

Roj: SAP SA 389/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Salamanca
Sección: 1
Nº de Recurso: 225/2013
Nº de Resolución: 248/2013
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00248/2013

SENTENCIA NÚMERO 248/13

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. ILDEFONSO GARCIA DEL POZO ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. ANGEL SALVADOR CARABIAS GRACIA D. JUAN JACINTO GARCIA PEREZ
En la ciudad de Salamanca a diecinueve de Junio de dos mil trece.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO Nº 492/12** del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca, **Rollo de Sala nº 225/13**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelado **D. Juan** representado por el Procurador D. Diego Sánchez de la Parra y Septián y bajo la dirección del Letrado D. Daniel Terrón Santos y como demandado-apelante **BANKINTER, S.A.** representado por la Procuradora D^a M^a Jesús Hernández González y bajo la dirección del Letrado D. Borja Fernández de Trocóniz, habiendo versado sobre Acción de nulidad contrato financiero (preferentes).

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 25 de Marzo de 2.013 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "**FALLO: ESTIMANDO LA DEMANDA**, formulada por el Procurador SR. SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIÉN, en nombre y representación de D. Juan , contra BANKINTER, S.A. declaro la nulidad del contrato de compra de participaciones preferentes suscrito entre las partes, con restitución recíproca de prestaciones entre las partes. Condenándose a la demandada a reintegrar al actor la cantidad de **SETENTA MIL EUROS (70.000,00 #)** , más intereses legales de dicha cantidad. Con expresa condena en costas a la demandada".

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, terminó suplicando se dicte Sentencia revocando íntegramente la resolución de instancia y absolviendo a Bankinter de todos los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, con expresa imposición de las costas generadas en la primera y segunda instancia a la actora.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se dicte Sentencia desestimando el recurso de apelación y confirmando la Sentencia de instancia, con expresa imposición al apelante de las costas causadas.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación el día 13 de Junio de 2.013 pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado- Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de esta ciudad se dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2013 , la cual, estimando la demanda promovida por el demandante Juan , declaró la nulidad del contrato o contratos de compra de participaciones preferentes suscritos por el mismo en los meses de julio y agosto de 2004 con la entidad demandada BANKINTER, S.A., condenando a dicha entidad demandada a estar y pasar por tal declaración, con restitución recíproca de prestaciones entre las partes contratantes, con sus intereses; en concreto, el actor reintegrará al Banco demandado todos los importes abonados por éste como intereses o cupones durante la vigencia de las participaciones, con el interés legal desde el tiempo en que se formalizaron, los que se determinarán y liquidarán en ejecución de sentencia, mientras que la demandada devolverá o reintegrará al demandante el capital invertido, ascendente a la suma de 70.000 euros, con los intereses legales correspondientes, todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad demandada BANKINTER, S. A., por la que, con fundamento en los motivos alegados por su defensa en el correspondiente escrito de interposición del recurso de apelación, y que se analizarán seguidamente, se interesa la revocación de la mencionada sentencia en el sentido de desestimar íntegramente la demanda promovida por el demandante Juan , con expresa imposición de costas al referido demandante.

SEGUNDO .- Se alega por la entidad recurrente BANKINTER, S. A, como primer motivo de impugnación, la vulneración del artículo 1301 y concordantes del Código Civil , en que considera que se ha incurrido por la sentencia de instancia al no haber apreciado la caducidad de la acción de

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

nulidad invocada en el escrito de contestación, cuando estima la entidad recurrente que desde la consumación de los contratos concertados por el demandante el 28 de julio y el 6 de agosto de 2004 (documentos 1 y 2 unidos a la demanda) hasta la presentación de la demanda (en el año 2012) habría transcurrido ya un plazo superior a los cuatro años que para el ejercicio de tal acción establece el mencionado precepto legal.

Se argumenta al respecto, en primer lugar, que yerra la sentencia en cuanto que, por un lado, defiende que la consumación del contrato o contratos litigiosos se produce a su vencimiento y, por otro, que el vencimiento se produjo cuando una de las partes tuvo conocimiento de las obligaciones asumidas, siendo así que una cuestión es que en un contrato una parte no pueda llegar a conocer el alcance de las obligaciones asumidas hasta que venza ese contrato, es decir, sólo sale del error cuando vence, y otra distinta vincular el vencimiento del contrato con el conocimiento que las partes tengan de tales obligaciones.

