

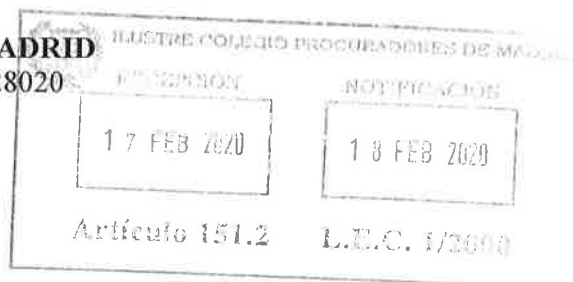
**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 73 DE MADRID**

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932988

Fax: 914932990

42020310



NIG: 28.079.00.2-2018/0036832

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 278/2018

Materia: Obligaciones: otras cuestiones

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

Demandado: EBN BANCO DE NEGOCIOS S.A.

PROCURADOR D./Dña. CELINA CASANOVA MACHIMBARRENA

SENTENCIA Nº 37/2020**JUEZ/MAGISTRADA- JUEZ:** Dña. INES HERRANZ VARELA**Lugar:** Madrid**Fecha:** doce de febrero de dos mil veinte

Vistos por mi, Inés Herranz Varela, Magistrada-Juez del juzgado de primera instancia nº 73 de Madrid , los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 278/18 promovidos por representada por EL procurador Sr.García Lozano y asistido del Letrado Sr. Zunzunegui Pastor contra ENB BANCO DE NEGOCIOS SA representado por la procuradora Sra. Casanova y asitida de la letrada Sra.Vázquez Tavares sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad procede a dictar la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso demanda en la interesaba que dicte en su día sentencia por la cual:

- 1) Se declare el incumplimiento por parte de EBN de sus obligaciones legales y contractuales en la contratación de la permuta financiera de tipo de interés (swap) objeto de la presente Demanda y, al amparo del artículo 1.101 del Código civil, se condene a EBN a indemnizar a mi mandante los daños y perjuicios causados, cuantificados en 2.547.428,22 euros.
- 2) De forma cumulativa con la anterior petición, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas y que, de conformidad con los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil, y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuantía a cuyo pago venga condenada EBN devengue el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta su completo pago.

Todo ello con base en los siguientes hechos : El 20 de septiembre de 2005, se constituye por parte de la empresa promotora de cooperativas de enseñanza , la Cooperativa de Enseñanza de Trabajo



hoy denominada , promovida con el fin de llevar a cabo actividades docentes y de explotación de centros educativos, de acuerdo con el objeto social recogido en sus estatutos. La Cooperativa suscribe el 20 de agosto de 2006 un contrato de prestación de servicios con , según con el cual esta entidad se compromete a prestar servicios de asesoría para la promoción de la actividad docente. Al objeto de obtener la financiación necesaria para acometer el proyecto de construcción de un Colegio , la actora recibe el 27 de junio 2007 una propuesta de EBN Banco para que la Cooperativa le otorgue el Mandato de Sindicación con las condiciones del Arrendamiento Financiero Sindicado (Documento nº 6). En él se contienen las condiciones del préstamo sindicado de la operación de financiación parcial para la construcción y puesta en funcionamiento de un colegio concertado en (Madrid) en un terreno propiedad de la Cooperativa. El Colegio acepta las condiciones de financiación de EBN por lo que el 1 de agosto de 2007, la Cooperativa suscribe con EBN una póliza de préstamo por un importe de 3.000.000 euros y duración hasta el 1 de diciembre de 2007, como financiación puente para la construcción y explotación del colegio. Posteriormente recibieron una nueva propuesta para que la Cooperativa le otorgue el Mandato de Sindicación con las condiciones del Arrendamiento Financiero Sindicado (en la que figura la siguiente condición la de contratar antes del plazo de 3 meses desde la formalización del Préstamo Hipotecario un contrato de Cobertura de Tipos de Interés por un importe mínimo del 50% del importe total del Préstamo y un plazo mínimo de 6 años desde su contratación.

Finalmente, el 23 de noviembre de 2007, la Cooperativa suscribe con EBN un crédito hipotecario sindicado por un importe máximo de 19.012.000 euros, con vencimiento el 23 de noviembre de 2025 y el 13 de marzo de 2008 un Contrato Marco de Operaciones Financieras y confirmación de la denominada "Operación IRS (Interest Rate Swap con un nominal máximo de 9.506.000 euros y vencimiento el 23 de abril de 2016 todo ello creyendo que estaba contratando una cobertura para garantizar la viabilidad del proyecto sin que jamás recibiera información completa y comprensible sobre el derivado, careciendo los miembros de la cooperativa, profesores de los conocimientos y preparación adecuada para entender un producto tan complejo

SEGUNDO.- Dicha demanda fue admitida a trámite emplazando al demandado para que la contestase lo que efectuó oponiéndose a la demanda solicitando la desestimación, alegando que información proporcionada fue correcta, por el Sr. , apoderado de la cooperativa y como representante de , con quien la misma había suscrito contrato de prestación de servicios de asesoría, tenía contada experiencia en la contratación de este tipo de productos, pues de hecho EBN había financiado otros tres colegios. Que la firma del Swap se hizo a instancias del mismo, pues aunque esa cláusula figuraba en todos los casos, solo se firmó en este colegio y en el de , por lo que debe ser considerado como profesional no cliente minorista; siendo suscrito el contrato de una forma consciente y voluntaria, recibiendo información previa necesaria.

TERCERO.- Se amplió la demanda antes de la contestación al ejercicio previo de la acción de anulación por vicio en el consentimiento por el cambio de criterio establecido por el TS en cuanto al día a quo de la caducidad de la acción de anulabilidad, interesando el ejercicio de esta acción con carácter previo a la de indemnización de daños y perjuicios, oponiéndose la parte demandada por no concurrir vicios en el consentimiento alguno por los motivos alegados en la contestación. Se celebró la



audiencia previa, en la que tras la ratificación de la demanda, la aclaración y la fijación de hechos e impugnación de documentos se recibió el pleito a prueba, admitiéndose en la forma que consta en acta, que se practicaron el día 12 de diciembre de 2020 quedando los autos conclusos para sentencia tras las conclusiones de las partes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera cuestión que cabe examinar respecto de la acción ejercitada, que tras la ampliación a la demanda constituye la nulidad del contrato como acción principal, es la legitimación pasiva de la entidad demandada por la cesión consentida por la actora el 11 de abril de 2014, por haber sido cedido el IRS por partes iguales a varias entidades de crédito, lo que pretende acreditar con el contrato aportado como documento nº 2, contrato de transmisión de derechos y obligaciones de contenido económico, que fue autorizado por la actora en el documento nº 13 de la demanda y 3 de la contestación el 1 de julio de 2014.

La cesión del contrato es cuestión diversa a la asunción de deudas o la cesión de créditos, y pese a no regularse expresamente en el Código Civil el Tribunal Supremo ha dictado reiterada jurisprudencia poniendo de manifiesto que si bien los créditos se pueden ceder sin consentimiento del deudor, la cesión del contrato, de la posición de parte contractual exige el consentimiento de cuantos fueron parte en el contrato salvo que se prevea cosa distinta en el propio contrato o en norma legal expresa, por exigirlo así la autonomía de la voluntad de los contratantes (arts. 1091, 1255, 1257 y 1258 CC), resultando así entre otras en sentencias de 26 de noviembre de 1982, 4 de febrero de 1993, 15 de marzo de 1994, 19 de septiembre de 2002, 6 de noviembre de 2006 o 22 de mayo de 2014.

Ahora bien, como se desprende de la propia contestación a la demanda, en el citado contrato, cuyo contenido únicamente surte efecto entre las partes firmantes conforme al principio del art. 1257 CC, en la cláusula 2.1 establecía que EBN, que la cesión se refería a todos los créditos y débitos devengados o futuros dimanantes de derechos u obligaciones de contenido económico de EBN, pero, no quedaba desligada completamente del contrato pues indicaba expresamente que *mantenía la titularidad de la posición contractual*, por lo que a efectos de la legitimación de una acción de nulidad como la aquí ejercitada, por vicios en el consentimiento dimanante de la falta de información suministrada en el momento de contratar, y de conformidad con el art.10 LEC, ostenta plenamente legitimación, sin perjuicio de las acciones que pueda en su caso ejercitar la entidad demandada frente a los cesionarios.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza del producto contratado cuya nulidad por vicio en el consentimiento se insta.

La Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid Sección 14ª de 19 de noviembre de 2012 dejó plasmado que "La operación de swap, como numerosas resoluciones de las Audiencias Provinciales han señalado consiste en "una transacción financiera en virtud de la cual dos agentes económicos acuerdan el intercambio de flujos de pagos en el tiempo, y, en concreto, tratándose de swap de interés, el intercambio



sobre un capital nominal de referencia de los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto sobre dicho nominal, a un plazo determinado, y ello al objeto de posibilitar a las empresas la mejora de su financiación evitando en lo posible las pérdidas que puedan padecer por fluctuaciones de los tipos de interés, buscando un endeudamiento más favorable en función del previsible comportamiento del mercado de dinero, no está regulado en nuestro ordenamiento, no obstante lo cual es unánime la doctrina en considerar que nada impide que al amparo de lo dispuesto en los artículos 1255 del Código Civil, 50 y siguientes del Código de Comercio, sea admitida esta modalidad negocial, siempre que su clausulado respete los principios y normas generales de contratación, y es identificado por los tratadistas como contrato de permuta financiera, cuyas características son las de un contrato único, principal, atípico aunque mencionado en algunos cuerpos legales: Ley 37/1992 de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, etc., consensual, bilateral, sinalagmático, de duración continuada etc; además, el swap de tipos de interés tiene un innegable carácter aleatorio, que alguna resolución judicial ha tildado de especulativo, y parte de la doctrina lo considera intuitu personae".

A ello hay que añadir como dijo esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el 30 de noviembre de 2012: "...es un contrato ciertamente complejo, pese a la alegación de sencillez "incluso para un profano" que hace la parte, que puede funcionar como mecanismo de cobertura de otras operaciones crediticias, y en ese caso su carácter es eminentemente el de un contrato bancario cuyo control corresponde al Banco de España, o bien como una inversión especulativa, en cuyo caso su control corresponde a la CNMV. Desde luego rige en el contrato la autonomía de la voluntad pero ese solo principio no puede servir de único apoyo a la contratación en casos de tan evidente complejidad y difícil entendimiento, de ahí que tanto se haya insistido en la Directiva MiFID en el deber de información y en la necesidad de que la entidad bancaria se asegure de que estos productos solo se contratan con personas con determinados perfiles y bajo muy estrictas condiciones, todo lo cual ha sido a menudo eludido por una contratación claramente expansiva que no ha discriminado clientes y en la que no se ha respetado ni mínimamente el deber de información y de lealtad. Porque no puede olvidarse que se trata de un producto bancario elaborado por las entidades según sus fórmulas o previsiones, de complejidad más que acreditada (lo que es debido a las entidades que generan esta contratación), con cláusulas oscuras (en las que nada tiene que ver el cliente), que se comercializan como contratos de adhesión, que prevén la cancelación para el Banco pero no para el cliente en términos comprensibles (ni siquiera en términos explicables al referirse la cancelación a un posterior valor de mercado de ininteligible resultado), y en fin en los que bajo la aparente aleatoriedad de los resultados, dependientes de la evolución del mercado (de la que algo más sabrán los Bancos que los clientes) se reproduce siempre el mismo patrón, unos meses iniciales de ciertos saldos positivos y a continuación enormes pérdidas para el cliente de la entidad que le asesoró y vendió semejante producto.

Ya antes incluso de la trasposición a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, a través de 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, nuestra legislación recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser 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 producto 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 concreto, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

TERCERO.- También el TS ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación. La Sala 1ª ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, 588/2015, de 10 de noviembre, 623/2015, de 24 de noviembre, 675/2015, de 25 de noviembre, 631/2015, de 26 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 670/2015, de 9 de diciembre, 691/2015, de 10 de diciembre, 692/2015, de 10 de diciembre, y 742/2015, de 18 de diciembre, entre otras.

Se afirma en ellas que la norma reguladora de estos productos complejos recoge 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 (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Esta jurisprudencia ha declarado, que lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas reguladoras del mercado de valores, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece 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 tipo referencial. No se trata de que la entidad bancaria pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Por otro lado, el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Así no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que le mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

Además, el deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap , para lo que bastaría su simple lectura. Esta Sala ha recordado en otras ocasiones que, «(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre). En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes.



CUARTO.- Sobre el error como vicio del consentimiento en relación a este deber de información, las SSTs de 12 de enero y 26 de febrero de 2015, establecen las siguientes consideraciones:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".

"El artículo 1266 del Código Civil (EDL 1889/1) dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261 Cc (EDL 1889/1)). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia num. 215/2013, de 8 de abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil (EDL 1889/1) no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no



profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores".

Como ya se declaró en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

QUINTO.- Pues bien, en el presente caso la principal causa argumentada por la parte demandada es la preparación de como sociedad que tenía poderes de la cooperativa para contratar, para entender el producto en cuestión, habiendo sido calificado como profesional, no minorista, dado que se había encargado de actividades similares y por lo tanto conocía perfectamente el funcionamiento del mismo, y que por otro lado, decidió libremente contratar, no fue impuesto como se afirma.

A efectos de protección en el ámbito bancario y del deber de información, las clases de clientes pueden ser de tres tipos:

a). Clientes profesionales, aquéllos en los que se presume la experiencia, conocimiento y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, artículo 78 bis de la ley 47/2007. Especificando en la misma quienes tienen tal consideración, pudiendo clasificarse en cuatro apartados: Uno relativo a entidades financieras, otro a organismos públicos, otro a empresarios individuales, que han de reunir, al menos, dos de las condiciones que especifica el precepto, a saber: a) que el total de las partidas del activo sea superior o igual a 20 millones de euros; b) que el importe de la cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; c) que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros. Y otro relativo a los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente minorista.

b). Contrapartes elegibles (artículo 78 ter), son, básicamente, entidades e intermediarios financieros.



c. Clientes minoristas, que no son ninguno de los anteriores. Fundamentalmente los clientes individuales y Pymes.

Por lo tanto, circunstancias tales como el ser titular de propiedades inmobiliarias con o sin cargas, el ser administrador de una mercantil dedicada a una actividad ajena al mundo financiero el hacer inversiones ordinarias o contratos usuales en el tráfico mercantil (préstamos hipotecarios, contratos de leasing, etc), no transmutan sin más al cliente, en un experto financiero, ni en un profesional inversionista habituado a productos financieros complejos como el que nos ocupa. Tampoco lo es por el hecho de tener un patrimonio superior al de la media de los ciudadanos, o un volumen empresarial o de actividad determinado que sin rebasar el límite propio de un minorista pueda considerarse relevante, pues el que el cliente tenga una economía más desahogada que la media o el que tenga un volumen de negocio determinado, no dispensa al banco de su deber de información, ni priva al cliente de la antedicha condición de minorista, condición que tendrá siempre que se ajuste a la definición legal de este concepto

Al margen de las numerosas resoluciones judiciales aportadas por la actora que estimaban las demandas presentadas por distintas cooperativas educativas en las que igualmente había intervenido con el mismo tipo de contrato mediante, y que habían suscrito distintos productos financieros, sin considerar que los actores fueran profesionales, hay que tener en cuenta que el contrato aportado como documento nº 4 de la demanda de 20 de agosto de 2006 en el que la cooperativa firma el contrato de prestación de servicios nada indica sobre este conocimiento de su representante el , maestro de profesión, sobre el funcionamiento de los swap de forma que no precisara información exhaustiva, pues en su contenido se comprende que su cometido era la promoción, consulta y *asesoramiento en el funcionamiento de su actividad de enseñanza*, y aunque también en concreto estaba el *desarrollo de los recursos económicos*, es claro que se refiere a la obtención de medios de financiación para la puesta en marcha y funcionamiento de los colegios que promovía, pero de ello no cabe desprender este conocimiento financiero sobre la naturaleza, funcionamiento y riesgos de un Swap, incluso aun cuando hubiera firmado varios contratos similares (4 financiación ha reconocido en su interrogatorio) .

Tampoco del hecho de que la primer oferta fuera un arrendamiento financiero cabe deducir que la contratación lo fuera a instancias del cliente, o consecuencia de negociaciones del Sr. Ferrón pues como resuelta del documento nº 8 de la demanda el 20 de septiembre de 2007 cuando se firma la nueva propuesta se contiene en la redacción “ la obligación “ para la prestataria de contratar tres meses antes del préstamo un contrato de cobertura de tipo de interés, no teniendo mucho sentido que el prestatario se autoimponga esta obligación. Y sobre que la cooperativa tuviera unos activos por valor de más de 20 millones de euros, se manifiesta en la contestación pero sin indicar en qué se basa, teniendo en cuenta que como indican los documentos nº 19 y 20 de la demanda, las cuentas de la cooperativa en el ejercicio de 2007 tenían un activo que no llegaba a esos 20 millones y una cifra de negocio de 535.000e y precisamente el swap está unido a la firma de un préstamo hipotecario para financiar la construcción del colegio por 19 millones de euros .



Lo cierto es que de las declaraciones de los distintos testigos presentados por la parte demandada tampoco se desprende este conocimiento, ni del ni mucho menos de los cooperativistas que al fin y al cabo son los contratantes. Así la

, que intervino como gestora, ha manifestado que "cree" que se le calificó como profesional porque tenía experiencia simplemente (que de swap solo le consta con Bankia), que "entiende" que en tesorería le informarían porque por su parte no, no constándole que se hiciera el test mifid y hasta reconociendo que precisamente si hubiera sido calificado como particular y no como profesional hubiera habido que informarle detenidamente. Igualmente la Sra. ha manifestado que era profesional simplemente "porque se dedicaba a promover colegios concertados" y finalmente el , que fue el que le calificó como profesional ha dicho que entendía que era una sociedad experimentada como para entenderlo, olvidando todos ellos que como la jurisprudencia ha dejado claro de forma unánime, el hecho de ser una persona jurídica o empresa no implica simplemente la no calificación como minorista, no habiéndose acreditado por la parte demandada que era en la que recae la carga de la prueba de este particular que reuniera los requisitos para ser calificada como profesional.

SEXTO.- En consecuencia, la cooperativa debía haber sido calificada como minorista y haber recibido toda la información prevista para estos casos. La demandada manifiesta que en el documento nº 15 de la contestación se pone de manifiesto que se le entregó una simulación con distintos escenarios (debe referirse al documento nº 16, por cuanto el quince no existe), lo que no ha recordado el Sr. , no figurando firmado, pero en cualquier caso no es suficiente para cubrir esta obligación de información hacer referencia a posibles liquidaciones negativas sin especificar en qué medida dependen de la evolución de los tipos de interés, de qué cuantía serán (en el caso de autos, de varios millones de euros), cuál era la previsión de evolución de los tipos de interés y cuál sería el coste de la cancelación anticipada del producto.

No se trata de consignar simplemente, como se hace en el contrato, la posibilidad de liquidaciones negativas, sino que la información al cliente " deberá ser imparcial, clara y no engañosa " (artículo 79 bis.2 LMV); debe permitir al cliente " 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 " (art. 79 bis.3 LMV), sin que en el caso de autos conste que se diera información en tales términos. Las entidades demandadas " deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios " (artículo 79 LMV), no pudiendo decirse que lo hayan hecho así al permitir una operación que ofrecía claro riesgo de enormes pérdidas en caso de bajada de los tipos de interés, como así ha sucedido, sin informar previamente al cliente de esa posibilidad. Por tanto, las entidades demandadas incumplieron la obligación legal de realizar el denominado test de conveniencia (art. 79 bis.7 LMV) y el test de idoneidad (art. 79 bis.6 LMV), pues hemos concluido que sí existió asesoramiento.

Por todo ello, se estima que esta falta de información provocó un vicio en el consentimiento debiendo ser estimada la demanda.



SÉPTIMO.- Las consecuencias de dicha anulación del contrato son la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo con sus frutos y el precio con sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 22-4-2005), esto es, la devolución de las respectivas partidas de cargo y abono con sus intereses legales de acuerdo con el art. 1108 CC de conformidad con el documento nº 27 de la demanda que no fue objeto de impugnación.

OCTAVO.- Conforme al art. 394 Lec siendo la demanda estimada sustancialmente, procede la condena en costas de la parte demandada.

Vistos los preceptos legales fijados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Se estima la demanda formulada por representada por EL procurador Sr.García Lozano y asistido del Letrado Sr. Zunzunegui Pastor contra ENB BANCO DE NEGOCIOS SA representado por la procuradora Sra. Casanova y asitida de la letrada Sra.Vázquez Tavares declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés suscrito entre las partes procediendo a la restitución recíproca de las prestaciones esto es, la devolución de las respectivas partidas de cargo y abono con sus intereses legales de acuerdo con el art. 1108 CC de conformidad con el documento nº 27 de la demanda, con imposición de costas.

Notifíquese a las partes con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación.

Líbrese testimonio de esta sentencia para su unión a autos, insértese, la pronuncio, mando y firmo.

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

