

# Audiencia Provincial

de Islas Baleares (Sección 3ª) Sentencia num. 417/2013 de 29 noviembre

[AC\2013\2210](#)

**CONTRATOS BANCARIOS:** ADQUISICION DE BONOS SUBORDINADOS CANJEABLES POR OBLIGACIONES SUBORDINADAS, QUE A SU VEZ, HABIAN DE CONVERTIRSE EN ACCIONES DEL BANCO: NULIDAD: procedencia: error en el consentimiento: ausencia de una información directa sobre el principal riesgo que presenta este tipo de producto financiero y es que para no sufrir pérdidas era necesario que la acción se revalorizase, como mínimo, un 10% en un plazo máximo de 4 años: dado el perfil del cliente, se imponía a la entidad bancaria una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información: creencia de que estaba invirtiendo en un mero depósito bancario: el hecho de que el inversor admitiese el cobro de intereses durante un primer período no es impeditivo del ulterior ejercicio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación 353/2013

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

La Audiencia Provincial de Baleares **declara no haber lugar** al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 05-04-2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Palma de Mallorca.

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00417/2013

**SENTENCIA Nº 417**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

**VISTOS** por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma de

Mallorca, bajo el número 180/12 , **Rollo de Sala número 353/13**, entre partes apelantes, por un lado, el actor, don \_\_\_\_\_, representado en esta alzada por el procurador de los tribunales don Juan M. Perelló Oliver, dirigido por el letrado don Javier Massanet Fiol y, de otro, como demandado, el Banco Popular Español, representado en esta alzada por el procurador de los tribunales don Francisco Tortella Tugores, dirigido por el letrado don Demetrio Madrid Alonso.

Ha sido parte apelada la codemandada Popular Capital S.A., representada por el letrado don Francisco Tortella Tugores, dirigida por la letrada doña Celia Cámara Ramis.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia con fecha 5 de abril del año en curso, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta a instancia de don \_\_\_\_\_, representado por el procurador de los tribunales don Juan Miguel Perelló Oliver, contra la entidad Banco Popular español S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de orden de valores de fecha 14-10-2009 y, en consecuencia, las partes están obligadas a restituirse las prestaciones, más los intereses legales de todos estos pagos. Se condena en costas a la parte demandada. Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de don \_\_\_\_\_, representado por el procurador de los tribunales don Juan Miguel Perelló Oliver, contra la entidad Popular Capital S.A., debo absolver y absuelvo a esta codemandada de todas las pretensiones contenidas en el escrito de demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia, y por las representaciones de las partes actora y demandada, se interpusieron sendos recursos de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo 28 de noviembre de 2013.

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

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

##### PRIMERO

La sentencia de primera instancia declara la nulidad del contrato de 14 de octubre de 2009 en virtud del cual don \_\_\_\_\_ adquiría, por un precio de 220.000 #, bonos subordinados, canjeables por obligaciones subordinadas que, a su vez, habían de convertirse en acciones del Banco Popular.

La jueza de primera instancia entiende que el banco demandado ofreció al actor una información insuficiente, lo que le indujo a error determinante de la nulidad del contrato.

Dicha sentencia es apelada tanto por el actor como por el banco demandado.

Así, el actor impugna la sentencia por estimar ésta la excepción de falta de legitimación pasiva de la entidad "Popular Capital S.A." que también había sido demandada y que, sin embargo, es absuelta por entender la jueza de primera instancia que no había sido parte del contrato sobre cuya nulidad versa el presente litigio. Pues bien, el demandante recurrente sostiene que dicha entidad, como emisora de los bonos, fue vendedora en el contrato de autos y, por tanto, se hallaría pasivamente legitimada en el proceso.

Por su parte, el banco condenado en primera instancia funda su recurso, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Error en la valoración de la prueba sobre la información facilitada al inversor ya que, alega el apelante, al tiempo de firmar el contrato se suministró al Sr. \_\_\_\_\_ un resumen explicativo de las condiciones de la emisión que contiene apartados relativos a los riesgos.

b) La sentencia de primera instancia priva de eficacia probatoria a las declaraciones de los empleados de la entidad bancaria cuando lo que no resulta verosímil es lo declarado por el actor al ser interrogado o por su amiga doña Natalia en su testifical, de que en el banco se le informó de que contrataba un depósito. Además, sostiene la apelante, es este engaño el elemento constitutivo de la pretensión actora que a ella correspondía acreditar y que, sin embargo, habría quedado huérfano de prueba.

