



Roj: **SAP B 1280/2012 - ECLI: ES:APB:2012:1280**

Id Cendoj: **08019370152012100002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **22/03/2012**

Nº de Recurso: **253/2011**

Nº de Resolución: **116/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DÉCIMOQUINTA

Rollo núm. **253/2011-2ª**

Juicio Ordinario núm. 1063/2009

Juzgado Mercantil núm. 8 Barcelona

SENTENCIA núm. 116/2012

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. LUÍS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

En la ciudad de Barcelona, a veintidós de marzo de dos mil doce.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Décimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 8 de esta localidad, por virtud de demanda de Interclima Penedés, S.L. contra Bankinter, S.A., pendientes en esta instancia al haber apelado la actora la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 9 de noviembre de 2010.

Han comparecido en esta alzada la apelante Interclima Penedés, S.L., representada por la procuradora de los tribunales Sra. Ribas Rulo y defendida por el letrado Sr. Reverter, así como la demandada Bankinter, S.A. en calidad de apelada, representada por el procurador Sr. Simó y defendida por el letrado Sr. Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: << *Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Mónica Ribas, en nombre y representación de Interclima Penedés SL y absuelvo a Bankinter SA de todos los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la actora* >>.

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Interclima Penedés, S.L. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló vista para el día 14 de marzo pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO . Planteamiento de la contienda que enfrenta a las partes**

1. Interclima Penedés, S.L. (en adelante, Interclima) interpuso una demanda frente a Bankinter, S.A. solicitando la declaración de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 4 de marzo de 2008, identificado como "Clip actualizado Bankinter 07-4.3" por considerar que el mismo incorpora cláusulas abusivas y, además, porque tales cláusulas afectan directamente a los elementos esenciales del contrato en los términos previstos en el art. 1261 CC , así como la recíproca devolución de las prestaciones derivadas del mismo.

2. Bankinter se opuso a la demanda alegando que la actora no tiene el carácter de consumidor, razón que impide que se pueda apreciar si las cláusulas contractuales tienen carácter abusivo, que su administrador (el Sr. Laureano) era perfecto conocedor de la operativa contractual, dado que previamente había suscrito operaciones similares, y negó que las cláusulas tuvieran el carácter abusivo que se les imputa así como que exista error en el consentimiento.

3. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al apreciar que la actora no tenía el carácter de consumidora que se atribuía, razón por la que no puede ampararse en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) para pretender la nulidad del contrato, ni tampoco se le aplica lo establecido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), así como que no existe error en el consentimiento.

4. El recurso de apelación que formula Interclima parte de una consideración previa que pretende ser el hilo conductor de todo el recurso: la de limitarse a combatir la sentencia desde una única perspectiva, la correspondiente a la ausencia de los elementos esenciales del contrato previstos en el art. 1261 CC , y particularmente referida al error en el consentimiento. Para justificar la impugnación, el recurso afirma que la resolución recurrida ha concluido que la demandada ofreció a la actora toda la información necesaria para que pudiera conocer lo que estaba firmando porque existió una reunión entre las partes, conclusión que combate la recurrente afirmando que ese dato, que es lo único que la sentencia valora, no es suficiente para justificar la conclusión a la que llega respecto de que existió consentimiento contractual válidamente formado. Y particularmente estima que es así si se considera que la Sra. Llimós, que fue quien acudió a la reunión en representación de la demandada, no tiene conocimientos financieros suficientes en materia de productos derivados, razón por la que difícilmente podría haber explicado Don. Laureano el objeto del contrato. También afirma el recurso que el producto contratado es complejo y que no se le facilitó información suficiente para comprender su alcance y riesgos, así como el costo de la cancelación.

SEGUNDO . Hechos que contextualizan la controversia

La resolución recurrida ha considerado acreditados los siguientes hechos que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes:

1.º) Las partes suscribieron el 28 de marzo de 2007 un contrato denominado de gestión de riesgos financieros "clip Bankinter 07, 4.3".

2.º) El día 17 de marzo de 2008 la actora, a través de su administrador Don. Laureano , solicitó su resolución anticipada y su sustitución por otro nuevo que suscribieron el mismo día y que se denominaba "clip actualizado Bankinter 07, 4.3", que mantenía la condiciones generales del anterior y se apartaba del mismo exclusivamente en cuanto a las condiciones particulares.

3.º) La única diferencia entre ambos contratos consiste en la modificación de los tipos que se toman como referencia para hacer las correspondientes liquidaciones periódicas.

4.º) Don. Laureano suscribió contratos idénticos y al propio tiempo respecto de otra empresa de la que también es administrador.

5.º) De las condiciones particulares resulta que las partes fijaron un nominal de 90.000 euros y fijaron como fecha de inicio del producto el 4 de abril de 2008, con vencimiento el 4 de octubre de 2011, con liquidaciones trimestrales. Los parámetros para llevar a cabo esas liquidaciones trimestrales son los siguientes:

a) *Cliente paga* :

- Primer período: 4,25 % si Euribor 3 meses es menor o igual al 4,85 %; o (Euribor 3 meses menos 0,10 % si Euribor 3 meses es mayor al 4,75 %.

- Segundo período: 3,95 % si Euribor 3 meses es igual o menor al 4,25 %, o bien el 4,25 % si Euribor 3 meses es mayor al 4,25 % y menor o igual al 4,75 %; o Euribor 3 meses menos 0,10 % si Euribor 3 meses es mayor al 4,75 %.

b) *Cliente recibe*:



Euribor 3 meses.

6.º) En la cláusula quinta de las condiciones generales del contrato las partes pactaron que el cliente reconoce el derecho del banco durante toda la vigencia del contrato y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta de los productos a revocarlo ofreciéndole al cliente un producto alternativo de características similares.

7.º) La cláusula sexta reconocía al cliente la posibilidad de resolver asimismo el contrato durante las llamadas "ventanas de cancelación", si bien, en este caso, pagando una indemnización que vendría marcada por las condiciones del mercado en el momento de la cancelación.

8.º) En ejecución del contrato se practicaron cuatro liquidaciones favorables a la actora, por importes de 162,66 euros, 110,56, 23,50 y 22,75 euros. Más tarde se practicaron liquidaciones desfavorables por los siguientes importes: 308,95 euros, 629,49 euros y 722,99 euros.

9.º) El 10 de noviembre de 2009 la actora comunicó a la demandada su voluntad de resolver anticipadamente el contrato y la demandada le informó que el precio de cancelación ascendía a la cantidad de 4.793,59 euros.

TERCERO. La causa de pedir fundamentadora de la nulidad invocada en la demanda y en el recurso

1. La demanda solicitó tanto la nulidad del contrato por vicios del consentimiento como la nulidad de algunas de sus cláusulas, que consideraba abusivas y contrarias a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU). Para fundar el carácter abusivo de esas cláusulas, Interclima alegó su carácter de consumidor.

2. Negado el carácter de consumidor por la resolución recurrida, y descartada por consiguiente, la aplicación de la legislación de consumidores, el recurso ha limitado el objeto de la pretensión ejercitada en la demanda a la nulidad del contrato por vicios del consentimiento, no insistiendo en la nulidad por cláusulas abusivas. No obstante, el recurso no se limita a cuestionar la validez del contrato sino que también sigue insistiendo en la nulidad de alguna de sus concretas cláusulas, concretamente la relativa a las condiciones de resolución anticipada. Ya no lo hace desde la perspectiva de su carácter abusivo sino desde la de su nulidad por no haber existido información necesaria acerca de su contenido.

3. Aunque el recurso no distinga con precisión entre uno y otro plano (el de la nulidad del contrato por vicios del consentimiento y la de las cláusulas), para ordenar adecuadamente la argumentación es preciso hacerlo. Comenzaremos por el examen de la acción de nulidad del contrato y más adelante nos ocuparemos de la relativa a las cláusulas concretas.

CUARTO. Sobre la nulidad del contrato por vicios en el consentimiento

1. Lo que el recurso afirma, en sustancia, para justificar el vicio en el consentimiento que sostiene que sufrió Interclima, es que no se le facilitó, antes de suscribir el contrato, información suficiente para conocer las características del producto, así como los riesgos que con él asumía.

2. El art. 1265 CC determina que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. De esos vicios que invalidan el consentimiento, el que invoca la actora es el error. El art. 1266 CC determina que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a celebrarlo.

La cuestión está en si los vicios que se imputan al contrato, caso de existir, tienen entidad suficiente para invalidar el consentimiento.

3. Como ha venido estableciendo la jurisprudencia, para que el error tenga efectos invalidantes, es preciso que sea inexcusable (STS 22 de mayo de 2006 , que hace referencia a otras anteriores de la misma Sala). Y en nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 2004 señalábamos que el error «será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración».

4. Debemos analizar esa cuestión teniendo en cuenta no sólo la información que la entidad bancaria facilitó a la actora sino también la que estaba obligada a facilitarle, atendida la incidencia que en el caso ha tenido la llamada normativa MIFID, procedente de la Directiva 2004/39 e incorporada al ordenamiento español por

la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y fue desarrollada por RD 217/2008, de 15 de febrero, que impone al banco que ofrece un producto como el contratado unos específicos deberes de información.

5. La aplicación al caso de esa normativa es cuestionada por Bankinter que alega que el producto contratado no es un producto de riesgo sino que está vinculado a los productos bancarios tradicionales, razón por la que no le resulta de aplicación esa normativa. No podemos compartir ese punto de vista porque el contrato de permuta de tipos de interés (*clip* o *swap*) está incluido expresamente en el ámbito de aplicación de la LMV, tal y como resulta de su art. 2, razón por la que no está justificada la aplicación de las excepciones de las especiales obligaciones de información establecidas en la normativa MIFID.

6. El alcance de ese derecho de información lo concreta el art. 79-bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuando establece en su apartado 2 que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Y no se limita a ello, sino que más adelante determina:

<< 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

(...)

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado >>.

7. El art. 73 del Reglamento 217/2008, de 15 de febrero, al desarrollar esa norma legal establece que:

<<A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional>>.

El art. 74.2 del propio Real Decreto 217/2008 establece que: *<<En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio>>.*

8. Aunque los empleados de Bankinter que intervinieron en la firma del contrato con Interclima aseguran que Don. Laureano, su administrador, comprendió las características y riesgos del producto, lo cierto es que no consta que se le realizara el "test de conveniencia" con carácter previo al contrato. En su lugar, se limitaron a marcar en el contrato una "X" en la casilla correspondiente a un apartado donde se consigna que el cliente declara tener en experiencia en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años.

No podemos considerar que la actuación llevada a cabo por la entidad financiera sea modélica y que cumpla escrupulosamente con las previsiones legales y administrativas relativas al test de conveniencia. Si bien es cierto que art. 79.7 de la Ley 24/1988 admite la posibilidad de que la información sobre el test de conveniencia



se haga por medio de un impreso normalizado, como en el caso ocurrió, creemos que resulta dudoso que la previsión legal pueda considerarse cumplida correctamente si se considera que:

- (i) El cumplimiento de la obligación legal no se hizo de forma previa al contrato sino en el mismo contrato.
- (ii) No existe el suficiente detalle, al no aparecer de forma separada del contrato sino formando parte de su total contenido, ni tampoco suficientemente destacada de otras cuestiones contractuales.
- (iii) La advertencia realizada no es suficientemente explícita del riesgo del producto.

9. El art. 73 del Reglamento 217/2008 acepta la posibilidad de que la entidad financiera asuma el riesgo de que *sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos*, si bien lo limita al caso de los clientes profesionales, exclusivamente, lo que no es de aplicación en el caso de las actoras, que expresamente fueron previamente clasificadas como minoristas o no profesionales. Por consiguiente, la demandada no podía asumir que las actoras tenían la experiencia y los conocimientos para comprender los riesgos del producto, por lo que tenían que hacer todo lo preciso para evaluar si el producto ofertado era adecuado para ellas. No consta que lo hiciera, dado que se limitó a incluir en el contrato una cláusula de exoneración.

10. El art. 74.2 del propio Real Decreto 217/2008 prohíbe a las entidades financieras incitar a sus clientes a que incumplan la previsión de facilitar la información precisa para hacer los test de idoneidad y conveniencia. Del mero hecho de que BanKinter incluya en sus contratos predispuestos, como una disposición más, la relativa a estas obligaciones, se deriva que está incitando al incumplimiento de la obligación legal y reglamentaria, limitándose a pretender salvar su responsabilidad legal y sin preocuparse de los derechos del cliente, que es a lo que le obligan aquellas normas.

11. Ahora bien, del incumplimiento de esos deberes administrativos no cabe colegir sin más la nulidad de los contratos. La jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión de la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación. La STS de 11 de Junio del 2010 (ROJ: STS 3061/2010) se refiere a ella en los siguientes términos: *<<(l)a sentencia de 9 octubre 2007, con cita de otras, ha declarado que "Por lo que atañe a la jurisprudencia de esta Sala, la sentencia de 25 de septiembre de 2006 (recurso núm. 4815/99), citando las de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004, declara en relación con el art. 6.3, de un lado, que "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público"; de otro, con cita de la STS 24-4-96, que "cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez"; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando las de 31-5-05, 2-4-02 y 26-7-00, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Y la muy reciente sentencia de 27 de septiembre último (recurso núm. 3712/00) ratifica la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006, [...]"*. Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que *"No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)*.

En sentido similar se pronuncia el TS en sus 22 de Diciembre del 2009 (ROJ: STS 8533/2009) y 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010) cuando afirman: *<< No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)*.

Por consiguiente, para determinar los efectos de la irregularidad en la que se ha incurrido, es preciso analizar si los actos realizados resultan compatibles o incompatibles con la norma administrativa, juicio que debe



hacerse a partir de la consideración de la finalidad perseguida por la norma infringida y por el propio negocio realizado a su amparo.

12. Desde la anterior perspectiva llegamos a la conclusión de que, en el supuesto enjuiciado, no existe incompatibilidad entre el incumplimiento de las obligaciones administrativas y los actos civiles llevados a cabo, juicio que apoyamos en las siguientes circunstancias:

1.ª) No consideramos que se haya frustrado la finalidad perseguida por la norma administrativa, esto es, garantizar que el producto contratado sea el adecuado para la finalidad perseguida por el cliente. Esa apreciación no debe hacerse desde la perspectiva actual sino desde la correspondiente al momento de contratación del producto. La actora contrató el *swap* en un momento en el que los tipos de interés estaban siguiendo un prolongado proceso al alza que no se sabía bien cuándo se podría detener, de manera que el producto contratado era el adecuado para reaccionar contra el riesgo de ulteriores subidas de los tipos.

2.ª) No consideramos que, en el caso de que la entidad de crédito hubiera cumplido más escrupulosamente sus obligaciones legales y reglamentarias, el resultado hubiera sido distinto desde la perspectiva de la decisión por parte de Interclima de contratar el producto.

13. Tampoco desde la perspectiva de los vicios del consentimiento creemos que la respuesta deba ser distinta porque estimamos que, aunque se hubiera cumplido escrupulosamente con los deberes de información que impone la normativa MIFID, el resultado hubiera sido el mismo, esto es, la suscripción por parte de Interclima del contrato cuestionado. El recurso se queja de que la demandada no ha acreditado qué información ha transmitido la entidad financiera a la actora que permitiera al juez hacerse una idea sobre el funcionamiento del producto contratado y alega que la Sra. Llimós, que fue quien contrató en representación de la demandada, carecía de la formación necesaria en materia de productos derivados. Particularmente, imputa a la Sra. Llimós no saber cómo se calcula el precio de la cancelación, razón por la que difícilmente lo podría haber explicado Don. Laureano .

Que la Sra. Llimós no conociera el costo efectivo de la liquidación no es indicativo de que no tuviera la formación suficiente para informar correctamente Don. Laureano sobre el contenido y riesgos del producto contratado sino que ese desconocimiento se entiende por la forma en la que esa liquidación se debía practicar, esto es, tomando en consideración circunstancias de mercado con las que no tenía por qué estar familiarizada.

14. Con la referencia al objeto del contrato, de lo que se queja la demandante es en realidad de la falta de equidad en las prestaciones pactadas. No podemos cuestionar que no sea así, pero sí que ello pueda constituir un motivo de nulidad, particularmente cuando se trata de las prestaciones principales y el adherente no es un consumidor. Lo relevante desde la perspectiva del consentimiento prestado no es si las prestaciones son equilibradas o justas sino exclusivamente si son claras y de eso no queda duda alguna. El contrato describe con detalle qué pagos se permutan las partes y con ello es suficiente para que deba considerarse que su objeto está claramente delimitado.

