decía la sentencia de 20 de Junio de 2017 dictada por la Sección Tercera de nuestra Audiencia, que ese canje no puede considerarse acto de convalidación porque el encadenamiento de diversos contratos no puede ser considerado acto convalidante del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento. Además, no ha resultado acreditado que los actores, en el momento del canje, tuvieran pleno conocimiento del producto adquirido, con lo que el contrato se hallaría afectado por la causa de nulidad, o error vicio del consentimiento, sin que pueda tener efecto sanatorio del contrato.

Por tanto, tras lo hasta aquí expuesto se puede concluir que el banco no proporcionó a los clientes la información completa y necesaria sobre el producto que contrataban, en particular, sobre los riesgos que conllevaba, no sólo respecto de la contratación de las preferentes, sino también respecto de la suscripción de los bonos, lo que permite presumir la existencia de error excusable cuando prestaron el consentimiento, y por ende, estimar la acción de anulabilidad ejercitada de manera principal.

Octavo-El **artículo 1.303 CC** establece que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses ...".

Por tanto, el banco deberá reintegrar a los actores la cantidad invertida en la compra de los productos, 25.000 euros, más los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de contrato hasta la fecha de la sentencia, de conformidad con los artículos 1.100, 1.1.01 y 1.108 del Código Civil y, a partir de este momento, los intereses procesales del artículo 576 LEC.

Y los actores, a cambio, deberán restituir al banco los rendimientos, intereses, frutos y acciones percibidos durante la vigencia de los contratos, con los intereses legales desde la fecha de su percepción hasta la sentencia, y a partir de ésta, los procesales.

Noveno-En materia de costas, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, por lo que, al estimarse la demanda, se impondrán las costas a la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Campomar Pons, en nombre y representación de **X** contra el **BANCO POPULAR, S. A. debo:**

1- Declarar y declaro la nulidad relativa de la orden de suscripción DE PARTICIPACIONES PREFERENTES PA BPE PREF. INTNAL LTD "C" por importe de 25.000 euros y de la orden de canje por 12 valores BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.4-18 por importe de 25.000 euros, por la existencia de vicios del consentimiento.



2- Condenar y condeno al BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a la devolución a los actores de la cantidad invertida en la compra de los productos, 25.000 euros, más los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de contrato hasta la fecha de la sentencia, y a partir de este momento, los intereses procesales del artículo 576 LEC.

Y los actores, a cambio, deberán restituir al banco los rendimientos, intereses, frutos y acciones percibidos durante la vigencia de los contratos, con los intereses legales desde la fecha de su percepción hasta la sentencia, y a partir de ésta, los intereses procesales.

3- Condenar y condeno a la entidad demandada a satisfacer las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoles que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS siguientes a su notificación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, previa la constitución del DEPÓSITO previsto en la LO 1/2009 de 3 de noviembre de modificación de la LOPJ.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, doy fe.