c) En la sentencia, y en cuanto al perfil inversor del Sr. , se dice que es joyero de profesión, sin que conste que sea poseedor de conocimientos financieros. Pero, sostiene la parte apelante, la resolución de primera instancia olvida que en la testifical de la Sra. Miriam se puso de manifiesto que al actor, además de joyero, es tratante internacional de oro y que, además, tuvo acciones de Bami/Metrovacesa. Es cierto que el test MIFID revela que el demandante carece de experiencia en la contratación de productos complejos pero, precisamente por eso, sostiene la apelante, la prueba de testigos por ella propuesta demostraría que se le dirigieron distintas advertencias en varias ocasiones.

d) Las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y [21 de noviembre de 2012 \(RJ 2012, 11052\)](#) tratan el error vicio del consentimiento de forma restrictiva, y exigen estar a las circunstancias probadas en cada caso y, sostiene la apelante, en el de autos la Sra. Miriam negó rotundamente que los productos se presentasen al Sr. como depósitos. Tanto esta testigo como el director manifestaron que el actor comprendió perfectamente la naturaleza de su adquisición de **bonos convertibles** habiéndose demostrado, además, que antes de la firma hubo dos reuniones explicativas.

e) La sentencia parte de que el producto de autos es complejo cuando en realidad, según la apelante, es sencillo.

f) El banco cumplió todas sus obligaciones de entrega de documentación y verificación del test MIFID, habiendo faltado a la verdad el actor en este extremo en sus comunicaciones con otras instituciones, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, lo que, sostiene el apelante, ha de ser tenido en cuenta para apreciar mala fe en el actor, al menos, en materia de costas.

g) El demandante habría actuado de forma negligente a la suscripción del contrato al negarse a leerlo aduciendo dificultades idiomáticas y confiándose a Doña. Miriam .

h) Finalmente, el apelante invoca la doctrina de los actos propios, al haber dado por válido el contrato percibiendo 41.507,59 # de intereses en su cuenta.

## SEGUNDO

La destinataria del capital con el que se suscriben los **bonos** canjeables necesariamente **convertibles** no es la entidad Popular Capital S.A. sino que ese capital está destinado a formar parte, necesariamente, de los recursos propios del Banco Popular Español. La función de Popular Capital S.A., como filial del Banco Popular, es la de mero eslabón en la operación de capitalización de la entidad bancaria.

En efecto, la Disposición Transitoria Segunda de la [Ley 13/1985, de 25 de mayo \( RCL 1985, 1216 \)](#) , de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en su apartado 1, b) establece al respecto que "En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes".

Pero es que, además, en el caso de autos, por su propio diseño, los bonos van finalmente destinados a capitalizar el Banco Popular cuyo logo aparece de modo reiterado en la documentación de la operación, de lo que se infiere que es dicha entidad la verdaderamente legitimada pasivamente, tanto por haber sido parte en el contrato impugnado, como por ser la verdadera beneficiaria de la operación de autos a través de la cual el Banco Popular pretendía la captación de recursos ajenos.

Por otro lado, no puede olvidarse que en el presente proceso subsidiariamente se ejercita una acción por incumplimiento de los deberes de información de la entidad demandada en su relación contractual con los actores, para la que es claro que la entidad emisora, que no intervino en el contrato, carece de legitimación pasiva.

### TERCERO

Los bonos subordinados necesariamente canjeables objeto del contrato de autos son productos financieros mediante los cuales y a través de distintas etapas -canje necesario en obligaciones subordinadas del Banco Popular Español y conversión de tales obligaciones en acciones ordinarias del Banco Popular Español- el banco se recapitaliza.

A estos efectos, conviene recordar el contexto en el que se comercializan estos productos: A las entidades financieras se les exige mantener un coeficiente de solvencia para reforzar su resistencia frente a pérdidas no previstas, de modo que debe mantenerse una proporción entre sus recursos propios y los riesgos que asumen.

Para cumplir con dichas exigencias de recapitalización el banco podía acudir directamente a las ampliaciones de capital. Pero en tal caso la captación de nuevos socios podía haberse visto perjudicada por la baja confianza en los bancos en plena crisis financiera. No puede olvidarse que el contrato de autos se celebró en 2009, en plena crisis desencadenada desde 2007.

La principal característica de los **bonos convertibles** es 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 en renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido.

