

Roj: SAP M 8913/2012
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 158/2012
Nº de Resolución: 428/2012
Fecha de Resolución: 26/06/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA ISABEL FERNANDEZ DEL PRADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00428/2012

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 0002436 /2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 158 /2012

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 171 /2011

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 57 de
MADRID

De: BANKINTER, S.A.

Procurador: MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

Contra: Gabino

Procurador: MARIA LUISA NOYA OTERO

Ponente : ILMA. SRA. D^a. M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En MADRID, a veintiséis de junio de dos mil doce.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 171/11, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 57 de MADRID, seguidos entre partes, de una, como apelante BANKINTER S.A., representada por el Procurador D^a. Rocío Sampere meneses y defendida por Letrado, y de otra como apelado, D. Gabino representados por el Procurador D^a. M^a. Luisa Noya Otero y defendidos por Letrado, seguidos por el trámite de juicio Ordinario.

VISTO , siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO.- Por el *Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Madrid, en fecha 23 de noviembre de 2011, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO: "Que estimando la pretensión principal de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Noya Otero en nombre y representación de D^o Gabino , contra BANKINTER, S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sampere Meneses debo DECLARAR y DECLARO que los contratos suscritos en enero y septiembre de 2007 con la referencia Kaupthing Bank y Deutsche Postbk son contratos de depósito, siendo el depositante D. Gabino y el depositario Bankinter, S.A., y asimismo, que como consecuencia de dicho s contratos el actor entregó al demandado la cantidad de SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON CINCO CENTIMOS (65824,05 euros), que igualmente debo DECLARAR Y DECLARO que la entidad demandada no ha abonado los intereses correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010 bajo la referencia Kaupthin Bank, por importe de CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS EUROS (4.726 euros), y en consecuencia, debo DECLARAR Y DECLARO la resolución de los referidos contratos condenado a dicha demandada a abonar al actor la cantidad de SETENTA MIL QUINIENTOS CINCUENTA EUROS CON CINCO CENTIMOS (70.550,05€), que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda, con imposición de las costas a la parte demandada."*

Posteriormente, en fecha 23 de diciembre de 2011, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"SE RECTIFICA por tanto la SENTENCIA N^o 740/2011 de fecha de 23/nov/2011 , en el sentido de que donde dice en el fundamento de Derecho Quinto "con obligación de la demandada de abonar la cantidad de 70.550,05 euros, correspondientes al principal depositado, más los intereses

devengados y no pagados respecto al contrato referenciado a Kaupthing que ascienden a 4.726 euros..." debe decir "con obligación de la demandada de abonar la cantidad de 65.824,04 euros correspondientes al principal depositado, más los intereses devengados y no pagados respecto al contrato referenciado a Kaupthing que ascienden a 4.726 euros..."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 30 de marzo de 2012, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 19 de junio de 2012.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 24 de enero de 2007, D. Gabino adquirió participaciones preferentes de "Deutsche Postbk" por un importe total de 30.803,55 €; , en septiembre de 2007, adquirió nuevas participaciones preferentes, en este caso de "Kaupthing Bank" (banco islandés), por un importe de 35.020,50 €, operaciones realizadas por mediación de "Bankinter".

Las referidas adquisiciones se realizaron en el formato de "contrato de depósito a plazo", denominación que indujo a error al Sr. Gabino .

Durante los años 2007 y 2008, la entidad bancaria procedió a ingresar en la cuenta del actor "abono de cupones", con carácter periódico, que el Sr. Gabino entendió que correspondían a los intereses de los depósitos constituidos; si bien, no se produjeron dichos abonos en los ejercicios 2009 y 2010, que supuestamente ascienden al importe de 4.726 €.

En la demanda iniciadora del presente procedimiento se interesa la resolución de los referidos contratos y la condena de "Bankinter" a abonar al actor la cantidad de 70.550,05 €, que incluye el importe depositado o invertido (65.824,05 €) más los intereses o abonos que deberían haberse generado durante los años 2009 y 2010 (4.726 €). La sentencia de instancia estima la demanda, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

SEGUNDO.- El primer motivo de apelación versa sobre la naturaleza jurídica de los contratos celebrados entre las partes, habiendo sido calificados por la sentencia dictada por el Juzgador "a quo" como "contratos de depósito de cumplimiento continuado"; sin embargo, el apelante considera que nos encontramos ante contratos de mandato de compra de participaciones.

