

Roj: SAP CO 1162/2013
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Córdoba
Sección: 3
Nº de Recurso: 181/2013
Nº de Resolución: 128/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JUAN LUIS RASCON ORTEGA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

Sección Tercera

Apelación civil

Rollo 181/2013

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Córdoba

Asunto: Procedimiento ordinario 2213/2010

Presidente:

Francisco de Paula Sánchez Zamorano

Magistrados:

Félix Degayón Royo

Juan Luis Rascón Ortega

SENTENCIA Nº 128/13

En la ciudad de Córdoba, a doce de julio de dos mil trece.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, constituida por los magistrados arriba expresados, ha visto el presente recurso de apelación civil en el que ha sido parte apelante la sociedad anónima Bankinter -representada por el procurador Francisco Javier Aguayo Corraliza y defendida por el letrado Borja Fernández Trocóniz-, y parte apelada Germán -asistido por la procuradora María del Rosario Novales Durán y defendido por el letrado Carlos Rodríguez Vallecillo-. El último magistrado citado es el ponente de la causa, quien expresa el parecer unánime de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE CORDOBA** cuyo fallo es como sigue: *Que estimando esencialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Rosario Novales Durán, en nombre y representación de D. Germán, contra la mercantil **BANKINTER, S.A.**, debo declarar y declaro la nulidad por vicio de error en el consentimiento de la orden de compra suscrita por el actor y la demandada de fecha 18.10.2006 de 346 títulos del Banco Islandés LANDSBANKI, con restitución al*

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

actor de la suma entregada más el interés legal desde esa fecha y con restitución a la demandada de los intereses percibidos por el actor más el interés legal del dinero desde cada una de las fechas de ingreso. Todo ello sin expresa condena al pago de las costas, satisfaciendo cada parte las suyas, y las comunes, si las hubiera, por mitad. "

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **BANKINTER, S.A.** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto de recurso

Los motivos sustantivos que le llevan a la parte recurrente a impugnar la sentencia dictada en la primera instancia son los siguientes: 1ª, la caducidad de la acción de anulabilidad contractual ejercitada, al entender que han transcurrido más de cuatro años desde que se consumó el contrato, fecha ésta que fija concretamente al tiempo de la suscripción del contrato, esto es, el día 18 de octubre de 2006; 2ª, la deficiente valoración de la prueba practicada que lleva a la estimación de la demanda cuando el resultado debería de haber sido el contrario, su total desestimación porque no concurrió vicio alguno de consentimiento en la persona del demandante a la hora de suscribir el contrato; 3ª, la infracción del artículo 1303 del Código Civil al acordar la resolución impugnada más de lo que jurídicamente puede acordar según tal precepto.

Segundo.- Los hechos de interés al recurso interpuesto

De la valoración conjunta de la prueba que se hace en la primera instancia desde una inmediación que carece esta Sala, que es razonable y está razonada suficientemente en la sentencia recurrida, se desprenden los siguientes datos fácticos:

1º. En fecha 18 de octubre de 2006, el demandante contrató con la demandada un "Depósito a plazo/ Activos financieros" por la que aquél adquiriría 346 participaciones **preferentes** Bon Landsbanki Island 6,25%, desembolsando la cantidad de 346000#;

2º. A esa fecha, el demandante era una persona que estaba jubilada de su profesión de perito agrícola, sin profundos conocimientos del ámbito financiero, lo que no le impidió contar con activos de renta fija y fondos de renta variable a lo largo de su vida, y que hasta ese momento no había suscrito participaciones **preferentes** ni había sido asesorado para suscribirlas;

3º. El demandante no recibió de **Bankinter** información clara, pormenorizada, precisa y comprensible de la inversión que iba a realizar, recibiendo periódicamente extractos bancarios en los que se liquidaban los intereses correspondientes;

4º. La última liquidación de intereses la efectuó la demandada al demandante el día 27 de agosto de 2008;

5º. El 31 de octubre de 2008, el demandante efectuó reclamación ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, organismo regulador que, tras los trámites contradictorios y de comprobación oportunos, le contesta por escrito de 22 de marzo de 2010 con las siguientes conclusiones:

No ha quedado acreditado que la demandada dispusiera de información suficiente sobre el cliente que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil del riesgo del mismo y, en su caso, la realización de advertencias adecuadas;

No ha quedado acreditado que la entidad suministrase información con carácter previo a la inversión;

La información periódica que remitía la entidad no recogía el valor de mercado de la inversión e incluía algunos datos que podrían inducir a confusión.