Consiguientemente, el contrato o contratos litigiosos, de tracto único y no de tracto sucesivo, se *perfeccionaron y se consumaron el día de la contratación*, porque el producto contratado no tiene fecha de vencimiento, al tratarse de órdenes de compra para adquirir participaciones preferentes, agotándose sus efectos en el momento en que Bankinter, S. A. ejecuta el mandato dado por el cliente y adquiere para él las susodichas participaciones, concluyendo, con cita de jurisprudencia menor, que el criterio seguido por la sentencia de instancia de considerar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de 4 años de aquel precepto, el del momento en que el actor pudo salir del error acerca de lo que había contratado con Bankinter, S.A., que se hace coincidir con el momento en que dicho actor recibe en fecha 15-9-2010 por parte del Banco una carta, (unida al folio 48 de los autos) es equivocado, porque viene a presuponer la tesis de que la acción de que tratamos no caducaría NUNCA, desconociendo el principio de la seguridad jurídica; aparte de que, dado el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, no es factible fijar el *dies a quo* en dicho día del año 2010, como hace la sentencia, porque el producto contratado no tiene un plazo de vencimiento...Afirmar que las partes sólo pueden tener conocimiento de lo contratado cuando este llegue a su fin, significaría que la acción no viene sometida a ningún plazo de caducidad..., y en el caso que nos ocupa, como las preferentes comparten características con los bonos y acciones etc., o productos de renta variable, con riesgo en el mercado por su valor fluctuante, no existe una fecha de vencimiento en la que se devuelve el capital invertido al inversor..., sino que, como si fuera una acción, el inversor si quiere recuperar el capital debe vender en el mercado las preferentes que posea al precio de cotización del momento...

Quiere decirse, en definitiva, que para la parte demandada como el titular de las preferentes puede en cualquier momento venderlas y acabar su relación con el emisor, trasladando el título valor a un tercero, carece de sentido jurídico vincular el *dies a quo* del plazo de caducidad al vencimiento de un producto perpetuo..., de modo y manera que la sentencia es desacertada, por cuanto que computa dicho *dies a quo* desde el momento en que el actor dice que salió de su error respecto a su relación contractual con la demandada, y no en la fecha de vencimiento, etc., etc.

TERCERO .- Así las cosas, ciertamente, el artículo 1301 del CC establece que la acción de nulidad sólo durara cuatro años, tiempo que empezara a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato. Y en interpretación de este precepto legal ha señalado la doctrina jurisprudencial, en primer lugar, que el plazo de cuatro años fijado para el ejercicio de las acciones de nulidad relativa o

anulabilidad no ha sido entendido en forma unánime como de caducidad, y así lo decidió la STS de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25 de abril de 1960 , de 28 de marzo de 1965 , de 18 de octubre de 1974 , de 27 de marzo de 1987 y de 27 de marzo de 1989) al declarar que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad (en el mismo sentido, la STS de 1 de febrero de 2002).

Y, en segundo término, que tal plazo empezará a contarse, no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación, es decir, **cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes...**

Para que no quede ninguna duda, la STS de 11 de junio de 2003 , aclara la cuestión, con remisión amplia a otros numerosos precedentes, en éstos términos:

...En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, NO de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, SINO QUE la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del CC ...

Partiendo de ello, por el demandante Sr. Juan se ha solicitado en la demanda, en el año 2012, la declaración de nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes que suscribió en los meses de julio y agosto de 2004, de Bankinter, S. A., y ya debemos anticipar y concluir que, conforme a tal doctrina jurisprudencial, a fecha de la interposición de dicha demanda no había prescrito la acción de nulidad ejercitada, o sea, el demandante no carecía de acción para solicitar la declaración de su nulidad, porque a dicha fecha de presentación de la demanda, en modo alguno cabe afirmar que se habían consumado y cumplido, en su integridad, los vínculos obligacionales generados entre las partes por mor o consecuencia de los susodichos contratos, y ello independientemente de que se pueda entrar en el debate acerca del carácter o naturaleza de los mismos como de tracto único o como de tracto sucesivo; en cuyo último caso, la consumación no se produciría hasta la fecha de la última de las liquidaciones de intereses, o pago por cupones, o como quiera llamárselos...

