

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 DE SAN
SEBASTIÁN - UPAD CIVIL**
**ARLO ZIBILEKO ZULUP - DONOSTIAKO LEHEN
AUZIALDIKO 7 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA, 1-1ªPLANTA - CP./PK: 20012

TEL.: 943-000737 FAX: 943 00 43 65

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: instancia7.donostia@justizia.eus / auzialdia7.donostia@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: [REDACTED]

NIG CGPJ / IZO BJKN [REDACTED]

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta [REDACTED]

SENTENCIA N.º [REDACTED]

MAGISTRADO(A) QUE LA DICTA: D./D.^a MARTE VALLE PAGOLA

Lugar: Donostia / San Sebastián

Fecha: [REDACTED]

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado/a: D./D.^a [REDACTED]

Procurador/a: D./D.^a [REDACTED]

PARTE DEMANDADA: [REDACTED]

Abogado/a: [REDACTED]

Procurador/a: [REDACTED]

OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO DECLARE NULO CONTRATO DE COBERTURA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra [REDACTED] en la que previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando que:

- Se declare nulos, por vicio del consentimiento, el contrato de cobertura sobre hipoteca de [REDACTED] y contrato de reestructuración de cobertura sobre hipoteca de [REDACTED] y se condene a [REDACTED] a, estar y pasar por esa declaración y abonar a la actora la cantidad de 16.205,67 euros, y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato una vez presentada la demanda hasta el momento en que se dicte sentencia.

.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior petición, DECLARE RESUELTO el contrato de cobertura de hipoteca de [REDACTED] y el contrato de reestructuración de cobertura de hipoteca de [REDACTED] por incumplimiento de [REDACTED] de sus obligaciones, principalmente obligaciones de información y no ofrecer un producto acorde al perfil del actora en los términos señalados en este escrito, que no puede cumplir la función de cobertura en relación al contrato de presentamos, y CONDENE a [REDACTED] a estar y pasar por dicha declaración, y abonar a la actora la cantidad de 16.205,67 euros e intereses legales;

.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior petición, SE DECLARE que [REDACTED] no ha sido diligente en la venta y suscripción del contrato de cobertura sobre hipoteca de [REDACTED] y el contrato de reestructuración de cobertura de hipoteca de [REDACTED] CONDENE a [REDACTED] a abonar a la actora de 16.205,67 euros e intereses legales.

.- Todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado al demandado para que la contestara, lo que hizo en tiempo y forma, oponiéndose a las pretensiones del actor, señalándose para la celebración de la audiencia previa.

TERCERO.- El día de la audiencia previa comparecieron las partes, y tras admitir la prueba propuesta que se consideró pertinente y útil, se señaló la vista oral.

CUARTO.- Llegado el día del juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida en su día en la audiencia previa, y tras la formulación de conclusiones por las partes, quedó el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercitan, por el demandante, varias acciones subsidiariamente: Una acción de nulidad radical; Nulidad relativa por vicio del consentimiento; Y reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Argumenta la demandante que en fecha [REDACTED] suscribió un préstamo hipotecario con la entidad [REDACTED] (antecesora de la hoy demandada) por un capital nominal de 120.202,42 euros y un tipo de interés a aplicar durante el primer año del 4% y de años siguiente con una referencia a la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, que haya sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario en el mes al que se refiere el índice (IRPH conjunto de entidades), incrementando con un diferencial del 0.25 y que, al mismo tiempo, y por recomendación del personal de la entidad bancaria, suscribieron el denominado "contrato de cobertura de hipoteca" que les fue ofertado en el [REDACTED] como una especie de seguro para garantizarles que siempre pagarían lo mismo pese a las variaciones del Euribor. Añaden que

carecen de formación en la materia y confiaron en la entidad bancaria que, sin embargo, les hizo firmar un contrato complejo y de riesgo, incumpliendo sus obligaciones de diligencia, lealtad e información al no haber prestado ninguna información con respecto de la verdadera naturaleza y riesgos de ese producto bancario. A juicio de la demandante sufrieron engaño por parte de la entidad bancaria que, contando con información privilegiada, y sabiendo que los tipos de interés se mantendrían bajos, ofertó de forma engañosa este producto cuyas consecuencias no podían comprender.

