

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
Nº 53 DE BARCELONA.**

**JUICIO ORDINARIO Nº 1131/2010-1A.
RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**

SENTENCIA

En la ciudad de Barcelona , a 7 de noviembre de 2011 .
Vistos por mí, Berta Pellicer Ortiz, Magistrada - Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona , los presentes autos de JUICIO ORDINARIO , r s bajo número , seguidos ante este Juzgado a instancia de la entidad ” , S.A.” , representada por el Procurador de los Tribun n Francisco y asistida por el Letrado Don Òscar Serrano Castells, contra la mercantil “BANCO GUIPUZCOANO , S.A.” , representada por el Procurador de los Tribunales Don Xavier Ranera Cahís y asistida por el Letrado Don José María Apesteguía Loperena, los cuales versan sobre acción de nulidad de contrato marco para cobertura de operaciones financieras y de confirmación de cobertura de inflación y atendiendo a los siguientes ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la referida parte actora se presentó la demanda origen de los presentes autos, en base a los hechos, que en lo menester se dan por reproducidos, y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando se tuviera por interpuesta demanda de juicio Ordinario en ejercicio de acción de nulidad de contrato marco para cobertura de operaciones financieras y de confirmación de cobertura de inflación , y se sirviera admitirla junto con los documentos acompañados, dictándose tras los oportunos trámites sentencia por la que ,con íntegra estimación de la Demanda ,

1.-Se declare la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de fecha de 19 de febrero de 2.008 , así como del contrato de confirmación de cobertura de inflación de fecha de 19 de febrero de 2.008, ambos suscritos con la parte demandada “BANCO GUIPUZCOANO , S.A.”.

2.- Se condene a la parte demandada a la devolución a la parte actora de la cantidad de 179.057,98.- euros , más , si fuere el caso , las cantidades que se pudieren devengar y pagar hasta la terminación del presente procedimiento , más los intereses legales correspondientes

3.- Se impongan las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite y se acordó dar traslado de la demanda y documentos de la misma a la parte demandada y emplazarla para que en el plazo de veinte días compareciera en forma legal en las Actuaciones y contestara la demanda.

Dentro del plazo indicado , la parte demandada presentó Escrito de Contestación a la Demanda, en el que acababa solicitando la íntegra desestimación de la Demanda , con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de este Juzgado se acordó convocar a las partes a

efectos de proceder a la celebración de la Audiencia Previa.

En la fecha señalada se celebró la Audiencia Previa , a la que comparecieron ambas partes debidamente representadas por Procurador y asistidas por Letrado . Abierto dicho acto las partes manifestaron no haber llegado a un acuerdo sobre el objeto del pleito. No habiéndose opuesto excepciones de carácter procesal que debieran ser resueltas en el acto de la Audiencia Previa ,ambas partes se ratificaron en sus correspondientes escritos iniciales .Ninguna de las partes impugnó los documentos aportados por la contraria , en cuanto a la autenticidad de los mismos.

Tras ello , las partes fijaron los hechos controvertidos y se procedió a la proposición de prueba ,que fue admitida , en los concretos términos que constan en las presentes actuaciones. Tras ello se señaló como fecha para la celebración del juicio el día 2 de noviembre de 2011.

CUARTO.- En la fecha indicada se procedió a la celebración del acto del juicio , practicándose todos medios probatorios que habían sido propuestos y admitidos , excepto los expresamente renunciados por las partes , en los términos que obran reflejados en autos. Tras ello las partes evacuaron el trámite de conclusiones y no habiéndose propuesto por las partes la práctica de Diligencias Finales , quedaron los autos en la Mesa de S.Sª para dictar Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales y garantías procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la Demanda y

La entidad mercantil actora , “
“BANCO GUIPUZCOANO ,
para cobertura de operaciones financieras y de confirmación de cobertura de inflación , solicitando el dictado de una sentencia por la que ,con íntegra estimación de la Demanda ,

1.-Se declare la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de fecha de 19 de febrero de 2.008 , así como del contrato de confirmación de cobertura de inflación de fecha de 19 de febrero de 2.008, ambos suscritos con la parte demandada “BANCO GUIPUZCOANO , S.A.”.