Y, efectivamente, más allá de compartir o no lo expuesto por la sentencia de instancia, en lo referido a que el *dies a quo* no se inicia hasta septiembre de 2010, que se dice que es el momento en que conoce el demandante lo verdaderamente contratado con Bankinter, A. A., mediante la comunicación escrita que le remite éste último Banco a efectos de "prestar" conformidad al desarrollo y ejecución de dichos contratos, de modo que la acción no caducaría hasta el año 2014, en

lo que acierta, clara y meridianamente, aquélla es en señalar que sólo con el agotamiento y la realización completa de todas las obligaciones entre las partes pueden entenderse *cumplidos y consumados los repetidos contratos*.

No pueden aceptarse, ni compartirse, las tesis que en este punto sustenta el recurso que resolvemos, y de ahí que deba ser rechazado este motivo de impugnación, puesto que es irrefutable que en el día de la perfección de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, éstos no quedaron *consumados*, por la elemental razón de que en dicho día o días de julio y agosto de 2004 ni por asomo podían haber quedado cumplidas completamente las prestaciones u obligaciones asumidas en los mismos, por ambas partes contratantes.

Los alegatos de Bankinter, S. A., tendentes a disociar, desmembrar y escindir la relación contractual sinalagmática que le vincula con el demandante en dos subespecies negociales y momentos, no son aceptables, ni asumibles, porque dicha entidad financiera no se limita, en este supuesto, a realizar o materializar una labor de mera intermediación que viniera agotada en unas órdenes de compra de valores o títulos que le verifica el cliente, a modo de contrato de mandato o comisión mercantil (bursátil, se llega a decir), ex arts. 1726 del CC y 244 , 255 y 264 del Código de Comercio .

No es posible desconocer o ignorar que la relación contractual entre una y otra parte no quedó agotada, ni menos consumada, en sus efectos con la ejecución de éste, repetimos, mandato del cliente, pues no se trata de una vinculación aislada y esporádica para contratar con un tercero, sino que, como esas participaciones preferentes, esos valores objeto de compra, no lo eran de un tercero ajeno a esta relación, sino de Bankinter, S. A., (a través de la sociedad Bankinter Emisiones, S. A.) aun siguiendo la línea discursiva del recurso, tras la ejecución del mandato de compra de tales valores por el Banco, este, de modo simultáneo e inescindible, asumió frente a la contraparte una serie de prestaciones y obligaciones, a cumplir en el tiempo (en mucho tiempo, a priori, pues se destaca su carácter de valores perpetuos), con carácter indefinido, algunas de las cuales lo eran las de la remuneración por la tenencia de este producto financiero y las de su devolución pasados todos los años que uno quiera imaginarse en este momento...

Justamente, hasta que no se devuelve el capital invertido al inversor, -y al respecto ténganse en cuenta que en el dorso de la comunicación escrita de fecha 15 de septiembre de 2010, de parte de Bankinter al demandante, folio 48 de los autos, se le indicaba al cliente, ahora apelado, que el vencimiento del producto financiero, las participaciones preferentes (*Bkemisiones por 70.000 euros*) lo sería el 28-7-2050-, o bien hasta que el actor hubiera decidido vender las preferentes adquiridas, es decir, ejercitar su derecho de amortización sobre las mismas, la totalidad de las prestaciones recíprocas pactadas por los contratantes no habrían quedado completamente cumplidas.

En este sentido, las alegaciones de la parte apelada referidas a que los efectos de la contratación con la apelante, cuya nulidad se predica, no finalizaron con la suscripción de las órdenes de compra de los títulos, a que tras la compra de tales valores no nace una relación jurídica distinta, disociada y ajena, etc., pues, en definitiva, estamos en presencia de un contrato de compraventa con efectos de futuro y no de simple comisión o intermediación mercantil y, en especial, a que la *consumación* del contrato no se produciría hasta el vencimiento del ejercicio del derecho de amortización de la inversión, con reserva de fecha por la entidad emisora a partir del 30-9-2009 (es decir, transcurridos

cinco años desde la fecha de la emisión) han de estimarse y aceptarse íntegramente, por ajustadas a derecho.

Baste para rechazar el motivo de la apelación que examinamos con asumir, como asume la Sala, por respetar escrupulosamente la jurisprudencia en su momento reseñada, este último argumento de la oposición al recurso, sustentado en prueba documental que la propia demandada ha aportado (página 6 del tríptico informativo): si la consumación del contrato o contratos se puede afirmar acontece cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes..., siendo una de las prestaciones esenciales de una de las partes, la de la decisión unilateral de transcurridos 5 años desde la venta de las participaciones, decidir recuperarlas o no mediante el pago de su valor nominal, etc., como ésta prestación no podría venir cumplida hasta el 30-9-2009, es inconcluso que a la fecha de presentación de la demanda, en el año 2012, no habrían transcurrido los 4 años predispuestos en el tantas veces repetido art. 1301 del CC y, por tanto, la acción ejercitada no estaría prescrita o caducada.