Es por ello por lo que el banco ha de ser especialmente cuidadoso al informar al inversor minorista, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión; todo ello con el agravante de que los bonos no se pueden vender.

### CUARTO

- La [Ley del Mercado de Valores \( RCL 1988, 1644 : RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#) fue modificada por la [ley 47/2007, de 19 de diciembre \( RCL 2007, 2302 \)](#), que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE. En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" ( [artículo 79](#) de la Ley del Mercado de Valores ), 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](#) de la Ley del Mercado de Valores ).

La obligación de información que incumbe a las entidades bancarias depende, de modo, esencial, del perfil del cliente. Éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. Al ser el Sr. , indubitadamente, un inversor minorista, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos ( artículo 79 bis. 8, en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores ). El propio banco admitió el carácter de producto complejo de los "bonos subordinados necesariamente canjeables por acciones" cuando sometió a su cliente a un test de conveniencia ( artículo 79 bis. 7 de la Ley de Mercados de Valores ). Cuando se dan estas circunstancias, es decir, inversor minorista y producto complejo, la entidad queda sujeta a una obligación de información reforzada.

Pues bien, en el caso de autos, es cierto que el inversor Sr. [redacted] firmó haber recibido el resumen explicativo de los "bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del Banco Popular Español", y también es cierto que en dicho documento se le informa del "riesgo de no percepción de las remuneraciones", del "carácter subordinado de la emisión", de la "posibilidad de descensos en las cotizaciones" y del "riesgo del mercado".

Pero, en cambio, no existe una información directa sobre el principal riesgo que presenta este tipo de producto financiero y es que para no sufrir pérdidas era necesario que la acción se revalorizase, como mínimo, un 10% en un plazo máximo de 4 años.

El precio de la conversión de las acciones está fijado en 7.1377 # y, por tanto, el inversor solo podría recuperar íntegramente su inversión si en el momento de conversión de los bonos en acciones el valor de la acción se situase por encima de los 7.1377 # la acción.

Pues bien, en la pericial aportada con la demanda se pone de manifiesto que, desde la puesta en marcha de este producto, jamás el valor de la acción del Banco Popular se ha situado por encima de dicho umbral del 7.1377 #.

Esta característica fundamental del producto no aparece suficientemente aclarada en el resumen explicativo que acompaña al contrato. Baste reproducir aquí el modo en que se fijan las fechas a tener en cuenta para la determinación del precio de conversión: " *el máximo entre el valor contable de la acción de Banco Popular Español S.A. a 30 de junio de 2009 (5,84 euro) coincide con el valor neto patrimonial consolidado atribuido a la entidad) y el 110% del mayor entre (i) la media de los precios medios ponderados de la acción durante los cinco días hábiles bursátiles posteriores a la fecha del desembolso y (ii) la media de precios medios ponderados de la acción durante los quince días hábiles bursátiles anteriores a la fecha del desembolso* "

Este es el principal riesgo que presentan los bonos necesariamente canjeables y el que ha llevado a que en el momento de interponerse la demanda, el demandante hubiera sufrido ya pérdidas calculadas por el perito en 113.664 #.

Sin, embargo, la información contenida en los documentos facilitados al Sr. [redacted] solo se refiere a este riesgo de forma farragosa, difícil de interpretar. En realidad para captar la existencia de este concreto riesgo se hace necesaria la ayuda de un especialista.

No puede olvidarse que la entidad crediticia no cumple con su obligación de informar facilitando al inversor cualquier tipo de datos bajo la rúbrica de "riesgo", sino que ha de tratarse de una información "imparcial, clara y no engañosa" ( artículo 79.bis 2). Además, El [Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero \( RCL 2008, 407 \)](#) , que derogó el [Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo \( RCL 1993, 1560 \)](#) , reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades, y en lo que aquí interesa 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 los 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", requisitos que no se cumplen en el caso de autos.

#### QUINTO

Pero es más, el [artículo 79 bis, apartado 7](#) de la [Ley del Mercado de Valores \( RCL 1988, 1644 : RCL 1989, 1149 y 1781\)](#) obliga a un análisis de conveniencia cuya finalidad es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en los que el producto no es adecuado.

Únicamente se excluyen de la evaluación de la conveniencia los supuestos a los que se refiere el artículo 79 bis apartado 8 de la Ley del Mercado de Valores , en los que la entidad presta el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes y, además, a iniciativa del cliente.