6º. Las participaciones **preferentes** adquiridas por el demandante han perdido completamente su valor.

Tercero.- La naturaleza del contrato suscrito por las partes

El contrato suscrito por Germán y **Bankinter** el día 18 de octubre de 2006 es para la intermediación de esta entidad bancaria en la adquisición y gestión ulterior de participaciones **preferentes**. A través del mismo, el demandante otorga la gestión individualizada de una inversión a una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (**Bankinter** lo está en los términos del artículo 37.1.b de la Ley del Mercado de Valores), la que se obliga a prestar a aquél servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre tales participaciones **preferentes** propiedad del inversor, cumpliendo las exigencias normativas de diligente profesionalidad, información, buena fe e imparcialidad con arreglo al mandato conferido por el cliente, para que éste obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones en el mercado de valores. El demandante, aquí inversor, entrega una determinada cantidad de dinero para la adquisición de esas participaciones y la empresa profesional, aquí entidad bancaria demandada, se obliga a esa gestión integral a cambio de un beneficio pactado.

Estamos, pues, en presencia de un contrato de mandato o comisión mercantil, como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos, tal y como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998, un contrato sujeto a la autonomía de las partes -ex. artículos 1255 Cc y 50 CCom -, de naturaleza consensual, bilateral -genera recíprocas obligaciones-, oneroso, aleatorio, sinalagmático -las prestaciones son independientes aunque actúan unas como causas de otras- y de duración continuada, que está basado en la confianza del inversor hacia el profesional del mercado de valores para que éste, en su nombre, geste las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, que no es otro que el de conseguir la mayor y más segura rentabilidad de la inversión a partir de las preferencias del inversor.

Se trata, como pone de manifiesto la mencionada sentencia, de un contrato que carece de una regulación jurídico-privada específica pero que cuenta con una regulación jurídico-pública incidental aplicable en aspectos como, por ejemplo, las obligaciones y código de conducta de las entidades que se dediquen a la gestión de carteras de inversión en nuestro país. Más adelante tendremos ocasión de pormenorizar parte del contenido de estas normas jurídicas vigentes a la fecha en que se contrató por las partes de este pleito la adquisición y gestión de las participaciones **preferentes**.

Cuarto.- ¿Ha caducado la acción planteada por el demandante?

La demandada reproduce en su escrito de apelación la aducida caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada por el demandante, excepción de carácter procesal que funda en que han transcurrido más de cuatro años desde que se consumó el contrato suscrito entre las partes.

La pretensión que se dedujo por la parte demandante fue de nulidad relativa del contrato suscrito por estar viciado el consentimiento del mismo al amparo de lo prevenido en el artículo 1265 del Código Civil.

Como sabemos, el artículo 1301 de tal ley prevé que la acción de nulidad sólo dure cuatro años, tiempo que empieza a correr desde la consumación del contrato en los casos de error.

La sentencia discutida sostiene que el día en que ese plazo comienza a correr es *el del conocimiento del error invalidante del consentimiento, que ha de situarse en el momento en que según el actor tuvo conocimiento de que la inversión no podía ser recuperada*. La parte que la recurre, por el contrario, mantiene que ese *dies a quo* es de la compra de las participaciones **preferentes**. Si se opta por el primer criterio, la acción civil emprendida no está caducada porque no han pasado cuatro años entre el tiempo en que el demandante conoce esa realidad y la fecha en que deduce su demanda; si se emplea el segundo criterio, ciertamente la acción civil estaría ya caducada por transcurso de ese tiempo fijado por ley.

Esta Sala entiende que tiene toda la razón la jueza de la primera instancia cuando distingue entre el momento de la perfección del contrato de mandato para gestión de cartera y el momento de la consumación del mismo, siendo aquél el tiempo en que el contrato se formaliza por completo para empezar a desenvolver su eficacia (18 de octubre de 2006) y siendo éste en el que se cumplen, también por completo, las obligaciones contraídas por las partes. En el caso que nos ocupa, esas obligaciones se extienden a lo largo del tiempo después de esa perfección, imponiendo al mandante el pago de la comisión bancaria correspondiente y a la entidad mandataria el pago de los intereses pactados y la dación de cuenta periódica del estado de la inversión. Sólo cuando el demandante descubre que las obligaciones que pesan sobre **Bankinter** dejan de realizarse, esto es, cuando la entidad bancaria deja de cumplir con sus obligaciones y aquella persona –el inversor- empieza a no recibir las liquidaciones de intereses que le correspondían, es cuando ha de comenzar el cómputo para el ejercicio de la acción de anulabilidad porque solo en ese momento la consumación (en este caso, la no consumación) se ha producido. Es ése el justo instante en el que las prestaciones debidas por una de las partes -el banco- no se consuman, cuando deberían de haberse consumado, con lo que es entonces, no antes, cuando ha de saltar una natural alarma sobre el cumplimiento del contrato suscrito que activa la cuenta atrás de la agenda legal de que dispone la parte que sí que cumple con sus obligaciones para denunciar ante la ley el incumplimiento de la entidad bancaria, traducido éste en una palmaria falta de consumación del contrato por no abono de los intereses debidos y no explicación del estado de su inversión.

Ese descubrimiento del error en que se encontraba el demandante tiene lugar necesariamente antes del 31 de octubre de 2008, fecha en la que éste formula una reclamación ante el Defensor del cliente de la entidad **Bankinter**. Como quiera que la demanda fue presentada en el Decanato de los juzgados de Córdoba el día 2 de diciembre de 2010, la conclusión lógica que se alcanza es que la acción ejercitada por el demandante en modo alguno está caducada porque ha sido planteada dentro del plazo previsto por el artículo 1301 del Código Civil.

Este motivo procesal de oposición a la sentencia debe de ser rechazado, lo que nos permite entrar a conocer el motivo sustantivo de impugnación de la misma.

Quinto.- Las normas sustantivas aplicables al caso

Por lo dicho anteriormente, rige sobre el contrato suscrito por las partes de este pleito la normativa general establecida por el Código Civil para todo tipo de acuerdos -artículo 1254 y siguientes -, la normativa específica sobre el contrato de mandato o comisión - artículos 1709 y siguientes del Código Civil y artículos 244 y siguientes del Código de Comercio -, la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1998 - reformada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre-, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que en parte y en lo que aquí interesa desarrolla a aquélla, así como las órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 y de 7 de octubre de 1999 que concretan tal reglamento. Igualmente, hay que tener en cuenta la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), para interpretar las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión, y eso aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que su letra y finalidad han de inspirar la actuación judicial en los Estados con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición.

El artículo 1261 del Código Civil fija como requisitos esenciales de un contrato el consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca, añadiendo los artículos 1265 y 1266 de tal texto legal que será nulo el consentimiento prestado por error si recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

En relación con el contrato de mandato, el artículo 1718 del Código Civil dispone que el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante, debiéndose de acomodar en la ejecución a las instrucciones del mandante (artículo 1719 del Código Civil) y, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, debiendo asimismo dar cuenta de sus operaciones (artículo 1720 Código Civil).

Para ese mismo contrato de naturaleza mercantil, como es el que nos ocupa, el artículo 255 del Código de Comercio reconoce el deber del comisionista de consultar al comitente en todo lo que no esté previsto según la naturaleza del negocio, haciendo en todo caso lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio, y, en caso contrario, responderá de los daños y perjuicios originados a consecuencia de haber dejado de cumplir la comisión (artículo 264 del Código de Comercio). Por su parte, el artículo 8 de la ley 7/1998 entiende como nulas todas las condiciones generales de contratación que sean contrarias a las disposiciones de la citada ley, entre las que están que las cláusulas generales de cada contrato se ajusten a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5.5). La ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1998 -reformada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre y la ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva - desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero-, eran normas plenamente vigentes a la fecha del contrato y venían a exigir a las entidades bancarias un deber especial de información a los clientes no especializados de los productos financieros complejos y de alto riesgo en general. En particular, su artículo 79 prevé que las entidades de crédito

que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores tiene, entre otros deberes, los de:

1º) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado;

2º) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

3º) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Por último, las disposiciones reglamentarias que desarrollan la Ley del Mercado de Valores citada en cuanto al alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor son las siguientes:

1º) El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que contiene normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores en el ejercicio de sus actividades, entre las que estaban las de hacerlo 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y debiendo ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, debiendo dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, una información que debe de 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.

2º) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el anterior Real Decreto, en la que se exige que las entidades informen a sus clientes con la debida diligencia - claridad, concreción y fácil comprensión- de todos los asuntos concernientes a sus operaciones.

3º) La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 7 de octubre de 1999, que desarrolla específicamente el código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión.

En la misma se exige de las entidades de gestión la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, defendiendo los intereses de sus clientes, estando en todo caso obligados a:

Solicitarles información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo cuando no sean clientes institucionales;

Asesorarles profesionalmente en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos;

Desarrollar su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente («criterios generales de inversión») en el correspondiente contrato, criterios que se fijarán teniendo en cuenta

la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión;

Formalizar contractualmente el mandato a través de un contrato-tipo redactado de forma clara y fácilmente comprensible, y cuyo contenido abarcará, al menos, los criterios generales de inversión acordados entre el cliente y la entidad, el detalle de las operaciones a realizar y la expresa autorización del cliente.

Sexto.- La información suministrada por *Bankinter* al demandante

A la luz de esa normativa vigente, hemos de preguntarnos si la información suministrada en su día por la entidad bancaria demandada al demandante fue la adecuada. La respuesta que alcanza esta Sala es totalmente negativa al entender que una información como la facilitada por **Bankinter** al demandante sobre la verdad del producto contratado es tan deficiente que no alcanza el estándar básico del código pautado de comportamiento profesional exigido por la normativa que lo regula y que ya más arriba se ha transcrito, cometiendo clara deslealtad con su cliente.

En primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor respecto del producto que va a contratar justo antes de que lo contrate. Una ojeada al folio 57 de estas actuaciones (documento nº 2 que acompaña a la demanda) es sumamente clarificador: lo que firma el inversor con **Bankinter** es un "depósito a plazo/activo financiero" de 346000# en la modalidad de **preferentes** y tipo *Bon Landsbank Island* a un interés fijo del 6,25%. El documento en cuestión, primario donde los halla e impropio del estado tecnológico del siglo en que vio la luz, suministra al firmante datos sumamente oscuros y contradictorios sobre lo que en realidad está contratando, siendo imposible que con tal información una persona media sepa en qué invierte y qué está contratando: en el rótulo se habla de depósito a plazo y, sin embargo, en las "observaciones" de manera lacónica se apunta la expresión "**preferentes**", lo que en una interpretación de buena voluntad pudiera llevar a entender que lo que le quería decir **Bankinter** al inversor es que invertía en participaciones **preferentes**, aunque un producto y otro no sean exactamente lo mismo. Hasta ahí llega la información, sin preocuparse la entidad bancaria de explicarle a su cliente la naturaleza y alcance de este tipo de inversión financiera y los riesgos de todo tipo que con su firma iba a asumir.

Añadidamente, hay que decir que no queda constancia de una información suplementaria previa a ese momento de la firma contractual que sirva para que el inversor conozca los pro y los contra del producto que va a contratar, información suplementaria que podría haber servido para paliar el severo déficit informativo que contiene el peculiar contrato suscrito, con lo que el conocimiento debido del producto para cualquier inversor medio se hace sencillamente imposible.

Eso sin olvidar que el banco, tal y como le exige la normativa que acabamos de transcribir, está obligado a perfilar las características propias del inversor antes de que éste se decida por una inversión financiera u otra, aconsejándole en función del objetivo que el mismo se marque a partir de la completa información que reciba. No hay nada en esta causa que acredite ese estudio de perfil del inversor para permitirle una inversión informada, con lo que todo apunta a que estamos en presencia de una captación "ciega" de pasivo basada en la confianza, también ciega, que el inversor deposita en el empleado del banco, a la sazón hijo de unos íntimos amigos, y del propio banco.

Si hay casi nula información del producto al tiempo decisivo de perfeccionarse el contrato, no más luz sobre la verdad de lo contratado arroja la información periódica que **Bankinter** le iba remitiendo a su cliente sobre la evolución de la inversión. A través del extracto correspondiente se describe el

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

valor (*Bon Landsbanki Isla*), el tipo de interés (6,25 %) y la remuneración del "nominal depositado", una información que por sí misma induce a pensar que estamos en presencia de un producto de renta fija y no de lo que realmente es, una participación **preferente** como producto de renta variable.

Con esos datos tan escasos y ambivalentes, más los del opaco contrato suscrito, nadie con conocimientos financieros medios está en condiciones de conocer de verdad la realidad de la inversión que ha efectuado. Tampoco el aquí demandante, una persona jubilada de su profesión de perito agrícola, sin experiencia en participaciones **preferentes** aunque en otras épocas de su vida haya invertido en renta fija y variable -esto no lo hace precisamente experto en inversiones financieras-, y que en esta ocasión no actúa asesorada por tercera persona cualificada en la materia de cara a la inversión. Por eso que el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores es taxativo sobre esa deslealtad mostrada por el banco hacia su cliente a la hora de informarlo con transparencia del producto que contrató: el banco no dispone de información suficiente sobre el cliente para saber de la adecuación del producto al perfil del riesgo del mismo, el banco no suministra información con carácter previo a la inversión y la información periódica que remite el banco no recoge el valor de mercado de la inversión e incluye algunos datos que pueden inducir a confusión.

En conclusión, **Bankinter** no cumplió con la diligencia del buen profesional que opera en el mercado de valores al no transmitir con la buena fe y transparencia debidas la información completa propia, clara y precisa adecuada a la naturaleza del producto financiero complejo y de alto riesgo que suscribió su cliente, una diligencia que le viene exigida por imperativo legal y reglamentario. Y tal incumplimiento de los deberes elementales del profesional financiero, si afecta a un elemento esencial del contrato y causa daños y perjuicios demostrables a su cliente, le ha de llevar a responder ante éste de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones **preferentes**, algo que tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2013 .

El siguiente paso es, pues, saber si esa demostrada deficiente información suministrada por **Bankinter** a Germán causó error en éste sobre la naturaleza del producto contratado hasta acabar viciando el consentimiento que prestó.

Séptimo.- Germán consiente el contrato por error esencial e insubsanable

Esta Audiencia tiene dicho (sentencia de 27 de julio de 2012, por todas) que para el caso de que la nulidad pretendida lo fuese por deficiente información causante de error, éste tendría que ser esencial e insubsanable practicando una regular diligencia propia de quien lo alega. Y error jurídicamente excusable lo es para nuestro Tribunal Supremo (STS de 31 de julio de 2000, por todas) en los casos en que "existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato...aunque ésta no haya incurrido en dolo o culpa...", todo ello atendiendo a las muy particulares circunstancias de cada caso.

Pues bien, en el caso que nos ocupa contamos con los siguientes datos incontrovertibles:

1º. Germán es una persona que está jubilada y que en su vida laboral no tuvo contacto profesional alguno con el mundo financiero, careciendo, además, de especiales conocimientos financieros;

2º. Esta persona ha contratado productos de renta fija y variable a lo largo de su vida pero nunca participaciones **preferentes**;

3º. Antes de la firma, Germán no recibió información clara, objetiva y precisa del producto financiero que iba a contratar, y tampoco fue asesorado por tercera persona;

4º. Antes de la firma, Germán no fue asesorado por **Bankinter** sobre los productos financieros que más convenían a su perfil inversor y al particular objetivo que se marcaba;

5º. Ni antes de la firma ni al tiempo de la misma, nadie del banco contratante le informa de manera clara y pormenorizada de los riesgos financieros que contrae con el contrato que va a firmar;

6º. Germán firmó el contrato teniendo en cuenta que la opción inversora que le ofrecía el gestor bancario, persona de su absoluta confianza, le aseguraba un buen tipo de renta fija;

7º. El contrato suscrito no ofrece los datos completos y precisos del producto objeto de inversión, conteniendo, antes bien, datos que inducen a confusión;

8º. La información periódica que recibía Germán sobre su inversión mantenía siempre de manera constante el valor de su principal y añadía al mismo los intereses fijos del 6,25%.

Ya sabemos por lo que hemos dicho en un razonamiento precedente que la entidad bancaria incumplió manifiestamente los deberes legales de lealtad, transparencia e información real y fidedigna que tenía con su cliente al no explicarle con claridad y en un lenguaje sencillo y comprensible tanto el contenido obligacional como los efectos de la contratación efectuada, ilustración que debería de haberse producido siempre antes de la firma, porque sólo así se puede formar de manera libre y efectiva la voluntad de la otra parte que permita que la misma preste su consentimiento informado acorde a la naturaleza del producto financiero suscrito. En este caso, la única información medianamente clara que dio el banco fue la del tipo fijo de interés que tenía asegurado el cliente, sesgada información que fue la que indujo al cliente a consentir a partir de la confianza transmitida por el agente bancario, obviando otros muchos extremos esenciales del contrato complejo y de alto riesgo de participaciones **preferentes** de un banco islandés que sin duda podrían no beneficiar a Germán y que, de haberlos éste conocido, con toda probabilidad le hubieran llevado a no arriesgar su firma, unos extremos contractuales que, por otro lado, se escapan al conocimiento de un hombre medianamente informado y sin experiencia en la materia y que, desde luego, son imposibles de aprehender siquiera con la lectura detenida del propio contrato suscrito, absolutamente oscuro y contradictorio para cualquiera.