CUARTO .- Como segundo motivo de impugnación se invoca por la defensa de la entidad recurrente BANKINTER, S.A., errónea valoración de la prueba de la juzgadora de instancia, al dar por acreditada ésta, en la resolución impugnada, la *existencia de error en el consentimiento prestado por el demandante en los contratos litigiosos*. Y en apoyo de este motivo de impugnación se alega, tras exponer la doctrina jurisprudencial referente al error como vicio del consentimiento determinante de la nulidad o anulabilidad del contrato, que entendió aplicable al caso, rechazando la declaración de la existencia del vicio de consentimiento, lo que pasa a resumirse de la manera siguiente:

a) que la sentencia impugnada yerra cuando asume y afirma que existió error en el consentimiento prestado por el actor, por entender equivocadamente que estaba suscribiendo unos contratos de depósito a plazo fijo con capital garantizado, cuando resulta que los términos de los contratos eran claros y sencillos respecto de su naturaleza y contenido, no conteniendo elemento susceptible de inducir a confusión o error, ya que bastaba con la mera lectura para comprobar que el actor conoció o por lo menos podía conocer que se obligaba a adquirir un producto financiero complejo y de riesgo, como son las participaciones preferentes, etc.

b) que, por otra parte, el error en el caso de haber existido en el demandante, sería imputable a su parte y, por ello, inexcusable, ya que aparte de que era suficiente para haberlo evitado con haber leído con un mínimo de atención los documentos contractuales que se citan, y el demandante admite que no los leyó, es de destacar que dada su experiencia amplia en la contratación de depósitos y fondos de inversión, pudo salvar el error fácilmente merced a la información bastante que el banco demandado le ofreció al actor sobre el producto financiero que contrataba, información continuada y mantenida en los años siguientes con la remisión al mismo de los extractos bancarios correspondientes, para el abono de cupones por intereses, etc.; amén de que el actor llegó a realizar, a posteriori, órdenes de venta de sus participaciones hasta en dos ocasiones, yendo así contra sus propios actos, etc. etc. En orden a la resolución de este motivo de impugnación, se han de recordar las consideraciones jurisprudenciales, ya explicitadas por esta Sala en anteriores sentencias (sirva de ejemplo, la de 20 de abril de 2012), que cabe resumirlas de la siguiente manera:

1ª- El error, como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, significa, como tantas veces ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTS de 17 de octubre

de 1.989 y de 3 de julio de 2.006 , entre otras) un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida, pudiendo llegar a esa situación el que la padece por su propia e incorrecta percepción de las cosas o por su defectuosa valoración de las mismas, o conducido a ella por la consciente e intencionada actuación, activa o pasiva, de la otra parte contratante, de suerte que, en el primer caso se contempla al que padece el error (artículo 1.266 del Código Civil), y en el segundo al que lo produce, incurriendo en actuación dolosa (artículo 1.269 del mismo Código Civil), pudiendo incluso coincidir o no en el mismo resultado de originar la desconexión del contratante con la realidad (SAP de Córdoba - Sección 2ª- de 22 de noviembre de 1.999).

2ª- Como ya se ha señalado en las Sentencias de 11 de noviembre de 1.997 , 18 de julio de 2.000 y 20 de marzo de 2.006 , entre otras, en cuanto al error como vicio del consentimiento, ya la STS de 18 de abril de 1.978 indicó que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil , es indispensable *querecaiga sobre la sustancia de la cosa* que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración (artículo 1.266. 1º, del Código Civil), *quederivede hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar* (SSTS de 1 de julio de 1.915 y de 26 de diciembre de 1.944), *quenosea imputable a quien lo padece* (SSTS de 21 de octubre de 1.932 y de 14 de diciembre de 1.957) y *que exista un nexocausal* entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SSTS de 14 de junio de 1.943 y de 21 de mayo de 1.963). En definitiva, como ha recordado la STS de 14 de febrero de 1.994 , para que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo primero del artículo 1.266 del Código Civil , pueda ser determinante de la invalidación del respectivo contrato (en el aspecto de su anulabilidad o nulidad relativa) ha de reunir estos requisitos fundamentales: a) que sea esencial, es decir, que recaiga sobre la propia sustancia de la cosa, o que ésta no tenga alguna de las condiciones que se le atribuyen, y aquella de la que carece sea, precisamente, la que, de manera primordial y básica, atendida la finalidad del contrato, motivó la celebración del mismo; y b) que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo, por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de ésta (SSTS de 6 de junio de 1.953 , 27 de octubre de 1.964 y 4 de enero de 1.982), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido ya dicho de inevitabilidad del mismo por parte del que lo padeció, requisito que el Código Civil no menciona expresamente, pero que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y buena fe (artículo 7 del Código Civil).

3ª- Finalmente, en cuanto a la función básica del requisito de la excusabilidad, ésta no es otra que la de impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por su declaración; por lo que el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciarla, señalándose que, en términos generales, se debe utilizar el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información les es fácilmente accesible y que

la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, sobre la base de que nadie debe omitir aquella atención y diligencia exigible a cualquier persona medianamente cuidadosa antes de vincularse por un contrato, máxime si éste es de cierta trascendencia económica (STS de 29 de marzo de 1.994); así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, siendo, por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto, y siendo preciso, por último, para apreciar esa diligencia exigible tener en cuenta si la otra parte coadyuvó o no con la conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa (SAP de Córdoba de 22 de noviembre de 1.999).

QUINTO.- Expuesta la doctrina general en orden a los requisitos que han de concurrir para que pueda apreciarse la existencia de error en el consentimiento determinante de la nulidad o anulabilidad del contrato, se ha de entrar ya en el análisis de las alegaciones realizadas por la defensa de la entidad recurrente en el escrito de interposición del recurso de apelación tendentes a demostrar la equivocación en que se habría incurrido por el Juzgado "a quo", al concluir en la existencia de error en el demandante por desconocimiento de lo que, en realidad, estaba contratando en julio y agosto de 2004 con el agente de Bankinter, S.A.; alegaciones que han de venir desestimadas totalmente, por lo que pasa a exponerse.

Del conjunto total, sin exclusión alguna, de todas y cada una de las pruebas practicadas en este procedimiento, es razonable, acertada y deviene suficientemente motivada la conclusión final a la que llegó la sentencia impugnada, referida a que el demandante Juan padeció un error esencial y excusable (no imputable, pues, a su persona) al prestar su consentimiento en aquellos contratos de adquisición de participaciones preferentes, pues se representó, falsamente, el que con ellos concertaba unos simples depósitos bancarios a plazo fijo, con una rentabilidad interesante, pero con el capital garantizado; falsa representación, derivada no tanto de una eventual negligencia o descuido por su parte, como consecuencia, fundamentalmente, de una falta de información suficiente respecto de las características y condiciones del producto, realmente, ofrecido contractualmente por la entidad bancaria demandada; ausencia de información reprochable a dicha entidad, la que, ni de principio ni de final, advirtió al actor, de modo claro y sin confusionismos, como venía exigido dadas las circunstancias concurrente a las que se hará alusión más adelante, de que no contrataba precisamente unos depósitos a plazo fijo, sino la adquisición, la compra, de unos valores, de unos productos financieros complejos, de altísimo riesgo para el adquirente, por tratarse de unos títulos potencialmente perpetuos, con liquidez únicamente en el mercado secundario de valores, con escasísimo control por parte del comprador, y que no eran de los de uso común y habitual para cualquier consumidor o usuario de la banca, y menos para una persona de las condiciones de dicho demandante.

De partida, no hay acreditación cierta y convincente acerca de que el demandante fuera informado con anterioridad a la celebración de los contratos de compra de cuál era su objeto y finalidad, así como de sus consecuencias, una de ellas, y no se trata de aventurar dramatismos innecesarios, la de que, dada su edad a la hora de contratar, 83 años, era altamente probable que el importe de la inversión, no lo volviera a recuperar en el resto de su vida.

Vicio de error, pues, esencial en el consentimiento, no imputable al demandante y que debe adjetivarse como excusable, en atención a una serie de circunstancias y extremos fácticos incontestables. Ya hemos puesto de relieve uno de ellos, la de la edad del contratante demandante,

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

la que, desde luego, no le incapacita para comprender el alcance y significado de cualquier contrato bancario, pero que no casa para nada con la lógica del sentido común que nos indica que a esas edades no parece entendible se quiera establecer una relación contractual con tal eventual dilatado alcance temporal, no ya de larga duración, sino, por su propia esencia, perpetuo o cuasi-eterno... En las declaraciones del demandante en el acto del juicio, este aspecto resalta sobremanera.