La finalidad de la evaluación de la conveniencia de la inversión es que la entidad, a su vez, reciba información del cliente para, con base en ella, poder hacer una advertencia al inversor sobre la adecuación de la inversión a su perfil.

Ello supone la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación. Ya no basta con la información genérica sobre las características y riesgos del producto sino que, además, es preciso, una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que puede entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y reglamentadamente la propia entidad financiera.

El [artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero \( RCL 2008, 407 \)](#) , sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, establece que: "A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que prestan servicios de inversión distintas de los previstos en el artículo anterior [servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera en los que lo que se requiere es una evaluación de la idoneidad] deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado".

El artículo 74 de la misma norma recoge los aspectos a considerar en el análisis de conveniencia que serán los siguientes: "a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente, b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes".

Pues bien, el resultado del test de conveniencia practicado al Sr. \_\_\_\_\_ es que "se trata de un cliente con experiencia en productos financieros no complejos".

Pero en el caso de autos, ya hemos visto que los bonos subordinados necesariamente canjeables son un producto complejo, lo que, dado el perfil del cliente, imponía a la entidad bancaria una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de información.

## SEXTO

El hecho constitutivo de la pretensión actora no es, como sostiene el apelante, su creencia de que estaba invirtiendo en un mero depósito bancario. En el relato de la demanda tal hecho se configura como consecuencia de la falta de información y es esa información insuficiente o defectuosa la que determinó la concurrencia de error vicio de consentimiento invalidante del contrato, según se sostiene en el escrito instaurador de la litis.

En el caso de autos, en efecto, y en virtud de lo que hasta aquí se ha razonado, hemos de concluir que la información documental facilitada al inversor minorista demandante no cumplía los estándares de claridad, imparcialidad y transparencia exigidos por la normativa de la [Ley del Mercado de Valores \( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#) y disposiciones legales concordantes.

Pero es que, además, la prueba practicada en juicio abona dicha conclusión. Así:

a) El director de la sucursal bancaria en Lluçmajor en la que se tramitó la operación, al declarar en juicio, manifestó que el producto era complejo y que suponía cierto riesgo, pero preguntado expresamente por el letrado del actor sobre si se le advirtió claramente al cliente que el producto no le convenía, manifestó no recordar en concreto una advertencia en tal sentido.

b) Resulta extraño que el propio director del banco declarase ignorar si la entidad Capital Popular S.A. era o no la emisora de los bonos subordinados necesariamente canjeables, con lo cual resulta dudoso que pudiera facilitar al cliente una información adecuada sobre las características del producto.

c) Del mismo interrogatorio deduce este tribunal que no se hicieron simulaciones de la evolución

de la inversión en los distintos escenarios que pudieran presentarse en el futuro.

d) En sus declaraciones el director de la sucursal bancaria insistió en que se informó al Sr. de que los bonos deberían convertirse necesariamente en acciones. Pero siendo ese un punto esencial del producto, no lo es menos que la conversión podía producirse en condiciones muy desventajosas para el inversor, extremos sobre el que tampoco consta que se diese al inversor la suficiente información verbal que pudiera suplir la insuficiente información escrita.

e) Además, el interrogatorio del legal representante de la entidad demandada lo que revela es que en el presente caso pudo haberse incurrido en una práctica que no es la primera vez que llega a los tribunales: Aprovechar una larga relación de confianza, que en el caso de autos se remonta a diciembre de 2001, para colocar un producto altamente perjudicial para el cliente.

e) Doña Miriam , que al tiempo de suscribirse los bonos de autos trabajaba en la sucursal del Banco Popular en LLucmajor, declaró en su testifical que informó al Sr. de que podía perder su inversión. Pero no consta que le informase en concreto del perjuicio que podía producirle el canje por acciones ordinarias del Banco Popular al que antes hemos hecho referencia que es donde radica, a juicio de esta sala, el principal riesgo. No es suficiente con informar, en general, sobre la posibilidad de que se pierda la inversión por la evolución del mercado sino que es necesario explicar como se concreta ese riesgo a la luz de las condiciones del producto financiero en cuestión. Además, la testigo corroboró que no se mostró al cliente una simulación del recorrido de su inversión con relación a la eventual cotización de las acciones del Banco Popular.

f) Doña Socorro , también empleada de la entidad bancaria demandada en la oficina de LLucmajor, declaró que cuando el Sr. acudió a la sucursal y manifestó su intención de verificar el canje, fue informado de las pérdidas que sufriría por haber bajado la cotización de las acciones del banco y que se vio "sorprendido" por tales noticias, lo que corrobora su desconocimiento de los riesgos de la suscripción de los bonos de autos.

