

Ciente.. : ASOCIACION DE USUARIOS
FINANCIEROS
Contrari : BANKINTER, S.A.

Expediente S-1048.001

Resumen

Resolución

06.09.2018

SENTENCIA Desestimatoria del recurso de apelacion interpuesto de contrario. Con imposicion de costas de la apelacion

Saludos Cordiales **NOTIFICACIÓN** LEXNET^{by kmaleon} : 201810225652170

SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON >> MIGUEL LINARES POLAINO

Tlf. 915210480 - Fax. 918005743 Tlf. 914018560srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
2/13

SECCIÓN Nº 25 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 -28035 Tfno: 914933866

NIG: 28.079.00.2-2016/0105783

Procedimiento: Recurso de Apelación 78/2018

Notificación telemática de la resolución 164944127_Sentencia dictada en apelación 465 de fecha null dentro del archivo comprimido 164944127_Sentencia dictada en apelación 465.zip que se anexa.

En Madrid, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 -28035 Tfno.: 914933866 37007740 **N.I.G.:** 28.079.00.2-
2016/0105783 **Recurso de Apelación 78/2018**

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid Autos
de Juicio Verbal (250.2) 621/2016

APELANTE Y DEMANDADD: BANKINTER, S.A. PROCURADOR Dña. MARIA DEL ROCIO
SAMPERE MENESES **APELADO Y DEMANDANTE:** ASOCIACION DE USUARIOS
FINANCIEROS PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

SENTENCIA N° 272/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D.FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D.JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

En Madrid, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

La Sección Vigésimoquinta 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 Juicio Verbal (250.2) 621/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid a instancia de BANKINTER, S.A. apelante -demandado, representado por

la Procuradora Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES contra ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS apelado -demandante, representado por la Procuradora Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 08/11/2017.

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 Magistrado Ponente D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 08/11/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente: “Que estimando totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez en nombre y representación de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS frente a BANKINTER, S.A., debo:

1º Condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de 5.611,69.-euros, más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda y los del art. 576 LEC a partir de la presente resolución;

2º.-Imponer las costas del juicio a la parte demandada.”

SEGUNDO.-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANKINTER S.A., que fue admitido y dándose traslado a la parte contraria presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso interpuesto, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 20 de junio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La Sentencia recurrida estimó la pretensión de la demandante sobre

indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento por la demandada de su obligación de información sobre los riesgos del producto contratado por dos de sus asociados, permuta financiera de tipos de interés contratada el 4 de noviembre de 2008, pronunciamiento del que discrepa la demandada por los siguientes motivos de apelación. Error en la valoración de la prueba por haber cumplido la recurrente todas sus obligaciones contractuales. Falta de legitimación activa ad causam de la demandante. Incorrecta interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo susceptibles de aplicación.

SEGUNDO.-La recurrente reitera la falta de legitimación activa de la asociación de consumidores y usuarios demandante para ejercitar acción individual, oposición desestimada por la Sentencia recurrida con cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Las razones expresadas en la Sentencia recurrida se ajustan a la jurisprudencia citada que recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de octubre de 2007 al establecer “*En concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal, al abordar el problema de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5 EDJ 2004/23361 ; y 219/2005, de 12 de septiembre, FFJJ 2 y 3 EDJ 2005/144697)*”.

En el presente caso, la demandante ejercita acción individual en defensa de los intereses de dos de sus asociados como así se desprende del documento al folio 185 vuelto, razones que llevan a confirmar la legitimación activa causal de la demandante para el ejercicio de la pretensión instada en demanda conforme a la previsión establecida en el art.

11.1 LEC que establece *Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.*

TERCERO.-La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2017 recuerda la jurisprudencia de la Sala sobre el contenido de la labor de asesoramiento en materia de inversión con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013 que afirma *“la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente”*, a lo expresado añade la STS que *“El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)», que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. Al interpretar tales preceptos de las Directivas, el TJUE entiende en la sentencia antes mencionada que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un contrato, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, «que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público» (apartado 55). 2.-Asimismo, como dijimos en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero, y 411/2016, de 17 de junio, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”*.

El contrato de permuta financiera de tipos de interés aquí analizado tuvo causa en el ofrecimiento y recomendación realizado por la demandada a los asociados de la demandante como clientes de la entidad, como así lo manifestó en el acto de la vista el Sr. Domínguez (asociado de la demandante) y así se desprende de los correos electrónicos aportados con la demanda en los que el empleado de la demandada envió información del producto como oferta para premiar la fidelidad de determinados clientes (folio 132), constando en los correos enviados a su vez por el Sr. Domínguez para dar respuesta respecto del *producto que*

nos ofreciste (folio 133 vuelto), sin que el empleado de la demandada recordara en el acto de la vista como fue ofrecido el producto (grabación minuto 13:55), con referencias genéricas a su ubicación en la página web del banco y a la posibilidad de que fueran los clientes quienes llamaran, afirmación incompatible, en el presente caso, con los correos electrónicos a los folios 132 a 142, folio este último en el que el empleado de la demandada alude a la consideración del producto como un seguro que garantiza el 4,95% de tipo de interés durante 4 años, actuación que tiene la consideración de asesoramiento conforme al criterio jurisprudencial antes expresado.

CUARTO.-La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras STS de 16 de noviembre de 2016, citada en la Sentencia recurrida) integra en la relación de asesoramiento financiero deberes y obligaciones contractuales de información al cliente, de diligencia y lealtad cuyo incumplimiento puede constituir título jurídico de imputación de la responsabilidad por los perjuicios causados. Así, afirma la Sentencia que se puede atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión, razón que permite atribuir al incumplimiento del deber de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido pues el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el cliente asumiera un riesgo que dio lugar a la pérdida de la inversión, razones que justifican el ejercicio de una acción de indemnización de los daños y perjuicios que traigan causa del incumplimiento del deber de información expresado.

La relación jurídica de asesoramiento, descrita en el anterior fundamento de derecho, se integra en la relación existente entre los demandantes como clientes y la demandada como entidad bancaria y de la cual trae causa, en el presente caso, el contrato de permuta financiera de tipos de interés, razón que permite valorar si el deber de información fue cumplido de forma consecuente con lo establecido en el art. 1258 CC, que integra como

contenido de obligación de los contratos lo expresamente pactado y las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, referencia legal que no permite descartar, en principio, el deber de cumplir las previsiones legales sobre prestación de servicios de inversión como contenido obligacional de la relación jurídica de asesoramiento integrada en la relación previa a la contratación entre la entidad bancaria y sus clientes.

QUINTO.-La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016, al concretar el deber de información a cumplir por las entidades financieras en la contratación de productos complejos como el aquí analizado, swap de tipos de interés, establece la necesidad de ofrecer 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 costes de la cancelación anticipada.

A lo expresado añade la Sentencia que para el cumplimiento del deber de información, la mera lectura del documento resulta insuficiente, siendo 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 pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas, con referencia también a la ausencia de incidencia, sobre el cumplimiento del deber de información, a las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

Hace también referencia la Sentencia a la finalidad perseguida por el cliente con la contratación del swap, protegerse frente al riesgo de la posible subida de los tipos de interés, cuando el riesgo que ocurrió y supuso un grave quebranto patrimonial fue el contrario, por la bajada de los tipos de interés, al estar en presencia, se afirma, de un contrato que en realidad constituía una apuesta sobre la evolución del euríbor, campo este en el que la información de que disponía la entidad bancaria era claramente superior a la que tenía el cliente, modalidad contractual que exige a la empresa de inversión suministrar a los clientes una información imparcial, por existir un conflicto de intereses ya que para el banco el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada

como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida, con mención a la ausencia de información al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente.

SEXTO.-En el presente caso, la contratación del producto se realizó en momento posterior a la entrada en vigor de la normativa MIFID, con valoración en la Sentencia recurrida de la inexistencia de test de idoneidad y de la insuficiencia del conocimiento por la demandada del perfil del cliente, con referencia al ofrecimiento del producto como un seguro, valoraciones plenamente compartidas en la presente y a las que se debe añadir la inexistencia de prueba que permita afirmar que los contratantes fueron informados de los riesgos del producto contratado, habiendo manifestado el cliente de la demandada en juicio recordar haber sido informado en todo momento de la contratación de un seguro y del coste de cancelación cero (grabación minuto 24:36), valoración probatoria que permite concluir con la insuficiente información facilitada respecto de las características y de los riesgos del producto contratado, sin que tampoco exista prueba concluyente que permita afirmar que los contratantes fueron informados de forma suficiente respecto de la cancelación del producto.

La recurrente discrepa de la conclusión expresada con referencias no a la información facilitada a los clientes sino a las inferencias que a su juicio son extraíbles de la actuación posterior del Sr. Domínguez y que permiten inferir que conocía los riesgos del producto por haber solicitado información respecto de la cancelación del producto cuando surgieron noticias sobre la bajada del Euribor, inferencia no asumible por estar en contradicción con el ofrecimiento del producto como un seguro, con lo manifestado por el cliente de haber sido informado del coste cero de cancelación y por inexistencia de test de idoneidad, premisas fácticas que llevan implícito el incumplimiento del deber legal de información por la recurrente, incumplimiento que en el presente caso no puede considerarse desvirtuado por las inferencias de conocimiento que la recurrente pretende atribuir a actuaciones posteriores a la formalización del contrato. A lo expresado, añadir que el Sr. Domínguez, en el acto del juicio, afirmó haber solicitado la cancelación del producto casi de forma inmediata a su firma al tener conocimiento de la noticia en prensa de la caída de los

tipos de interés (grabación minuto 29:52), información que se afirma estaba en contradicción con la facilitada por la recurrente de forma previa, al alertar para comercializar el producto sobre la posible alza del Euribor en próximas fechas, discrepancia y contradicción que justificó la solicitud inmediata de la cancelación momento en el que fue informado del coste de cancelación del que antes no fue informado (grabación minuto 31:11), inferencia de conocimiento que no está justificada ni se corresponde con la prueba practicada.

Las razones expresadas llevan a desestimar los motivos de apelación.

SÉPTIMO.-Desestimado el recurso, las costas de esta alzada se imponen a la parte recurrente, art. 398 LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 74 de Madrid de fecha 7 de Noviembre de 2017 en autos nº 621/2016, resolución que se confirma íntegramente, con imposición a la apelante de las costas procesales causada en esta alzada, y pérdida del depósito constituido.

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

NOTIFICACIÓN LEXNET^{by kmaleon} : 201810225652170

SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON >> MIGUEL LINARES POLAINO

Tif. 915210480 - Fax. 918005743 Tif. 914018560srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net **ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS**
11/13

cuenta 3390-0000-00-0078-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

NOTIFICACIÓN LEXNET^{by kmaleon} : 201810225652170

SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON >> MIGUEL LINARES POLAINO

Tlf. 915210480 - Fax. 918005743 Tlf. 914018560srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net **ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS**
12/13

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



Cliente.. : ASOCIACION DE USUARIOS
 . FINANCIEROS
 Contrari : BANKINTER, S.A.
 o
 Asunto.. : RECURSO DE APELACION 78/18
 .
 Juzgado. : AUDIENCIA PROVINCIAL S.25 MADRID
 .

IdLexNet	201810225652170	
Asunto	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 19/07/2018)	
Remitente	Organo	AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL SECCION N.25 de Madrid, Madrid
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD. PROVINCIAL CIVIL [280790000]
Destinatarios	SAMPERE MENESES, MARIA ROCIO [519]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	06/09/2018 01:29	
Documentos	8421467_2018_I_164944669.RTF(Principal) Hash del Documento: 899b35ea1bd56f6bf43a7227b4dc	
	8421467_2018_E_20906741.ZIP(Anexo) Hash del Documento: f9a1d5008862782bf8919c3fded065d	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 1 N° 0000078/2018)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 19/07/2018)

Cliente.. : ASOCIACION DE USUARIOS
 . FINANCIEROS
 Contrari : BANKINTER, S.A.
 o
 Asunto.. : RECURSO DE APELACION 78/18

SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON >> MIGUEL LINARES POLAINO

Tif. 915210480 - Fax. 918005743 Tlf. 914018560

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

Historia del mensaje

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.