2.- Se condene a la parte demandada a la devolución a la parte actora de la cantidad de 179.057,98.- euros , más , si fuere el caso , las cantidades que se pudieren devengar y pagar hasta la terminación del presente procedimiento , más los intereses legales correspondientes

3.- Se impongan las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.

La Demanda rectora del presente procedimiento se funda en las previsiones de los artículos 1261,1265,1266, 1300 y 1303 CCivil , así como en lo relativo a la extensión del deber de información de la entidad bancaria frente al cliente , en las previsiones de la Ley 26/1988, de 29 de julio , de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito (artículo 48.2) ; Ley de las Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 , de 13 de abril; Ley de Mercado de Valores 24/1988, reformada por Ley 47/2007 (artículos 2 y 78 y siguientes); RD 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de Valores y en los Registros Obligatorios , posteriormente derogado por RD 217/2008, de 15 de febrero.

Como antecedentes necesarios para la resolución del pleito , procede indicar una serie de hechos objetivos , no discutidos por la parte demandada , cuales son :

- 1.- La entidad actora , representada por el Sr Javier Campillo, acudió a una cita comercial ante la Oficina Regional de Empresas de Barcelona de la entidad “BANCO GUIPUZCOANO”, sita en la Avenida Vía Augusta 13-15 , de la ciudad de Barcelona , que se desarrolló con el Sr Amador López , empleado de la citada entidad.
- 2.- Tras ello , en fecha de 19 de febrero de 2.008 , las partes suscriben el denominado CONTRATO MARCO PARA COBERTURA DE OPERACIONES FINANCIERAS , así como el CONTRATO DE CONFIRMACIÓN DE COBERTURA FINANCIERA (“Swap de inflación) , sobre un importe nominal de 4 millones de euros , con un vencimiento hasta el día 4 de marzo de 2.013 , que son los que se aportan como Documento 1 y 2 de la Demanda .
- 3.-El periodo de liquidaciones fijado en el contrato era anual , siendo que a fecha de interposición de la Demanda , se liquidaron las siguientes cantidades : En fecha de 4 de marzo de 2.009 , la cantidad de - 76.821,98.- euros y en fecha de 4 de marzo de 2.010 , la cantidad de -102.236.- euros , por lo que , a fecha de interposición de la Demanda (30 de julio de 2.010) la parte actora había abonado la total cantidad de 179.057,98.- euros .(La actora aporta como Documentos 4 y 5 de la Demanda los extractos individuales de movimientos en relación a los referidos cargos) .

Sentados los anteriores antecedentes , la petición de nulidad de los contratos que formula la parte actora , se asienta sobre las siguientes argumentaciones :

- 1.- Inobservancia por la entidad bancaria de los deberes elementales de información adecuada para con su cliente. Al hilo de ello , opacidad de los contratos controvertidos en cuanto a los efectos que para el cliente podría tener una evolución a la baja del IPC y de los costes de cancelación del contrato. Todo ello , según la actora , determina que de haberse informado debidamente al cliente , el mismo nunca hubiera suscrito el producto financiero objeto de controversia.
- 2.- Ofrecimiento por parte de la entidad bancaria de un producto complejo a un perfil de cliente inadecuado, lo que habría impedido al cliente la exacta comprensión del producto.
- 3.- Venta del producto de forma poco transparente por parte de la entidad bancaria y ofreciéndolo al cliente como si de un seguro se tratara.
- 4.- Producto que implicaba un elevado riesgo para el cliente y prácticamente nulo para la entidad bancaria .
- 5.- Conocimiento por la entidad bancaria de que la tasa interanual del IPC español estaba en franco retroceso cuando ofrece el producto al cliente , alegando con ello la actora que la entidad demandada disponía de información privilegiada de las tendencias de la economía y de la evolución a la baja del IPC y por ello comercializó el producto , con la finalidad última de mejorar la cobertura no para la protección de los intereses del cliente sino del propio banco.

Partiendo de toda esta base argumental la actora fundamenta su petición de nulidad de los contratos (el contrato marco y el de confirmación) básicamente en la concurrencia en el presente caso de un supuesto de error en el consentimiento prestado por la actora , producido , fundamentalmente , por una falta o deficiente prestación del deber de información por parte de la demandada , de tal suerte que ello habría producido para la actora un desconocimiento de lo que realmente estaba contratando. Expone además otros argumentos complementarios , que se irán exponiendo posteriormente .

SEGUNDO.- Motivos de oposición de la parte demandada.

Por su parte la entidad “BANCO GUIPUZCOANO, S.A.” se opone a lo que se solicita de contrario e interesa la íntegra desestimación de la Demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora. Sintéticamente, sin perjuicio de su ulterior desarrollo, alega los siguientes motivos de oposición:

1.- El producto que se encuentra en la base de la presente litis no es un producto ni complejo ni de riesgo, y en ningún momento ha sido “colocado” maliciosamente por la entidad bancaria al cliente.

2.- La actora contrató en el año 2.008, ha abonado las liquidaciones de los dos primeros dos años sin oponer objeción alguna acudiendo a financiación complementaria del propio “BANCO GUIPUZCOANO, S.A.”, por lo que, interponiendo la Demanda en el año 2.010 está la actora actuando contra sus propios actos.

3.- La actora suscribió contratos litigiosos con cabal conocimiento de lo que contrataba, porque el Sr Amador de la entidad bancaria sí informó adecuadamente a la parte actora, y especialmente, claramente a la parte actora acción a la baja”, no sólo porque la actora y otra sociedad de su grupo (“ , S.L.”) ya habían firmado otros dos “contratos de swap de tipo dad (Documentos 3 y 4 de la Contestación a la Demanda), sino porque además se entregó a la actora, como información precontractual los documentos que se acompañan como Documento 5 de la Contestación a la Demanda, que incluye una debida información del producto con ejemplos concretos de liqui

Asimismo, el administrador de “ , S.A.”, Sr , firmó el TEST PERFIL DEL INVERSOR en f es el test qu ativa MIFID prescribe llevar a cabo con los inversores, que arrojó como resultado que el cliente tenía un “perfil dinámico, muy experimentado con productos / servicios financieros. Conoce productos o instrumentos derivados como SWAPS o permutas financieras “(Documento 6 de la Contestación a la Demanda).

4.- “BANCO GUIPUZCOANO, S.A.” no se enriquecía con el producto, puesto que actuaba como un mero comisionista, intermediador entre el cliente y el mercado financiero y ello además determina que no pueda determinar el coste de la cancelación anticipada.

5.- La entidad demandada no disponía de ninguna información privilegiada sobre la evolución del IPC para un periodo de cinco años.

TERCERO.- De la relación contractual existente entre las partes.

Los contratos que son objeto de las presentes actuaciones, fueron suscritos por las partes en fecha de 19 de febrero de 2.008. A través de la referida contratación las partes suscriben el denominado CONTRATO MARCO PARA COBERTURA DE OPERACIONES FINANCIERAS, así como el CONTRATO DE CONFIRMACIÓN DE COBERTURA FINANCIERA (“Swap de inflación), sobre un importe nominal de 4 millones de euros, con un vencimiento hasta el día 4 de marzo de 2.013.

Se trata de un contrato mercantil consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada y determinada, atípico, y aleatorio (art. 1790 del C. Civil), que genera derechos y obligaciones para ambas partes. En absoluto es un contrato de seguro ni se le parece, ya que es simplemente una apuesta sobre un valor cambiante, que protegerá al cliente del riesgo de subida del IPC sólo si las variables contratadas le benefician en ese escenario. En este caso se ofrecía a empresas que pagaban rentas vinculadas al IPC, básicamente, sueldos, gastos y alquileres, y el nivel de IPC contratado era del 3,35%, de manera que en un escenario de subida del IPC por encima de ese nivel, el Banco compensaba al cliente la diferencia y en un

escenario contrario ,esto es , de descenso del IPC por debajo de ese nivel , es el cliente el que debía compensar al banco .

Partiendo de todo ello , la finalidad del contrato sería la de neutralizar la variación por efecto de la inflación en las rentas que paga la empresa-cliente y , en última instancia , permitir una mejora en su financiación , al evitar pérdidas derivadas del aumento del IPC.

CUARTO.- Requisitos esenciales del contrato.Publicidad del producto .

Para la correcta resolución de la litis y teniendo en cuenta que se ejercita por la actora una acción de nulidad de los contratos antes mencionados , conviene precisar que entre los requisitos esenciales de todo contrato que establece el art. 1261 del Código Civil, se halla el consentimiento de los contratantes, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, conforme al art. 1262 del Código Civil, y que será nulo, según establece el art. 1265 CC, si se hubiere prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Establece en este sentido la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010, que : "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio".

Y añade la SAP BARCELONA (Sección 19ª) de 9 de mayo de 2.011 , al hilo de ello que : "Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, en el que concurren, no sólo comerciantes más o menos avezados, sino todos los ciudadanos, que de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros."

Además en este caso , también debe valorarse la influencia de la publicidad en relación a la determinación del objeto del contrato, lo que nos lleva a la valoración de la publicidad del producto que se hace en la página web de la entidad demandada , debiendo poner de relieve lo que indica la SAP TARRAGONA de 26/7/2006, según la cual : "la publicidad es un criterio interpretativo ,a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.282 CC , es un acto coétaneo que pone de manifiesto la intención de los contratantes ".Esta Sentencia se refiere también al artículo 5 del Código General de Conducta de los mercados de valores , anexo al RD 629/1993, de 3 de mayo , que exige que la información sea clara y correcta.

Y en este caso , del examen de la misma (Documento 6 de la Demanda)resulta que "BANCO GUIPUZCOANO " publicitaba : COBERTURA DINÁMICA DE LA INFLACIÓN :¿Qué es ? Es un seguro sobre el IPC , que tiene como objetivo minimizar el impacto negativo que una subida de la inflación tiene en la cuenta de explotación de la empresa.Así , esta cobertura contribuye a neutralizar esa influencia en las partidas de gasto referenciadas al IPC , como gastos generales , gastos de personal, etc..." (...) "El cliente contrata un nivel conocido para el IPC . Si finalmente se publica una inflación superior al

nivel contratado , BG compensará al cliente con la diferencia , por lo que nuestro cliente ya no tiene que temer que la inflación desborde sus gastos “(...) “El principal riesgo que tiene el producto es la ausencia de inflación “ (...) “Para formalizar un seguro de tipo de interés se firma un contrato marco y un contrato para cada operación que se desee realizar”

QUINTO .- Derecho de información en el sistema bancario . Tutela de la transparencia bancaria .Cumplimiento por la parte demandada de sus obligaciones de información . Declara la SAP BARCELONA (Sección 19ª) de 9 de mayo de 2.011 “El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible”.

El deber de información del Banco frente al cliente (sea o no consumidor a los efectos de aplicación de la legislación sobre defensa de consumidores y usuarios) en la negociación bancaria y para las entidades financieras es una obligación que resulta de las siguientes disposiciones :

.- Artículo 48.2 de la L.D.I.E.C. 26/1.988 de 29 de julio y su desarrollo, que sienta como una de las bases que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes , la de que los contratos se formalicen por escrito , reflejando de forma explícita y clara los compromisos contraídos por las partes contratantes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación y Ley 24/1.988 de 28 de julio, del Mercado de Valores , al venir considerada por el Banco de España y la C.N.M.V. incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras art. 2 L.M.C.).

.- El art.79 de la L.M.V., en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras I.A. y I.C.),

.- El R.D. 629/1.993 concretó, aún más, desarrollando, en su anexo, un código de conducta, presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva"(art.5.3).

.- Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2.007 de 19 de Diciembre ,por la que se modifica la Ley del mercado de valores, continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el art. 79bis regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa" debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin

pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art.79, bis nº 3, 4 y 7).

.- El R.D. 217/2.008 de 15 de Febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes, en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros).

.- Actualmente el deber de información de las entidades financieras sobre este tipo de productos bancarios se regula por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su arts. 78 s.s., y por los arts. 60 y s.s. 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Todas estas normas son el resultado de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive) -Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004, Directiva 2006/73 de 10 de agosto de 2006 y Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006, y este último, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, es aplicable directamente, aunque la legislación europea no hubiera sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se predica.

Sentado lo anterior y a pesar de lo anterior, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio, porque nos hallamos ante un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, de manera que cada parte velará por el suyo propio, sin perjuicio de que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual (art. 7 Código Civil) cuando es dicho contratante quien, como aquí, toma la iniciativa de la contratación, proponiendo un modelo de contrato conforme a objetivos y propósitos tratados y consensuados previamente, por uno y otro contratantes, singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la L.M.V., tal y como indica la SAP BARCELONA (Sección 19ª) ,de 9-5-2.011 .

SEXTO.- Llegados a este punto debemos determinar si , a la vista del resultado de la prueba practicada , puede entenderse que la entidad demandada cumplió con las obligaciones de información que se especifican en la normativa referida.

En este caso la información que se proporcionó al cliente consiste en la que consta en el contrato marco , en el contrato de confirmación , la contenida en la página WEB de la entidad bancaria , sin que haya quedado acreditado , pues no hay ninguna prueba imparcial y

concluyente que así lo acredite , que a la parte demandada se entregaran los documentos que la demandada ha acompañado como Documento 5 de la Co a la Demanda .Por su parte , en la testifical practicada en juicio , Doña Josefina , administrativa y contable de la actora , declaró que la empresa no tiene ning financiero , que nunca la empresa había suscrito productos de riesgo , siendo que h suscribían pólizas de crédito , leasings , préstamos . Añadió además que el Sr , que era su asesor por parte de la demandada sólo explicó , en la información p ofrecida , que era un producto “que nos protegía de posibles subidas de IPC para los siguientes cinco años”, que no se les explicó qué pasaba si el IPC bajaba , puesto que sólo se contempló la subida del IPC y “que la tendencia era que el IPC iba a subir”.Negó haber recibido los documentos que se acompañan como Documento 5 de la Contestación a la Demanda y declaró asimismo que entendió “que era para cubrir a la empresa de la subida del IPC y que no era ningún producto de riesgo” y que “nunca dijo que tuviéramos que pagar “, “según yo firmé un seguro”.

En cuanto a la información que contiene el contrato marco se puede decir que no establece el mecanismo de funcionamiento del contrato , sino cláusulas generales y en el caso del contrato de confirmación , se observa que el mismo es escueto , esquemático , con fórmulas matemáticas , sin explicitar claramente los riesgos , ni las cantidades que el cliente puede tener que asumir , ni las consecuencias económicas para el cliente en caso de que opte por solicitar la cancelación del contrato.

Y por último , en cuanto a la publicidad de la WEB de la entidad demandada , es la que se ha expuesto anteriormente , pudiendo valorar la misma en el sentido de que dicha información , si bien contiene una escueta referencia al riesgo (textualmente indica “el principal riesgo que tiene el producto es la ausencia de inflación”) claramente califica el contrato como “un seguro sobre el IPC”, cuando en realidad no lo es y además y contradictoriamente como “un seguro de tipo de interés”. Claramente del mismo resulta también que sólo describe un escenario de subida del IPC.

Partiendo de todo ello se alcanza la conclusión de que el cliente , en el mejor de los casos , sólo recibió información de que en un determinado escenario de bajada del IPC , podría tener que asumir unos costes superiores a los que habría tenido de no suscribir el contrato , lo que nos lleva a concluir que la entidad demandada no cumplió con los deberes de información que le resultaban normativamente exigibles .

En este sentido , establece la SAP de Oviedo (Sección 5ª) de 23 de julio de 2010 que :“la información sobre el riesgo se limitó a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y estas son insuficientes pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, que, como es que se establecen como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese dicho tipo referencial.”(..) “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“.

En el caso que nos ocupa no ha quedado acreditado que la entidad actora recibiera ninguna información acerca de la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del IPC , por lo que no procedió a contratar “con conocimiento de causa”, como dice el artículo 79 bis) LMV y tampoco se informó convenientemente al cliente sobre los costes de cancelación del swap , como resulta del examen de la cláusula 4ª del contrato marco .En la publicidad que emitía la propia entidad demandada se vendía el producto como si se tratara de un seguro ante las fluctuaciones de la inflación , cuando en realidad se trataba de un derivado financiero de carácter independiente.

Debe además indicarse , en cuanto a la carga de la prueba sobre el correcto

asesoramiento e información en el mercado de productos financieros , que es la entidad bancaria la que tiene dicha carga de la prueba. En este sentido , la SAP VALENCIA de 26/4/2.006 establece que el onus probandi del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros pesa sobre el profesional financiero , respecto del cual 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 los intereses de sus clientes. El principio de facilidad probatoria del artículo 217 LEC nos lleva a la misma conclusión , pues en otro caso , el cliente debería probar el hecho negativo de la falta de información y lo cierto es que todo lo hasta aquí expuesto nos lleva a concluir que el Banco no ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía al respecto .

SÉPTIMO.- Procede declarar la nulidad contractual interesada.

Al hilo de todo ello , procede declarar la nulidad contractual interesada , por cuanto la parte demandada no observó los deberes elementales de información adecuada que le eran exigibles , en los términos indicados y en cuanto a los requisitos de información precontractual exigidos por la legislación vigente . Este déficit debe entenderse que provocó error excusable en el cliente , lo que debe motivar la nulidad del contrato por error en el consentimiento . Y saliendo al paso de los motivos de oposición que formula la parte demandada (alusión no obsta que la actora y otra sociedad de su grupo “ , S.L.” hubieran suscrito con anterioridad dos contratos de “swap de tipos fijos” (artículos 3 y 4 de la Contestación) porque no ha quedado acreditada la información precontractual ofrecida respecto de los mismos , máxime cuando la testigo declaró que en ese caso también habían entendido que habían suscrito un seguro y que nunca los resultados de la liquidación fueron como los que se han presentado en el caso de autos. Por otro lado , procede analizar los otros extremos que señala la parte actora en su Demanda para fundamentar su petición de nulidad de los contratos litigiosos , relativas a que nos hallamos ante un producto de riesgo , que se vendió a un perfil de cliente inadecuado y siendo que el Banco disponía de una información privilegiada sobre la previsible evolución del IPC .

A este respecto , y en cuanto a si el Banco disponía de una información privilegiada sobre la previsible evolución del IPC, es un hecho notorio (y , en consecuencia , no necesitado de prueba)que la fijación de las condiciones esenciales del contrato por el Banco no pudo deberse al azar sino a un previo estudio del mercado y unas expectativas sobre su comportamiento y, esa información, en lo que no fuese confidencial y si hasta donde fuese necesaria para decidir, no se puso en conocimiento del cliente (Así lo declaran la SAP BARCELONA , Sección 19ª , de 9 de mayo de 2.011 y PONTEVEDRA de 7 de abril de 2.010) lo que conduce a una situación de desequilibrio a favor del Banco en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva la operación .

Por otro lado , la mayoría de las resoluciones de la Audiencias Provinciales que declaran la nulidad de este tipo de contratos no distinguen entre los tipos de cliente ni si han tenido asesoramiento o no. En este caso , se opone la entidad demandada que el administrador de “ , S.A.” , Sr Campillo , firmó el TEST PERFIL DEL INVERSOR en el que se afirma que el cliente es el test que la normativa MIFID prescribe llevar a cabo con los inversores , que arrojó como resultado que el cliente tenía un “perfil dinámico , muy experimentado con productos / servicios financieros . Conoce productos o instrumentos derivados como SWAPS o permutas financieras “(Documento 6 de la Contestación a la Demanda). A juicio de esta juzgadora debe otorgarse un valor relativo al resultado del test , teniendo en cuenta que , a pesar de lo que alega la parte demandada , se trata de un producto de riesgo , en la medida que en este caso el producto se comercializó aisladamente , de manera que podía producir , como así ha sido , importantes pérdidas al

