

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO
ORDINARIO**
Nº Procedimiento: **0001939/2009**

NIG: 3120142120090009901
Materia: Otras materias
Resolución: Resolución: Sentencia
000124/2010

Asunto: JUICIO ORDINARIO nº 1939/2009
Juzgado: PRIMERA INSTANCIA nº 7D

Intervención:
Demandante
Demandado

Interviniente:
BANCO COOPERATIVO
ESPAÑOL S A

Procurador:
MIGUEL LEACHE RESANO

COPIA

SENTENCIA Nº 124/2010

En Pamplona / Iruña, a veintiocho de mayo de dos mil diez.

Vistos por D^a Beatriz García Noain, Magistrada – Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 7 de los de Pamplona / Iruña, los presentes autos de juicio ordinario nº 1939/2009, tramitados en este Juzgado, a instancia de D., representado en autos por el Procurador D., contra BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A., representado en autos por el Procurador D. Miguel Leache Resano, sobre nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en este Juzgado, por turno de reparto, demanda de juicio ordinario formulada por D., Procurador de los Tribunales, y de D., contra BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A., por la que suplicaba a este Juzgado que dictara sentencia por la que:

- a) Se declare la nulidad del contrato de Operación de Cobertura Financiera de referencia, con las recíprocas restituciones dinerarias que procedan.

evidentemente, difícilmente se podrá decir que el producto sirve de cobertura, cuando, teniendo un techo hipotecario, se conseguiría el pago de una cantidad del 22,40%, ello además sin tener en cuenta las posibles amortizaciones o falta de coincidencia entre capitales o principales de una y otra operación. No tenemos, desde luego, conocimientos suficientes para pensar si hay peores posibilidades, pero lo cierto es que, entendemos, que supuesto el camino separado de cada producto, todo es posible, y si no en grado tan extremo, si en la que se ha vivido por la parte actora, consistente en que revisado el tipo del préstamo en momento de alza del EURIBOR, y fijado el mismo en 5,39%, se vio inicialmente obligado a abonar un 5,79% de tipo, pago que venía efectuando cuando, fijada la fecha de revisión de la permuta, el Euribor se estableció en un mínimo de 1,59%, lo cual efectivamente, supondría una posibilidad de abono de un tipo superior no sólo al 5,40%, sino también al 6,90% que, como peor escenario, se pretendió plantear pericialmente, y si bien es cierto que luego en la siguiente revisión el actor se ha podido beneficiar de los efectos del mantenimiento de la bajada del tipo de interés, a priori, ello no necesariamente tiene por qué acontecer así, siendo plausible que el tipo de interés suba para dicho momento, no beneficiándose por tanto el prestatario de una menor carga financiera, añadiendo a ello que, en todo caso, el suelo hipotecario del 2,50% también puede conllevar la aplicación de un tipo de interés más elevado que el 5,40% en niveles muy bajos.

SEPTIMO.- Pues bien, entendiendo que, efectivamente, como se nos ha demostrado en el acto de juicio, en sí, la mecánica de la permuta financiera puede ser un tanto sencilla, y más o menos entendible para cualquier ciudadano medio acostumbrado a pagar un préstamo hipotecario, entendemos que realmente lo que no resulta sencillo de comprender, ni claro en las consecuencias, es la correlación entre dicho producto y el préstamo hipotecario que, precisamente, trata de cubrir, dando una cierta protección, aminorando o atemperando los riesgos de una posible subida del tipo de interés. Y es en tal sentido, en el que debemos entender que, efectivamente, la información ofrecida por los empleados de la entidad prestamista fue harto insuficiente, o al menos no consta ni se acredita por su parte que alcanzara el examen o estudio de todas las posibles consecuencias, que aún cuando más

o menos inverosímiles o casi imposibles, o históricamente no habituales, pueden y deben ser explicadas, aún insistiendo si acaso en práctica imposibilidad. Y dicha falta de información suficiente la mantenemos aún a pesar de las resoluciones del Banco de España que se nos han aportado a autos, algunas de las cuales incluso se refieren al producto financiero objeto de autos, por cuanto dichas resoluciones, además de desde luego no tener vinculación ni afectación para este procedimiento, tampoco se refieren al mismo supuesto de hecho, limitándose a sopesar las cláusulas de los contratos en que se encuadra la relación –siendo que, como hemos dicho, en el presente supuesto antes del inicio de la aplicación del producto el actor sólo firmó la solicitud u oferta vinculante-, en base a su función supervisora de la transparencia y protección, pero sin entrar en otras valoraciones que quedan relegadas a este ámbito, ni tan siquiera entendemos tenga más relevancia cualquier acuerdo tampoco trascendente para este procedimiento entre entidades supervisoras de productos financieros, por estar destinados propiamente a la inversión o ser accesorios o unidos a otro producto bancario, por cuanto, a la postre, estamos hablando de algo que resulta esencial tanto en el ámbito bancario o propio de las entidades de crédito, como en la propia y específica normativa relativa al mercado de valores.