15. La misma suerte debe correr la alegación relativa a la causa. Viene a afirmar la demandante que el contrato carece de causa porque la demandada no ofrece ningún servicio. No podemos compartir que el hecho de que el contrato no tenga por objeto un servicio, lo que es evidente, determine que carezca de causa. No es un contrato de servicios sino una permuta financiera, esto es, un contrato de inversión con el que muy probablemente la actora pretendía dar estabilidad a sus costes financieros. No obstante, aunque no fuera así y la causa fuera distinta, de ello no se deriva que no exista y, menos, que invalide el consentimiento.

Los motivos que justifican el contrato están perfectamente expresados en el mismo y consisten en la voluntad de la parte de "estabilizar" los gastos financieros que debía soportar como consecuencia de unas previas operaciones de crédito comprometidas a un tipo de interés variable. En ese sentido es preciso decir que no existe engaño ni error alguno que se pueda imputar a los contratos o a la entidad financiera. Nada induce a pensar que el contrato suscrito no sirviera para cumplir la finalidad referida, esto es, convertir en costos fijos lo que en origen eran costos variables.

16. Compartimos con Bankinter que la cláusula de cancelación anticipada no tiene carácter esencial, razón por la que de su eventual nulidad no se deriva la del propio contrato.

QUINTO. Nulidad de la cláusula sobre la resolución anticipada

1. En cuanto a la cláusula relativa a la cancelación anticipada, sostiene la actora que la misma es nula porque no permite conocer cuál es el coste efectivo de la resolución. Lo que esta estipulación establece es lo siguiente: << *Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado en cada una de esas fechas (las ventanas temporales dentro de las cuales es posible la cancelación anticipada). Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que*



Bankinter podrá repetir al Cliente los posibles gastos en los que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto >>.

2. La aplicabilidad de lo establecido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no exige que una parte tenga el carácter de consumidor, como ha considerado la resolución recurrida, sino que basta que una de ellas, la predisponente, tenga el carácter de profesional (art. 2.1), como en el caso ocurre sin duda alguna. La exigencia de que se trate de un consumidor únicamente está recogida en la propia LCGC en el art. 8.2 y determina que no resulte de aplicación el control de contenido a las condiciones generales, esto es, la nulidad por tener carácter abusivo.

Excluido el examen del control de contenido (la abusividad de las cláusulas) por la resolución recurrida, al considerar, con todo acierto, que la actora carece del carácter de consumidora, y no insistiendo en ello el recurso, nos limitaremos a las demás cuestiones que el mismo plantea. Entre ellas se encuentra la relativa al llamado control de incorporación, esto es, si la estipulación debe considerarse vinculante porque ha sido incorporada al contrato de forma debida, esto es, respetando las exigencias legales, entre ellas las que derivan del art. 5 LCGC, así como de las normas con las que se integra en cuanto al deber de información.

3. El art. 5.1 LCGC determina que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. El alcance de ese derecho de información no lo concreta esa norma, aunque sí lo hace el art. 79-bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , cuando establece en su apartado 2 que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa.

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.

Tenemos serias dudas de que la demandada informara suficientemente a la actora sobre el alcance y contenido de esa cláusula. No obstante, la cuestión, que podría haber tenido algún relieve práctico si el contrato se hubiera resuelto anticipadamente, ha devenido irrelevante una vez se ha admitido que el contrato se cumplió íntegramente, es decir, no se resolvió de forma anticipada sino que concluyó en el término inicialmente previsto, esto es, el 4 de octubre de 2011. Ante ello, ha devenido completamente inútil un eventual pronunciamiento de nulidad de la estipulación cuestionada.

SEXTO . Costas

La cuestión controvertida origina serias dudas de derecho, que se evidencian en la diversidad de criterios seguidos por las audiencias provinciales y juzgados. Ante ello estimamos que no debemos imponer las costas ni de la primera instancia ni del recurso, de acuerdo con lo establecido en los arts. 394.1 y 398 LEC .

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Interclima Penedés, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de fecha 9 de noviembre de 2010 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos en sus pronunciamientos principales. No así en el relativo a las costas, que dejamos sin efecto apreciando dudas de derecho.

No se hace imposición de las costas de la primera instancia ni del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, firme que sea, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