La entidad bancaria demandada se opuso a esta reclamación esgrimiendo varios motivos en cuanto al fondo. Así, como motivos de fondo señala, en síntesis, que no pudo prosperar la acción de nulidad radical cuando se alega un déficit en la información precontractual. En relación a la acción de anulabilidad señala que la misma se encontraría caducada y que, en todo caso, existió una adecuada información por parte de sus empleados. Respecto a la acción de daños y perjuicios por incumplimiento contractual manifiesta que un déficit de información en la fase precontractual únicamente puede fundamentar una acción de anulabilidad.

SEGUNDO.- Entrando ya a analizar las acciones ejercitadas, la acción de nulidad radical que se postula está avocada al fracaso, dado que, en demanda, se viene a argumentar, en síntesis, que la defectuosa información facilitada por la entidad bancaria y la confianza depositada en la misma determinó el error en la voluntad contractual de los demandantes, lo que apunta a un vicio en el consentimiento que puede ser causa de anulabilidad, pero no de una inexistencia de consentimiento válido que pueda dar lugar a la nulidad radical del contrato.

Dicho esto, es necesario analizar la cuestión relativa a la caducidad de la acción que se ejercita, en los términos que se plantean en la escrito de contestación.

Como señala la STS de 25 de noviembre de 2020 con cita en la de 19 de diciembre de 2018, en relación al mismo contrato que nos ocupa - contrato de cobertura sobre hipoteca o swap- suscrito con la misma entidad financiera " En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el 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 existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. "De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

En el caso que nos ocupa las partes suscribieron el 22 de marzo de 2007, un contrato denominado de "Cobertura sobre Hipoteca", un swap, accesorio al contrato de préstamo

hipotecario suscrito entre las mismas partes el día anterior. Este tipo de contrato ha sido definido por la jurisprudencia como aquel contrato bilateral por el que cada una de las partes asume la obligación de entregar a la otra, conforme a los términos del contrato celebrado unas sumas de dinero determinadas o determinables, de acuerdo con parámetros objetivos, que a su vez se calculan sobre una cantidad invariable que se denomina nocional y que no es objeto de entrega en el momento inicial, sino que funciona simplemente como referencia para el cálculo de los intercambios de las partes.

En el caso que nos ocupa, obra como documento nº4 de la demanda el contrato que nos ocupa, contrato que fue sustituido por “solicitud de reestructuración de contrato de cobertura sobre hipotecas, de fecha [REDACTED] modificándose entre otros, el plazo que pasaría a ser del [REDACTED] al [REDACTED]. Por tal motivo y habiéndose presentado la demanda en [REDACTED] habiéndose producido liquidaciones hasta la fecha, dado el carácter accesorio de este contrato al de préstamo hipotecario que sigue desplegando sus efectos, la acción que se ejercita se no se encuentra caducada.

TERCERO.- Se ejercita acción de responsabilidad contractual de la demandada, generadora de daños y perjuicios, por falta de cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información.