En segundo lugar, otro factor que no se puede poner en entredicho es el de la confianza ilimitada del demandante en la persona del agente o empleado de la demandada, Sr. Balbino , que es quien materializa con él las operaciones de compra de las participaciones; afirmación no gratuita o simple traslado de lo dicho por el primero, sino averada por detalles como el de que es en el domicilio del propio cliente donde se trataron estas cuestiones, o el de la larga y precedente relación del demandante con el Banco demandado a través de este empleado.

Esa confianza absoluta en Don. Balbino es la que permite explicar, sensatamente, el hecho de que el actor Juan ni siquiera llegara a firmar algunas de las copias o ejemplares de las órdenes de compra (más que contratos) contenidas en los documentos 1, 2 y 3 aportados con la demanda, o los 12 y 13 que contienen las órdenes de venta parcial de las participaciones preferentes en su día adquiridas, o el de que admita en su interrogatorio el que no llegó a leer tales documentos.

Estamos hablando de un estado de cosas por virtud del cual durante los 13 o 14 años precedentes a los contratos litigiosos, el actor formalizó con Bankinter, S.A., con el concurso del Sr. Balbino , se dice de 20 a

40 depósitos a plazo, sin interrupción y siempre sin incidencias, porque se le devolvió el dinero depositado..., devolución que el actor personaliza en la persona del gestor o empleado, más que en el banco abstractamente considerado.

Ello no es baladí o intrascendente, es fundamental, y no se puede obviar; por el contrario, esa confianza absoluta en el agente de Bankinter, S. A, por las razones expuestas, es un dato que ha de ponerse en cuidadosa conexión con el patrón de diligencia que le pudiera ser exigible al demandante respecto a la lectura de los documentos y demás prevenciones que, según la entidad demandada, debió adoptar, y que al no tomarlas no le hacen merecedor a protección alguna y a declarar el error excusable.

Justamente esas condiciones personales del actor, esas circunstancias de confianza máxima derivadas de una estrecha y larga duración comercial previa con ese agente del banco demandado, lo que justifican es el padecimiento del error invalidante del consentimiento y la no concurrencia de negligencia en quien la alega y, por contra, evidencian, como mínimo, una falta de rigor y control de la entidad bancaria apelante que no se tomó ni la molestia de que todos los ejemplares de los documentos fueran firmados por el actor.

SEXTO .- En todo caso, aunque el apelado Juan hubiera leído los documentos- contratos de compra de las preferentes, difícilmente se hubiera enterado y conocido, según las reglas del criterio humano a que alude el recurso, con la certeza indispensable, de la naturaleza del producto financiero que adquiriría, porque, de partida, de la nomenclatura de los mismos lo único que puede extraerse, dado su esquema telegráfico y huérfano de un clausulado digno de tal nombre, es oscuridad y confusión acerca de lo contratado; confusión y oscuridad propiciadas por la entidad demandada y de las que

ahora no puede beneficiarse (art. 1288 CC), no quedando salvadas por el hecho de que en tales documentos no figure mención alguna al plazo del depósito, al tipo de interés remuneratorio, etc., cuando, a su vez, resulta que las únicas menciones trascendentes son las de los importes a invertir (48.000 y 54.000 euros, respectivamente), la de la cuenta de adeudo de la compra, y una mención lineal apocada escrita a bolígrafo de: "*Acc. preferentes Bankinter*", y cuando el reverso del documento sólo se preocupa de esclarecer la aplicación de una serie de comisiones aplicables por la entidad financiera.

Quedan en el campo de lo ignoto en estos documentos los términos del contrato respecto a su naturaleza, respecto a su delimitación objetiva, etc., es tal la falta de definición y concreción, en cuanto al modo concreto de operar y fechas de cobro de los eventuales rendimientos de esos títulos o valores que la entidad tiene que acudir al recurso de la alegación de la entrega simultánea de un tríptico informativo, el cual, por cierto, es eso un documento informativo, no clausulado del contrato *strictosensu* , integrable si más en el contrato.

Ese tríptico con la información que se dice que se le entregó al demandante, junto con los contratos, y de cuya existencia no se duda, no se acredita por prueba segura que se le hubiera entregado en su momento al demandante y aún demos por hecho que se le entregó, tampoco queda evidenciado que este hubiera podido entender mínimamente su contenido.