Para resolver dicha cuestión hemos de remitirnos,

en principio, al documento n° 2 aportado con la demanda, referente al contrato suscrito el 24 de enero de 2007, en cuya cabecera aparece textualmente "Contrato de depósito a plazo"; ahora bien, a continuación se indica como objeto del contrato la compra de 32 preferentes de "Deutsche Postbk". Observamos que la relación contractual que une a las partes recibe una denominación y el objeto del contrato difiere de dicha denominación, discrepancia que origina dudas y oscuridad, que en ningún caso puede beneficiar a la entidad bancaria en perjuicio de la otra parte; todo ello sin olvidar que la confusión puede generar error en el consentimiento del actor, al creer que está suscribiendo un tipo de contrato cuando realmente está celebrando otro distinto.

En cuanto al contrato suscrito en septiembre de 2007, no existe constancia documental del mismo, si bien entendemos, por lo expresado en la demanda y la contestación y por las manifestaciones vertidas, en el acto del juicio, por el actor y el testigo, que se elaboró en un formato similar al otro contrato, con los datos recogidos en el fundamento precedente; por tanto, ambos contratos serán analizados y abordados de igual forma en la presente resolución.

D. Gabino , al responder al interrogatorio, manifestó que cuando firmó el documento citado, pensaba que estaba constituyendo un depósito a plazo, derivando la percepción de intereses, en unos casos trimestrales y en otros anuales; no habiéndosele comunicado, en ningún momento, que estuviese adquiriendo participaciones preferentes, es más, cuando recibió en su cuenta el llamado "abono de cupones" (documento n° 15 aportado con la contestación) entendió que se trataba de una liquidación de intereses. Por su parte, el testigo, D. Baldomero , agente de "Bankinter", que intervino en las operaciones que ahora nos ocupan, precisó que los contratos celebrados tenían por objeto la adquisición de participaciones preferentes, habiéndose plasmado el contrato en un impreso donde se indicaba "Contrato de depósitos a plazo", porque le señalaron telefónicamente que era el formato que el banco utilizaba en esos casos.

A la vista del resultado de las pruebas citadas, esta Sala considera que nos encontramos ante un contrato de mandato de adquisición de participaciones preferentes y no ante un contrato de depósito, procediendo la estimación del primer motivo de apelación planteado.

Sin perjuicio de lo anterior, y en base a las pruebas ya referidas anteriormente, no podemos obviar que D. Gabino incurrió en error al celebrar los contratos objeto de autos, entendiendo que constituía dos depósitos cuando la operación que realmente estaba realizando era la adquisición de participaciones preferentes. Llegados a este punto, hemos de remitirnos al *artículo 1.266 C.Civil*, según el cual "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer 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", precepto que ha sido interpretado por la *Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002*, cuando ante la alegación de infracción de los *artículos 1.265y 1.269 C.Civil*, que establecen la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de la conducta insidiosa de la actora, dirigida a provocar una determinada declaración de voluntad, puntualiza que "la actuación dolosa de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, y que en definitiva, dichos vicios de la voluntad determinan la nulidad de tal consentimiento"; la *sentencia de 22 de diciembre de 2009*, con respecto

a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra "la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil"; manteniendo en la actualidad la misma postura de interpretación restrictiva de los vicios del consentimiento, pronunciándose en *sentencia de 20 de febrero de 2012* en los siguientes términos: "los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), requieren una cumplida prueba, sometida a la apreciación de los Tribunales de instancia. El consentimiento tiene naturaleza de hecho y su existencia corresponde declararla al Tribunal tras la apreciación de las pruebas, y la misma naturaleza de simple hecho, la tienen los vicios del consentimiento (*STS 21 de junio de 1998*)".

A la vista del precepto citado y de la doctrina jurisprudencial y atendiendo a la valoración de la prueba realizada, entendemos que concurre, en este caso, vicio del consentimiento por error de D. Gabino , lo que nos conduce a la resolución contractual interesada en la demanda.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de apelación se refiere a la confirmación tácita de la compra de participaciones preferentes, al haber hecho suyo el dinero de los cupones que le fueron abonados en cuenta.

