

Roj: SAP Z 1415/2011
Id Cendoj: 50297370052011100267
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 5
Nº de Recurso: 211/2011
Nº de Resolución: 399/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00399/2011

SENTENCIA nº 399/2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

MAGISTRADOS

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

En Zaragoza, a veinte de junio de dos mil once.

En Nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 495/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 211/2011, en los que aparece como parte apelante-demandada, BANCO DE SABADELL, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA LUISA HUETO SAENZ, asistido por el Letrado D. JOSE BOSSAS SERRA; y como parte apelada-demandante, Marino , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA PILAR MORELLON USON, asistido por el Letrado D. PABLO SOLA MARTI; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida de fecha 10 de enero de 2011 cuya parte dispositiva dice: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Marino contra BANCO DE SABADELL S.A. debo: a)Declarar la nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras formalizado por el actor y Banco Sabadell con fecha 12/3/2008 y el contrato de **permuta financiera** formalizado entre las mismas partes el 11/3/2008, aportados como documentos números cuatro y cinco de la demanda, por concurrir error en el consentimiento prestado por D. Marino en los mismos.

b) Condenar a Banco de Sabadell S.A. a estar y pasar por la anterior declaración, así como a realizar la restitución de las prestaciones que la declaración de nulidad solicitada conlleva.

c) No procede imponer condena en costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la parte demandada interpuso recurso de apelación y dado traslado a la parte contraria, se opuso, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al número de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 11 de abril de 2011.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales oportunas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- En el presente procedimiento el actor solicita la nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras y del subsiguiente contrato de **permuta financiera** suscritos con el banco demandado, por concurrir error y/o dolo en el consentimiento prestado por el actor, D. Marino . Y subsidiariamente, la misma nulidad por vulneración de la legislación de protección de consumidores y usuarios, al existir varias cláusulas abusivas por falta de equidad y reciprocidad. En ambos casos con las pertinentes consecuencias restitutorias que la nulidad lleva consigo.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. Parte de la base de que dicha **permuta financiera** (swap, en terminología anglosajona) buscaba la cobertura del cliente (Sr. Marino) ante las posibles fluctuaciones al alza de los intereses de la operación que dicho cliente tenía con el propio Banco de Sabadell. Tratándose de un cliente "minorista", con inversiones predominantemente de "renta fija", se le ofreció un producto de cobertura que no servía para tal finalidad, puesto que -fundamentalmente- recogía una "barrera desactivante" que favorecía inequitativamente a la entidad bancaria cuando los intereses subían por encima de un determinado porcentaje. Además, unido ello a que el préstamo hipotecario cuyas consecuencias negativas se pretendían cubrir mediante la "**permuta**", tenía una cláusula suelo (o "túnel"), lleva al perito economista a concluir numérica y matemáticamente que las posiciones de los contratantes no eran equilibradas. Ni siquiera cuando se eliminó la citada cláusula "suelo".

Además de ello, nunca se le explicó el coste de cancelación del producto. Por lo que concluye la sentencia recurrida que hubo error en el consentimiento susceptible de anular los contratos "marco" y el de **permuta financiera**.

TERCERO.- Ante ello se alza el banco demandado utilizando los siguientes argumentos, en esencia.

Desde el punto de vista de la información exigible a la entidad **financiera** respecto a su cliente, insiste la demandada-apelante en que se le dieron y explicaron todos los datos y que el Sr. Marino tiene un alto nivel de conocimientos financieros en atención a su profesión de Corredor de Seguros. Si no se le hizo el test de "Conveniencia" fue porque el lo rehusó.

La sentencia no describe cual fue el error en el consentimiento prestado por el cliente.

El contrato no contempla la cancelación anticipada de la **permuta**, que -en todo caso- sería el precio de su reventa en el mercado.

No estamos ante un contrato de seguro, sino ante un contrato autónomo, sin una excesiva complejidad y que -además- no está específicamente vinculado al contrato de préstamo hipotecario.

D. Marino conocía la mecánica y funcionamiento de la "barrera desactivante". Y, en todo caso, debió de pedir la nulidad de esa cláusula y no la de todo el contrato.

Tampoco admite la entidad bancaria que tuviera información privilegiada y que conociera que los tipos de interés iban a bajar.

Además, el banco no se beneficia directamente de los pagos que se generan en virtud de la evolución de los índices económicos. El banco contrata en el mercado financiero una posición de signo contrario, obteniendo sólo los beneficios resultantes del margen diferencial de posiciones.

CUARTO.- La primera cuestión a determinar para resolver la discusión procesal de las partes es centrar la figura del negocio jurídico que les une y sobre cuya eficacia jurídica discrepan.

Por mucho que se quiera simplificar el contenido del pacto, no se puede afirmar que estemos ante un contrato de sencilla lectura. Sólo su extensión obliga a un importante esfuerzo de concentración para ir integrando los numerosos conceptos que se vierten, tanto en el contrato marco como en la concreta operación amparada por él.

Se mezclan en las relaciones creadas por el contrato dos situaciones distintas. Una, la clásica del alcance subjetivo de los contratos, *ex Art. 1257 del Código Civil*. A ella suelen acudir las entidades bancarias para fundar la sencillez del pacto. Si los intereses suben la diferencia con el tipo fijo lo paga el banco y si bajan, esa diferencia la paga el cliente. Por ejemplo, pág. 16 de la contestación.

Sin embargo, esta sencillez se disipa cuando se pretende hablar de la posible cancelación anticipada y entonces aparece el instrumento financiero que subyace. Un "derivado", de tal manera que entonces el banco ya no depende de sí mismo, sino que es un mero intermediario, que al recibir la solicitud de contratación del "swap", lo hace así en el mercado financiero, buscando la correspondiente contrapartida. Lo que no parece excesivamente complicado, ya que no consta ninguna dificultad o problema para encontrar esa situación en dicho mercado financiero cuando se ofrece el swap. Por ello, al ser sólo un intermediario sólo percibe una comisión por la intermediación y no por el hecho de que las liquidaciones sean positivas o negativas. Por ejemplo, página 7 de la contestación.

Obviamente, el contrato no es sencillo, salvo que el cliente sea "experto" en mercados financieros o se le haya explicado pausadamente y con los ejemplos pertinentes que permiten concretar las consecuencias reales de un lenguaje especializado, ajeno en muchos casos al conocimiento profundo de muchos empleados bancarios (SAP Jaén, nº 3, del 27 de marzo de 2009 , y SAP Zaragoza, Sección 5ª, nº 33/2011, de 25 de enero).

Por ello, las definiciones que del "swap" ofrece la doctrina -pues no hay una definición legal- son parcialmente dispares. Todas entienden que estamos ante un "instrumento derivado". Es decir, un producto financiero cuya principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice. Activo o índice que se denomina "activo subyacente" y que puede ser de muy diversa índole (patrón oro, materias primas o commodities, tipos de interés, etc.).

A partir de ahí, las definiciones suelen coincidir en calificarlo como un contrato o transacción **financiera** mediante el cual las partes (algunos autores las identifican como "banco" y "cliente") intercambian flujos de caja (pagos y cobros) determinables con arreglo a unos parámetros objetivos; y que en las "permutas de intereses" se calculan sobre una cantidad invariable, denominada "nocional" (algunos hablan de "nominal"), que no es objeto de entrega, sino que funciona como referencia de cálculo, de tal manera que sobre ese "nocional" se aplican tipos de intereses distintos, generalmente "fijo contra variable", durante un determinado período de tiempo.

Esta figura nació básicamente para conseguir una reestructuración **financiera** del crédito o la deuda de las empresas para cubrir, con operaciones de signo contrario, las posibles pérdidas de otras operaciones de la empresa. Por ello, al haber un intercambio de flujos de dinero se le califica como **permuta** o trueque.

Es, por ello, un contrato sinalagmático (obligaciones recíprocas), oneroso y aleatorio, principal y autónomo.

Ahora bien, el hecho de que el contrato sea autónomo no significa sino que su funcionamiento intrínseco no depende más que de sí mismo. Pero no, necesariamente, que no tenga vinculación intencional con otros contratos. De hecho, la "**permuta financiera**" puede ser meramente especulativa o actuar como "cobertura" de otras operaciones. En nuestro caso así es. Así lo admite la propia contestación a la demanda (hecho tercero) y lo ratificó su empleado el testigo Sr. Juan Manuel , cuando dijo que a raíz del importe de la hipoteca y siendo un cliente preferencial, se le informó sobre una cobertura de tipos de intereses. Reiteró en su declaración que se trataba de una "cobertura de tipos de interés". Que -además- le fue ofrecido por el banco (hecho tercero de la contestación). Como, por otra parte resulta preceptivo, según la *ley 36/03* .

En resumen, estamos ante un producto financiero complejo (doc 5 de la demanda, folio 91), con finalidad de cobertura y suscrito por un cliente "minorista", según las clasificaciones de la normativa **financiera**.

QUINTO.- Esto requiere un importante plus de atención por parte de la entidad **financiera** a la hora de informar al cliente. Porque si bien es cierto que la citada *ley 36/03* obliga a informar a sus deudores hipotecarios de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés variable, tampoco hay que olvidar que el *Art. 47 del R.D. 216/08*, también exige a las entidades bancarias utilizar mecanismos de reducción de su riesgo a través de acuerdos de compensación contractual. Por lo que la entidad bancaria oferente del producto no es, en puridad, un partícipe neutral en la operación. De ahí la delicadeza de los límites y rigor en el cumplimiento de una completa información al cliente.

SEXTO.- Nuestra reciente sentencia 220/2011, de 28 de marzo recoge la evolución legislativa relativa a esta materia, que arranca con el R.D. 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en el mercado de valores y que obliga a las entidades a identificar correctamente a sus clientes sobre su situación **financiera**, experiencia inversora, objetivos de la inversión; debiendo proporcionarles toda la información de que disponga y que pueda ser relevante para que aquéllos puedan tomar una decisión con conocimiento preciso del contenido de lo que contratan y de los efectos de tal operación. Debiendo -además- informar con toda celeridad de las incidencias relativas a las operaciones contratadas, recabando del cliente de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesarias al interés del mismo (*arts. 4 y 5*). Actualmente derogado por *R.D. 217/08, de 11 de noviembre*.

No menos tuitiva es la *ley 36/03, de 11 de noviembre en cuyo art. 19* recoge los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios de dichos instrumentos, con la transparencia que regula el *art. 48.2 de la ley 26/88 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

Precisamente este artículo busca explícitamente proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito. Por ello los contratos deben reflejar "de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de los mismos ante las eventualidades propias de cada clase de operación".

La *ley 47/07, de 19 -diciembre* traspone la famosa *Directiva 2004/39 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004*, relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaban directivas procedentes. Denominada MIFID (Markets in Financial Instrument Directive) y que marca una pauta no sólo continuista con la protección de la clientela de tales productos, sino que la implementa. Pasando a través de la citada *ley 47/07* a nuestra *ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores*.

Entre las finalidades fundamentales de la Directiva está la de proteger a los inversores y asegurar el funcionamiento armónico de los mercados de valores. Para ello se precisa de un régimen global de transparencia a fin de que los participantes en el mercado puedan evaluar en todo momento las condiciones de la operación que están sopesando y puedan comprobar a posteriori las condiciones en las que se llevó a cabo (considerado 44). Por ello -concluye en su considerado 71- el objetivo es crear un mercado financiero en el que los inversores estén realmente protegidos e impedir que la opacidad o distorsión de un solo mercado pueda afectar al funcionamiento del sistema europeo.

Así que en sus *arts 14 y 19* exige a las empresas de inversión -a través de los Estados- que aseguren una negociación justa y ordenada, con criterios objetivos, con una información pública suficiente para que sus usuarios puedan formarse una opinión certera sobre la inversión, "*teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los usuarios como los tipos de instrumentos negociados*". Con información clara a los usuarios "*de sus responsabilidades respectivas con relación a la liquidación de las operaciones ejecutadas en el sistema*". Así que las empresas de inversión deberán de tomar "*las medidas necesarias para facilitar la liquidación eficiente de las operaciones...*".

Por ello, concreta el *art. 19*, la información al posible usuario ha de ser "comprensible", entre otras cuestiones en lo relativo a gastos y costes asociados, "*de modo que les permita, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, puedan tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa*".

Para lo cual la empresa de inversión habrá de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en su ámbito del usuario, los objetivos de inversión del cliente, para así recomendarle los servicios de inversión de instrumentos financieros que más le convengan.

SEPTIMO.- En el caso que nos ocupa, por muy "corredor de seguros" que sea el demandante, el propio banco lo calificó como cliente "minorista", lo que significa -según el *artículo 78 bis L.M.V.* - que no

posee experiencia ni cualificación suficientes para tomar sus propias decisiones de inversión, y valorar correctamente sus riesgos. De hecho, como recoge la sentencia apelada, el testigo Don. Juan Manuel señaló que el Sr. Marino ha tenido productos de renta variable y -genéricamente- de todo tipo, aunque admitió que había prevalecido la inversión en renta fija.

Ningún otro dato ofrece la demandada sobre la experiencia del actor en el mercado financiero. Ser Intermediario en el mundo de los seguros y haber comprado -por ejemplo- acciones o participaciones en fondos no concede a nadie la condición de experto en el ámbito financiero. El alto Tribunal recoge esta minusvalía del cliente en sus sentencias de 30 de enero de 2003 y 13 de febrero de 2007 . La primera relativa a la complejidad de la inversión en mercados secundarios y la segunda, excluyendo de la condición de experto a un empresario. Que por tal, sin más, ocupa ante este tipo de productos situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor. Si bien es cierto que el actor ha de estar más avezado a la documentación contable y actuarial que un consumidor medio. Lo que también habrá de valorarse.

OCTAVO.- Partiendo de estas bases habrá que examinar la información dada al demandante.

A este respecto resultan irrelevantes las explicaciones que los empleados bancarios dan en el acto del juicio respecto a la mecánica del producto financiero. Su testifical tendrá valor en tanto que acrediten qué le explicaron al cliente antes de la firma de la **permuta**. Ese es el momento al que hay que atender.

Por ello resulta tan importante la documentación de dichas entrevistas. Fundamentalmente los tests de "idoneidad" y "conveniencia". Por eso la legislación sectorial exige un importante esfuerzo precontractual a la entidad **financiera**. De lo contrario es la versión de uno frente a la del otro. Y aquí la carga probatoria recae sobre el contratante más fuerte en la negociación: el banco.

Analizando la cronología de lo acontecido, se contempla que en primer lugar se firmó la solicitud de contratación de producto derivado y la no aceptación de cumplimiento del test de conveniencia del producto a que se refiere la solicitud de contratación anterior (11-3-2008). En segundo lugar, al día siguiente (12-3-2008) se firma el contrato marco de operaciones financieras. En tercer lugar (17-4-2008) el préstamo hipotecario y, por fin, el 27-2-2009 el test de idoneidad.

Comparando fechas se observa que la relación temporal entre la solicitud de la operación de cobertura y el préstamo hipotecario confirma la tesis de ambas partes. Es decir, que aquélla tenía una función de cobertura de ésta. Además, el importe nominal de la **permuta** coincide casi exactamente con el principal del préstamo (900.000 euros frente a 850.000 euros, respectivamente). Y, en el mismo sentido, el comienzo de los periodos de liquidación de la **permuta** coinciden -salvo 3 días- con la concesión del préstamo (éste de 17-4-2008 y el primer periodo del "swap" es del 15-4-2008 al 15-7-2008).

NO VENNO.- De estos datos se obtienen una serie de conclusiones.

En primer lugar, la información que se le pudo dar al cliente por el banco demandado no consta sino por las propias manifestaciones de los testigos de dicha entidad. La parte actora impugnó los documentos explicativos que aportó la demandada junto a la contestación (bloque de doc. 1). No se entiende por qué se niega el Sr. Marino a que le hagan el "test de conveniencia" del producto, cuando es cliente habitual del mismo. Pero, en todo caso, carece de relevancia esa extraña negativa cuando según el testigo Don. Juan Manuel , desde 2004 atendía al Sr. Marino en sus requerimientos inversores. Por lo tanto, no puede afirmar el banco que careciera de elementos para conocer los datos suficientes como para eximirse de su responsabilidad asesora. Extrañeza que se ve acentuada por la realización de un tardío "test de idoneidad" (11 meses después de la puesta en marcha de la operación **financiera**); test que coincide con las primeras quejas del cliente al ver que las liquidaciones a su favor no se correspondían con la primera ni con el esquema general de la **permuta**. Se había puesto en marcha la "barrera de desactivación" del producto cuando los intereses sobrepasaban el 4,75%.

Consecuentemente, no hay prueba determinante de que la información ofrecida se adecuara a la letra y espíritu de la legislación antes mencionada.

En segundo lugar, no consta qué otros productos financieros y operaciones fuera a cubrir el Sr. Marino con los 50.000 euros de diferencia entre el "nominal" de la **permuta** y el principal del préstamo hipotecario. Y ese dato fácilmente podía haberlo ofrecido el banco demandado. Pues, en todo caso, la entidad **financiera** es la que debía de haber informado a su cliente sobre la conveniencia o no de ampliar el "nominal" o "nacional" de la **permuta**.

DECIMO.- Estas realidades son las que hay que confrontar con la doctrina del vicio en el

consentimiento que constituye una de las causas de pedir del demandante.

Como ha reiterado la jurisprudencia, el vicio en el consentimiento del *art. 1266 del Código Civil* exige que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa u objeto del contrato o de las condiciones que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. Es decir, error esencial. Pero, además, inexcusable. Este requisito ha de apreciarse en atención a las circunstancias del caso. De tal manera que no puede beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente a la otra parte, pero tampoco puede amparar a quien pudo evitarlo con una diligencia media, ordinaria o regular, según el ámbito jurídico y fáctico en que se desarrolló la negociación precontractual.

Pero, además, en el contexto del tráfico de productos financieros -como recuerda la S.T.S. 14-11-2005 - se exige un plus de información y de diligencia a la entidad **financiera** que los comercializa, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente, sea éste consumidor o no.

Pues bien, en este caso la solicitud de contratación de producto derivado contiene al dorso (doc 5 de la demanda, F.91 vto) una explicación del desarrollo de las liquidaciones de la **permuta**. De su exclusiva lectura y atendiendo a la interpretación habitual, normal de un ciudadano medio, el primer supuesto (Euribor 3M < 4,75%) se puede entender y coincidir con la esencia ya descrita de la mecánica de un "swap". Sin embargo, el segundo supuesto (Euribor >= 4,75%) ya no se entiende tan bien. El término "subvención" se relaciona con algo que se recibe por encima de lo estrictamente debido.

Leyendo el cuadro de amortización de la página 4 de la solicitud de contratación de producto derivado (folio 92) tampoco se llega a entender -por sí solo- bien como se realiza en la práctica la actuación de la "barrera desactivante".

Lo explica el perito y queda claro en las páginas 17 y 18 de su informe.

Si el interés variable -que es el que paga el banco- no supera el 4,75% la mecánica es la general. Es decir "Euribor a 3 meses- tipo fijo". Si la diferencia es positiva paga el banco, si es negativa paga el cliente.

Pero si el Euribor a 3 M es igual o superior a 4,75, el Banco paga ese Euribor, pero el cliente ya no paga el tipo fijo, sino el mismo Euribor bonificado en 0,15 (Euribor 3 M - 0,15). Con lo cual, por mucho que suban los intereses, a partir de 4,75% el banco sólo abonará el 0,15%. Por ejemplo, el Banco pagaría el 14% y el cliente el 14%-0,15%=13,85%.

Explicado por el perito queda claro. Pero desconocemos si así lo fue por el banco al cliente. Pues, de la estricta lectura de la solicitud de producto derivado no se desprende esa interpretación. No al menos para alguien no acostumbrado a este tipo de productos. Así lo entienden los órganos controladores del funcionamiento bancario y del mercado de valores (Banco de España y Comisión Nacional del Mercado de Valores: Resoluciones obrantes en autos).

UNDECIMO.- Ofertado el producto como cobertura de la subida de tipos de intereses -pues nadie habla de contratación especulativa-, podría admitirse que la insuficiente información dada por el banco (otra cosa no se ha probado) afectara sustancialmente al consentimiento otorgado por el cliente, lo que pudiera suponer un vicio invalidante del mismo.

DUODECIMO.- Sin embargo, a juicio de este tribunal aún ofrece una mayor claridad el desequilibrio que las condiciones pactadas constituyen para el consumidor. Calificativo que le es aplicable al demandante (*art. 3 R.D. leg 1/07*), puesto que, como ya expusimos, este tipo de mercado tan especializado no es estrictamente el propio del ámbito profesional de un corredor de seguros.

Los *arts. 80 y 82 del citado R.D. leg. 1/07* exigen claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula no negociadas individualmente, sin reenvíos y con posibilidad de comprensión directa. ¿Por eso quizás no estamos ante productos "idóneos" ni "convenientes" para un consumidor?.

Pero, además, exigen "justo equilibrio" de derechos y obligaciones, calificándose como "abusiva" la que origina un "desequilibrio importante" y determinan la falta de "reciprocidad".

Y en este punto la pericial es contundente. Primero, por sus propias conclusiones. Y, segundo, porque ni siquiera ha pretendido la entidad bancaria contradecirla con un estudio del mismo rango técnico.

En cuanto a las primeras, es preciso partir del hecho pacífico (y doctrinalmente admitido) de que los "swaps" persiguen conseguir una cierta estabilidad de los tipos de interés, evitando grandes sobresaltos

económicos derivados de los flujos variables del Euribor. Pero para ello tienen que cumplirse una serie de requisitos económicos de partida. Que los elementos a comparar (nacional y principal garantizado y tipos de intereses a confrontar) sean homogéneos. O al menos lo más posible.

En este caso el "nacional" del swap no se corresponde con el principal del préstamo hipotecario (900.000 euros frente a 850.000 euros), por lo que ya existe de partida una brecha (gap) de 50.000 euros de diferencia. Pero, además, el "nacional" sigue invariable aunque el préstamo se va amortizando. Por lo que esa brecha inicial llega hasta los 173.297,95 euros, a la fecha de finalización del swap, lo que hace que la **permuta** se convierta en un producto escasamente "conveniente" para el fin ofrecido. (pág. 10 informe pericial).

En segundo lugar, para que la cobertura sea eficaz, el tipo de referencia utilizado para calcular el pago variable debe de coincidir con el tipo de referencia del préstamo que pretende cubrirse. En este caso no lo es. El swap está referenciado al Euribor a 3 meses y el préstamo al Euribor a 1 año. Ello produce una diferencial entre ambos de entre un 0,5% y un 0,666%.

Tampoco coinciden las fechas de revisión de los tipos de interés. El swap tiene una liquidación trimestral y el préstamo anual, lo que introduce una distorsión adicional, que en este caso ha llegado casi al 1,5%, cuando lo deseable es que fuera próximo al 0%.

DECIMOTERCERO.- Pero son las condiciones del préstamo en relación con el tipo de swap contratado lo que aún incrementan más el desequilibrio. Por una parte, el préstamo tenía una cláusula suelo (o túnel) del 2,50% y una cláusula techo del 15%. Mientras que el swap no tenía ninguna "barrera desactivante" hacia abajo y sí la tenía hacia arriba. Por lo tanto, como razona el perito (pág. 17) y es fácilmente entendible, en esas situaciones, lejos de proporcionar una cobertura eficaz del riesgo, produce el efecto contrario al deseado, dado que añade un riesgo adicional a la operación, puesto que si el tipo de interés de referencia se sitúa por debajo del "suelo", se produce un encarecimiento de la operación, que es tanto mayor cuanto más descienda el tipo de referencia. Puesto que baje lo que baje el tipo de interés, el cliente habrá de pagar el 3,82% del swap más el 2,50% mínimo del préstamo. Es decir, un 6,32%.

DECIMOCUARTO.- Pero aun eliminada la cláusula suelo del préstamo por el banco, como consecuencia de las protestas del cliente al observar las liquidaciones a las que ya se aplicaba la "barrera desactivante", el pacto es desequilibrado.

El cliente paga siempre un 3,82%. Cuando los intereses bajan, la resta es negativa (Euribor 3M - 3,82%), por lo que cuanto más bajen la contrapartida a favor del banco será superior. Es decir, el riesgo para el cliente, estará entre "casi 0" y 3,82.

Sin embargo, el riesgo para el banco es mucho más limitado. Entre el 3,82 y el 4,74%. Así el riesgo para el primero estará cercano al 3,82% (pues hay que entender que nunca los intereses serán cero), mientras que para el banco estarán en un máximo de 0,92% (4,74-3,82). Lo cual supone un desequilibrio notable.

Más aún, si se pone en marcha la "barrera desactivante" (intereses iguales o superiores al 4,75%) el banco sólo pagará el 0,15%. Porque entonces se cambian los factores a enfrentar. El cliente paga el Euribor - 0,15% y el banco el Euribor. Es decir, por mucho que suban los intereses el banco sólo abona el 0,15%.

Este tipo de "swap" denominados de barrera o "cap", también "bonificados" intentan reequilibrar el límite de responsabilidad o cobertura del banco con una bonificación del tipo que ha de pagar el cliente. Pero, como reconoce la doctrina (estudios recientes: La *ley 3 de marzo de 2011, "Aproximación práctica a la figura del interest rate swap"*), si esa "bonificación" no es proporcionada, puede darse la paradoja de que en un cómputo global perjudique al cliente la subida de intereses más que la bajada.

Y esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa como concluye claramente el perito en la página 22 de su informe.

Todo ello sin entrar a valorar las razonables expectativas bajistas el 11 de marzo de 2008, como razona el perito en la página 19 de su informe.

DECIMOQUINTO.- Todo lo cual nos sitúa ante dos soluciones jurídicas. La confirmación de la nulidad del contrato recogida en la sentencia apelada o la integración del mismo, previa declaración de nulidad de la "cláusula desactivante". Entiende esta Sala que hubo déficit informativo por parte de la entidad bancaria.

Pero, sobre todo, hubo un desequilibrio notable entre las respectivas obligaciones.

Así, aunque pudiera aceptarse la diferencia inicial entre notional del swap y principal del préstamo hipotecario, la creciente diferencia a lo largo de los 3 años de vida de la **permuta**, no ha recibido explicación alguna por parte de la entidad oferente del producto de cobertura. Ni cómo se reequilibra esa importante diferencia en un producto de cobertura. O cuál haya sido la contrapartida ofertada al cliente por tal desequilibrio. En lo que influye también el hecho de que el préstamo dura hasta 2023 y el swap sólo hasta el 31-3-2011:

Pero, sobre todo, porque la "barrera desactivante" es notoriamente abusiva de por sí, como ya se explicó.

Obviamente inaceptable si se le suma la cláusula túnel o suelo del préstamo cuyos avatares pretende cubrir.

DECIMOSEXTO.- La consecuencia de ese desequilibrio hay que ponerla en relación con la institución de la "integración del contrato" cuando se haya anulado alguna cláusula del mismo. El principio del "favor contractii" o de "conservación de los contratos" impulsa a consecuencias menos drásticas que la de la ineficiencia total del negocio jurídico.

Ya el ilustre jurista D. Federico de Castro se inclinaba por esta posibilidad, denominada entonces de la "reducibilidad" del negocio; es decir, adaptar las prestaciones pactadas a las exigencias legales. Para ello se considera necesario que la validez parcial del negocio se corresponda con el concreto propósito negocial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del contrato y las exigencias de la buena fe. Acudiendo a criterios de justo equilibrio de las prestaciones, en el ejercicio de lo que ha venido en llamarse "desarrollo judicial del Derecho".

DECIMOSÉPTIMO .- Más modernamente la legislación ha recogido ese sentir doctrinal en la normativa de las condiciones generales de la contratación y en la de protección de los derechos de los consumidores (*arts 9 y 10 L.C.G.C. y 83 R.D. leg. 1/07*).

Esta posibilidad de "integración" del contrato de **permuta financiera** ha sido ofrecida por la entidad demandada en la segunda instancia. Bien es cierto que la facultad integradora del contrato le pertenece de oficio al Juez (entre otras, S.A.P. Zaragoza, secc 5ª, de 15 -febrero- 2010). Pero esa "integración" exige que el resultado del contrato modalizado judicialmente recupere el equilibrio obligacional exigido por el concepto de *causa contractual* (*Art 1274 C.c .*). De lo contrario, si este reequilibrio no fuere posible, la solución ha de ser la declaración de la ineficacia del contrato (*art 83-2, infine R.D. leg. 1/07*).

DECIMOCTAVO.- Y en este caso concreto, de lo que no cabe duda es de la nulidad de la cláusula "cap" o de "barrera desactivante". Pero, además, la diferencia del "notional" del "swap" en relación al principal del préstamo hipotecario introduce otro elemento de desequilibrio por las razones ya expuestas.

Reconducir ambas, moderando los derechos y obligaciones de las partes y aplicando los principios del *art 1258 C.civil* , al que se remiten los *arts 10 L.C.G.C. y 83 R.D. leg. 1/07* , supone la realización de razonamientos técnico-contables y financieros de alta dificultad técnica, como expresó el perito. Más aún cuando la entidad demandada no ha facilitado datos en ese sentido. Pudiendo y debiendo haberlo hecho a la vista de un informe pericial detallado y concreto, que obvió basándose sustancialmente en un principio de autonomía de la voluntad (*art 1255 C.c .*) automático y alejado de las matizaciones impuestas por la realidad descrita (en este sentido, S.T.S. 8 -abril- 2011)

DECIMONOVENO.- Desconoce esta Sala qué elementos tuvo en cuenta el banco demandado para determinar el interés de comparación (3,82%). Si realizó o calculó alguna bonificación, exigida por la opción "cap" (informe pericial, pags. 20 a 23). Tampoco ha habido debate sobre si eliminada la cláusula "desactivante" habría que modificar la forma de cálculo, aplicando la estipulada para los supuestos de bajada de interés a los de subida. Es decir, "Euribor 3M -tipo fijo"; si la diferencia fuera positiva paga el banco y si fuere negativa el cliente. Y en tal caso si hay o no límites en esa subida. En qué medida el desequilibrio entre "notional" y principal del préstamo puede ser reequilibrada modificando el tipo de interés fijo de comparación, o los plazos de duración contractual, en su caso

VIGESIMO.- A todo ello añadir el necesario reintegro de lo -en su caso- debido por el banco en tanto no se dejó sin efecto la cláusula suelo del préstamo.

Ineficacia, por cierto, basada en la libérrima voluntad del banco, pero que, en todo caso obliga a

reintegrar y modalizar dos contratos. Lo que abunda aún más en la extraordinaria vinculación entre ambos.

Y, al menos en este caso concreto, la entidad bancaria no ha ofrecido las pertinentes explicaciones sobre las disarmonías entre ambos. Ya que, aunque se tratan de contratos autónomos, no pueden apoyarse en la autonomía determinados efectos y en la vinculación contractual los contrarios, cuando sean consecuencias claramente interrelacionadas.

Por lo que no se dan los requisitos mínimos para integrar el contrato, que por lo expuesto procede anular.

VIGESIMO-PRIMERO.- Argumentos los precedentes que supondrían una moderación del contrato de **permuta** en relación con el de préstamo hipotecario, (*ex art 83-2 R.D. Ig. 1/07*), que excede de la equidad "integradora" del tribunal en este caso concreto, lo que aboca a la desestimación del recurso. Con la pertinente condena en costas de la parte apelante (*art 398LEC*)

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

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación del Banco de Sabadell, S.A., debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante.

Dése al depósito el destino legal.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que se prepararán en plazo de Cinco días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el escrito de preparación acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

.-

En Zaragoza y misma fecha.- para indicar a las partes que contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que se prepararán en plazo de Cinco días ante este Tribunal, debiendo el recurrente al presentar el escrito de preparación acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de Banesto, en la calle Torrenueva, 3 de esta ciudad, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución **no** serán admitidos a trámite. Doy fe.-

Remítanse los autos al juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.