cliente en función de la evolución del mercado, de manera que se trata de una fórmula contractual que se ha ofrecido a un perfil de cliente inadecuado , pues no puede olvidarse que este tipo de productos nacieron destinados para grandes inversores , con conocimientos profundos sobre el funcionamiento del sistema financiero y del mercado de valores .En todo caso , del examen del que consta aportado a las actuaciones resulta que es un cuestionario tipo test , con preguntas aisladas , que no permite evaluar correctamente al cliente .

En definitiva , teniendo en cuenta que la entidad financiera no ha cumplido todos los requisitos de información precontractual que legalmente le eran exigibles , teniendo en cuenta la poca claridad de las cláusulas del contrato marco y de confirmación , la forma de comercialización del producto en este caso , que se ofreció como un seguro y no como un contrato de riesgo y aleatorio, la utilización para un perfil de cliente inadecuado y que la entidad bancaria obviamente oferta el producto previo estudio del mercado y sobre unas expectativas sobre su comportamiento que no ha quedado acreditado que trasladara al cliente , sin especificar que era la entidad financiera la que en realidad quedaba protegida ante un previsible desplome del IPC , procede declarar la nulidad contractual interesada .

En fundamento de ello , concurren en este caso las condiciones del error propio invalidante del contrato, a saber, como expone la STS de 26-6-2000: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular“. En este sentido , la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Lo anterior implica que se declare la nulidad pretendida por error en el consentimiento, lo que conllevará la devolución por la entidad financiera de las cantidades percibidas en virtud de los contratos cuya nulidad se declara, a tenor de lo que dispone el artículo 1303 CCivil , lo que en este caso debe conllevar la condena a la parte demandada a que restituya a la parte actora la cantidad de 179.057,98.- euros
OCTAVO.- Intereses.

Las cantidades a cuyo pago ha resultado condenada la parte demandada devengarán los correspondientes intereses desde la fecha de la interpelación judicial (30 de julio de 2.010) , a tenor de lo que disponen los artículos 1.100 , 1.101 y 1.108 CC.

NOVENO .- Costas.

En materia de costas , a tenor de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y habida cuenta de la estimación íntegra de la Demanda , condeno a la parte demandada a abonar las costas causadas como consecuencia de la tramitación del presente procedimiento.

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

FALLO

QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada a instancia de la

entidad ” , S.A.” , representada por el Procurador de los
Tribunales steros y asistida por el Letrado Don Òscar Serrano
Castells, contra la mercantil “BANCO GUIPUZCOANO , S.A.” , representada por el
Procurador de los Tribunales Don Xavier Ranera Cahís y asistida por el Letrado Don José
María Apesteguía Loperena, la cual versa sobre acción de nulidad de contrato marco para
cobertura de operaciones financieras y de confirmación de cobertura de inflación ,

1.-DECLARO la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de
fecha de 19 de febrero de 2.008 , así como del contrato de conformación de cobertura de
inflación de fecha de 19 de febrero de 2.008, ambos suscritos con la parte demandada
“BANCO GUIPUZCOANO , S.A.”.

2.-CONDENO a la parte demandada a la devolución a la parte actora de la cantidad de
179.057,98.- euros , más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la
interpelación judicial (30 de julio de 2.010)

3.-CONDENO al pago de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte
demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes , haciéndoles saber que contra la misma podrán
interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar del
siguiente al de la notificación de la misma , en base a lo establecido en el artículo 458 de la
LEC, en redacción dada por Ley 37/2.011 , de 10 de octubre , de medidas de agilización
procesal .A tales efectos se deberá constituir el depósito regulado en la LO 1/2009 , de 3 de
noviembre .

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por la Sra. Magistrada - Juez que la
dictó, en legal forma, y en el mismo día de su fecha. Doy fe.