Y es que el banco en cuestión hubiera actuado con diligencia si antes del contrato hubiera estudiado el perfil inversor de su cliente y lo hubiera aconsejado en función del resultado de ese estudio y, sobre todo, si hubiera informado con verdad de la real naturaleza de las participaciones **preferentes**, un producto financiero que se escapa de la condición de depósito a plazo, que no es renta fija y sí muy complejo y arriesgado para el inversor minorista porque tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada porque su remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes, sin olvidar que a diferencia de lo que le ocurre a un depósito a plazo, perfectamente puede generar pérdidas en el capital invertido. En definitiva, queda bien claro que **Bankinter** le "vendió" a Germán un producto financiero técnicamente complejo y económicamente arriesgado de otra entidad bancaria pero sin suministrarle en ningún momento -con el detalle que merecía su condición de

persona inexperta en la materia- las claves maestras del mismo a salvo la atinente al tipo de interés generado -dato también engañoso por lo que se acaba de explicar sobre la naturaleza de las participaciones **preferentes**-, escondiéndole entonces su esencia, su verdadera naturaleza, así como el alcance y las consecuencias del compromiso adquirido y los riesgos que asumía a partir de ese momento.

Y está bien claro que fue en esa tesitura y no en otra, contando con tan deficiente información, cuando Germán consintió invertir sus 346000#, haciéndolo por error manifiesto imputable en exclusiva al muy mal hacer profesional del banco, quien con su negligencia vicia un contrato inicialmente lícito y posible que, en consecuencia, ha de ser declarado nulo -tal y como con acierto decide la jueza de la primera instancia- porque tal vicio afecta a uno de los elementos esenciales de cualquier contrato. Lo siguiente, y último en este capítulo, es reconocer -una vez más con la tan citada como seguida sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 - que tan grave incumplimiento de los deberes elementales del profesional financiero, le llevará a éste responder ante su cliente de la pérdida absoluta de valor de las participaciones **preferentes** y de los daños y perjuicios parejos acreditados que se le pudieran haber causado.

Octavo.- *Los efectos de la nulidad declarada*

El artículo 1303 del Código Civil dispone que una vez 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 salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

Al calor de tal precepto legal, la jueza de la primera instancia dispone la restitución al actor de la suma entregada, más el interés legal de ese dinero desde tal fecha, debiendo restituirse a **Bankinter** los intereses percibidos por el actor desde esa fecha más el interés legal del dinero.

Frente a tan consecuente decisión judicial, el banco recurrente se alza entendiendo que la jueza ha infringido aquel artículo del Código Civil porque **Bankinter no ha recibido la cantidad cuya restitución se pretende toda vez que el mismo ha actuado como mero intermediario.**

Es una impugnación que está alejada del sentido común jurídico por olvidar -interesadamente- que el contrato de gestión en el mercado de valores que ahora se anula ata en exclusiva al inversor - Germán – y a la entidad bancaria con la que suscribe la inversión -**Bankinter**-, el único que está viciado por la actuación manifiestamente negligente de ésta, y que las consecuencias que la jueza le anuda a tal nulidad son las naturales y propias de la restitución recíproca de las cosas a que hace referencia el artículo del Código Civil mencionado tratando de reponer el estado de cosas jurídico entre las partes al momento inmediatamente anterior a la perfección del contrato viciado y, por eso, anulado.

Noveno.- *Costas*

El artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, en caso de desestimación de un recurso de apelación, se estará a lo dispuesto en el artículo 394 del mismo texto legal en materia de costas procesales.

Este precepto legal lleva a imponerlas en este pleito a la parte recurrente, quien ha visto rechazadas todas sus pretensiones en un caso que no presentaba duda alguna de hecho o de Derecho.

En atención a todo lo expuesto,

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la sociedad anónima **Bankinter** contra la sentencia dictada el día 26 de marzo de 2013 por la jueza de Primera Instancia num. 8 de Córdoba en el procedimiento ordinario nº 2213/2010, con imposición de las costas de esta instancia a la parte recurrente.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que el régimen de recursos será el resultante del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011.

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

RODOLFO