



Roj: SAP GC 1302/2012
Id Cendoj: 35016370052012100133
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 5
Nº de Recurso: 198/2011
Nº de Resolución: 208/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: VICTOR MANUEL MARTIN CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Ilmos. Sres.-

PRESIDENTE: Don Víctor Caba Villarejo

MAGISTRADOS: Dona Mónica García de Yzaguirre

Don Víctor Manuel Martín Calvo

En la Ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a siete de mayo de dos mil doce;

VISTAS por la Sección 5a de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 8 de Las Palmas de G.C. en los autos referenciados (Juicio Ordinario no 1106/2009) seguidos a instancia de la entidad mercantil INCA ISLAS CANARIAS, S.A., parte apelada, representada en esta alzada por la Procuradora dona Paloma Guijarro Rubio y asistida por el Letrado don Ignacio Sanz Almodóvar, contra la entidad mercantil BANKINTER, S.A., parte apelante, representada en esta alzada por el Procurador don Antonio Vega González y asistida por el Letrado don Luis Gómez Iglesias, siendo ponente el Sr. Magistrado Don Víctor Manuel Martín Calvo, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No. 8 de Las Palmas de G.C., se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D./Dna. Paloma Guijarro Rubio, en nombre y representación de INCA ISLAS CANARIAS, S.A., contra BANKINTER, S.A. representado por el Procurador D./Dna. Antonio Vega González, debo:

1.- Declarar la nulidad de los Contratos de 'Gestión de Riesgos Financieros' denominados 'Clips Bankinter 10.5' y 'Clips Bankinter Extra 08 2' otorgados el 21 de septiembre de 2005 y 19 de junio de 2008, respectivamente, con la consiguiente anulación de los cargos y abonos anotados en la cuenta corriente en relación a dichos clips.

2.- Condenar a la demandada a estar y pasar por dicha declaración así como a reintegrar a la actora la cantidad de 104,52 euros correspondiente a la diferencia de las liquidaciones de cargos y abonos practicados hasta el 24 de junio de 2009, más la cantidad de 13.502,96 euros correspondientes a las liquidaciones negativas practicadas tras el 24 de junio de 2009 que fueron abonadas mediante cheque consignado en el requerimiento notarial así como mediante cargo en cuenta bancaria.

3.- Condenar a la demandada a que abone las cantidades correspondientes a la diferencia de las liquidaciones de cargos y abonos que se hayan efectuado con posterioridad.

4.- Condenar en costas a la parte demandada»

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 26 de abril de 2010, se recurrió en apelación por la parte demandada, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se senaló para discusión, votación y fallo el día 5 de mayo de 2012.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de apelación la sentencia que, tras rechazar la nulidad basada en la falta de representación de la persona (apoderado) que contrató con la demanda por insuficiencia de poder, acuerda la nulidad de sendos contratos denominados de 'Gestión de Riesgos Financieros' 'Clip Bankinter 10.5' (documentos nos 4 y 5 de la demanda) y 'Clip Bankinter Extra 08-2' (documentos nos 6 y 7 de la demanda) dada la indeterminación del precio de cancelación derivado de la cláusula de vencimiento anticipado (fundamento cuarto) e inadecuada información proporcionada sobre las condiciones de cancelación (fundamento quinto) lo que provoca, según dicha resolución, no sólo la existencia de un error invalidante, sino también la infracción de la norma general prevista en el art. 1.256 CC que prohíbe que el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y fundamentalmente atendiendo a los arts. 80 , 83 y 87.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .

SEGUNDO.- La entidad demandada sosteniendo que el precio de cancelación es determinable atendiendo al mercado de tipos de interés y que no es de aplicación la legislación protectora de los consumidores y usuarios mantiene como motivos de su recurso que no existe error en el consentimiento y que, en otro caso, ni afectaría a una cláusula esencial de los contratos ni sería vencible.

TERCERO.- El primero de los contratos litigiosos (Clip Bankinter 10.5) que conforma un contrato **swaps** o de permuta financiera de tipos de interés (IRS) y concertado en fecha 21 de septiembre de 2005 (con vigencia de 5 años desde octubre de 2006), por lo que aquí intereses fue ofertado (vid. documento no 4 de la demanda; folios 103-104 de las actuaciones) con el compromiso de que «El Cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto. A tal efecto Bankinter ofrecerá a los Clientes una 'ventana de cancelación' el día 15 de los meses de Abril, Julio, Octubre y Enero de cada año comenzando el 15 de abril de 2007 y finalizando el 15 de julio de 2011. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas». Dicho compromiso se plasmó en idénticos términos en las condiciones particulares (documento no 5 de la demanda; apartado 'ventanas de cancelación'). Además, en las condiciones generales, en la cláusula 6, se estableció que '... 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. No obstante, si el Cliente solicitara la cancelación anticipada del Producto en una fecha no incluida entre las 'ventanas de cancelación', el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al BANCO y que éste podrá repercutirle. (...)».

Por su parte en el contrato (IRS) concertado el 19 de junio de 2008 (Clip Bankinter Extra 08-2) se estableció que «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 octubre de 2008 y finalizando el 15 de julio de 2011. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de 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 el precio de mercado como consecuencia de la cancelación anticipada del producto».

CUARTO.- Se sostiene en el recurso que 'la simple lectura de la documentación contractual y de la información facilitada al cliente muestra la claridad de las condiciones de cancelación: se determinan de acuerdo con las condiciones de mercado y el valor nominal' y que 'además, tal cantidad equivale a los gastos que supone para Bankinter deshacer su posición de cobertura'.

Esta Sala, considera, contrariamente, que las transcritas cláusulas de vencimiento anticipado resultan manifiestamente oscuras en orden a la determinación del 'precio de liquidación' al fijar tan sólo dos parámetros: el importe nocional (conocido por resultar de los propios contratos) y 'la situación o condiciones de mercado', concepto absolutamente genérico e indeterminado que imposibilita cualquier cálculo previo salvo, lógicamente, el que derive de la propia voluntad de la entidad demandada, lo cual no resulta aceptable al no poder quedar

el cumplimiento de las obligaciones contractuales al arbitrio de una sola de las partes contratantes. Por ello consideramos que tal 'precio de cancelación' ni es determinado ni resulta determinable.

En relación a dicho concepto indeterminado la AP Barcelona, sec. 15a, en Sentencia de 22 de marzo de 2012 (no 116/2012, rec. 253/2011) analizando una cláusula prácticamente idéntica razonó que: «Bankinter sostiene que la estipulación cuestionada es muy clara y no le falta algo de razón, pues en su redacción es clara. Otra cosa es que lo sea en su contenido, lo que exigiría, tratándose de una condición sobre resolución del contrato en la que aparentemente se reconoce el derecho de desistimiento unilateral de una de las partes (el adherente), que de su redacción se derivaran las condiciones efectivas en las que esa desvinculación se puede producir. Lo que sugiere su lectura no es precisamente que exista claridad en ese punto sino todo lo contrario, que el precio será el que estime conveniente una de las partes. La referencia a la 'situación del mercado' no consigue enmascarar esa realidad pues no se especifica a qué concretas situaciones de mercado se refiere la cláusula ni qué variables se podrán tomar en consideración. Todo queda en una completa indeterminación que únicamente una de las partes está en condiciones de llenar».

Debe además reseñarse que la aquí apelante aportó junto con su escrito de contestación a la demanda sendos documentos (nos 12 y 13; folios 291 y 292 de las actuaciones) en los que mostraba en concretas fechas y para simulación un precio orientativo de cancelación. En ellos se expresaba que 'el referido valor de mercado se fija teniendo en cuenta el tipo de interés cotizado en el mercado de tipos de interés en función del plazo pendiente hasta el vencimiento del contrato' (...) así como que 'teniendo en cuenta la actual situación de mercado de tipos de interés, la cancelación de este Clip puede calcularse atendiendo a la [fórmula] Precio de cancelación = Nominal * Plazo * (CR-CP)/360 + L. [donde CP: Cliente paga en un determinado porcentaje (en el simulado del documento no 12 era el 3,5% y del 4,55 en el no 13 en correspondencia con los tipos pactados en los correspondientes contratos litigiosos) mientras CR: Cliente recibe (era del 1,518% y de 1,638%, respectivamente) y L: última liquidación fijada pendiente de liquidar].

Sorprende, que si la voluntad de las partes - o más concretamente, de la demandada que impuso la condición general a través de contratos tipo - hubiera sido establecer dicha fórmula para el cálculo del 'precio de cancelación anticipada' no se hubiera pactado expresamente así en los contratos litigiosos, lo que hubiera sido perfectamente lógico y aceptable y, en tal circunstancia, la actora se hubiera visto obligada o a agotar el plazo contractual o satisfacer el liquidado precio si optara por la resolución anticipada.

El problema está en que tal fórmula no se pactó quedando en la más absoluta oscuridad e indeterminación el método de cálculo aplicable al referido contrato (obsérvese, además, que en aquellos documentos de simulación de cancelación se 'fijaba' el referido valor de mercado referenciándolo al de tipos de interés; fijación que determina, a las claras, que no estaba previsto contractualmente ningún valor de mercado) sin que, además, pudiera sostenerse que esa fórmula fuera la única posible al efecto (podía pactarse la cancelación gratuita hasta una indemnizatoria basada en cualquier fórmula o modelo que permitiera alcanzar un precio determinable). Obsérvese incluso que ni la propia demandada se conforma con dicha fórmula de liquidación pues como expresan aquéllos documentos, tras la llamada en asterisco existente, la fórmula está 'sujeta a variación en función de la evolución del mercado de tipos de interés' con lo cual, de variar los tipos de interés, se variaría (a antojo de la demandada, pues tampoco existe previsión al respecto) la propia fórmula [quizás por una que mejor la conviniese]. Téngase además en cuenta que la 'variación' es de la propia fórmula, no de los porcentajes de aplicación (que sí podrían variar en función del mercado de tipos).

En conclusión, las cláusulas pactadas de vencimiento anticipado no expresan una concreta forma indubitada de cálculo del precio de la cancelación (a fin de que fuera determinable) con lo cual no pudiéndose venir en conocimiento de qué importe concreto y determinado debiera satisfacer la actora en caso de optar en determinada fecha por su derecho a la cancelación anticipada, provoca (sin necesidad de acudir a la legislación protectora de los consumidores y usuarios) la nulidad de las mismas, no pudiendo estarse a la propuesta que unilateralmente efectúe la demandada (que impuso la cláusula oscura cuya interpretación en modo alguno podría favorecerla; art. 1.288 del Código Civil).

QUINTO.- El problema empero se mantiene en orden a determinar si la nulidad de dichas cláusulas arrastra a la totalidad de los contratos en que se insertan o si, por el contrario, tan sólo afecta a la cláusula sin mayor proyección contractual.

La AP Valencia, sección 9, en sentencia de 26 de diciembre del 2011 (ROJ: SAP V 6975/2011) - Recurso: 679/2011 - [por cierto al analizar cláusula semejante también de la entidad Bankinter] consideró que 'la falta de información previa como del contenido del propio contrato recae sobre un aspecto accesorio de éste, en particular sobre la facultad de resolución anticipada que, a favor de la demandante, venía establecida

en el contrato, y del que no puede hacerse derivar la nulidad total del contrato al no afectar dicho error a alguno de sus elementos esenciales pues la cláusula de cancelación anticipada no constituye ni el objeto ni la causa del contrato'.

Por su parte la AP Madrid, sec. 14a, S 13-9-2011 (no 450/2011, rec. 202/2011) en supuesto en que analiza una cláusula de cancelación anticipada idéntica a las aquí litigiosas confirma la sentencia de instancia que declaró la nulidad exclusivamente de dicha cláusula (no de la integridad del contrato) pero con la consecuencia de permitir la cancelación con coste cero para el actor.

Esta Sala no puede acoger ninguna de dichas posiciones. La segunda por cuanto supondría aceptar la nulidad no ya de la cláusula sino, simplemente, de una parte de ella: la forma de cálculo de la indemnización lo que no consideramos correcto pues tal nulidad de las consecuencias (indemnización) necesariamente debiera afectar a la nulidad de la causa (desistimiento unilateral) no pudiendo existir la una sin la otra cuando es evidente que las partes no quisieron pactar un desistimiento unilateral gratuito. La primera tampoco la acogemos debiendo estar a lo que ya señaló la AP Burgos, sec. 3a, en Sentencia de 12 de septiembre de 2011 (no 267/2011, rec. 164/2011) cuando razonó que: 'La nulidad de la cláusula y la declaración de validez del contrato conduciría a mantener el contrato vigente hasta su vencimiento, es decir, dejaría al cliente sin la posibilidad de cancelarlo, y en esto debemos dar la razón al Juzgado sobre que resulta un elemento determinante en la formación del consentimiento la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato cuando este no se ajusta a nuestras expectativas, aunque tengamos que pagar un precio por ello. Pero en este caso es el precio el que resulta imposible de fijar y por eso se declara la nulidad de la cláusula y del contrato. Debemos, por lo tanto, mantener la nulidad del contrato en los términos que hace el Juzgado de primera instancia lo que conlleva la desestimación del recurso'.

En este mismo sentido la AP Valladolid, sec. 1a, en Sentencia de 20 de febrero de 2012 (no 75/2012, rec. 535/2011) comparte dicha solución al razonar que: 'Y, en fin, lo que resulta aún más relevante a juicio de esta Sala, quedaban totalmente indeterminadas las consecuencias de una posible cancelación anticipada a petición de una u otra parte, que les permitiera desligarse del contrato en caso de evolución desfavorable, con una total falta de información acerca de la notable trascendencia económico negativa que podía tener esa cancelación para el cliente. (...) Cabe finalmente señalar que el error en su caso, en modo alguno recaería sobre elementos accesorios del contrato, pues incidía directamente sobre el resultado económico que podía esperarse de el y sobre la posibilidad de apartarse del mismo según evolucionasen las circunstancias del mercado, lo que constituye uno de los aspectos principales de lo convenido en un contrato de duración pactada a cinco años'. Y la AP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 4a, en Sentencia de 31 de enero de 2012 (no 38/2012, rec. 543/2011) al razonar que: 'También se ocupa la sentencia antes citada de esta Sección de la cuestión relativa al coste de la resolución del contrato. Se decía en ella que la absoluta desinformación acerca del sistema de desenvolvimiento de la cancelación anticipada de los productos por los clientes, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad -precio de cancelación-, no es un cuestión irrelevante por completo; al contrario es 'de relevante trascendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la contratación de los productos financieros de litis'. Y que ello es así parece lógico, pues no puede considerarse poco relevante el hecho de que ante una bajada tan importante de los tipos de referencia tenga la demandada interés en adecuar sus costes financieros a una situación más acorde con el mercado, en vez de verse atada a un tipo absolutamente desproporcionado con la situación actual'.

ÚLTIMO.- Procede por todo lo razonado y al considerar la Sala que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado provoca la nulidad integral del contrato en que se inserta, desestimar el recurso interpuesto e imponer a la parte apelante las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo previsto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , declarando por ello la pérdida del depósito constituido de acuerdo con disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad mercantil BANKINTER, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1a Instancia no 8 de Las Palmas de G.C. de fecha 26 de abril de 2010 en los autos de Juicio Ordinario no 1106/2009, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas a dicha parte apelante y declarando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino correspondiente.



Llévese certificación de la presente Sentencia al rollo de esta Sala y a los autos de su razón y notifíquese a las partes haciéndolas saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación exclusivamente por interés casacional (art. 4772.3o LEC), al haberse seguido el procedimiento por razón de la materia y/o por cuantía inferior a 600.000,00 # y, en su caso, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal (por los motivos dispuestos en el art. 469 LEC). Deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, debiéndose cumplir los requisitos previstos en el Capítulo IV -en relación con la Disposición Final decimosexta- y en el Capítulo V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Al tiempo de interponerse será precisa, bajo perjuicio de no darse trámite, la constitución de un depósito de cincuenta euros, por cada uno de los recursos interpuestos, debiéndose consignar en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre de este Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