Una primera objeción de alcance puramente jurídico plantea la entidad demandada, como es la inviabilidad de dicha acción por venir referidos los incumplimientos planteados por la parte demandante a la fase precontractual, relativa a la conformación de la voluntad contractual, y no a las prestaciones a las que se obligó por contrato. El planteamiento de la entidad demandada no se comparte, siendo que por el contrario los incumplimientos relativos a su obligación de información previa sí pueden sustentar una acción de daños y perjuicios por incumplimiento del art. 1101 del CC., tal y como afirma la jurisprudencia con apoyo en el TS. Como explica la SAP Madrid 389/19, de 11 de julio, "La jurisprudencia del Tribunal Supremo integra la responsabilidad por daños y perjuicios en el incumplimiento por las entidades bancarias de su obligación de informar con motivo de la labor de asesoramiento realizada para la contratación de productos de inversión, como así lo establece la Sentencia de 13 de septiembre de 2017 al establecer "Y en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento, dijo la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre: "5.- En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre, 397/2015, de 13 de julio, y la 398/2015, de 10 de julio, ya advertimos que no cabía "descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad". La jurisprudencia del Tribunal Supremo integra esa obligación en la labor de asesoramiento tanto antes como después de la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa MIFID, como así lo establece la Sentencia

del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2017 que señala "Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo 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". En el mismo sentido se pronuncian las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre , y 594/2016, de 5 de octubre ". La razón que justifica la desestimación de la solicitud de indemnización por daños y perjuicios en la Sentencia recurrida, planteada con cita del art. 1101 CC , conforme a lo expuesto, no se comparte porque la causa de pedir que sustenta la pretensión es el incumplimiento de la obligación precontractual de informar vinculada a la labor de asesoramiento, concurrente en el presente caso por el ofrecimiento del producto financiero, "Contrato Financiero a Plazo" por la demandada al demandante como cliente habitual de la entidad, obligación precontractual que no trae causa del contenido obligacional de los contratos por los que fueron adquiridos los productos de inversión sin que por ello la inexistencia de incumplimiento de obligaciones contractuales por la demandada pueda justificar la desestimación de la pretensión indemnizatoria ejercitada". En el mismo sentido, afirma la SAP Barcelona 1174/19, de 20 de junio, que "el TS, a diferencia de lo mantenido con respecto a la resolución contractual, sí admite que, del incumplimiento de los deberes de información, se pueda derivar una acción de indemnización por daños y perjuicios se recoge en STS 398/2015 de 10 de julio al decir que: "No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad". En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, puede ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información".

Dicho esto, para analizar si en el caso que nos ocupa se ha producido o no un incumplimiento generador de daños y perjuicios resulta necesario estudiar cuáles son las características y condiciones del producto contratado, cuáles son las obligaciones que tiene la entidad bancaria para comercializarlo, y cuál fue la información suministrada al cliente.

Pues bien, el producto financiero que es objeto de discusión en el presente procedimiento es un contrato de permuta financiera accesoria al préstamo hipotecario suscrito por las partes. Como documento nº 4 de la demanda obra el referido contrato, y con arreglo al mismo se observa que las partes acuerdan un intercambio recíproco de flujos de intereses resultantes de aplicar sobre un nominal, haciendo sucesivas liquidaciones, de manera que si el tipo de interés pactado para el

periodo de liquidación es superior al tipo de referencia utilizado en el préstamo ordinario da lugar a una liquidación a favor del banco con adeudo en la cuenta del prestatario: Si por el contrario si el tipo de interés pactado para el periodo de liquidación resulta inferior al tipo de referencia del préstamo la liquidación es favorable para el prestatario al que se le realiza el abono en su cuenta.

Pues bien, este negocio jurídico ha sido analizado con precisión en las sentencias de 27 de enero y de 23 de julio de 2010 de la Audiencia Provincial de Asturias, que definen el contrato de permuta financiera en la modalidad de permuta de tipos de interés como "un contrato atípico, pero lícito al amparo del art. 1.255 C.C . y 50 del C. Comercio , importado del sistema jurídico anglosajón, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas". Detallan también las citadas resoluciones que "en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocional) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes".

Nos encontramos ante un producto financiero complejo con marcado carácter especulativo, que sólo sirve parcialmente para estabilizar el riesgo de subida de la deuda a interés variable del cliente. La parte demandada sostiene que no es un producto complejo dada la sencillez de su esquema de funcionamiento: un intercambio de contraprestaciones resultantes de aplicar porcentajes respectivos sobre un capital nocional. Sin embargo esa sencillez de funcionamiento no convierte al producto en un contrato sencillo, puesto que la complejidad radicará en la determinación concreta del capital, de los porcentajes de cada parte y de los diferentes períodos de liquidación. La estabilización de la deuda del cliente no constituye el único objeto del contrato, ni siquiera su objeto esencial, sino que concurre por igual con su finalidad aleatoria o especulativa de intercambiarse un juego de prestaciones diferentes sobre un capital. Esto es así porque la posición contractual de las partes entraña considerables riesgos dado que las

prestaciones a intercambiar por ambos contratantes quedan directamente vinculadas y condicionadas al juego de la oscilación de un tipo de interés variable como es el Euribor, de modo que según se encuentre por encima o por debajo de un determinado porcentaje fijo, el resultado de la liquidación variará a favor de una u otra parte. Por tanto la determinación cuantitativa de ese concreto porcentaje fijo modula e incide decisivamente en la aleatoriedad posterior de las liquidaciones. Ello, además, sobre una base alejada a la deuda real del cliente, dado que la permuta financiera se fija sobre un nocional fijo y constante para cinco años, diferente a la deuda hipotecaria (que en este caso es de 120.202,42 euros) y a la minoración y merma de la misma con su amortización en el tiempo.

Los factores expuestos demuestran la escasa o relativa utilidad real del producto contratado para estabilizar la deuda del cliente. El mecanismo de funcionamiento de este producto financiero en la práctica solamente ofrece estabilidad de la deuda del cliente de manera muy relativa y parcial: la deuda de los demandantes en el préstamo hipotecario fluctúa mensualmente a un interés variable (el Euribor). Para evitar, aparentemente, el riesgo de fluctuación al alza de dicho índice (y por tanto de la deuda) el banco va a pagar al cliente el Euribor sobre un nocional parcialmente coincidente con la deuda del préstamo. Como contraprestación el cliente abona un porcentaje fijo calculado también sobre dicho nocional. Por tanto el juego especulativo que este negocio supone para el cliente y lo relativo de la supuesta finalidad de estabilizar su endeudamiento resulta manifiesto porque la utilidad para estabilizar la deuda del préstamo sigue quedando directamente vinculada y condicionada a las fluctuaciones del Euribor, dado que éstas determinan la contraprestación del banco en la permuta y condicionan el pago del cliente en el préstamo. Es decir, nuevamente el mismo riesgo que se pretendía cubrir a través del contrato (la fluctuación del tipo de interés variable) condiciona de facto por completo la posición de las partes en este nuevo contrato. De hecho esta evidencia se transforma en realidad en el caso de que el tipo de interés variable, el Euribor, cotice a tipos muy bajos. Para tales casos el contrato supone una garantía de riesgos para la entidad bancaria, no para el cliente, ya que éste seguirá abonando un precio a tipo fijo sobre el nocional pactado mientras que la contraprestación del Banco es la única que queda modificada al respecto (pues descenderá correlativamente en la misma proporción que haya descendido el Euribor). Es decir, ante tal contingencia el Banco se asegura en todo caso seguir cobrando, cuantitativamente, una misma cuota aproximada. Y no cabe argumentar la bondad y utilidad estabilizadora de este producto por razón de que si sube el Euribor el contrato compensa la subida que ello reportaría en la cuota del préstamo, mientras que en caso de bajar el Euribor la permuta financiera daría lugar a liquidaciones negativas a cargo del cliente pero también quedarían compensadas con la minoración de la cuota del préstamo, pues precisamente esta explicación resulta completamente reveladora de que la cobertura de riesgos para el cliente no es la finalidad primordial del contrato, ya que ante cotizaciones bajas del Euribor la garantía frente a las fluctuaciones de la deuda del préstamo del cliente no se consigue a través del objeto contratado, sino que pasa a ser por el contrario, a la inversa, dicha deuda del préstamo (ajena a las prestaciones contractualmente pactadas por las partes en la permuta financiera) el elemento

que compensa la posición contractual de las partes en la permuta financiera. Se mezcla y confunde el interés del demandante en el negocio jurídico concreto como parte contratante con su interés económico como deudor en un préstamo, lo que de aceptarse produciría una inversión de la supuesta finalidad esencial del contrato, pasando a ser la estabilidad de la posición contractual de las partes en la permuta el riesgo cubierto a través de un elemento externo, la deuda del préstamo del cliente que minorará con la bajada del Euribor. Lo anterior es revelador de que el juego especulativo ostenta en este negocio jurídico un papel mucho más relevante que el inicialmente presentado, ya que el mismo concurre al menos con igual trascendencia para los contratantes que la ya explicada relativa estabilización de los riesgos de la deuda del cliente.

Si la entidad bancaria realmente tenía interés de proponer a su cliente mecanismos para una auténtica estabilización de su deuda en el préstamo existen en el ordenamiento jurídico otros instrumentos que ofrecer, mucho más útiles al efecto, como puede ser la transformación de la deuda a tipo fijo o la oferta de un contrato de seguro específico con tal objeto. Por el contrario un contrato de permuta financiera, en función de los caracteres vistos, es claro que no brinda la misma utilidad. A diferencia de una contratación a tipo fijo o un seguro específico, que irán directamente vinculados y determinados a la deuda real, como hemos visto una permuta financiera es un producto derivado, en el que lo que las partes contratan es un juego de contraprestaciones basado en la especulación de la fluctuación del Euribor, que sólo queda relacionado con el interés de la deuda real del cliente de modo absolutamente relativo, por fijarse sobre un capital diverso a la deuda real. Todo ello respecto de unos plazos de liquidación, tipos y duración en cuya determinación no consta que el cliente haya podido intervenir en la negociación. Con tales condicionantes la conclusión es que la permuta financiera no sirve para estabilizar la deuda variable del cliente con la misma utilidad directa que su transformación a tipo fijo o una contratación de un seguro específico.

Para la válida comercialización de un producto financiero complejo y de riesgo como el que nos ocupa resulta exigible a la entidad financiera una actividad informativa cualificada para con el cliente a fin de que éste pueda tomar un conocimiento válido y real del producto complejo que en realidad estaba contratando, y ello aun cuando no se haya contratado un asesoramiento ni una gestión de cartera propiamente dichos, puesto que en todo caso "las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto" (STS 840/13, de 20 de enero de 2014).

La legislación vigente al tiempo de contratación hace exigible a la entidad bancaria la prestación de una diligencia profesional cualificada, traducida en un deber de información riguroso y adaptado tanto a las características singulares del contrato como a las de la persona contratante, debiendo prestar una actividad de información completa tanto en la fase precontractual como en

la contractual. Esto es así porque en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Así deriva de la Ley del Mercado de Valores (LMV), en los términos de la reforma operada a través de la Ley 47/2007 que introdujo en nuestro derecho la normativa europea MIFID de protección al consumidor, y plenamente vigente a la fecha de celebración del contrato que nos ocupa. Se trata de una normativa plenamente aplicable al caso que nos ocupa porque nos encontramos ante un contrato que tiene tanto de cobertura o estabilización de riesgo como de especulativo, tal y como ya se ha explicado. En este sentido cabe destacar que el artículo 78 bis de la LMV distingue entre los clientes de las entidades bancarias que presten servicios de inversión (como es en el caso que nos ocupa la entidad demandada respecto de la permuta financiera objeto de contratación) a los profesionales de los minoristas, siendo éstos los que disponen de experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones en la inversión y valorar correctamente sus riesgos, y siendo los minoristas por el resto y en este caso concreto el demandante, que carece de esos conocimientos técnico-financieros dado que no consta acreditado que sea profesional dedicado a la inversión financiera ni particular singularmente conocedor de la misma. Por otro lado el artículo 79 bis de la misma norma detalla las obligaciones de información, dentro de la obligación de diligencia y transparencia de la entidad bancaria. De este modo la norma requiere que la información sea "imparcial, clara y no engañosa", y de manera más detallada exige también que la información sea la "adecuada sobre los instrumentos financieros y sobre gastos y costes asociados de modo que el cliente pueda comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero". Incluso la norma prevé que la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión debe incluir "orientaciones y advertencias necesarias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos".

Incluso antes de esta trasposición en España de la normativa europea MIFID ya existía, si quiera de modo orientativo, la exigibilidad a la entidad financiera de una similar diligencia profesional y de un deber de prestar al cliente información cierta y veraz, por medio del Real Decreto 629/93 sobre Normas de actuaciones en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, en cuyo anexo relativo al "código general de conducta en los mercados de valores" el artículo 5 regula el deber de información al cliente e impone a la entidad que la información prestada a la clientela sea 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. De hecho estas garantías de información para el cliente han venido reforzándose con posterioridad, derogándose la anterior norma con el Real Decreto 217/2008, regulador del régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que fijó en sus artículos 60, 62 y 64 los

parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades financieras, exigiendo el art. 60-b) que "la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible", el art. 60-c) que "la información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios", y el art. 60-d) que "la información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes". Por su parte el artículo 64.1 de la norma citada determina que las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional; añadiendo que en la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

CUARTO.- La prueba practicada en el presente procedimiento en modo alguno acredita ni avala que la entidad bancaria demandada hubiese suministrado al demandante una información clara, correcta, precisa, completa y suficiente de las características reales del producto antes vistas, a fin de que pudiese obtener pleno conocimiento del verdadero alcance del producto -no sólo relativamente útil para estabilizar su deuda en el préstamo, sino adicionalmente especulativo- puesto que se le ofertó el producto únicamente desde el prisma de la protección del riesgo de subida de su deuda hipotecaria si subían los tipos de interés, sin informar de la magnitud especulativa inherente a tal negocio jurídico. Es carga de la parte demandada la demostración de tal realidad, pues no cabe exigir a la parte demandante que demuestre un hecho negativo (que no recibió información precisa del producto) y sí es exigible a la demandada, que afirma haber suministrado tal información, la demostración de ese hecho, dada la mayor facilidad probatoria de que dispone, en términos del art. 217.7 LEC, por su condición de profesional financiera y la disposición de personal y de documentación al respecto.

A este respecto destaca notablemente en el presente procedimiento la falta de aportación por la parte demandada de una prueba directa de la información prestada al cliente durante la comercialización del producto, por lo que consecuentemente no se ha podido contrastar qué tipo de información concreta se le suministró, particularmente, como ha quedado dicho, en lo relativo a la verdadera naturaleza y alcance del producto y en cuanto a sus riesgos.

Tampoco consta ninguna prueba documental que, si quiera indiciariamente, invite a pensar que al cliente se le suministró algún tipo de información particular y concreta, más allá de la mera suscripción de los documentos contractuales. En este punto cabe indicar, en contra de las alegaciones de la parte demandada, que la desconocida información verbal que pudiese haberse prestado al demandante (negada en todo caso en la demanda y no demostrada, como ha quedado dicho, por la parte demandada) no puede entenderse complementada por la información escrita

contenida en los documentos contractuales.

La realidad es que la mera lectura de los documentos contractuales y los documentos informativos referidos a este producto aportados a los autos se presenta como un mecanismo manifiestamente insuficiente e inidóneo, por sí solo, para suministrar al cliente bancario minorista una información rigurosa y correcta respecto de las características, condicionantes y riesgos del producto, dado que se trata de documentos cargados de conceptos bancarios y financieros, donde se describe el producto en terminología bancaria, de difícil comprensión general. Estos documentos no colman las exigencias legales ya antes apuntadas que imponen a la entidad bancaria por su profesionalidad en la inversión financiera una conducta activa mucho más implicada -consistente en prestar una información completa, clara y detallada- que la mera carga pasiva del cliente de leer los documentos, ya que es inherente a la contratación de este tipo de productos por clientes minoristas la confianza que los mismos depositan en la profesionalidad del empresario especializado en materia financiera con el que contratan y en las explicaciones (en este caso como se ha visto insuficientes) recibidas del mismo. Así lo entiende el Tribunal Supremo cuando afirma que "no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato" (STS 195/2016) así como que "Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma" (STS 692/2015, y 195/2016).

La propia redacción del contrato es poco clara cuando habla de adeudo y abono al prestatario, de forma que omite deliberadamente hablar de abono al prestamista.

QUINTO.- En virtud de todo lo expuesto, cabe concluir que en el caso que nos ocupa la entidad bancaria demandada no cumplió sus obligaciones de diligencia y lealtad, porque no consta demostrado que hubiese informado debidamente a su cliente de que se le estaba ofertando un producto financiero especulativo y de riesgo, ni de sus costes de cancelación anticipada, ni de la previsión razonable (obviamente, no exacta) de evolución de los tipos de interés. Esta última es una información esencial con la que poder valorar el riesgo de contratación de una permuta financiera, por cuanto " ostentando el Banco su propio interés en el contrato, la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo II, no puede ser caprichosa sino que obedece a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor). Estas previsiones, ese conocimiento previo del mercado que sirve a una prognosis más o menos fiable de futuro, configura el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, por tanto, con la nota de aleatoriedad de este tipo de contratos. Por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial. Sólo así el cliente puede valorar "con conocimiento de causa" si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas, satisface a o no su interés ... Obviamente, no puede pretenderse de la entidad bancaria una información de la previsión de

futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino como exponía el citado Decreto de 1.993, en el ordinal 3 del art. 5 del Anexo, "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como exige el art. 60.5 del RD 217/2.008 , si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos" (SSAP Asturias de 7 de noviembre de 2012 y de 4 de julio de 2013).

Existe en consecuencia un incumplimiento por parte de la entidad bancaria demandada de las obligaciones que tenía de información para con su cliente, quedando acreditado como consecuencia de todo ello un perjuicio en forma de liquidaciones negativas, perjuicio causalmente derivado de ese déficit de información por defectuoso asesoramiento en la comercialización del producto.

Procede en consecuencia estimar la acción ejercitada de resarcimiento de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del cumplimiento negligente por parte de la entidad bancaria de los deberes de información con relación a la contratación de la permuta financiera, daños consistentes en el resultado económico final de las liquidaciones mensuales y la cancelación del contrato de permuta financiera.

SEXTO.- Sobre el importe de la reclamación la parte demandante solicita la imposición de intereses de demora, cuyo devengo computa desde la fecha de interposición de la demanda siendo procedente tal reclamación por mor de lo dispuesto en los artículos 1108 C.C. y 1101 del C.C.

SEPTIMO.- En cuanto al pago de las costas procesales el art. 394 de la LEC dice que deberá abonarlas la parte que haya visto totalmente desestimadas sus pretensiones, por lo que en el caso que nos ocupa han de imponerse a la demandada, al quedar estimada la demanda dirigida en su contra.

FALLO

QUE, DEBO ESTIMAR Y ESTIMO [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] y DECLARO el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comercialización del contrato de cobertura de hipoteca con la demandante, CONDENANDO a la entidad demandada a abonar a la demandante como indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 16.205,67 euros, incrementada con el interés legal del dinero computado desde la fecha de interpelación judicial.

Todo ello con imposición del pago de las costas procesales a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0699 0000 04 009019, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15.^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en Donostia / San Sebastián, a quince de octubre de dos mil veintiuno.