La información que en sus declaraciones el demandante ha reconocido haber recibido del banco la limita a las palabras Don. Balbino , relativas al conocimiento del tipo de interés aplicable y al plazo, datos comunes con los depósitos bancarios a plazo fijo.

A mayor abundamiento, si fijamos nuestra atención en el encabezamiento de los contratos, lo que aparece es la titulación "*Apertura de Depósito-Compraventa de Valores*" , la que, de antemano, presupone e implica una mezcolanza innecesaria de conceptos, provocadora de oscuridad y ambigüedad, pues, si bien es de reconocer que a renglón seguido, en su contenido, no se habla de depósito a plazo con capital garantizado, esa nomenclatura a que hacemos referencia, que se inicia con las palabras "*Apertura de depósito*" , distorsiona el significado de lo que se quiere mantener como mera gestión o mandato de compra de valores, y cuando no se resalta debidamente por quien aporta el modelo impreso de contrato, Bankinter, SA, en atención del contenido restante del documento a qué clase de depósito se vinculan tales órdenes de compra de las participaciones preferentes. Ningún apartado del contenido de las órdenes de compra es correlativo a tal mención de apertura de depósito. Si es así, ¿entonces a qué responde?

Se arguye, asimismo, el que aún en el hipotético caso de que el actor no hubiera recibido una información verdadera de las características y riesgos de las preferentes, con la simple confrontación por su parte de los numerosos extractos recibidos periódicamente de parte del Banco, le hubieran sacado del error al observar que el cobro por intereses se correspondería a abono de cupones, etc., alegato, desde luego, sugerente pero insuficiente para desvanecer el vicio de error que damos por concurrente. Si leemos detenidamente los párrafos copiados y transcritos por la recurrente en el escrito de recurso en este punto de los extractos, lo que se detecta por una persona normal y común es la presencia de menciones tales como "nominal depositado", "íntegro", "retención", "líquido", "cupones de abono", etc., esto es, menciones lingüísticas de estructura muy similar o parecida a las

de cualquier extracto de una vulgar liquidación de intereses devengados por un depósito a plazo fijo, con capital garantizado.

En lo relativo a la experiencia extensa, a los conocimientos amplios financieros que la entidad demandada presume en el demandante, hemos de convenir en que no son tales, ya que lo que ha venido verdaderamente acreditado es que el conocimiento de Juan , eso sí durante muchos años, se ha limitado al trato y concertación de depósitos continuos a plazo fijo, aperturas de cuentas y de fondos de inversión, es decir, de operaciones bancarias sin prácticamente riesgo alguno. Una cosa es tener mucha experiencia en la contratación de depósitos bancarios simples a plazo fijo, por haberlos concertado a lo largo de una dilatada vida con diversos bancos y otra muy distinta, lo que aquí no se prueba, una experiencia distinta en la contratación de todo tipo de valores o títulos en los distintos mercados, incluido el bursátil. Ni una sola operación de compra de acciones o títulos de igual significado, Bankinter, S. A. invoca haya mediado para el demandante apelado.

Es más, si la premisa de la que se parte es la de que éste último, con anterioridad, había contratado multitud de depósitos a plazo fijo y fondos de inversión con Bankinter, S. A., en lo que deberíamos confiar, a tenor del principio de la buena fe contractual, es en que, con ese bagaje precedente, el demandante esperara la realización de una nueva operación inversora de similar contenido a las anteriores, de modo y manera que cualquier atisbo de error y confusión se le debía haber despejado, inexcusablemente, por el agente del Banco Don. Balbino , haciéndole hincapié en que "esto" que ahora contrataba era una cosa muy diferente a esos 20 ó 30 ó 40 depósitos que había ya contratado con el banco, ¡desde el año 1991! Las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia deberían servir para explicar racionalmente esta singularidad: la de que quien contratando ininterrumpidamente depósitos bancarios sin riesgo, repentinamente, en 2004, con 83 años, cambia de estrategia, da un salto cualitativo, de vértigo, en la inversión de sus ahorros y lo hace a pesar, si creemos los argumentos del recurso, de venir advertido de sus arriesgadas consecuencias; advertencias que no consta se las hiciera Don. Balbino . No hay explicación sensata a este cambio radical, si lo explica el dolo o el error propiciado por la contraparte.

