

Id Cendoj: 10037370012010100277
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 297/2010
Nº de Resolución: 261/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA TERESA VAZQUEZ PIZARRO
Tipo de Resolución: Sentencia
[Resumen:](#)
MATERIAS NO ESPECIFICADAS
AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1
CACERES

SENTENCIA: 00261/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE
CACERES

Sección 001

Domicilio : AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

Telf : 927620308/927620309

Fax : 927620315

Modelo : SEN000

N.I.G.: 10037 41 1 2009 0004828

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000297 /2010 A

Juzgado procedencia : JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de CACERES

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000821 /2009

P. APELANTE : BANKINTER S.A.

Procurador/a : ANTONIO CRESPO CANDELA

Letrado/a : BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ

P. APELADA : ---, S.L.

Procurador/a : MARIA DOLORES FERNANDEZ SANZ

Letrado/a : JOSE VIÑUELAS ZAHINOS

S E N T E N C I A NÚM.- 261/10

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO =

Rollo de Apelación núm.- 297/10 =

Autos núm.- 821/09 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a dieciocho de junio de dos mil diez.
Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Juicio Ordinario núm.- 821/09, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Cáceres, siendo parte apelante, la demandada BANKINTER, S.A., representada tanto en la instancia como en la presente alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Crespo Candela y defendida por el letrado Sr. Fernández De Trocóniz, y como parte apelada, la demandante ---, S.L., representada tanto en la instancia como en la presente alzada, por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Sanz y defendida por el Letrado Sr. Viñuelas Zahinos.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 5 de Cáceres, en los Autos núm.- 821/09 con fecha 22 de marzo de 2010, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"FALLO : QUE ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por la Procuradora Doña María Dolores Fernández Sanz en nombre y representación de ---, S.L. frente a Bankinter, S.A., representada por el Procurador Don Antonio Crespo Candela, y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Bankinter, S.A., a abonar a ---, S.L. , la cantidad de veintidós mil novecientos veintiséis con cuarenta céntimos de euro (22.926,40 euros) más los intereses legales desde la interpelación judicial y los intereses del *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* desde esta sentencia.

Las costas procesales devengadas serán satisfechas por la parte demanda." (Sic)

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por la parte demandada, se solicitó la preparación del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

TERCERO.- Admitido que fue la preparación del recurso por el Juzgado, se emplazó a la parte recurrente, conforme a lo dispuesto en los *arts. 457.3 de la L.E.C* . por veinte días para la interposición del recurso de apelación, conforme a las normas del *art. 458 y ss. de la citada ley procesal*.

CUARTO.- Formalizado en tiempo y forma el recurso de apelación por la representación de la parte demandada, se tuvo por interpuesto y de conformidad con lo establecido en el *art. 461 de la L.E.C* ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

QUINTO.- Presentado escrito de oposición al recurso de apelación, por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial previo emplazamiento de las partes por término de 30 días de conformidad con lo establecido en el *art. 463.1 de la L.E.C., reformado por Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal* .

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial, se procedió a incoar el correspondiente Rollo de Sala, turnándose de ponencia; habiéndose evacuado el trámite de emplazamiento conferido a las partes, no habiéndose propuesto prueba, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día 17 de junio de 2010, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el *art. 465 de la L.E.C*.

SÉPTIMO - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARÍA TERESA VÁZQUEZ PIZARRO.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial de este procedimiento se pretendía que se declarara la improcedencia del cargo efectuado por BANKINTER, S.A. por el concepto de precio de cancelación CLIP y en consecuencia que se condenara a dicha entidad a reintegrar a la demandante ---, S.L., la cantidad de 22.926,40 euros más los intereses legales. La sentencia de instancia considera que el objeto del procedimiento radica en la interpretación del alcance y naturaleza de una de las cláusulas del contrato suscrito por las partes, la relativa a las "ventanas de cancelación", y estima la demanda al concluir que dicha cláusula es de tal oscuridad y falta de precisión que de la misma no pueden deducirse cuáles han de ser los criterios para la determinación del precio de cancelación, considerando que la oscuridad de la cláusula debe perjudicar a la parte que la ha ocasionado y además, que de la interpretación conjunta con el resto de las cláusulas del contrato se deduce que la cancelación no puede implicar una liquidación anticipada.

Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por la entidad demandada, alegando que la interpretación que se hace de la cláusula es contraria al tenor literal de lo acordado por las partes, es contraria a la propia interpretación de la demandante, es contraria a la postura manifestada por el Banco de España y supone un desequilibrio de las prestaciones del contrato. Así, el desistimiento unilateral del contrato implicaba la obligación del pago de "un precio de cancelación en condiciones de mercado", consistente en los gastos que a Bankinter se le ocasionarían por "deshacer a precios de mercado" la cobertura. Por ello, la solución de la sentencia de que el actor no debe abonar un solo euro por deshacer la operación es contraria a derecho.

Sostiene además, que la demandante había aceptado el precio de cancelación ofrecido y reconoce en este procedimiento que debía pagar un precio como consecuencia de la cancelación, y en cambio, la sentencia no ha tenido en cuenta la naturaleza del contrato ni el

coste que la resolución ha supuesto para BANKINTER, por ello, la interpretación realizada es contraria al espíritu y literalidad de la cláusula.

Se alega que la validez y el cumplimiento del contrato se ha dejado al arbitrio de una de las partes, la demandante. Así, la Interpretación realizada rompe el principio de onerosidad de las prestaciones de las partes que suscriben el contrato. El motivo por el que el mismo se suscribió era neutralizar el riesgo de subidas del EURIBOR. Si se permitiese la resolución sin coste cuando le puede perjudicar, el contrato sería gratuito, es decir, una de las partes con el mismo sólo se enriquece. El efecto del contrato es que el cliente traslada al banco el riesgo económico que suponen las subidas del Euribor. Esta compra de protección supone intercambiar con alguien el riesgo de que el Euribor baje, sin ese intercambio este contrato sería una mera donación en la que una de las partes recibiría una liberalidad de Bankinter (la protección frente a subidas) a cambio de nada, porque la facultad de resolver sin coste le permitiría obtener la cobertura de las subidas sin asumir riesgo alguno en caso de bajada del Euribor. La contratación de estos productos no conlleva ningún lucro o ganancia para Bankinter como consecuencia de las liquidaciones, ya que Bankinter gestiona a su vez los riesgos que comporta tener que cubrir las posiciones de sus clientes, suscribiendo un contrato con un proveedor mayorista de coberturas (una gran institución financiera internacional, en este caso JP Morgan Chase Bank). El riesgo de Bankinter como consecuencia de este contrato de permuta financiera se traslada a un tercero.

SEGUNDO.- El objeto de este procedimiento radica en la interpretación que deba hacerse de la cláusula de cancelación anticipada prevista en el contrato de permuta financiera suscrito por las partes. Para ello, lo primero que debe determinarse es el tipo de contrato suscrito por las partes y su naturaleza jurídica.

Con fecha 17 de diciembre de 2007, la demandante ---, S.L. y la demandada BANKINTER, S.A. suscribieron un contrato de gestión de riesgos financieros, cuya finalidad era cubrir los riesgos que para la actora suponía la evolución de los tipos de interés, en la medida en que una subida de los mismos incrementaría el coste de los diversos préstamos, créditos y en general, operaciones de financiación utilizadas en su actividad habitual. El contrato celebrado se denominó CLIP Bankinter 07 16.3, con un nominal contratado de 500.000 euros, y su objeto era el intercambio de tipos de interés durante un periodo de tiempo determinado.

La demandante reconoce que conocía el tipo de contrato celebrado y los riesgos asociados al mismo, por lo que no existe duda alguna sobre la naturaleza jurídica del mismo. Se trata de un swap de intereses, que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada como aquella operación -contrato-, por la que las partes acuerdan intercambiarse ente sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como "un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable".

En la doctrina científica española se ha acuñado el término de permuta financiera, término que ha adquirido carta de naturaleza en el derecho positivo a través de diversos textos legales, como el artículo. 20.1, 18º, d) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que declara exentas de dicho impuesto las operaciones de permuta financiera, o la Circular 1/1991, del Banco de España que desarrolla diversas medidas sobre liberalización del control de cambios dentro de la pauta marcada por el R.D. 1.816/1991, de 20 de diciembre. Por otro lado, el *Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, en su artículo 19* regula los instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés de los préstamos hipotecario. Igualmente, estos contratos de cobertura de riesgos de incremento de tipos de interés se regulan en la *Ley 36/2003 de 11 de noviembre*, sobre medidas de reforma económica.

Se trata de un contrato atípico, pero lícito al amparo del artículo 1.255 Código Civil y 50 del Código de Comercio, caracterizado por la doctrina como consensual, bilateral, es decir generador de recíprocas obligaciones, sinalagmático (con interdependencia de prestaciones actuando cada una como causa de la otra), de duración continuada y en el que se intercambian obligaciones recíprocas. Como señala la doctrina, en su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante

denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor. Debe destacarse, por tanto, que en este tipo de contratos sobre cobertura de riesgos de tipos de interés, no hay en puridad intereses, porque no existe principal adelantado por el acreedor de cuya disponibilidad se le esté privando. El nominal del crédito es una mera referencia nocional, una ficción necesaria para un negocio de corte claramente aleatorio, en cuanto sirve de base para cuantificar y comparar las evoluciones de los tipos de interés enfrentados mediante su celebración, y fijar así la pertinente liquidación por diferencias de la que eventualmente deriva el crédito contra el deudor.

Debe señalarse, que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del artículo 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. La finalidad que se pretende con estos contratos es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, lógicamente a la alza, de los tipos de interés variables. Pero sobre la base de esta finalidad lo cierto es que estamos ante un contrato de carácter aleatorio con tintes especulativos, en el que se juega con el diferencial de los intereses que se intercambian

TERCERO.- Hechas las anteriores precisiones, procede entrar a conocer el primer motivo de apelación en el que se alega que la sentencia es contraria a la doctrina y jurisprudencia en relación a la facultad de desistimiento unilateral en los contratos de duración determinada, pues no cabe la cancelación del producto sin tener que abonar un euro. Sostiene el apelante que la facultad de desistimiento unilateral no puede ser ejercida en perjuicio de una de las partes, y que la sentencia deja en manos del actor el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de modo que si la evolución de los tipos es favorable para el actor, recibe sus liquidaciones positivas, mientras que si el Euribor baja, puede desistir del contrato de forma unilateral y según la sentencia, sin coste alguno. Además, la cancelación del producto conlleva que Bankinter deba deshacer la cobertura con el banco que cubre sus posiciones, ello conlleva que Bankinter y JP Morgan liquiden a precios de mercado su relación, esto es, que según el mercado de tipos de interés determinen cuánto valen los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. Y en el caso de que la operación conlleve gastos, los mismos habrán de ser repercutidos a quien ejerce la facultad de desistimiento unilateral. La cantidad que el cliente deba abonar a Bankinter será la misma que esta entidad deba pagar a JP Morgan. Por último, la actora reconoce que la cancelación tiene un coste, conocía el precio de cancelación con anterioridad a solicitar la misma, y conociéndolo, decidió cancelar el producto, sin mostrar su disconformidad con el precio de cancelación.

La posibilidad de cancelación anticipada se establecía en la *cláusula 6ª* de las condiciones generales: "una vez firmadas las condiciones particulares y transcurrido el periodo de comercialización, de tal modo que el producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente".

Las condiciones particulares del contrato relativas a las ventanas de cancelación establecen "El cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al cliente una ventana de cancelación los días 15 de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de vigencia del producto comenzando el 15 de abril de 2008 y finalizando el 15 de octubre de 2010. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá

repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de (Sección 21) de 11 de julio de 2006, "Dispone el *artículo 1256 del Código Civil* que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Es decir que la subsistencia y la ejecución de los derechos y las obligaciones nacidas de un contrato no pueden nunca quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. De tal manera que, ante un negocio jurídico perfeccionado pero no agotado, al quedar pendiente de ejecución alguno de sus efectos jurídicos, la declaración unilateral de voluntad de una sola de las partes contratantes, por la que pone en conocimiento de la otra parte contratante que desiste de la relación jurídica nacida del contrato, no produce la extinción o resolución de esa relación jurídica, que continuará subsistente. Y si, como es lógico y normal, la parte contratante que ha hecho esa declaración unilateral de voluntad de desistimiento la hace efectiva y se aparta de la relación jurídica nacida con contrato, nos encontraríamos ante un incumplimiento obligacional que facultaría a la otra parte contratante para el ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato o la resolutoria de la relación jurídica nacida del mismo, así como, en ambos casos, la indemnizatoria de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado con el desistimiento unilateral de la otra parte contratante (*artículos 1102 y 1124 del Código Civil*). Y esta indemnización de daños y perjuicios comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener (*artículo 1106 del Código Civil*)".

Continúa diciendo que "la reseñada doctrina general encuentra tres excepciones, en las que el desistimiento unilateral de una de las partes contratantes si produce la extinción o resolución de la relación jurídica nacida del contrato. Las tres excepciones son las siguientes: 1ª. Cuando en el negocio jurídico constitutivo de la obligación se reconoce expresamente a ambas partes contratantes o a una sola de ellas la facultad de desistimiento unilateral. En este caso el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral por la parte contratante que la tenga reconocida produce la automática extinción (con efectos «ex nunc» sin determinar una eficacia retroactiva) de la relación jurídica nacida del contrato, debiendo estarse en cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas de este desistimiento unilateral (así una posible indemnización) a lo pactado por las partes contratantes. 2ª. Cuando la propia Ley expresamente atribuye «ex lege» a ambas partes contratantes o a una sola de ellas la facultad de desistimiento unilateral. 3ª. Cuando se trata de relaciones obligatorias duraderas que carecen de un plazo contractual de duración y que se encuentran fundadas en la recíproca confianza que las partes se merecen. En este caso el principio de que la subsistencia y la ejecución de una obligación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes choca frontalmente con la exigencia de que una vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni muchos menos perpetua, y la imposibilidad de mantener vigente una relación jurídica fundada en la recíproca confianza cuando ésta ha desaparecido. Por lo que en este caso el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes contratantes produce la automática extinción (con efectos «ex nunc» sin determinar la eficacia retroactiva) de la relación jurídica nacida del contrato, siendo, en ausencia de acuerdo entre las partes, los Tribunales de Justicia los que decidirán si procede una indemnización y su cuantía. Para la adecuada delimitación del desistimiento unilateral de una de las partes contratantes es necesario diferenciarlo de otras dos figuras jurídicas, cuales son el mutuo disenso y la resolución de la relación obligatoria por incumplimiento contractual de la otra parte contratante: 1º. El llamado mutuo disenso o desistimiento mutuo es un acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto una relación obligatoria preexistente. 2º. Dispone el *párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil* que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe»".

En el caso de autos, se preveía expresamente en el contrato la posibilidad de que el cliente, demandante en este procedimiento, se desistiera unilateralmente del mismo. Por ello, nos encontramos ante una resolución de la relación contractual que deriva del ejercicio de una facultad de desistimiento unilateral pactada y reconocida expresamente en el propio negocio jurídico. Nos encontramos ante el ejercicio legítimo, por una de las partes contratantes, de su derecho reconocido en el contrato: el derecho a que su desistimiento unilateral en las fechas establecidas en el contrato, conlleve la extinción de la relación jurídica. Debe concluirse que

en ejercicio de la libertad contractual, las partes pueden establecer cláusulas que permitan a una de ellas desistirse unilateralmente del contrato, sin que ello altere el equilibrio entre las partes y entre las prestaciones que de él se deriven, pues así lo han querido ellas libremente, y el ejercicio de dicha facultad no implica dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de ellas pues así lo establecieron ambas de mutuo acuerdo al suscribir y perfeccionar el contrato. Por ello, no pueden admitirse los argumentos de la recurrente en relación a este punto.

CUARTO.- Declarada por tanto la posibilidad que el cliente tenía de cancelar unilateralmente el contrato que le vinculaba con la entidad demandada, la cuestión litigiosa radica en determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de dicho desistimiento, y estas no pueden ser otras que las establecidas en el propio contrato. Así, en las condiciones particulares se establecía que "Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

En este caso, la demandante comunicó su voluntad de cancelar el producto según se refleja en el documento número 9 de de la demanda, y la demandada cargó en su cuenta la cantidad de 22.926,40 euros, sin que previamente le hubiera comunicado cuál era el coste de la cancelación del producto. No consta acreditado que Bankinter comunicara previamente el cálculo efectuado, por dicha razón, habrá que tener en cuenta las afirmaciones de la demandante quien conoció los conceptos se habían incluido en la liquidación, después de que efectuado el cargo, solicitara a Bankinter una explicación de los conceptos que lo integraban, enviando la entidad bancaria el documento de la liquidación, aportado como número 12 de la demanda. Por ello, con anterioridad a que se cobrara el coste de cancelación y se hiciera el cargo que hoy se impugna, la demandante no pudo hacer alegación alguna al banco. Es en este procedimiento en el que la parte impugna la liquidación efectuada por el banco, al considerar que no se ha calculado debidamente el precio de cancelación ya que el coste de cancelación, debe ser inferior a las liquidaciones que se hayan efectuado durante la vigencia del contrato.

La apelante sostiene que la cancelación debe suponer la liquidación anticipada, ya que la *cláusula 7* del contrato establecía que la terminación del contrato por cualquier motivo (incluida la cancelación) conllevaría la liquidación anticipada, esto es, la determinación de las cantidades a pagar, que serían calculadas tomando en consideración la evolución prevista de los tipos de interés, y que, además, deshacer la cobertura del contrato supone la liquidación anticipada a JP Morgan de los pagos debidos bajo el contrato que Bankinter había suscrito con dicha entidad. Como resulta del documento aportado -número 12 de la demanda-, la cancelación anticipada supone deshacer a precios de mercado la cobertura del producto. El precio de mercado es resultado de la oferta y la demanda acorde con la situación de mercado en el momento de la cancelación. Por ello, teniendo en cuenta la situación del mercado en el momento de la cancelación, entiende la entidad que para el contrato suscrito por las partes, el precio de mercado sería similar al valor de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado que se pueden producir hasta el vencimiento del clip. El valor de esas futuras liquidaciones se calcula tomando una hipotética evolución del Euribor a 3 m, y en función de ello, resulta un precio de liquidación de 22.926,36 euros.

Considera la apelada que el precio cobrado no se ajusta a lo previsto en la estipulación ventana de cancelación de las condiciones particulares del contrato, puesto que no se corresponde a un coste efectivo soportado por Bankinter y repercutido a su vez por éste, sino que se trata de una liquidación por el importe que la entidad calculaba que se hubiera obtenido de mantenerse el contrato vigente hasta la fecha de vencimiento, lo que supone no el cobro de un coste, sino la percepción anticipada de la totalidad del beneficio, de manera que la ventana, en vez de permitir salir del producto a un coste razonable, permitía a la entidad cobrar por anticipado sus beneficios. Del documento que justifica la liquidación se deduce que el banco no ha tenido en cuenta ningún gasto que haya tenido que soportar como consecuencia de la resolución de algún contrato de cobertura.

QUINTO.- Teniendo en cuenta la cláusula objeto de controversia, debe concluirse que en el contrato se pactó que la cancelación anticipada tendría un coste para el cliente, coste que no

podía determinarse en el momento de suscribirse el contrato dadas las características del mismo, por dicha razón se estipuló que "Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas". No se establecieron los criterios para determinar dicho coste, tan sólo se señaló que "tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".

Es cierto que la cláusula objeto de este litigio es confusa y oscura, presentando dificultades su interpretación. A este respecto debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha establecido que la regla de interpretación «contra proferentem», acogida en el *artículo 1288 CC*, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (sentencia de 13 de diciembre de 1986), así como que aquella regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circunstancias especiales de cada contrato y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, de esta manera resulta relegado el precepto (STS de 17 de octubre de 1998).

Teniendo en cuenta las dificultades de interpretación que presenta la cláusula pactada en las condiciones particulares, la naturaleza jurídica del contrato y la finalidad perseguida por las partes con su perfección, sí puede deducirse que la cancelación anticipada solicitada por el cliente de conformidad con lo pactado tendría un coste para él y que dicho coste se valoraría a precios de mercado y teniendo en cuenta los gastos que dicha cancelación supondrían para la entidad bancaria. Parece deducirse de lo pactado, que el banco debería comunicar al cliente el coste de cancelación con anterioridad a la fecha pactada para que éste pudiera valorar las consecuencias de ejercitar o no dicho derecho.

En el documento que refleja la liquidación practicada por Bankinter en el presente caso, se señala que "teniendo en cuenta la situación del mercado en el momento de la cancelación, se puede entender que para este Clip el precio del mercado sería similar al valor de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado que se pueden producir hasta el vencimiento del Clip". Es decir, el banco realiza una liquidación anticipada de los trimestres pendientes hasta la fecha de finalización del contrato pactada por las partes, teniendo en cuenta la posible variación que sufran los tipos de interés. Dicha liquidación debe declararse improcedente como solicita la parte actora, pues del tenor de la cláusula litigiosa se desprende que el precio de cancelación es diferente a la liquidación anticipada del producto, que, además se ha practicado en este caso haciendo unos cálculos hipotéticos y no justificados, teniendo en cuenta una variación de tipos de interés que no se ha producido pues se adelanta la liquidación a los vencimientos trimestrales pactados.

Esto es, sin tener en cuenta ninguno de los criterios establecidos en la cláusula del contrato. Pero además, no se ha justificado en el caso de autos que se hayan producido gastos como consecuencia de la cancelación anticipada para la entidad bancaria, gastos que en todo caso, el banco podría repercutir o no, pues se contempla dicha posibilidad como facultativa para el banco y no necesaria, pero como se ha dicho, ninguna referencia se hacía a los mismos en el documento de liquidación a que se refiere este procedimiento, por lo que no fueron tenidos en cuenta a la hora de calcularla, limitándose la entidad bancaria a hacer una liquidación anticipada de los vencimientos futuros en base a criterios estimativos, como se ha dicho, adoptados unilateralmente y no justificados. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación.

SEXTO.- Desestimándose el recurso de apelación, las costas derivadas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad

BANKINTER, S.A., contra la sentencia número 48/2010, de fecha veintidós de marzo, dictada por el

Juzgado de Primera Instancia número 5 de Cáceres, en autos número 821/09 de los que este rollo dimana, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución de depósito establecido en la *Disposición Adicional Decimoquinta añadida de la Ley Orgánica 1/2009*, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha,, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA.- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.