OCTAVO.- Así, en tal sentido, sin obviar tampoco la normativa protectora de los consumidores y usuarios, por cuanto asimismo reconoce el derecho de información básico de los consumidores en cuanto a los productos y servicios, entendemos que resulta un tanto baladí la discrepancia sobre si el demandante puede o no ser considerado consumidor a estos efectos, pues más bien la normativa bancaria se dirige a la clientela en general, partiendo de una obtención de información sobre el cliente, su perfil, experiencia inversora o capacidad para entender el producto que se le vende, lo cual tiene entendemos un ámbito propio y no necesariamente coincidente con el concepto estricto de consumidor establecido en la propia LGDCU vigente en el momento de iniciarse la aplicación del producto, y ello, aún partiendo, como señalamos en el Auto por el que desestimábamos la cuestión de competencia por declinatoria planteada por la parte demandada que el actor puede ser perfectamente considerado como consumidor a estos efectos, por cuanto, a la postre, ello se relaciona con un préstamo con

garantía hipotecaria suscrito por él y su esposa, con el objeto también de financiar la adquisición de su vivienda habitual, como de hecho se establece expresamente en la escritura suscrita con CAJA RURAL, en concreto en sus cláusulas no financieras, por lo que constando ser tal la finalidad del préstamo en la escritura, no podemos negar la condición de consumidor al actor por el hecho reconocido de que haya unificado sus créditos personales y profesionales. Ahora bien, como decimos, la propia normativa de conducta bancaria y la relativa al mercado de valores imponen en todo caso una obligación de información al cliente, así como de adecuada catalogación y estudio del mismo, cuestiones éstas que además de haberse desarrollado sumamente en las nuevas reformas y directivas, desde luego no son ajenas las anteriores vigentes a la fecha de firma, como son el artículo 48.2 de la Ley 26/88, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que ya impone a las entidades de crédito la obligación de informar a la clientela en forma que puedan conocer las características esenciales de los productos, si se ajusta o no a sus necesidades, y cuando pueda verse afectada, su situación financiera, obligaciones de información que, en cuanto al perfil del cliente y los productos ofrecidos, también se derivaba en el aspecto más inversor del Código de Conducta establecido en el Decreto de 3 de mayo de 1993, que, en desarrollo de las previsiones de la Ley del Mercado de Valores, establecía las normas de actuación en el mercado de valores y registros obligatorios, todo ello ampliado y afectado por la Directiva 2004/39 C.E. relativa a los mercados de instrumentos financieros y luego, ya más modernamente por sus desarrollos y por el propio Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que deroga el precedente de 1993 en desarrollo de las propias modificaciones de la Ley de Mercado de Valores, que en todo caso, ahondan y profundizan el carácter proteccionista del inversor o adquirente de productos financieros incluidos en su ámbito de aplicación mediante además la adecuada clasificación de aquél como profesional o minorista, distinguiendo mayores niveles de protección.

NOVENO.- Pues bien, a tenor de lo expuesto, consideramos que, por mucho que se nos haya querido considerar al demandante como un inversor profesional, cosa que en ningún modo podemos estimar ni mínimamente acreditado, ni porque tuviera o no un cargo representativo en la asociación de

taxistas, ni por el hecho de que la CAJA RURAL tenga suscrito con dicho colectivo un convenio especial de condiciones de préstamos hipotecarios para sus asociados, la información que la entidad bancaria prestamista, que no contratante de la permuta, ofreció al cliente, en este caso el Sr Apesteguía fue harto insuficiente, no ajustándose a las directrices anteriormente expuestas y dirigidas a garantizar que el cliente pudiera contratar el producto conociendo todas y cada una de sus características esenciales, pudiendo conscientemente saber si se ajustaba o no a sus necesidades, evaluar y asumir los posibles riesgos de la operación. Así, aún cuando genéricamente se nos dijo en el acto de juicio que se le informó al cliente de todas las posibilidades, no consta que así se hiciera, antes más, como hemos indicado precedentemente, inclusive todo lo que se nos ha explicado sobre el producto en este juicio, su finalidad de cobertura, y especialmente, su sentido de convertir el tipo de interés variable en uno más o menos fijo no es cuando menos exacta, y si durante todo este procedimiento, se nos ha "vendido" así el producto, desde luego ninguna duda nos cabe de que así se tuvo que vender el producto al cliente. Pero es que además, aún como ya hemos dicho no tienen mayor trascendencia a estos efectos las resoluciones del Banco de España adjuntadas por la parte demandada, en el hipotético caso de que convinamos con el mismo y con lo consecuentemente aducido por la parte demandada de que es el cliente el que ha de tener una diligencia exigible en la lectura de las cláusulas contractuales y formular preguntas de lo que no entienda, en el presente caso nos encontramos que la entidad demandada da por vendido el producto con la solicitud firmada por el cliente que obra como documento número cuatro acompañado a la demanda anteriormente citado (EURIBOR PLAN PREVER), y dicho documento, en lo que a la finalidad del contrato se refiere, que hasta la sociedad hemos oído su vinculación con el préstamo hipotecario y regulación de sus posibles efectos, contiene una información incompleta o engañosa sobre los efectos, efectos todos ellos que como bien indica la demandante sólo son ventajas para el cliente de este atractivo producto. En efecto, dicho documento, además de establecer de forma eso sí más o menos sencilla la mecánica de actuación, sin mayores precisiones cuantitativas, prácticas o didácticas sobre el posible o posibles resultados, se limita en su segunda hoja a destacar las ventajas del producto que, combinado con el préstamo hipotecario, son un tanto inexactas o

dudosas, ya que en conjunto, desde luego, puede no garantizarse que el tipo medio máximo pagado sea no superior al 5%, o bien que si el EURIBOR se mantiene por debajo de la barrera fijada el tipo puede ser en conjunto superior a lo indicado, sin que la cláusula predeterminada de asunción de responsabilidad consideremos que sea hábil para entender que, efectivamente, el Sr. [redacted] era plenamente consciente de las consecuencias de lo que estaba firmando.

DECIMO.- Dicho lo anterior, entendemos que este considerado incumplimiento de deber de información adecuado que se establece como conducta de actuación en el ámbito bancario y financiero, conlleva la estimación de la nulidad del contrato, en el sentido de que faltó el elemento esencial del consentimiento, concurriendo un error sobre la sustancia de lo que se contrataba, que, como venimos reiterando, sin ser desde luego un seguro en el sentido más literal de la palabra, sí que se vendió y adquirió como una cobertura o protección que, como hemos visto, puede serlo o no serlo, y dándose el error sustancial en los términos del artículo 1265 y 1266 del Código Civil, entendemos que conforme a los artículos 1300 y 1301 la consecuencia ha de ser la declaración de nulidad del contrato, dado que dicho error desde luego entendemos que no se hubiera podido evitar con una diligencia razonable, a tenor del contenido del documento firmado que inició la aplicación del producto, con información insuficiente y engañosa en cierta manera en cuanto a los efectos reales combinados con el préstamo hipotecario, sin que desde luego se haya constatado que oralmente el cliente recibiera la información suficiente como para poder valorar realmente que el producto que contrataba podía conllevarle más riesgo que cerrar una posible mayor subida del tipo de interés, aún a pesar de que el pactado pudiera ser mayor que el variable pactado. Por todo ello, y haciendo nuestros los argumentos contenidos en la SAP de Jaen de fecha 27 de marzo de 2009 citada por la parte actora, y la más reciente SAP de Asturias de 27 de enero de 2010, consideramos que no procede sino estimar la demanda en cuanto a su pretensión principal, haciendo por tanto innecesario cualquier pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria.

UNDECIMO.- De conformidad con el artículo 394.1 de la LECivil, las costas se imponen expresamente a la parte demandada.

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

FALLO

Que **ESTIMANDO**, como **ESTIMO, INTEGRAMENTE**, la demanda formulada por D., Procurador de los Tribunales, y de D., contra BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL S.A, representado en autos por el Procurador D. Miguel Leache Resano, debo **DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD** del contrato de operación de cobertura financiera objeto del presente procedimiento, con las recíprocas restituciones dinerarias que procedan, y todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación el cual se preparará ante este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Librese y únase testimonio y llévase el original al Libro de Sentencias de este Juzgado.

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

- b) Con carácter subsidiario se declare que el demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al Banco demandado, declarando nula o anulando cualquier estipulación contractual que se oponga a ello.
- c) Y todo ello con imposición en costas a la mercantil demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, quien compareció y contestó, oponiéndose a la demanda e interesando su desestimación con imposición en costas a la parte actora.

TERCERO.- Presentado el anterior escrito, se convocó a las partes a la oportuna audiencia previa, compareciendo ambas, las cuales se ratificaron en sus escritos, interesando el recibimiento del pleito a prueba, y admitida la estimada pertinente, se señaló el acto de juicio para su práctica.

CUARTO.- Celebrado éste en el día señalado, se registró en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, practicándose en dicho acto las pruebas propuestas y admitidas, y previo informe de las partes, quedaron los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en el presente procedimiento acción encaminada, con carácter principal, a la declaración de nulidad del producto financiero suscrito con la entidad demandada, por falta de los elementos esenciales previstos en el artículo 1261 y concordantes del Código Civil, y que ha venido a ser catalogado como contrato de permuta financiera (SWAP), vinculado, unido o relacionado con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad bancaria CAJA RURAL (asociada o miembro de la entidad demandada), y que, según alega, fue concertado por

su parte en la consideración de que suponía un seguro contra las subidas del tipo de interés, dada la tendencia alcista del elemento referencial del préstamo hipotecario, el EURIBOR, considerando que la oferta de la entidad bancaria prestamista lo fue en tal sentido, invocando además de la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios vigente en la fecha de inicio de la relación contractual, la doctrina general sobre los elementos esenciales del contrato y la normativa protectora de la actuación en los mercados de valores y servicios de inversión, acudiendo asimismo al desequilibrio entre las prestaciones de las partes, e inclusive a la cláusula "rebus sic stantibus", solicitando, finalmente, de forma subsidiaria, que se le permita ejercer su derecho de cancelar anticipadamente la operación sin asumir la obligación de pago de la cantidad que unilateralmente determina la contraparte.

SEGUNDO.- La parte demandada en autos, reconociendo el contrato cuya nulidad insta la parte actora, y catalogándolo como contrato de permuta financiera, SWAP o IRS, se opone a la pretensión de la demandante, insistiendo en primer lugar en que el actor no puede ser catalogado como simple consumidor, dado que, siendo taxista de profesión, la mayor parte del préstamo con garantía hipotecaria se destinó a la adquisición de la licencia de taxi, siendo que la parte menor del préstamo es la que fue destinada a satisfacer el precio de adquisición de su vivienda. Al propio tiempo indica además que realmente, tenía conocimientos en la materia, habida cuenta que como miembro de la Asociación de taxistas San Fermín, negoció con la Caja Rural el convenio en que se establecen las condiciones que precisamente se les aplica a los préstamos hipotecarios de los asociados en la citada entidad, insistiendo en todo caso en que el contrato fue suscrito libremente, con pleno conocimiento del mismo por parte del actor, y considerando que el referido contrato viene a constituir una cobertura que permite atemperar o minimizar los riesgos de una subida del tipo de interés, convirtiendo de hecho el tipo de interés variable del préstamo hipotecario en un tipo de interés más o menos fijo, en el caso del demandante, en un tipo que oscilaría durante cinco años entre un 4,40 y un 5,00 %, haciendo alusión a que además la oferta de la contratación se debió al cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma

económica, el cual establece que " 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscritos préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés."

Añadiendo a ello informaciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España en torno a la efectiva naturaleza del contrato de permuta financiera, como un contrato de cobertura para minimizar riesgos de los tipos de interés, tendiendo a convertir el interés variable en un interés fijo, de donde extrae la conclusión de que no es un producto de riesgo, ni especulativo, aportándose diversas resoluciones del Banco de España en torno a reclamaciones sobre estos productos, alguna de ellas referida a la propia entidad CAJA RURAL por este producto, e inclusive el reciente acuerdo entre el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que reconociendo que en principio nos encontramos ante un instrumento de inversión, en la medida que es accesorio o vinculado a un contrato bancario, lo someten a la supervisión del Banco de España, aplicando la normativa protectora de los clientes bancarios y no propiamente la de los inversores.

TERCERO.- Como hechos estimados acreditados en este procedimiento nos encontramos con la efectiva suscripción por parte del actor y su esposa de un préstamo con garantía hipotecaria en fecha 25 de septiembre de 2006, con la entidad CAJA RURAL, por un importe de 450.000 euros y un plazo de 30 años, a un interés variable revisable anualmente, siendo el del primer año de un 3,96% y luego el Euribor publicado en el BOE en el mes anterior al vencimiento del plazo anual, más un diferencial de 1,05%, que cumpliendo determinadas condiciones quedaba reducido a un 0,40%, que ambas partes han reconocido que es el que viene siendo aplicado. También ha quedado acreditado que dicho préstamo refundió las

distintas líneas de crédito concertadas por el demandante para la adquisición de su vivienda y para el desarrollo de su profesión como taxista. Al propio tiempo, no se ha discutido que el demandante suscribió el documento número cuatro de los que se adjuntan a la demanda, denominado "EURIBOR PLAN PREVER" en fecha 11 de mayo de 2007, que la parte demandada considera aceptación de una oferta vinculante que dio lugar a la aplicación del producto financiero que la demandante cuestiona, siendo suscrito ese documento sólo por el actor, no por su esposa, en las oficinas de la entidad Caja Rural sita en la Plaza de los Fueros de esta localidad, siendo que el bloque documental que se adjunta a dicha oferta o solicitud inicialmente firmada, esto es, la denominada Confirmación de Operación de Cobertura y el Contrato Marco con sus anejos, que se adjuntan como documento número cinco del escrito de demanda, se firmaron posteriormente por el actor, una vez ya iniciada la aplicación del producto financiero, y tras ser requerido de dicha firma. Igualmente, consta que la entidad demandada practicó una primera liquidación por la que, en mayo de 2008 el demandante tuvo que pagar 31,53 euros, y una segunda liquidación, por la que el demandante en mayo de 2009 percibió la cantidad de 2.360,34 euros, habiéndose practicado una tercera liquidación que suponía la obligación de pago por el actor en mayo del presente año de la cantidad de 11.375,83 euros. Igualmente, no se discute que el actor antes de iniciar el procedimiento solicitó la cancelación anticipada del producto, que no se llevó a efecto, por cuanto la demandada le presentó un importe de 26.500 euros para proceder a dicha cancelación. También se ha acreditado que las partes han tenido negociaciones previas al presente procedimiento, y que la entidad CAJA RURAL procedió a reducir el tipo de interés que, conforme a lo establecido en la escritura de préstamo hipotecario, correspondía pagar al actor y su esposa, reduciendo el tipo de interés del 5,79% (5,39% + 0,40%), que venía abonando según la revisión aplicada a partir del mes de septiembre de 2.008, a un 4% por el referido préstamo hipotecario.

CUARTO.- Ciertamente, entendemos que la resolución de la presente litis pasa, fundamentalmente, por determinar la efectiva naturaleza y especialmente alcance del producto financiero que, en principio, vincula a las partes, si ello es o no conforme con la oferta, información e inclusive

adecuación al demandante del producto, y , en su caso, si ello puede o no conllevar consecuencias en el consentimiento contractual, su ausencia o bien error, como de hecho se pretende, como causa de nulidad contractual conforme a los artículos 1300 y 1.301 del Código Civil. Pues bien, comenzando por la primera cuestión, entendemos que ha quedado totalmente acreditado que, efectivamente, el ofrecimiento de la entidad bancaria del producto cuestionado obedeció al cumplimiento de la normativa indicada precedentemente, esto es, el referido artículo 19 de la ley 36/2.003, esto es, como un producto de cobertura que permitiera minimizar, amortiguar o atemperar los riesgos derivados de la subida o incremento del tipo de interés. Y, efectivamente, hemos de convenir en este punto con la parte demandada, que el producto ofrecido puede cumplir con la finalidad expuesta, y posiblemente, fue ideado en tal sentido, máxime si tenemos en cuenta la coyuntura en la que se planteó y ofreció, en una tendencia continuadamente alcista del elemento referencial EURIBOR. Ahora bien, la parte demandada insiste en que, no pudiendo entenderse en esta relación la permuta financiera de forma autónoma o independiente del préstamo con garantía hipotecaria al que aparece vinculado, cosa que entendemos resulta clara y en punto alguno se cuestiona, su finalidad consiste en que, sin alterar ese primitivo contrato, manteniendo una autonomía en este caso no sólo objetiva sino inclusive subjetiva, convertir de facto el tipo de interés variable previsto en el préstamo hipotecario, en un tipo de interés fijo, o al menos más o menos fijo, por cuanto se moverá entre un 4,40 y un 5% (aunque creemos que en ello no se incluye el diferencial fijo que en el préstamo hipotecario se suma al EURIBOR), esto es, como se nos ha explicado, trata de neutralizar el tipo de interés variable del préstamo hipotecario con el tipo de interés variable de la permuta financiera, de manera que el intercambio de flujos o bien de tipos de interés, uno fijo y otro variable, consigue dicha finalidad, de manera que por activa y por pasiva, entendemos, tanto en el escrito de contestación a la demanda, como en las pruebas practicadas en el proceso a instancia de la demandada, se nos ha tratado totalmente de convencer que, con este producto suscrito por el demandante, cuya mecánica es sencilla, a la postre lo que se consigue es que el actor, por su préstamo hipotecario, pagará un tipo de interés que, en la parte variable, oscilará entre un 4,40% y un 5% (al final se tiene que reconocer como no puede ser de otro modo que a ello ha de sumarse un

0,40% que como diferencial fijo establece el préstamo hipotecario), de manera que, según las oscilaciones del EURIBOR, el cliente pagará o recibirá dinero, pagando cuando lo que haya abonado previamente en virtud del nivel del Euribor sea inferior a un 4,40% y recibiendo una cantidad mayor o menor de la demandada cuando el EURIBOR sea superior a dicho tipo, resultando que al final, pasados los cinco años de vigencia del contrato, se habrá compensado en su caso lo pertinente para que lo máximo que pueda abonar el cliente sea un 5% de media.

QUINTO.- Pues bien, dicha información que, como decimos se nos ha dado tanto por el representante de la demandada, como por parte de los empleados bancarios que se relacionaron con el actor, como inclusive por el perito emisor del dictamen emitido a instancia de la demandada, entendemos que pura y simplemente no es verdad, aunque, utilizando los mismos argumentos de la demandada en torno a que el EURIBOR oscila o varía por causas ajenas a la voluntad de ambas partes, realmente puede darse el hipotético supuesto de que sí sea verdad. Y ello, por cuanto, utilizando como decimos una de las cuestiones a las que se aferra tanto la entidad demandada, como su representante en el acto de juicio en el interrogatorio efectuado, como inclusive el propio perito, si no podemos ni debemos desligar el "SWAP" del préstamo hipotecario no debemos hacerlo para ningún efecto. Y ocurre que las circunstancias que pericialmente se nos ha pretendido demostrar que apenas tienen importancia –o más bien que en los últimos tiempos comparativamente han podido no tenerla-, entendemos que por pura lógica –eso sí una vez vista la total realidad de funcionamiento tanto del préstamo hipotecario como de la permuta financiera y su coordinación o más bien falta de ella- tienen o pueden tener una importancia esencial, pudiendo llevar a consecuencias totalmente contrarias a las que, realmente, las partes indicaron como finalidad de la contratación, esto es, si no propiamente un "seguro", sí una cobertura del cliente frente a las potenciales subidas del tipo de interés. Y en tal sentido tienen absoluta relevancia cosas, como las que, el propio Banco de España, establece en un escenario ideal, esto es, que coincidan los plazos de liquidación de préstamo y la permuta, esto es, la fecha de revisión de uno y otro, los tipos variables de referencia sean los mismos y que el nocional sobre el que se calcula la permuta coincida con el

principal del préstamo, por cuanto, consideramos que, efectivamente, sólo en ese escenario ideal realmente el producto ofrecido cumplirá necesariamente la finalidad para la que fue concebido y ofertado, esto es, para cubrirse frente a posibles subidas del tipo de interés, neutralizando los tipos de interés variables, como expone el perito, y realmente convirtiendo durante el periodo pactado el tipo de interés variable del préstamo en un interés cuasi fijo con una horquilla que, en el presente supuesto, oscilaría entre un 4,40% y un 5% (más el diferencial fijo del 0,40%).

