

**Audiencia Provincial Civil de Madrid  
Sección Vigésimoprimer**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035  
Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0025778

**Recurso de Apelación 199/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 77 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 166/2016

**APELANTE:** BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**APELADO:** ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON  
JL

**SENTENCIA**

**MAGISTRADOS Ilmos. Sres.:**

**Dª ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**

**D. RAMON BELO GONZALEZ**

**Dª MARIA ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL**

En Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil diecinueve. La Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 166/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandada: BANKINTER S.L., y de otra, como Apelado-Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS-ASUFIN-

**VISTO**, siendo Magistrado Ponente **la Ilma. Sra. Dª ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ**.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia número 77 de Madrid, en fecha 14 de diciembre de 2017, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Dª Sharon Rodríguez de Castro, en representación de Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en defensa e interés de su asociado

, contra BANKINTER, S. A.: 1.- declaro la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas, de 12/09/2007, y 2.- condeno a la demandada abonarle la cantidad de 20.172 euros, más el interés legal desde la fecha de los respectivos cargos, así como a las costas.”

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de 29 de noviembre de 2018, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 18 de febrero de 2019.

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

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La demanda promovida por ASUFIN en defensa de los intereses de su asociado ejercitando acción de nulidad del contrato denominado “intercambio de tipos/cuotas” contra BANKINTER S.A ha sido estimada por el tribunal de instancia que rechazó en primer lugar la caducidad opuesta para entrando a valorar las pruebas concluir declarando que hubo error en el consentimiento ante el incumplimiento “del deber de información” reprochable a la demandada de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de septiembre de 2014 y 16 de noviembre de 2016.

Contra lo resuelto se alza el recurso de la demandada, Bankinter, que reproduce los motivos que opuso a las pretensiones de la parte actora, así alega en primer lugar la caducidad de la acción, para a continuación solicitar que fuera revocada la sentencia por aplicación de la doctrina de los actos propios al haber llegado el contrato a su vencimiento lo que entendía era “la confirmación del mismo” por lo que carecía el demandante de acción o “legitimación activa ad causam”. En el resto de los motivos lo que reiteró fue la improcedencia de lo resuelto por error al valorar la prueba porque primero no le era de aplicación la normativa MiFID y porque no constaba prueba alguna que acreditara que “el cliente no tenía conocimientos ni experiencia en contratos como el que nos ocupa, siendo carga de la prueba de ese extremo de la parte demandante, no de la entidad bancaria”, en definitiva que no hubo error en el consentimiento o al menos no se habría probado porque el demandante contrató lo que quería y sabía o pudo saber cuáles eran las consecuencias, porque según la parte la protección al cliente no justificaba “la irresponsabilidad de aquellos ante las consecuencias inherentes, informadas y conocidas de un contrato” menos aun

cuando las mimas son elegidas por ellos mismos, que es lo que entiende y así lo afirma, ocurría en este caso.

A estos motivos se opuso ASUFIN que solicitó fuera confirmada la sentencia por ser conforme a lo probado y a las normas legales y jurisprudencia a aplicar; reseñando a su vez la conducta reprochable a la entidad bancaria al no haber aportado en su momento las grabaciones referidas a la contratación realizada en su día, pretendiendo introducirlas a través de la prueba testifical, aunque el empleado de la misma al ser preguntado lo que declaró en todo momento fue “no recordar”; en conclusión afirma que no hubo prueba de haber cumplido la parte demandada el deber de información que le era exigible, siendo carga probatoria suya, y derivándose de ello el error en el consentimiento alegado como razón para que prosperara la acción de anulabilidad ejercitada.

**SEGUNDO.-** Los dos primeros motivos deben ser rechazados porque la acción ejercitada a la fecha de la demanda no estaba caducada porque no habían transcurrido los cuatro años que dispone el artículo 1301CC, al ser el “dies a quo” el de la fecha de consumación, que lo era el del vencimiento, año 2014, y desde esa fecha 3 de diciembre de 2014 a la demanda, 10 de febrero de 2016, no había transcurrido el plazo de cuatro años.

La tesis de la recurrente de que ese plazo se compute desde que se practicaron liquidaciones negativas a cargo del demandante no es de recibo porque va contra lo dispuesto en el artículo 1301CC que fija como fecha del inicio del cómputo la de la “consumación”, no debiéndose confundir la jurisprudencia del Tribunal Supremo dispuesta en relación a aquellos supuestos en los que no hay tal con aquéllos en los que sí existe esa fecha de consumación o vencimiento como es el caso.

Cuando se ha de entender consumado un contrato de swap es cuando se ha extinguido el contrato, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno 89/2018 a la que se remite la mas reciente de 10 de abril de 2018

En la sentencia del Pleno se interpretó cuando se tenía por consumado un contrato de swap, y esa fecha era “el momento del agotamiento, de la extinción del contrato”; añadiendo en la misma que “En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia delo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (...)”, en estos contratos “no hay consumación del contrato hasta que no se produce agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no exigen prestaciones fijadas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés”. De conformidad con esta interpretación el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años era el 3 de diciembre de 2014, y desde esa fecha a la demanda no habían transcurrido, por tanto la acción no había caducado.

No solo ha de rechazarse, como sea indicado, el primer motivo sino también el segundo a través del que pretende la parte que se niega la acción al apelado porque según el mismo no tendría “legitimación ad causam” al haberse extinguido el contrato porque conforme a la jurisprudencia indicada aunque el contrato estaba vencido no por ello no podía ejercitarse la acción de nulidad por posible error en el consentimiento, la única exigencia era y es que ésta no

hubiera caducado, lo que como ya se ha indicado no había ocurrido, artículo 1301CC.

El artículo citado dispone que la acción para instar la nulidad de un contrato por vicio en el consentimiento prestado durará cuatro años desde la consumación del contrato en los casos de error en el consentimiento prestado, que es la causa alegada en la demanda para pretender la declaración de nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas litigioso, habiendo resuelto el Tribunal Supremo como ya se ha indicado que el día inicial no se puede adelantar a la consumación, sentencia del Pleno del Tribunal , sentencia de 31 de octubre de 2018.

**TERCERO.-** Rechazados estos dos primeros motivos lo que ha de resolverse es si hubo o no error en la contratación, que la parte apelante reitera que no hubo error no significa que ello se ajuste al resultado probatorio.

Para dar respuesta a este motivo, que es el error en la valoración de la prueba en relación a la existencia del error en relación al deber de información de la recurrente no se ha de olvidar que hechos han quedado probado y la doctrina jurisprudencial sobre este producto.

No ha sido discutido, son hechos probados, que la contratación del swap fue consecuencia de la publicidad que recibió , primero a través de la web, y después telefónicamente al ponerse en contacto con él personal de la demandada al comprobar que no había contratado pero sí había abierto el enlace en la página del Banco, procediendo a informarle de las ventajas de contratar este producto, lo que consideró que le era conveniente ante la subida de intereses, afirmando en la prueba de interrogatorio del que los intereses del préstamo hipotecario habían subido mucho y temía llegar a perder la vivienda, por lo que siendo este producto una forma de garantizar la estabilización de los intereses decidió contratarlo, pasándose por la oficina que



se le indicó, donde no consta, se ha de añadir, que se le informara de nada mas, solo de las ventajas o beneficios, porque reiteró se le ofertó en todo momento como “un seguro”, o similar o parecido a “un seguro”.

El interrogante a resolver partiendo de lo expuesto, y atendiendo a ser este producto complejo, con riesgo, es si se le informó o no debidamente, eso sí, siendo un hecho acreditado que la contratación fue en el año 2007, por tanto antes de entrar en vigor el sistema MiFID, pero esto no significa que estuviera exento Bankinter de informar.

En este extremo no se puede negar, tampoco por la recurrente, cuál es la respuesta dada por el Tribunal Supremo a este extremo, así en sentencias de 9 de junio de 2017, 10 de abril de 2018, entre otras, en las que resuelve supuestos similares a éste, en ellas se razona cual era la obligación de la entidad antes de la entrada en vigor en España de la normativa MiFID; en dichas resoluciones ha declarado en relación al error en la contratación de productos y servicios de inversión, “(...) que en la contratación de swaps de tipos de interés por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión”

Es aplicable en estos casos la legislación anterior pero no por ello se puede negar ni el deber de informar ni tampoco las consecuencias derivadas de ello, salvo que se acredite lo contrario por parte de la entidad obligada a informar.

De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente, por un lado cuál es el deber de la entidad, y extensión del mismo, y cuál el efecto que tiene sobre el consentimiento:

1.- Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación

de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora.

En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre- MiFID *“ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.”*

Y añadía que *“Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.*



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

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

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

2.- Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.

La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero, declara al respecto: *“[l]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya*

*referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.*

*“A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”.*

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La referida sentencia declara que *“No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de*

*valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios”.*

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

El Tribunal Supremo respecto a esta exigencia declarada en sentencia de 19 de diciembre de 2016, razona: *”Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias n.º 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.*

*“En particular, considera que "no se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada", y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero”.*

Y lo anterior se reitera, sentencia de 10 de enero de 2017, que *“En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos”.*

Para excluir la existencia del error, o el requisito de ser excusable, no basta el mero contenido del contrato y la posibilidad de que sea leído por el cliente, porque se le ha de advertir de forma debida sobre cuáles son los riesgos asociados a la bajada de los tipos de interés, lo que no se hizo en este caso porque no se ha probado en ningún caso.

Para poder excluir el error o la excusabilidad son necesarios conocimientos especializados, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, que declaró que no servía cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la empresa, ni tampoco una actividad financiera ordinaria porque no por ello se podía presumir la capacidad de tomar sus propias decisiones sobre la inversión y valorar correctamente los riesgos; si no era posible en esos supuestos, menos aun, respecto al apelado que no consta tenga ningún conocimiento especializado, todo lo contrario, sin que sus manifestaciones hayan sido desvirtuadas; pero no solo no se han probado esos conocimientos sino que la entidad demandada no ha acreditado que se le informara debidamente, y además comprobara que comprendía los riesgos, no solo la ventaja que fue la que motivó que vía internet “pinchara” en el enlace, pero eso sí, por sí solo no hizo ninguna gestión, así resulta no solo de lo que respondió a las preguntas hechas por la demandada, sino de las propias preguntas porque fue a partir de ese momento que la demandada se puso en contacto con el apelado, publicitándole el producto pero sin que conste que esa publicidad fuera total, es decir, que hubiera un asesoramiento correcto, teniendo en cuenta que es un producto complejo y de riesgo.

**CUARTO.-** Por último se ha de indicar que en ningún caso cabe pretender que el error en el consentimiento se convalide con la cancelación del swap, ni por la existencia previa de liquidaciones positivas o negativas ni por la



realización de cualquier otro, acto así en sentencia de 20 de abril de 2017 se dice que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las liquidaciones negativas no puede *“volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado”*.

**QUINTO.-** De conformidad con lo razonado se ha desestimar el recurso de apelación porque no considera este tribunal revisada la prueba que haya errado el Juez al valorar la prueba, porque no consta que cumpliera la recurrente el deber de informar a los efectos de que pudiera el , cliente minorista, conocer cuáles eran los riesgos derivados de esa contratación, por lo que lo resuelto debe ser confirmado con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada, artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Vistos** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **III.- F A L L A M O S**

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO **DESESTIMAR** el **recurso de apelación** interpuesto por la representación **de BANKINTER S.A** contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid con fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, y **CONFIRMAR** ésta última con **imposición** de las **costas** a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.



Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**Así** por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, 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. Certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.