## SÉPTIMO

Los requisitos que se exigen para que el error produzca la nulidad de los contratos como vicio de consentimiento son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial; b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su voluntad y conocimiento por tal conducta; c) que todo ello determine la celebración del contrato; d) que sea grave; y e) que no se hayan causado por tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

Además, y en relación al error, es necesario que sea excusable, es decir, que no pudiese ser evitado mediante una diligencia media ( [sentencias del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991 \(RJ 1991, 3662\)](#) , 21 de mayo de 1997 y 29 de diciembre de 1999 ).

Además, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una cumplida prueba de la existencia y realidad de los mismos, prueba que incumbe a la parte que los alega ( [Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 \(RJ 1990, 9546\)](#) y 30 de mayo de 1995 ).

El error, como vicio del consentimiento, siempre ha sido objeto de apreciación restrictiva por parte de los tribunales, antes y después de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 y [21 de noviembre de 2012 \(RJ 2012, 11052\)](#) que la parte apelante cita en apoyo de su recurso.

La [sentencia de 15 de noviembre de 2012 \(RJ 2013, 18\)](#) desestima el recurso en el que se pretendía la nulidad de un SWAP. El Alto Tribunal entiende que el error en que habría incurrido el inversor era inexcusable, por haber "intervenido en otras operaciones iguales", circunstancia que, como antes se ha dicho, no concurre en el caso de autos en el que el Sr. no tenía experiencia alguna en productos financieros similares.

La sentencia de 21 de noviembre de 2012 hace referencia igualmente a sendos contratos de permuta de tipos de interés y rechaza la concurrencia de error en su conclusión por entender que no había quedado probado que la entidad financiera hubiera omitido información relevante sobre la

evolución de los tipos del euríbor. Pero en el caso de autos, como hasta aquí se ha razonado, sí que hubo una información insuficiente y defectuosa determinante de error vicio del consentimiento invalidante del contrato.

#### OCTAVO

El hecho de que el inversor admitiese el cobro de intereses durante un primer período no es impeditivo del ulterior ejercicio de una acción de nulidad por vicio del consentimiento como la presente, y ello porque ya hemos dicho que nos hallamos ante un producto híbrido que inicialmente proporciona un interés fijo mientras dura el bono. Solo cuando se planteó el canje por acciones, que al final había de ser obligatorio, es cuando el inversor alcanzó a percibir su error ( [sentencia de este mismo tribunal de 10 de octubre de 2012 \(AC 2012. 1984\)](#) ).

Tampoco puede entenderse que esa conducta haya provocado una convalidación tácita de las previstas en el [artículo 1.311 del Código Civil \( LEG 1889, 27 \)](#) al realizarse actos (esto es: la percepción de las liquidaciones positivas) que impliquen necesariamente la voluntad de validarlo, dado que el cobro de intereses no puede calificarse como un acto inequívoco destinado a tal fin (sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 20 de junio de 2011).

**NO VENO** .- Del contenido de los escritos de la parte hoy actora en actuaciones previas al proceso, como es la queja ante la CNMV, no pueden derivarse consecuencias en materia de costas procesales, como pretende la parte apelante, dado que tal petición no se ajusta a ninguna de las reglas contenidas en los artículos 394 y concordantes de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) . De hecho, la alegada "mala fe" solo puede ser tomada en consideración en el caso de allanamiento; y cuando, además, ha sido dicha conducta la que provocado el litigio (principio de causalidad), lo que no sucede en el caso enjuiciado.

#### NOVENO

Dado lo dispuesto en el [artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de ambas partes apelantes las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la [Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial \( RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , introducida por el número diecinueve del [artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre \( RCL 2009, 2089 \)](#) , complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la pérdida de los depósitos consignados para recurrir.

#### FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Juan M. Perelló Oliver, en nombre y representación de don \_\_\_\_\_, contra la sentencia dictada el 5 de abril del mes año en curso por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma de Mallorca en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por el procurador de los tribunales don Francisco Tortella Tugores, en nombre y representación del Banco Popular Español.

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con expresa imposición a los apelantes de las costas causadas en esta alzada por sus recursos, y con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.