A dichos efectos, cabe puntualizar que el actor reconoció haber recibido los importes indicados en el documento nº 15 de la demanda; si bien, entendió que se trataba del abono de intereses pactados trimestral o mensualmente, según se ha indicado en el fundamento precedente. Se adjuntan a la contestación otros documentos (números 10 y 11), consistentes en comunicaciones bancarias que el actor no recuerda su recepción, no obstante cabe precisar que no puede exigirse a la entidad bancaria prueba del envío de extractos, cuando no es necesario que conste fehacientemente ni su envío ni su recepción.

El hecho de que el Sr. Gabino haya recibido en cuenta las cantidades derivadas del "abono de cupones" no conlleva que haya aceptado la rentabilidad de las participaciones preferentes y dicho acto suponga la ratificación o conformidad con la adquisición de dichas participaciones; considerando que el error en el consentimiento surgió inicialmente, cuando se celebró el contrato y subsistió durante el desarrollo del mismo, extendiéndose a sus consecuencias y derivaciones, como a la percepción de los beneficios, habiendo entendido el actor que los abonos en cuenta se debían a las liquidaciones de intereses de los depósitos constituidos y no a la rentabilidad de las participaciones preferentes. En consecuencia, no cabe entender que el hecho de aceptar los abonos correspondientes en su cuenta constituya la confirmación tácita de los contratos litigiosos.

CUARTO.- El recurso de apelación parte de que se informó adecuadamente al actor con anterioridad a la celebración de los contratos, sin olvidar que el Sr. Gabino había realizado diversas inversiones y conocía las características y riesgos de las participaciones preferentes.

El agente del banco, D. Baldomero , manifestó que

informó al cliente sobre el tipo de producto que iba a adquirir, indicando que si posteriormente quería proceder a su venta, el banco compraría las participaciones, pero su precio de compra podría variar con respecto al de adquisición, añadiendo que, en todo momento, intentó que el cliente supiera lo que compraba y el riesgo que adquiriría. Ahora bien, el agente tuvo dudas con respecto al formato a utilizar, por ello realizó una llamada telefónica, obteniendo la confirmación de que debía emplearse el impreso en el que figuraba "Contrato de depósitos a plazo", lo que indica que los términos del contrato no fueron totalmente claros y ello incidió negativamente en la información que el banco proporcionó al cliente en el momento de suscribir el contrato.

La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad (*art. 1.288 C.Civil*).

En consecuencia, entendemos que "Bankinter" no informó adecuadamente a D. Gabino del producto que adquiriría, decayendo el motivo de apelación abordado.

QUINTO.- La resolución contractual conlleva la restitución de la situación al estado en que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato, como deriva del art. 1.124 C.Civ., según el cual "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible", lo mismo ocurre cuando se declara la nulidad de un contrato, puesto que "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses" (*art. 1.303 C.Civil*).

En el supuesto que nos ocupa, al resolver los contratos que unen a las partes ha de retornarse a la situación existente con anterioridad a su celebración, debiendo las partes contratantes restituirse recíprocamente los importes abonados en virtud del contrato, con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo pago o cobro. Procediendo, por tanto, la estimación del recurso de apelación en este punto.

SEXTO.- En virtud de lo preceptuado en los *artículos 394y 398 L.E.Civ.*, no procede efectuar pronunciamiento sobre las costas procesales ni en primera ni en segunda instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III.- FALLO:

La Sala, estimando parcialmente el recurso de apelación

interpuesto por la Procuradora Doña Rocío Sampere Meneses, en representación de "Bankinter, S.A.", contra la *sentencia dictada en fecha 23 de noviembre de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 57 de Madrid*, en autos nº 171/2011; acuerda revocar dicha resolución en los siguientes términos:

1.- Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Doña María Luisa Noya Otero, en representación de D. Gabino , como actor, contra "Bankinter, S.A.", como demandada; se declara la resolución de los contratos de mandato de compra de participaciones preferentes, celebrados entre las partes en enero y septiembre de 2007, debiendo la demandada y el actor restituirse recíprocamente las cantidades abonadas en virtud del contrato, con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo pago o cobro.

2.- Sin efectuar pronunciamiento con respecto a las costas procesales causadas en primera instancia.

Asimismo, no procede pronunciarse sobre las costas causadas en esta instancia.

Se acuerda la restitución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de SalaNº 158/12, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo.