



Roj: **SAP M 11498/2017 - ECLI:ES:APM:2017:11498**

Id Cendoj: **28079370282017100342**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **24/07/2017**

Nº de Recurso: **542/2015**

Nº de Resolución: **387/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11498/2017,**  
**STS 2228/2020,**  
**AATS 7226/2020**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimooctava

C/ Gal. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0215134

**Recurso de Apelación 542/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

Autos de Juicio Verbal (250.2) 47/2013

**APELANTES:**

**BANKINTER SA**

PROCURADOR Dña. MARÍA DEL ROCÍO SAMPERE MENESES.

**ASOCIACION DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS**

PROCURADOR Dña. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN.

**SENTENCIA nº 387/2017**

En Madrid, a 24 de julio de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 542/2015, los autos del procedimiento nº 47/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, cuyo objeto era el ejercicio de acciones en materia de condiciones generales de la contratación

Han actuado en representación y defensa de las partes, por ASUAPEDEFIN, actualmente ASUFIN, la procuradora D<sup>a</sup>. Sharon Rodríguez y la abogada D<sup>a</sup>. Patricia Gabeiras y por BANKINTER S.A., la procuradora D<sup>a</sup>. Rocío Sampere y el abogado D. Rafael Monsalve.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 23 de enero de 2013 por la representación de ASUAPEDEFIN (actualmente ASUFIN) contra BANKINTER S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, se suplicaba:

*"a) Declare la nulidad absoluta de las condiciones generales citadas en el cuerpo de la presente demanda incluidas en los contratos denominados comercialmente "CLIPS" e "INTERCAMBIOS", en concreto los "CONTRATOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", los "CLIP HIPOTECARIOS ÓPTIMOS" y los "CONTRATOS DE INTERCAMBIOS DE TIPOS/CUOTAS";*

*b) Condene a la entidad BANKINTER a cesar en el uso de dichas condiciones generales;*

*c) Se ordene la publicación del fallo en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 221.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil;*

*d) Se ordene la anotación preventiva de la interposición de la presente acción de cesación, y se dirija mandamiento de inscripción de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con arreglo a lo previsto en los artículos 11.3 y 22 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación ; y*

*e) Se imponga, de acuerdo con el artículo 711.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una multa coercitiva por día de retraso en la ejecución de la resolución, según el plazo que se señale a estos efectos y a criterio del Juzgado, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia del daño producido y el gran número de afectados.*

*f) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales."*

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de septiembre de 2014 , en cuyo fallo se disponía lo siguiente:

*"Que estimando la demanda presentada por la procuradora Sra. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre de la ASOCIACION DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUADEFIN), frente a la entidad BANKINTER, S.A., DEBO:*

*a) Declarar la nulidad absoluta de las condiciones generales analizadas en la presente sentencia, incluidas en los contratos denominados comercialmente "CLIPS" e "INTERCAMBIOS", en concreto los "CONTRATOS DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS", los "CLIP HIPOTECARIOS ÓPTIMOS" y los "CONTRATOS DE INTERCAMBIOS DE TIPOS/CUOTAS";*

*b) Condene a la entidad BANKINTER a cesar en el uso de dichas condiciones generales;*

*c) Condene a la entidad BANKINTER a publicar el fallo de esta sentencia en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y en el art. 221.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil;*

*d) Una vez firme la presente sentencia, se dirigirá mandamiento de inscripción de la Sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con arreglo a lo previsto en los artículos 11.3 y 22 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación ; y*

*e) Una vez firme la sentencia, se impondrá, de acuerdo con el artículo 711.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una multa coercitiva de 100 euros por día de retraso en la ejecución de la resolución habida cuenta la naturaleza e importancia del daño producido y el gran número de afectados.*

*f) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales."*

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las representaciones de ASUFIN y de BANKINTER S.A., se interpusieron sendos recursos de apelación que fueron admitidos por el mencionado juzgado y tramitados en legal forma.

La recepción de los autos en la Audiencia Provincial de Madrid se produjo con fecha 30 de septiembre de 2015, lo cual dio lugar, tras su reparto a esta sección 28ª, a la formación del presente rollo ante este tribunal, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto por parte de este tribunal se celebró, respetando el orden asignado a los asuntos, con fecha 20 de julio de 2017.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La ASOCIACIÓN DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUAPEDEFIN, actualmente ASUFIN) ejerció acción colectiva por la que exigía que, previa su declaración de nulidad, se ordenase a BANKINTER SA que cesase en el uso de determinadas condiciones generales de la contratación que aparecían incluidas en una serie de contratos uniformes que habían sido predispuestos por dicha entidad financiera.

En la demanda se alegaba que el sustrato común lo eran operaciones de permuta financiera de tipos de interés que se habían estado ofertando en el tráfico mercantil con la finalidad de que sirvieran de instrumento para neutralizar las subidas de tipo de interés que podían afectar a los usuarios de servicios financieros. Se sostenía que había cláusulas incomprensibles, no ajustadas a la normativa sectorial, problemas de falta de transparencia e incluso estipulaciones abusivas, según cada caso.

En concreto, las cláusulas impugnadas lo eran de cuatro contratos modelo: 1º) el formulario para contrato de intercambio (documento nº 3.1 de la demanda), del que se impugnaban las estipulaciones 1 (objeto), 4 (cargos y abonos), 6 (cancelación anticipada y facultad del banco para su resolución), 8 (cesión de la posición contractual) y 14 (datos particulares); 2º) el formulario para contrato de gestión de riesgos financieros (documentos nº 3.2 y 3.3 de la demanda), que la demandada comercializó hasta 2008, del que se rebatían el expositivo II (información de riesgos) y las cláusulas 3 (fórmula de gestión de riesgos), 5 (revocación de la oferta), 6 (cancelación anticipada y facultad del banco para su resolución), 9 (cesión de la posición contractual) y condicionado particular; 3º) el formulario para contrato clip hipotecario (documento nº 3.4 de la demanda), comercializado en 2008, del que se cuestionaban las estipulaciones 1 (objeto), 4 (cargos y abonos), 6 (cancelación anticipada), 7 (facultad del banco para su resolución), 9 (cesión de la posición contractual) y el cuadro de declaraciones obrante al pie del impreso; y 4º) el formulario para contrato de gestión de riesgos de tipo de interés (documento nº 3.5 de la demanda), comercializado a partir de 2010, del que se discutían la cláusula 3 (revocación de la oferta), 8 (cancelación), 12 (cesión de la posición contractual) y los tests insertos en el modelo.

La demanda fue objeto de íntegra estimación en la sentencia de la primera instancia, pese a lo cual han mediado recursos de apelación que han sido interpuestos por ambas partes: 1º) BANKINTER SA, que discute la legitimación de la demandante para ejercitar la acción colectiva de cesación, asevera que no todos los modelos se referirían a contratos con consumidores, discrepa de la aplicabilidad de la normativa que fue invocada en la demanda y resultó acogida en la sentencia y defiende, en última instancia, la corrección de todas las cláusulas objeto de litigio; y 2º) ASUFIN, en cuya opinión el juez tendría que haber emitido un pronunciamiento declarativo de la nulidad en su totalidad de los contratos a los que se refería su demanda.

**SEGUNDO.-** La entidad financiera apelante insiste en su escrito de recurso en la excepción de falta de legitimación activa, ya que considera que la asociación demandante no podría ejercitar la acción colectiva para la cesación puesto que no cumple el requisito de la representatividad mínima exigido por la ley, ya que no está inscrita en el Consejo de Consumidores y Usuarios. En opinión de la recurrente, la acción de cesación siempre implica la tutela de un interés difuso, porque siempre beneficiará a un conjunto indeterminado de consumidores, por lo que el cumplimiento del requisito legitimador antes mencionado resultaría insoslayable.

Este tribunal no comparte el criterio expuesto por la apelante. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación, conforme al artículo 11 de la LEC (en relación con el artículo 24 del Texto Refundido 1/2007 de la LGDCU), para defender en juicio las siguientes situaciones: 1º) los derechos e intereses de la propia asociación; 2º) los derechos e intereses de sus asociados, actuando entonces en representación de éstos, debiendo en tal caso identificar a aquellos afiliados por los que actúa, y ello sin perjuicio de la legitimación individual de cada uno de ellos; y 3º) los intereses generales de los consumidores y usuarios, actuando entonces a favor de la tutela de derechos ajenos merced a una expresa atribución legal (como posibilita el artículo 10 de la LEC), por lo que no se requerirá que los afectados sean precisamente afiliados suyos, pudiendo distinguirse dos supuestos: a) cuando se trate de un grupo de afectados, por un hecho dañoso, que esté perfectamente determinado o cuyos integrantes sean fácilmente determinables, aquélla podrá actuar en la defensa de sus intereses colectivos, compartiendo legitimación en ese caso con las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como con los propios grupos de afectados; y b) cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación ostentarán, de modo exclusivo, siempre que fuesen representativas con arreglo a la ley, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos.

La finalidad propia de la acción de cesación (artículo 12.2 de la LCGC) lo es obtener una condena que condene a la parte demandada a eliminar de sus condiciones generales las que fuesen reputadas nulas (con lo que el



examen de la nulidad de la condición general integra el objeto del proceso) y a abstenerse de utilizarlas en el futuro. Pues bien, cuando de lo que se trata es de accionar sobre el presupuesto de la nulidad de determinadas condiciones generales que han sido insertas en una serie de contratos por una determinada entidad financiera no puede sostenerse que se esté ante la tutela de intereses difusos ( artículo 11.3 de la LEC ), porque los afectados por dichas cláusulas no son personas indeterminadas o de difícil determinación. Por el contrario, son personas determinadas o fácilmente determinables ( artículo 11.2 de la LEC ), pues se trata, precisamente, de quienes han contratado con determinado banco operaciones que incluyen ese tipo de cláusulas y a dicha información puede accederse a través de la correspondiente entidad crediticia contratante (siempre que se haga con respeto de los derechos de ésta y de la legislación de protección de datos - sentencia del TC de 7 de mayo de 2012 ). Así lo entendió la Sala 1ª del TS (sentencia de 29 de diciembre de 2010 ) en un litigio en el que se accionaba contra las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios de una entidad financiera.

Por lo tanto, ASUFIN (antes ASUAPEDEFIN) está legitimada para la defensa del interés colectivo de los clientes de BANKINTER afectados por las cláusulas objeto de litigio, incluso de los que no sean asociados de aquélla, puesto que se trata de una asociación de consumidores y usuarios legalmente constituida y de lo que se trata es de defender los derechos de ese grupo. Obviamente, el volumen de los integrantes del grupo podría crecer en un futuro, durante la tramitación del proceso o en el caso de que no prosperase la acción de cesación, pero eso no implica que cuando se presentó la demanda, que es el momento procesalmente relevante ( artículos 410 a 412 de la LEC ), el grupo de afectados no resultase perfectamente identificable. Es por ello que el requisito de la especial representatividad de la asociación, que queda reservado para legitimar las acciones en defensa de intereses difusos de los consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, no es aquí exigible, pues la acción ejercitada no responde a las de esa clase. El artículo 11.4 de la LEC (y en el mismo sentido la mención contenida en el nº 4 del artículo 15 del mismo cuerpo legal ) no reserva el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de intereses difusos de los consumidores y usuarios, como parece entender la apelante, sino que también da cobijo, por expreso designio del legislador, a la defensa de los intereses colectivos, por lo que la interpretación propugnada por la recurrente, con independencia del respaldo doctrinal que ella aduce a favor de su planteamiento, no tiene cabida en la norma vigente.

**TERCERO.-** La entidad demandada asevera que los modelos cuyos clausulados han sido cuestionados, al menos en parte, por la asociación demandante habrían dado lugar a contratos celebrados por BANKINTER con consumidores y a otros que lo serían para personas jurídicas que no podrían ser sometidos al mismo control que aquellos. Considera, por lo tanto, la entidad financiera demandada que no podría ser enjuiciado su clausulado del modo que propone la asociación demandante.

Este tribunal entiende oportuno recordar aquí que la condición de consumidor va ligada a la actuación del interesado en un ámbito ajeno al desempeño de una actividad comercial, empresarial o profesional. Cuando de lo que se trata es de la financiación de una actividad empresarial se desborda el marco de protección del Derecho de consumo. Las personas jurídicas también pueden ser consideradas consumidores o usuarios de servicios bancarios si obran fuera de ese ámbito. Así se desprende del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, norma ésta que estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, y del posterior artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sus sucesivas redacciones. También lo ha señalado así la jurisprudencia contenida en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14 ) y en las sentencias de la Sala 1ª del TS 364/2016, de 3 de junio , y 323/2015, de 30 de junio .

El problema estriba, en el caso que nos ocupa, en la susceptibilidad de que los formularios a los que se refiere este litigio sean usados en la contratación de BANKINTER SA para con sus clientes en los casos en los que estos merezcan la condición de consumidores. Pues bien, con independencia de lo que haya hecho dicha entidad en la práctica, al menos tres, de los cuatro, formularios modelo a los que se refiere la demanda podrían, porque ni el clausulado efectúa tal acotación ni tampoco su objeto revela que ello no sea posible, ser empleados en la contratación con consumidores y usuarios de permutas financieras. Por lo tanto, está justificado que sean sometidos al filtro de las exigencias derivadas del Derecho de consumo. El cuarto sí merece un tratamiento distinto, a tenor de lo que se expresa en el clausulado modelo, porque el mismo sólo tiene prevista su aplicación específica en el marco de la financiación de actividades mercantiles. En su momento efectuaremos el oportuno distinguo, pues, obviamente, lo que hemos predicado de la legitimación activa de ASUFIN es aplicable a sus actuaciones en defensa del colectivo de consumidores, no en favor de quienes, por su actuación como empresarios que desempeñen una actividad mercantil, no respondan a tal condición.

**CUARTO.-** La entidad financiera insiste en que en modo alguno deberían tenerse en cuenta las exigencias informativas de la normativa sobre inversiones, al entender la recurrente que al estar previsto en sus modelos



que el swap estuviese vinculado con un contrato de préstamo hipotecario bastaría con atenerse a la regulación que rige para la protección de la clientela de entidades financieras. Para la apelante, hasta que no se produjo la reforma del artículo 79 quáter de la LMV, merced a lo previsto en el apartado 20 de la disposición final primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, no podía exigirse a las entidades de crédito que tuvieran que cumplir las obligaciones de información en relación con servicios de inversión que fueran ofertados como parte de otros productos financieros.

La jurisprudencia ha declarado, sin embargo, que las operaciones de permuta financiera (swaps) son un producto complejo con respecto al cual deben garantizarse especiales deberes de información que ha de cumplir la entidad que lo comercializa. En la contratación con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denominen los contratos y de si van ligados a una operación financiera o de que sean meramente especulativos, dada la asimetría que existe entre las partes, la postura jurisprudencial es que ha de entenderse que rige para la entidad prestadora del servicio financiero que comercializa ese tipo de producto la obligación de cumplir con los deberes de información previstos en la normativa que regula la comercialización de productos de inversión complejos. El correspondiente marco normativo lo era, en el escenario pre MiFid, el del artículo 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y tras la trasposición al ordenamiento español de la Directiva MiFid ((Markets in Financial Instruments Directive - Directiva 2004/39/CE)), por medio de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, las previsiones del artículo 79 bis.3 de la LMV. Así se ha señalado con rotundidad en las sentencias de la Sala 1ª del TS nº 559/2015, de 27 de octubre y nº 400/2017, de 27 de junio.

Ahora bien, hecha esa precisión, este tribunal también debe advertir que en el marco procesal que aquí nos ocupa, que lo es el de la acción colectiva de cesación (artículo 12 de la LCGC), en el que lo procedente es realizar la tarea de control abstracto de unas determinadas condiciones generales empleadas por la entidad financiera demandada mediante su inserción en unos modelos de contrato que luego ha venido empleando en el tráfico mercantil, podemos enfrentarnos a invocaciones de la normativa sobre transparencia que, en muchos casos, no tendrá sentido que deban ser objeto de análisis en un escenario ajeno al de una acción individual de nulidad (artículos 7 a 10 de la LCGC).

El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales incorrectas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (lo que implica examinar su incorporabilidad a un contrato, su legalidad y su posible abusividad), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Pero el marco verdaderamente propicio para efectuar un control de transparencia es el de los litigios derivados de acciones individuales, en cuyo seno es donde podría efectuarse un examen a la medida de todas las peculiaridades de carácter informativo que hubieran podido rodear cada caso concreto (información precontractual proporcionada, grado de publicidad de la cláusula, etc). Es por ello que en muchas ocasiones la invocación por la parte demandante de la normativa sobre transparencia ha resultado, en este marco procesal, irrelevante.

Es cierto que hay precedentes en la jurisprudencia (en otros, en las sentencias de la Sala 1ª del TS 241/2013, de 9 de mayo, y 367/2017, de 8 de junio) donde se ha operado, en sede de acciones colectivas, con un estándar de consumidor, el de carácter medio. Pero ello, que pudiera servir de justificación para el análisis de alguna cláusula concreta en unas circunstancias muy determinadas (por ejemplo, según entendió el Tribunal Supremo, la de imposición de variaciones al tipo de interés, al que se refieren tales precedentes) o incluso para el control de un protocolo documentado debidamente estructurado sobre el modo de llevar a cabo las obligaciones en materia de transparencia, es complicado que pueda tomarse como la referencia adecuada para el enjuiciamiento en todos los casos. Cuando lo que la parte demandante trata de hacer es elevar a regla general cuál haya podido ser la conducta del banco a la hora de cumplir la normativa sobre transparencia con la finalidad de poner en entredicho la validez de contratos al completo, que están dotados de clausulados con previsiones de muy distinto alcance, es casi imposible que ello puede analizarse de modo descontextualizado de lo que verdaderamente se hizo en cada concreta contratación, pues en muchas ocasiones hace falta comprender el alcance de conductas que no pueden estar plasmadas en el condicionado general. Buena muestra de este error de planteamiento es que en la demanda se buscaban carencias en determinadas cláusulas respecto a informaciones que no necesariamente tenían que estar previstas en ellas o se censuraban comportamientos del banco que, fueran correctos o no, no habría que conectar con deficiencias del clausulado impugnado. Lo relevante desde el punto de vista del control abstracto es el modo de redacción de la cláusula y la legalidad de la misma en sus aspectos intrínsecos, como meras fórmulas de contratación



desapegadas de cómo se hayan podido luego utilizar. Tratar de enjuiciar problemas de transparencia, de modo descontextualizado de cada contrato, puede suponer elevar a la categoría general conclusiones que solo pueden ser predicadas de lo particular, sin que cada caso deba necesariamente tener que ser igual que otro.

#### **QUINTO.- Formulario modelo para contrato de intercambio (documento nº 3.1 de la demanda)**

##### **I-estipulación 1 (referida al objeto del contrato).**

La cláusula es del siguiente tenor: "1. El presente contrato tiene por objeto la contratación entre el CLIENTE y BANKINTER de un derivado financiero, el intercambio, que produce el efecto económico de intercambiar tipos/cuotas, generando pagos por parte del CLIENTE, coincidentes con el abono de las cuotas del PRÉSTAMO, sin que por ello se modifiquen las condiciones del PRÉSTAMO.

*El presente contrato es un contrato financiero, autónomo del PRÉSTAMO, que toma como subyacente las cuotas y tipos de interés de éste".*

Lo primero que tenemos que subrayar es que, aunque la parte demandada aduce que estaríamos ante una cláusula que recoge elementos esenciales del contrato, ello no es óbice para el control de incorporación, en la medida en que estamos, de modo indiscutido, ante una condición general de la contratación. Todas las condiciones generales de la contratación, relativas o no a elementos esenciales, son susceptibles de ser sometidas a un examen para comprobar si las mismas cumplen las exigencias de claridad en su redacción y de sujeción a la normativa de disciplina específica propia del sector del que se trata para constatar si se trata de cláusulas que son susceptibles de poder ser incorporadas a un contrato.

Pues bien, a diferencia de lo apreciado en la resolución apelada, no consideramos que esta cláusula presente problemas de claridad. Esta primera regla del formulario modelo sólo contiene una descripción muy general del contrato de permuta financiera, que luego se desarrolla de modo más concreto en otras cláusulas, y de la relación que el mismo está llamado a tener, en el tipo de producto diseñado por el banco, con otra operación paralela de préstamo. Los tres óbices que se pretenden oponer a la cláusula no ponen en peligro su claridad, puesto que: 1º) la doble referencia a que el intercambio puede serlo de tipos de interés/cuotas sólo marca una alternativa que será objeto de elección en las condiciones particulares del contrato; es en estas últimas donde debe fijarse, en cada caso (es decir, en cada uno de los contratos que se celebren, no en el modelo que se nos ha aportado), los términos concretos del intercambio, sin que tenga sentido pretender buscarlo en las definiciones del condicionado general; 2º) las relaciones entre la permuta financiera y el préstamo paralelo también quedan esbozadas con claridad, pues se trata de contratos distintos, pero las cuotas y tipos de interés del segundo son relevantes para operar como referencias subyacentes en el primero; y 3º) la mención de la expresión "GENERANDO PAGOS POR PARTE DEL CLIENTE", que es, tal vez, y así lo reconocemos, lo más discutible de esta cláusula, porque el flujo financiero del swap ha de operar, por definición, a favor y en contra de ambas partes, no tiene, en realidad, entidad suficiente para provocar la ausencia de claridad en la contratación, puesto que en el contexto del formulario en el que se halla inserta no cabe duda alguna de que el cliente no sólo ha de soportar cargos en su cuenta sino también beneficiarse de abonos que serían a costa del banco, cuando el intercambio produjera un efecto adverso a éste.

Superado el filtro de incorporación, tampoco puede sostenerse un reproche de nulidad como el que se contiene en la sentencia, que cita el artículo 8 de la LCGC y el artículo 6.3 del C. Civil. Estas referencias legales suponen un brindis al sol, puesto que en la sentencia no se indica cuál sería la causa de nulidad de entre las múltiples que se mencionan en el artículo 8 de la LCGC (si contravención de norma imperativa o prohibitiva o, en cambio, censura de abusividad) ni tampoco se explicita cuál sería la normativa indisponible vulnerada ( artículo 6.3 del C. Civil ), que, desde luego, no lo sería la contenida en la propia LCGC.

El problema estriba en que en la demanda se mantenía, con respecto a esta cláusula, un alegato que constituía un auténtico "totum revolutum" que mezclaba argumentos relativos a incorporación, con los referentes al control de transparencia y al de abusividad. Porque en la postura de la parte demandante subyace un planteamiento que, con independencia de que pueda ser o no defendible en otro marco procesal, resulta impropio de un litigio que debe ceñirse al control abstracto de las condiciones generales de la contratación. Ningún sentido tiene invocar en esta demanda que BANKINTER SA comercializó los swaps cuando el previsible escenario era el de bajada de tipos de interés y que no informó de ello a sus clientes, ni que el riesgo que realmente corrió el banco con este tipo de operaciones fue menor que el de sus clientes, pues donde tendría cabida ese argumentario es en un litigio de nulidad contractual provocada por vicios de consentimiento (por error o dolo - artículo 1265 del C. Civil ) o, en su defecto, en sede de una acción individual de nulidad de determinado condicionado general (artículo 8 de la LCGC), en cuyo marco sí puede examinarse cómo se trató a un cliente concreto a la hora de hacerle entender la trascendencia jurídica y económica de determinada cláusula.



Por otro lado, la mención del condicionado a la autonomía del swap en modo alguno supone, a diferencia de lo que parece entenderse en la resolución apelada, teñir de confuso o engañoso su concepto. El swap (vocablo que significa, en el idioma inglés del que procede, trueque o cambio) es un contrato por el que las partes se comprometen a intercambiar cantidades dinerarias en fecha futura que se determinan por flujos de caja generados por diferentes operaciones conforme a una fórmula preestablecida. Es un derivado financiero porque su valor se basa en el precio de otro activo subyacente. En el swap de tipo de interés, que es una de las modalidades de permuta financiera, los flujos dependen de la evolución de los mismos. La finalidad de un contrato de permuta financiera, esté o no relacionado con un contrato de préstamo o de crédito, no es sustituir el pacto de intereses, sino garantizar la posición económica de las partes ante las modificaciones que el tipo pactado pudiera llegar a experimentar en el futuro. La causa contractual radica en la reducción de los riesgos inherentes a subidas o bajadas de los tipos de interés, pues los de carácter variable están sometidos a los cambios que marque el mercado. La finalidad y causa de los swaps sobre tipos de intereses es la gestión y cobertura de los riesgos financieros relacionados con éstos. Las liquidaciones en un swap de tipos de interés se calculan sobre la base de una cantidad teórica (nocial o pactada a efectos de cálculo).

La permuta financiera de tipos de interés es, desde el punto de vista jurídico, un contrato autónomo e independiente de las operaciones de pasivo cuyo riesgo de tipo de interés pueda estar intentando cubrir. El swap no entrañaría una novación del pacto de intereses de la operación u operaciones de pasivo a las que pudiera estar brindando cobertura, si es que las hubiera en el caso concreto del que se tratase.

Los pagos que se hagan entre las partes en virtud de las permutas financieras sobre tipos de interés no retribuyen nunca un préstamo o un crédito ni se produce una transferencia de capital en concepto de financiación por la entidad de crédito al cliente o viceversa. Las liquidaciones en un swap de tipos de interés se calculan sobre la base de una cantidad teórica (nocial o pactada a efectos de cálculo). Ni la contratación del swap altera las prestaciones propias del préstamo o crédito paralelo ni tampoco la firma del préstamo supone modificación alguna de las prestaciones del swap. Aun cuando las partes hubiesen decidido que la razón para suscribir el swap estuviera relacionada con la paralela firma de otros contratos de los que se derivase el devengo de un interés periódico, ello no significaría que el contrato de swap perdiese su autonomía y que sus prestaciones pudieran ser asimiladas a intereses. Porque la función de cobertura de riesgo que cumple el swap no desplaza la de pagar el interés ni puede confundirse con ella.

#### **II-estipulación 4 (cargos y abonos).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 4. En cada una de las fechas en que se haga efectiva la liquidación del PRÉSTAMO, se producirá un cargo o un abono en la cuenta de liquidación indicada en el presente contrato en función del resultado neto que se derive de la aplicación del intercambio de tipos/cuotas que se haya pactado para cada momento de la vigencia del contrato. De este modo, se producirá un cargo en dicha cuenta si la cuantía a pagar por el CLIENTE es mayor que la cuantía a pagar por BANKINTER, produciéndose un abono en caso contrario.

*En el caso en el que el tipo de referencia del PRÉSTAMO sea distinto al tipo de referencia del intercambio el BANCO no garantiza un resultado perfecto del intercambio, es decir, que el abono a realizar por el intercambio sea igual al cargo a realizar por el PRÉSTAMO. En este sentido, las diferencias positivas o negativas existentes entre el cargo por liquidación del PRÉSTAMO y el abono por el intercambio, las asumirá en todo caso el CLIENTE."*

La cláusula no resulta oscura en su redacción, a juicio de este tribunal. Dentro de la incuestionable complejidad que resulta inherente a una operación de swap, el tenor del clausulado resulta inteligible, por lo que no detectamos un problema que pueda justificar un óbice a la incorporación de esta cláusula a un contrato.

Insistimos en que en la demanda se hacía hincapié en alegatos que poco tienen que ver con un enfoque correcto del examen, en abstracto, de la redacción de la cláusula impugnada y que apuntaban a las circunstancias concretas que habrían concurrido a la firma de cada contrato con cada uno de los clientes de BANKINTER (previsible evolución de los tipos de interés, etc). Pero ese es en un enfoque inadecuado en esta sede procesal. El examen del cumplimiento de los deberes de información que pesan sobre el banco estará en función de lo que la entidad financiera hubiera hecho en cada concreta contratación, sin que tenga sentido trasladar esa función a un litigio en el que el tipo de acción ejercitada sólo posibilita realizar un control sobre el modo en el que está redactado el clausulado de un formulario.

El juez efectúa un razonamiento en su sentencia que no estimamos que justifique la anulación de la cláusula. En ésta se realiza una descripción general de la operativa del swap porque es eso lo que procede en sede de un condicionado general. Lo que la cláusula explica es la dinámica de la operación, que funciona mediante liquidaciones a practicar en fechas concretas que, en función del flujo del intercambio financiero, arrojará un resultado positivo bien para el banco o bien para el cliente, lo que produce, a su vez, el correspondiente apunte



contable. Asimismo prevé una imputación de las diferencias que pudieran generarse que quedarán a favor o a cargo, según su signo, pero en todo caso no solo en sentido desfavorable, del cliente.

Los déficits de información que el juez señala no son imputables a la redacción de la cláusula, sino que dependerá de lo que el banco, en el cumplimiento de sus obligaciones legales, hubiera efectuado en cada momento concreto con cada uno de los clientes con los que contrató. No deberían ser consideradas deficiencias imputables a la cláusula si el banco efectuó o no simulaciones a cada cliente o si explicó o no a éstos adecuadamente las consecuencias de la operación, ya que eso dependerá de cada caso y no debería ser enjuiciado aquí a modo de causa general.

