



Roj: **SAP M 7922/2015 - ECLI:ES:APM:2015:7922**

Id Cendoj: **28079370102015100221**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **49/2015**

Nº de Resolución: **223/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL FERNANDEZ DEL PRADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 26, 06-06-2014,
SAP M 7922/2015**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0067318

Recurso de Apelación 49/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 523/2013

APELANTE: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

APELADO: D./Dña. Ariadna

PROCURADOR D./Dña. GLORIA RINCON MAYORAL

MAGISTRADA: ILMA. SRA. Dª. Mª ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

SENTENCIA N° 223/2015

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS

Dña. Mª ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En Madrid, a doce de junio de dos mil quince.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 523/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid a instancia de BANKINTER SA apelante - demandado, representado por Letrado, D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES y defendido por Letrado, contra D./Dña. Ariadna apelado - demandante, representada por el/la Procurador D./Dña. GLORIA RINCON MAYORAL



y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 06/06/2014 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente Dña. M^a ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1^a Instancia nº 26 de Madrid se dictó sentencia, de fecha 06/06/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "**Que, ESTIMANDO la DEMANDA formulada por DOÑA Ariadna representada por la Procuradora de los tribunales doña Gloria Rincón Mayoral contra BAKINTER SA, representado por la procuradora de los tribunales doña Rocío Sampere Meneses, DELCARO la nulidad del contrato de Gestión de riesgos financieros comercializado como clip Bankinter pu-8.3 suscrito éntrelos litigantes el 27 de junio de 2007, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones derivadas del mismo de manera que BANKINTER deberá devolver a la actora la cantidad de 6.629,27 euros importe de las liquidaciones cargadas en su cuenta mas intereses devengados desde la fecha en que se efectuaron, debiendo minorarse de tal cantidad los 159 euros percibida por la demandante con más los intereses devengados desde que se efectuó dicho abono, lo que se determinara en ejecución de sentencia.**

No procede efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 27 de mayo de 2015, 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 9 de junio de 2015.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En fecha 20 de junio de 2007, Doña Ariadna suscribió con "Bankinter, S.A." un contrato de gestión de riesgos financieros, denominado "Clip Bankinter 07 8.3", también llamado contrato "permuta financiera de tipos de interés", con la finalidad de paliar la subida de los tipos de interés, en el momento de renegociar un préstamo hipotecario, para hacerse cargo del mismo en solitario, a raíz de la liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, tras su separación.

En principio, se produjeron pequeñas liquidaciones positivas; si bien, a finales del año 2008, se elevó considerablemente el importe que debía satisfacer la prestataria, lo que motivó que formulase una reclamación a la entidad bancaria en fecha 24 de julio de 2009, viéndose obligada finalmente a interponer la demanda iniciadora del presente procedimiento, en fecha 18 de abril de 2013, interesando la nulidad del contrato suscrito con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones derivadas del mismo, con los intereses legales devengados. La sentencia dictada por el Juzgador "a quo" estimó 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 caducidad de la acción; debiendo remitirnos al art. 1.301 C.Civil , según el cual "La acción de nulidad sólo durará cuatro años", empezando a correr el tiempo, en caso de error, "desde la consumación del contrato". A los efectos del citado precepto, el Tribunal Supremo ha distinguido entre los supuestos de nulidad radical o absoluta y aquéllos de nulidad relativa o anulabilidad, incluyendo dentro de estos últimos la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, a que se refiere el art. 1.265 C.Civil , como pone de manifiesto la Sala Primera en sentencia de 6 de septiembre de 2006 , entre otras.

El contrato que aquí nos ocupa, no puede ser considerado nulo por falta de consentimiento, objeto o causa, requisitos esenciales exigidos por el art. 1.261 C.Civil para la existencia de una relación contractual; ahora bien, el referido contrato puede ser nulo de pleno derecho por infringir normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 C.Civil), por contravenir la normativa de protección de **consumidores** y usuarios o bien por apreciarse vicio en el consentimiento, encontrándonos en este último caso ante un contrato anulable, siendo aplicable el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad que establece el art. 1.301 C.Civil .