Con independencia de que este demandante, de 83 años, hubiera o no leído los contratos, los extractos bancarios, etc., dado su perfil de cliente fidelizado y fiel desde el año 1991 con Bankinter, S. A., lo mínimo esperable es que el gestor o empleado de éste último, el Banco, en definitiva, le hubiera comunicado, muy insistentemente, en el verano de 2004, el que no se trataba del siguiente depósito en la lista de los más de 30 ya concluidos.

Experiencia y mucha sí que tenía el demandante en contratar depósitos a plazo fijo, etc., pero ninguna en la adquisición de estos productos residuales, que se denominan "participaciones preferentes"... Que una persona, ininterrumpidamente, en los últimos 13 años venga con Bankinter, S.A., contratando depósitos a plazo fijo, y operaciones similares, etc., de improviso, a los 83 años de edad, decida cambiar de estrategia inversora y se embarque, sirva la expresión, en la adquisición de un producto perpetuo, de severo riesgo, con pleno conocimiento y asunción de lo que hace, repugna al sentido común y además guarda correlación con el concepto oscuro, ambiguo y confuso, al que ya nos hemos referido, del nombre elegido para encabezar el documento contractual vinculante para las partes ("apertura de depósito-compraventa de valores").

No sobra, finalmente, insistir en los deberes legales especiales de información y transparencia impuestos a la entidad financiera en esta clase de contratos (en su perfeccionamiento y en su ejecución o desarrollo), recordados, convenientemente, en la sentencia impugnada. Harto significativo deviene el motivo formal aducido por la entidad apelante para la remisión de la misiva de 15-9-2010 al hoy apelado: mejorar las prácticas de uso de las entidades financieras (...), prestar un mejor servicio a los clientes (...), argumentando que por una selección aleatoria de cuentas de productos se piensa en su persona (...), y con el fin de verificar una conformidad a las operaciones concertadas (...); significativo, puesto que podríamos preguntarnos, siguiendo el discurso de defensa de la recurrente, ¿si tan claro tenía el Banco que el demandante Juan , conocía a ciencia cierta el alcance de lo contratado con las órdenes de compra y venta de las preferentes; si creía que estaba debidamente informado, qué clase de conformidad tenía que prestar cuando ya habían transcurrido 6 años desde la fecha de la concertación de las órdenes de compra?

Consiguientemente, este tipo de comunicación relativa a un producto financiero complejo, de un título valor con riesgo, con cotización en los mercados secundarios, no procedía hacerse, por falta de correspondencia con un perfil de inversor tan débil, como el del demandante Juan , persona entonces de 83 años, sin que conste con formación académica alguna, todo lo cual es demostrativo de la ausencia plena, como resalta la parte apelada en su oposición al recurso, de adecuación del producto a su persona y de la falta de información debida y de conocimiento suficiente o bastante respecto a la esencia o cualidades esenciales de los contratos litigiosos, que fueron declarados nulos por la sentencia de instancia.

Debe traerse a colación la STS 28/2003, de 20 de enero , en cuanto hace hincapié especial a «[...] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros. La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible...».

Como colofón, haciendo esta Sala propias las palabras de la recientísima sentencia de la Sala 1ª del T. S. de 18 de abril de 2013 , debe concluirse que Bankinter, S. A. no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer al demandante la adquisición de determinados valores que resultaban ser valores complejos y de alto riesgo, sin explicarle que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que había seleccionado al concertar durante los años anteriores contratos de depósito a plazo, es decir, lo relevante también en este caso, es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

Incluso si Bankinter, S. A. hubiera informado suficientemente al demandante de haber adquirido las participaciones preferentes y le hubiera remitido informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión, ello tampoco hubiera comportado el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que el demandante pudiera saber que los productos adquiridos en 2004 no se ajustaban al perfil de riesgo muy bajo por el que había optado en los 13 años anteriores.

SÉPTIMO. -.En definitiva, sin que concurra tampoco situación alguna relevante para la aplicación de la doctrina de los actos propios, ex art. 7. 1 del Código Civil , ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKINTER, S.A. y confirmada la sentencia impugnada, con imposición a la misma de las costas causadas en esta segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 398. 1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y declarando la pérdida del depósito constituido para recurrir, según lo prevenido en el apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la ley Orgánica del Poder judicial .

En atención a lo expuesto, en nombre del rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Doña María Jesús Hernández González, **confirmamos** la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de esta ciudad con fecha 25 de marzo de 2013 , en el Juicio Ordinario del que dimana el presente Rollo, con imposición a la expresada entidad recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia y con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-