SEXTO.- Pero es que el escenario ideal al que hemos hecho alusión dista mucho de ser real en el presente supuesto. Así, en efecto, a pesar de la consideración evidente al préstamo con garantía hipotecaria suscrito por el actor y su esposa, ninguna relación se establece entre los mismos, de manera que, al menos en lo que a la solicitud vinculante firmada el 11 de mayo de 2.007 que dio inicio a la aplicación del producto, bien pudiera haber cabido que se amortizara o extinguiera el préstamo hipotecario por cualquier motivo subsistiendo la permuta. Por otro lado, no sólo es independiente del préstamo, sino que, efectivamente, la entidad con la que se contrata es distinta de la entidad prestamista, por mucho que ésta sea asociada de aquélla, encargándose precisamente por eso de comercializar el producto, y lo mismo cabe decir respecto del prestatario, por cuanto los prestatarios son dos, el Sr Apesteguia y su esposa, en tanto que el contratante de la permuta financiera es solo el actor. Pero es que además, y en lo fundamental, no sólo no coinciden las cantidades ni el plazo, cosas que quizás tengan menor importancia, sino que tampoco coincide esencialmente ni la fecha de revisión, ni por tanto, el tipo de interés aplicable a una y otra operación, lo que consideramos que, si bien históricamente no ha supuesto grandes cambios al mediar dos meses entre las fechas de revisión de uno y otro, lo que también es cierto es que desde luego más difícil ha sido que sea igual, ni tampoco tiene en cuenta una cuestión que también puede incidir esencialmente, cual es, en lo que perjudica al cliente, la existencia de un "suelo" hipotecario, por cuanto, independientemente del nivel del EURIBOR, el tipo de interés del préstamo nunca puede ser inferior a un 2,50%, sin perjuicio de que, como también ha alegado el demandado, exista un "techo", de manera que tampoco el interés será superior a un 18%, cosa que, efectivamente, sólo

puede ser considerado como beneficioso para el cliente. Y son tales las circunstancias que determinan que aquéllo de lo que se nos ha tratado de convencer durante todo este litigio por parte de la demandada, no sea verdad, por cuanto el único interés más o menos fijo que se establece en la permuta financiera sólo permite determinar el más y el menos de ese producto, pero no necesariamente, aún cuando como hemos dicho pueda ocurrir o ser así, el del préstamo hipotecario, siendo que la finalidad precisamente es dar una cobertura frente a las posibles subidas de interés que puedan afectar a éste. En efecto, se nos pretende indicar que el cliente durante cinco años con este producto pagará un interés que oscilará entre un 4,40% y un 5% (más el diferencial entendemos), y se nos ha intentado convencer que ni la existencia de suelo hipotecario, ni la falta de coincidencia entre las cantidades y momentos de revisión pueden conllevar mayores trascendencias, ni mayor alteración que un 0,02% según el informe pericial. Pues bien, independientemente de lo que ha acontecido hasta el momento, lo dicho no es verdad, lo que, de hecho, ya se reconoce en el propio informe pericial emitido a instancia del demandado, donde se nos define el "peor escenario" para el cliente, y que supone, combinado el préstamo y el swap, el abono por parte del demandante de un interés del 6,90% (no del 5,40% que se nos pretendía alegar). Y, sin ánimo de entrar en disquisiciones técnicas que desde luego pertenecen sólo a quien posee conocimientos de tal carácter, entendemos que dicha conclusión es errónea, por cuanto parte de una premisa que no necesariamente es verdad, cual es que coincidan el tipo de interés en el momento de la revisión del préstamo y de la permuta financiera, siendo en ambos casos el mínimo, entendemos que más que improbable casi imposible, esto es, el 0%. Pero dicho escenario no es el peor posible, sino otro también improbable o quizás casi imposible –y que históricamente ni tan siquiera se aproxima a la realidad-, cual es que, no coincidiendo las fechas de revisión del préstamo y del swap, y sólo limitándose el 5% como media máxima en éste, realmente el EURIBOR esté a un 0% en el momento de la revisión de la permuta (con lo cual según este producto el cliente deberá abonar un 4,40% de 400.000 euros, sin compensación de ningún tipo porque no excede del 5%) y que en el momento de la revisión de la hipoteca el EURIBOR haya subido tanto que hayamos de acudir al "techo" hipotecario, esto es, que el cliente deba abonar un tipo del 18%, en cuyo caso,