Ahora bien, dicho plazo comienza desde la consumación del contrato, no desde su perfección, coincidiendo su consumación con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes, momento en que se iniciaría el cómputo del plazo de cuatro años, previsto en el precepto citado. No podemos obviar que nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose, de tal modo que no puede identificarse la consumación con la fecha de celebración del contrato, debiendo tenerse en cuenta la existencia de la obligación de llevar a cabo abonos periódicos; lo que nos lleva a concluir que no ha transcurrido el plazo de caducidad. Postura adoptada por esta Sala en sentencias de 26 de mayo y 19 de noviembre de 2014, entre otras.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en sentencia de 12 de enero de 2015, en los siguientes términos: "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo"; precisando que el día inicial del plazo para el ejercicio de la acción será el de "suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejos adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

A la vista de dicho pronunciamiento y teniendo en cuenta que el contrato litigioso se celebró en fecha 20 de junio de 2007, pactándose que su fecha de vencimiento sería el 27 de diciembre de 2010, habiéndose formulado la reclamación ante la entidad bancaria el 24 de julio de 2009 e interponiéndose la demanda el 18 de abril de 2013, entendemos que no ha transcurrido el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ejercitada.

En consecuencia, decae el primer motivo de apelación.

TERCERO.- Los denominados contratos de "permuta financiera de tipos de interés" entrañan un riesgo importante, por ello se exige que la entidad informe al cliente de los tipos de interés, así como de las previsiones que hay a corto y medio plazo. Sin duda, el tipo de contrato que nos ocupa es de gran complejidad, por ello precisa de una explicación amplia y detallada, sin que en este caso se haya acreditado dicha circunstancia; recayendo en la entidad financiera la carga probatoria al respecto (art. 217.2 L.E.Civ.).

Doña Ariadna, al responder al interrogatorio de preguntas, manifestó que cuando estaba renegociando su préstamo hipotecario, la empleada de la entidad bancaria, Doña Nieves, le ofreció suscribir el referido contrato, indicando que se ahorraba unos 20 € mensuales e informándole de que podía proceder a su cancelación cuando no le resultase ventajoso; añade que suscribió el producto porque confió plenamente en la Sra. Nieves, aunque no llegó a entender claramente los términos y condiciones del contrato. Finalmente, cuando comprobó que no le resultaba beneficioso, acudió a la entidad para proceder a la cancelación, fue entonces cuando comprobó el alto importe que debía satisfacer si quería cancelarlo.

La testigo Doña Nieves, empleada que comercializó el producto, señaló que ante la preocupación de la cliente por la subida de los tipos de interés, le ofreció el "clip", como una opción para mitigar las posibles subidas; matizando que no realizó y presentó las simulaciones numéricas ni los escenarios diversos para ver si al cliente podía interesarle económicamente; además, precisa que no recuerda si dijo a Doña Ariadna que la cancelación podía acarrear un coste. Esta prueba testifical ha de ser valorada de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 376 L.E.Civ., según el cual "Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado".

A la vista del resultado de los citados medios probatorios, esta Sala entiende que la actora carecía de formación y conocimientos suficientes para adquirir el producto litigioso, no habiendo proporcionado la demandada información necesaria y suficiente requerida en este caso para que la cliente tuviera conocimiento de lo que suscribía, así como las consecuencias que podría generar su contratación.

Si bien es cierto que el contrato objeto de este pleito es anterior a la normativa MIFID, al ser previo a la fecha de 1 de noviembre de 2007; ello no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, en base al contenido de los artículos 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, antes de su modificación, según el cual "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente".



CUARTO.- El análisis de las pruebas ofrecido en el fundamento precedente, nos conduce a apreciar la concurrencia de error en el consentimiento emitido por la actora.

A dichos efectos, hemos de tener en cuenta que "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" (art. 1.266 C.Civil); precepto que ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002 , cuando ante la alegación de infracción de los artículos 1.265 y 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"; en 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 la 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)".

En definitiva, la falta de conocimientos y formación financiera de la actora, la insuficiente información ofrecida por la demandada, unido a la complejidad del producto ofrecido y el carácter especulativo del mismo, abocan en la apreciación de error esencial en el consentimiento prestado por el contratante del producto; abocando irremediabilmente en su declaración de nulidad, con la consiguiente restitución de las cantidades percibidas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.303 C.Civil , según el cual "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", computándose los intereses desde las fechas de las distintas liquidaciones, con remisión al fundamento quinto de la sentencia apelada.

QUINTO.- En virtud de lo preceptuado en los artículos 394 y 398.2 L.E.Civ ., se impondrán a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

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

III.- FALLO:

La Sala, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Rocío Sampere Meneses, en representación de "Bakinter, S.A.", contra la sentencia dictada en fecha 6 de junio de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid , en autos de juicio ordinario nº 523/2013; acuerda confirmar dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0049-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, correspondiente al Rollo de Sala Nº 49/2015, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe