

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO CUATRO
SANTA COLOMA DE GRAMENET
Procedimiento: JUICIO ORDINARIO nº 236/2016**

SENTENCIA Nº 7/17

En Santa Coloma de Gramenet, a doce de enero de dos mil diecisiete.

Vistos por Luisa Balagueró Barrios, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Cuatro de esta ciudad, los autos de Juicio Ordinario registrados con el núm. 236/16 de los asuntos de este Juzgado, seguidos a instancia de **D.**

y Dña.

representados por el Procurador D. Pedro Moratal Sendra y defendidos por el Letrado D. Óscar Serrano Castells, contra la entidad "**BANKINTER, S.A.**", representada por el Procurador D. Ricard Simó Pascual y defendida por el Letrado D. Alfons Cucurull Pascual, se procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Demanda. Por turno de reparto correspondió a este Juzgado, la demanda de Juicio Ordinario, sobre anulabilidad contractual y subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, presentada el 6 de abril de 2016, por la parte actora antes reseñada, contra la entidad "BANKINTER, S.A.", en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitaba se dictara Sentencia, estimando la demanda interpuesta y conteniendo los siguientes pronunciamientos:

- Se declare la nulidad del contrato de intercambio de cuotas, de fecha 11 de julio de 2008 y como consecuencia de ello, se condene a "BANKINTER, S.A." a la restitución del importe de 22.777,44 euros, cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectiva restitución.
- Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de "BANKINTER, S.A." de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del instrumento objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda, y en consecuencia, se declare el derecho a percibir una indemnización en concepto de daños y perjuicios, condenando a "BANKINTER, S.A.", al pago del importe de 22.777,44 euros, cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de la demanda, con expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admisión-Contestación. Por Decreto de 18 de abril de 2016, se admitía a trámite la demanda, acordando dar traslado de la misma, con los documentos presentados, a la demandada, emplazándola para comparecer en forma legal en las actuaciones y contestar a la demanda, en el plazo de 20 días, verificándolo la parte, mediante escrito presentado el 25 de mayo de 2016, en cuya virtud, se oponía a la pretensión ejercitada de contrario y solicitaba el dictado de una Sentencia, por la que se desestimase íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Audiencia Previa. Por Diligencia de ordenación de fecha 27 de mayo de 2016, se citaba a las partes a la audiencia previa, señalada para el día 7 de julio de 2016, a las 12:00 horas. El día señalado para la audiencia previa, asistieron el Procurador y Letrado de ambas partes, y tras manifestar no haber llegado a un acuerdo, siguió la Audiencia para el resto de sus finalidades. Al no haberse formulado ninguna excepción procesal, ni haber formulado las partes, impugnaciones respecto de la autenticidad de los documentos, sin perjuicio de la valoración de su contenido, se fijaron los hechos controvertidos, que se centraron en los siguientes: a) caducidad, b) error excusable y existencia de dolo, c) confirmación del contrato, d) si se trata de un producto complejo, e) cumplimiento del deber de información y de la normativa aplicable, f) daños y perjuicios g) si existió queja por parte del actor, h) perfil de los actores, i) iniciativa de la contratación, j) función de asesoramiento o mandato y k) si hubo negociación.

Solicitado el recibimiento del pleito a prueba, la actora propuso la documental, consistente en dar por reproducidos los documentos acompañados junto a la demanda, más documental y la testifical de D. D. y D. La parte demandada propuso que se tuviera por reproducida la documental aportada a las actuaciones, el interrogatorio de los demandantes y testifical de D. Admitida la prueba propuesta, excepto la más documental solicitada por los demandantes, se fijó para la celebración del juicio, el día 9 de noviembre de 2016, a las 11:00 horas.

CUARTO.- Juicio. El juicio tuvo lugar en la fecha y hora señalada, al que comparecieron ambas partes, practicándose la prueba admitida en la Audiencia Previa y formuladas oralmente las respectivas conclusiones, con el resultado que obra en las actuaciones, debidamente registradas en soporte audiovisual, quedaron seguidamente los autos vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones. El objeto del proceso viene constituido por el ejercicio de una pretensión principal de anulabilidad del contrato de permuta financiera, suscrito entre los demandante y la entidad "BANKINTER, S.A.", en fecha 11 de julio de 2008, fundada en la existencia de error en el consentimiento, provocado por el doloso incumplimiento de la demandada, de su deber de informar acerca de las características del producto financiero adquirido y de los riesgos que conllevaba. Subsidiariamente, solicitaba la parte, la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información, solicitando que se condenara a la demandada, en cualquiera de ambos casos, a pagar la cantidad de 22.777,44 euros, más los intereses legales.

Alegan los demandantes, madre e hijo, que en junio de 2007, suscribieron un préstamo hipotecario con interés variable, con la entidad demandada, destinado a la adquisición de una vivienda en Caldes de Malavella y que transcurrido un año, el Director de la oficina, el Sr. , contactó con el Sr. , para ofrecerle un producto similar a un seguro, que le protegería frente a las subidas de los tipos de interés, a la vista de la subida que estaban experimentando los mismos, garantizándoles, que no pagarían por encima de un determinado porcentaje. Que en fecha 11 de julio de 2008, los demandantes suscribieron un contrato de permuta financiera "swap", que constituye un producto complejo, no adecuado para los mismos, al carecer de conocimientos financieros, siendo la Sra. ama de casa, sin estudios y el Sr. taxista, con estudios primarios, sin que ninguno de ellos hubiera contratado con anterioridad productos de riesgo. Que como consecuencia del contrato, se pactó una cuota fija, por importe de 1.741,83 euros mensuales, durante tres años,

desde el día 1 de junio de 2009, hasta el 1 de junio de 2012, entrando, por ello en vigor, al cabo de un año, no inmediatamente, lo que aun perjudicó más a los demandantes, al producirse en el año 2009, una bajada del tipo de interés variable.

Alegan, que la entidad bancaria actuó con mala fe, ya que conocía, en el momento de la contratación, las previsiones de evolución del EURIBOR a medio plazo y sin embargo, silenció dicha información a los actores, que contrataron creyendo que se protegerían frente a la subida de los tipos de interés, sin arriesgarse ni especular. Asimismo, alegan, que no se les proporcionó una información adecuada, concretamente, respecto de los riesgos que asumían si bajaban los tipos de interés, ni acerca de la forma de cancelar el producto, ni de los costes que ello representaba y, en esencia, que no les informó la demandada, que ante una bajada de los tipos de interés, la relación de cobertura pasaría a ser a favor del banco y a cargo del cliente. Que esa deficiente información, indujo a error a los demandantes, al desconocer lo que realmente contrataban, puesto que de haber sabido que los tipos de interés iban a bajar por debajo del tipo de referencia, hasta la finalización del contrato, no hubieran suscrito el contrato de permuta financiera.

Funda su pretensión la parte en los artículos 1261, 1265, 1266, 1300, 1303 y 1101 CC, en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de empresas del servicio de inversión y en el Real Decreto 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

SEGUNDO.- Oposición. Frente a la pretensión ejercitada, opuso la demandada, la caducidad de la acción ejercitada, al haber conocido los demandantes las liquidaciones negativas en el año 2009, prescripción de la acción de daños y perjuicios, al considerar que el incumplimiento de la normativa del Mercado de Valores, daría lugar a una responsabilidad extracontractual, inexistencia de error excusable, alegando que se prestó una adecuada información del producto, concretamente, de la posibilidad de recibir liquidaciones positivas y también negativas, en caso de que el EURIBOR bajara, que se realizaron simulaciones diversas de las oscilaciones posibles, así como inexistencia de dolo, al desconocer la entidad bancaria la tendencia bajista del EURIBOR. Asimismo, oponía la extinción del contrato en fecha 1 de junio de 2012 y la confirmación del mismo. Opuso que la iniciativa de la contratación la tuvieron los actores, que el contrato objeto de Litis no es un producto complejo, ni se comercializó como un seguro y que los demandantes, en ningún momento, se dirigieron a la entidad, a fin de cancelar el contrato anticipadamente, ni formularon queja alguna durante cuatro años.

TERCERO.- Caducidad. El artículo 1301 del CC, dispone, que la acción de nulidad (anulabilidad), sólo durará cuatro años, comenzando este tiempo a correr, en los casos de error, dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Lo relevante es determina qué debe entenderse por “consumación del contrato”, como *dies a quo* del cómputo del plazo de los cuatro años, establecido legalmente para entablar la acción de anulabilidad. En este sentido, abundante jurisprudencia, tenía establecido, que por consumación del contrato, debía entenderse, el momento en que están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2003, dispuso: “...*En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...)* Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la

perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo, se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del CC ..." destacando, igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2008, en la que, en relación a un contrato de préstamo, estableció que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato, hasta la realización de todas las obligaciones.

Sin embargo, la cuestión ha sido definitivamente resuelta con la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015, que fijó el criterio jurisprudencial siguiente: *"(...) 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, 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 complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".*

En el presente supuesto, la acción de anulabilidad está caducada en exceso. En primer lugar, consta aportado como documento nº 3 de la demanda, la liquidación de la denominada "cobertura", operada en aplicación del contrato, desde el 1 de enero de 2009, donde se reflejan liquidaciones todas ellas negativas. Asimismo, el Sr. declaró en el juicio, que desde el mismo momento que entró en vigor el contrato, pagó una cantidad que le extrañó, que fue varias veces a la entidad financiera para pedir explicaciones y que se dio cuenta en la primera liquidación, añadiendo, que al cabo de unos meses de firmar el contrato, un amigo suyo le apercibió que este tipo de contrato era una "estafa", razón por la que pidió cancelar anticipadamente el mismo y que obtuvo la negativa de la entidad demandada. La Sra. declaró en juicio, que su hijo, el Sr. fue el que gestionó y se encargó de todo lo relacionado con el contrato objeto de la presente Litis. Por ello, a la vista de la declaración del Sr. cabe concluir, que los demandantes adquirieron convencimiento del error padecido, con anterioridad, incluso, a la entrada en vigor del contrato suscrito, puesto que reconocen, que solicitaron la cancelación del mismo, al haber sido advertidos por un conocido del demandante, de las posibles consecuencias negativas derivadas del contrato. Por ello, dicho conocimiento, se remonta a antes de enero de 2009, habiendo transcurrido en exceso el plazo de cuatro años en el momento en que interpusieron la demanda.

CUARTO.- Indemnización de daños y perjuicios-prescripción. La parte actora, ejercitó de forma subsidiaria, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil, con fundamento en el incumplimiento por parte de la demandada, de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto suscrito, concretamente, en la vulneración de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988 y los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en cuya virtud, solicita una indemnización de 22.777,44 euros, equivalente a la diferencia entre lo pagado en ejecución del contrato y

lo que hubieran abonado aplicando el interés variable fijado en el préstamo hipotecario.

Invoca la demandada la prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al considerar que estaríamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, sometida al plazo de prescripción de tres años. La excepción no puede tener acogida, por cuanto la responsabilidad es contractual, derivada del incumplimiento de un contrato de intercambio de tipos/cuotas, suscrito entre las partes, con fundamento en el defectuoso cumplimiento del deber de información que pesaba sobre la entidad bancaria. Por ello, el plazo para entablar la acción de indemnización de daños, por el incumplimiento contractual de la demandada, estaba sometido al plazo general del artículo 1964 del Código Civil, que es de quince años y para Cataluña, de diez años, según expresa el artículo 121-20 CCCat, sin que haya transcurrido dicho plazo desde la celebración del contrato hasta la interposición de la demanda.

QUINTO.- Producto complejo. El primer punto de controversia entre las partes, reside en determinar si el producto contratado, debe calificarse como complejo, como presupuesto previo para delimitar la normativa aplicable.

Actualmente, no cabe duda que los contratos denominados “swap” o de permuta financiera, como el objeto de la presente Litis, deben calificarse como productos complejos y así lo ha establecido el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de julio de 2016, que remite a lo dispuesto en la anterior Sentencia número 840/2013, al disponer, que *“en el anexo I de la Directiva MiFID, se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión, tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011)”*. En el mismo sentido, puede citarse la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, núm. 840/2013 de 20 enero, según la cual: *“Normativa aplicable al contrato de swap cuya nulidad se pretende. Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque 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.*

SEXTO.- Normativa aplicable. Atendida la fecha del contrato suscrito por los demandantes (11 de julio de 2008, según prueba el documento nº 3 de la demanda, que se corresponde con el documento nº 1 de la contestación), posterior al plazo de vencimiento previsto para la transposición de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive, en acrónimo, MiFID), que se llevó a cabo por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en cuya virtud se modificaron los artículos 78 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, resultaba aplicable la normativa MIFID, a diferencia de lo manifestado por la demandada, siendo aplicable la normativa comunitaria y nacional, en concreto, la Ley del Mercado de Valores y el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Como punto de partida, debe recordarse, que nuestro ordenamiento jurídico, dispensa una normativa tuitiva de los derechos de los consumidores, fundamentalmente, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de

la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la cual establece, en su artículo 60.1, como obligación precontractual, que el empresario ponga a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo y en el artículo 80, al regular los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, se establece que *“en los contratos con consumidores y usuarios, que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual y b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*.

La actividad de las entidades comercializadoras de productos financieros, está sujeta, asimismo, a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que en su artículo 78 bis, obliga a las empresas de servicios de inversión, a clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose estos últimos por exclusión, como aquellos que no sean profesionales, que se enumeran en el apartado tercero, imponiendo a las entidades, obligaciones diferentes en función de dicha clasificación. En el presente supuesto, los demandantes, con estudios primarios y taxista de profesión el Sr. según declaró en juicio y la Sra. ama de casa y sin estudios, deben calificarse como clientes minoristas, al no ostentar la consideración de profesionales enumerados en el apartado 3º del artículo 78 bis y al no haberse probado que tuvieran la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

El artículo 79, párrafo primero vigente al tiempo de suscribir el contrato, señala, que las entidades que presten servicios de inversión, deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en la Ley y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. Las obligaciones de información, se desarrollan en el artículo 79 bis, que establece, con carácter general, que las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre los gastos y costes asociados, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores, deberá incluir información adicional, para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado.

El citado artículo, en sus apartados 6 y 7, concreta, para las empresas de servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, que debe cumplir las siguientes obligaciones: a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los

clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista, cuando la entidad no obtenga la referida información; c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente; d) Obligación de advertir al cliente, que el instrumento financiero no es adecuado para él, si sobre la base de esa información, la entidad así lo considera. En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Cuando se presten servicios distintos a los de asesoramiento, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Únicamente, cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento anteriormente descrito, siempre que se cumplan tres condiciones: a) Que la orden se refiera a instrumentos financieros no complejos, b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente; c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior, pudiéndose realizar dicha advertencia, en un formato normalizado y d) que la entidad cumpla lo dispuesto en el artículo 70 ter.2.d).

Asimismo, el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, que desarrolla parcialmente la citada Ley, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, realiza una clasificación aún más detallada, en sus artículos 38 y 39, al distinguir entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado.

El deber de información de las entidades financieras, también se encuentra regulado en los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que desarrolló la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores. El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, especifica que la entidad financiera debe *"proporcionar a sus clientes (...) 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"*. Y aclara que esta descripción debe *"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"*.

En su apartado 2, especifica: *"en la explicación de los riesgos deberá incluirse,*

cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión, b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse, c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero y d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Mediante esta regulación, se introdujeron reglas detalladas para la calificación y clasificación de productos para su comercialización, obligándose a las entidades a realizar un test sobre conocimientos financieros y experiencia del inversor (artículos 72 a 74).

Con el test de idoneidad, se pretende que la entidad cuente con información suficiente sobre el cliente, para que le sirva de base para asegurarse de que la recomendación que realiza es la adecuada. En caso de resultar que el instrumento financiero no es idóneo, la entidad debe abstenerse de recomendarlo. Además, la entidad debe poner a disposición del inversor, un tríptico resumen del folleto de la emisión, con el fin de informarle sobre los riesgos del producto que va a adquirir, en el que figurarán sus características y de los riesgos a que se refiere el art. 64 RD 217/2008 (riesgo de pérdida total de la inversión y volatilidad del producto), entrega que ha de tener lugar con la suficiente antelación y en formato normalizado, contenido en un soporte duradero (art. 62.2º RD 217/2008).

Tal y como destacó la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 en un supuesto de contratación de un producto financiero: "(...) Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (art 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. Esta información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones

anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan".

La carga de la prueba, del correcto asesoramiento e información, pesa sobre el profesional financiero, respecto del cuál, la diligencia exigible, no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005), siendo inexigible al cliente probar un hecho negativo como sería la ausencia de información veraz y suficiente, en aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria del artículo 217. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- Asesoramiento financiero. La parte demandada opuso que no llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero. A tal fin, debe tenerse presente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2016, que reitera el criterio jurisprudencial fijado en la STS 840/2013, de 20 de enero de 2014, donde declaraba la Sala Primera: *"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "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" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 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 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. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, 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)".*

A la vista de esta jurisprudencia, no cabe duda de que la entidad demandada llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la suscripción del contrato de intercambio o permuta financiera, fue ofrecida al Sr. , por el Director de la oficina de la demandada, el Sr. y así lo declaró este último al deponer como testigo en el juicio, afirmando, que se ofrecían estos productos de cobertura, a los clientes con interés variable, porque así lo impuso un Real Decreto y que se ofrecía el producto y el cliente decidía. Por ello, si partimos de la función de asesoramiento desarrollada por la entidad bancaria, le resultaba exigible a la misma el cumplimiento de la normativa MIFID.

En el presente supuesto, queda probado que la información precontractual, fue exclusivamente prestada de forma verbal y la misma fue insuficiente. No consta que la demandada entregara a los actores un folleto informativo, con carácter previo a la suscripción del contrato y con antelación suficiente a la firma del mismo, explicativo de las características y riesgos del producto que iban a adquirir y la información verbal suministrada a los mismos fue incompleta. Así, el Sr. [redacted] declaró en juicio, que el Sr. [redacted] Director de la oficina, le informó acerca de la existencia de una especie de seguro, que protegía la subida de los tipos de interés, que no representaba ningún coste para ellos y les resultaría beneficioso y que la explicación que recibió del Director, era que si subía el tipo de interés por encima de la cuota que se fijaba en el contrato, no pagaría más, pero que si bajaban los tipos de interés, pagaría la cuota de le tocaba (refiriéndose a la cuota establecida en el previo contrato de préstamo hipotecario), omitiéndole el dato de que podían generarse cargos. Si bien el testigo Sr. [redacted] manifestó, que informó al Sr. [redacted] que pasaría a pagar una cuota fija, pero que la evolución podía implicar beneficios o pérdidas y que sobre el gráfico del contrato, reflejaba tres escenarios posibles en la variabilidad de los tipos de interés, esta declaración se contradice con lo manifestado por el Sr. [redacted] y el testigo, asimismo, nada manifestó sobre los costes de la cancelación anticipada y si el actor fue debidamente informado de ello, con carácter previo al contrato. La Sra. [redacted], ni siquiera fue informada verbalmente, ya que declaró el Sr. [redacted], que la misma compareció el día de la firma del contrato y que no la había visto con anterioridad.

Asimismo, no consta practicado el test de idoneidad ni de conveniencia, de forma que la demandada, comercializó el producto, sin previamente determinar los conocimientos y experiencia de los actores, la situación financiera que tenían los mismos y los objetivos que perseguían con el producto, a fin de valorar, con carácter previo, si el producto financiero era adecuado o no para los clientes.

Por último, la información contractual suministrada a los demandantes, se limita al contrato. Ambas partes lo aportaron, sin embargo, el aportado como documento nº 1 de la contestación, incluye un Anexo, que no contiene el documento nº 3 de la demanda. El mismo no está firmado por las partes y lo cierto es, que en el contrato no se hace referencia a Anexo alguno explicativo. Asimismo, las cláusulas del contrato están redactadas de forma poco entendedoras, para personas que carecen de conocimiento financieros. En este sentido, en la Estipulación Tercera del contrato, se hace constar literalmente, que *“el Cliente podrá cubrir su riesgo, en caso de producirse una subida de tipos de interés. En caso de no producirse dicha subida de tipos de interés, el Cliente pagará el nominal del préstamo o cuota fija, sin que esto suponga, necesariamente, un beneficio para el cliente”* y esa referencia indistinta a “nominal del préstamo”, que parece referirse al préstamo hipotecario previo o “cuota fija”, que se estableció en el propio contrato de intercambio, induce a error, en los términos que manifestó el Sr. [redacted] puesto que induce a pensar, que de bajar los tipos de interés, se pagaría la cuota fija o bien, si resulta una cantidad inferior, la cuota del préstamo hipotecario, como entendió el demandante. Por último, la cancelación del producto, mediante la resolución anticipada del contrato, a instancia de los clientes, no viene desarrollada en el contrato, puesto que la Cláusula Sexta, se limita a indicar, que se producirán liquidaciones positivas o negativas, en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés, lo que impedía a los demandantes, en el momento de prestar su consentimiento contractual, conocer las consecuencias económicas concretas de la indicada resolución.

La reciente STS de 16 de noviembre de 2016 dispone: *“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.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril, entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales «constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes”.

En atención a lo anteriormente expuesto, debe concluirse, que Bankinter incumplió con las obligaciones legales impuestas en materia de información, lo que indujo a los actores a adquirir el producto financiero, sin conocer los riesgos del mismo y en concreto, el coste que les implicaba el producto, ante la bajada del tipo de interés, así como los costes derivados de la cancelación anticipada, debido al déficit de información proporcionado por la entidad.

La acción indemnizatoria por responsabilidad contractual, se estructura en los tradicionales elementos, consistentes en una acción u omisión negligente o imprudente, que en necesaria relación causal, origina la producción de unos daños y perjuicios, debiéndose probar la cuantía de éstos, y que son ciertos, no dudosos, contingentes, hipotéticos o meramente posibles (SSTS de 13 de junio y 26 de octubre de 1.981, 17 de septiembre de 1.987, 14 de octubre de 1.992, 17 de mayo de 1.994, 22 de septiembre y 7 de noviembre de 1.995, 8 de febrero y 1 de abril de 1.996 y 20 de diciembre de 1.997, entre muchas).

En el supuesto de autos, ese déficit de información, ha sido la causa eficiente de las pérdidas que sufrieron los demandantes, como consecuencia de la aplicación del contrato de intercambio, que no son otras, que la diferencia entre lo pagado en virtud del contrato objeto de Litis y lo que hubieran abonado en aplicación del tipo de interés variable, estipulado en el contrato de préstamo hipotecario, por lo que debe estimarse la pretensión de condena de la parte actora, que cuantifica en 22.777,44 euros, en concepto de indemnización por los daños sufridos, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, al no haber sido controvertido dicho importe por la demandada.

OCTAVO.- Intereses legales. La cantidad debida devengará el interés legal desde la fecha de interpelación judicial (6 de abril de 2016) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 CC.

NOVENO.- Costas. En virtud del artículo 394.1 de la LEC, se imponen las costas del proceso a la parte demandada, al haberse estimado la pretensión ejercitada de forma subsidiaria, en su integridad.

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

FALLO

Que con **ESTIMACIÓN INTEGRAL** de la demanda interpuesta a instancias de D. y Dña. contra la entidad "BANKINTER, S.A.", **DECLARO** el incumplimiento por parte de "BANKINTER, S.A." de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del instrumento objeto de la presente demanda y **CONDENO** a la entidad demandada a pagar a los actores la cantidad de **VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (22.777,44 euros)**, en concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales de dicha cantidad, devengados desde el 6 de abril de 2016.

Se imponen las costas del proceso a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra la misma, cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona, que deberá interponerse, ante este Juzgado, en el plazo de veinte días hábiles contados desde su notificación. A estos efectos se deberá constituir el depósito previsto en la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Líbrense testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Magistrada-Juez que la dictó en el día de su fecha y en audiencia Pública, doy fe.