### III-estipulación 6 (cancelación anticipada y resolución).

La cláusula es del siguiente tenor: " 6. La duración del presente contrato se establecerá en la cláusula 14. No obstante, las partes podrán resolver el presente contrato anticipadamente por los siguientes motivos:

- Amortización total del préstamo. Si el préstamo es hipotecario la venta del inmueble objeto de la hipoteca determinará la resolución del presente contrato.
- Reducción del plazo del préstamo por debajo del plazo pactado para el intercambio.
- Resolución voluntaria del intercambio por parte del CLIENTE o por BANKINTER.

Además, BANKINTER podrá resolver este contrato de acuerdo con los siguientes motivos:

- La falta de pago por el CLIENTE de cualquier cantidad adeudada al BANKINTER como consecuencia de liquidaciones parciales de la operación.
- El incumplimiento por parte del CLIENTE de cualquiera de las obligaciones contraídas con BANKINTER o con terceros, incluido el protesto de efectos y el inicio de actuaciones judiciales contra los mismos.
- La comprobación de la falsedad, ocultación a inexactitud en los datos o documentos facilitados por el CLIENTE a BANKINTER, que hayan servido para la formalización de la operación.
- La variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la formalización de la operación de préstamo o al mantenimiento de su vigencia, la disminución de la solvencia patrimonial y financiera del CLIENTE por cualquier causa.

En estos casos se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución".

La polémica que afecta a esta cláusula se desdobra en dos puntos de debate jurídico. La primera parte del clausulado se refiere a los casos de resolución anticipada del contrato, en dos casos por causas derivadas de su relación con el préstamo paralelo, debidamente objetivadas, y en el tercero de modo voluntario, lo que puede producirse tanto a instancias del banco como del cliente (es particularmente importante esto último, pues posibilita a éste la toma de decisión sobre el abandono de la operación cuando constata que la evolución del interés le está resultando perjudicial). Estamos ante una exposición puramente descriptiva de las causas de finalización anticipada. No detectamos problema alguno de claridad.

En la demanda se reprochaba a esta estipulación la falta de concreción en cuanto a las consecuencias de la cancelación del contrato (significadamente la información sobre cuál pudiera ser el resultado de la liquidación del contrato y la existencia de costes a ello asociados). Este motivo no nos parece suficiente para justificar la declaración de nulidad, porque tales consecuencias no tienen necesariamente que figurar en el condicionado general. Los detalles de liquidación no podrán ser otros que los resultantes de efectuarla a los tipos operativos en el mercado en el momento de concluir el contrato (que es lo que menciona in fine la cláusula y, obviamente, su resultado sólo pueden conocerse en función de cómo resulte el intercambio en ese momento, pues depende de la evolución que en el seno de aquél se haya producido). Por otro lado, los gastos deberían corresponderse con lo estipulado en el condicionado particular o, en su defecto, regularse por lo dispuesto en la normativa sectorial o en el Derecho común. En último caso, un silencio o un déficit de información al respecto podrían justificar que el cliente rechazase hacerse cargo de costes adicionales al resultado de la liquidación. Estamos, en cualquier caso, ante una problemática ajena al condicionado general.

El que la propia entidad financiera haya incluido menciones al respecto de los gastos en, al menos, uno de los modelos que emplea desde 2010 (documento nº 9 de la demanda), no implica que haya que anular otros condicionados generales previos. Precisamente su iniciativa podría deberse a un intento de evitar que el cliente pudiera ampararse en el silencio del condicionado para oponerse a soportar tales costes. Pero aquí se trata de





defender los intereses del consumidor, no del banco, por lo que no vemos el motivo para considerarle obligado a que tuviera que haber incluido tal mención en un condicionado general previo.

En lo que respecta a la segunda parte de la cláusula, la que regula la posibilidad de resolución del contrato por causa de incumplimiento, este tribunal ha alcanzado la convicción de que la facultad unilateral que se confiere al banco por este motivo, en esta parte de la condición general, merece la calificación de cláusula abusiva. En primer lugar, la estipulación carece de reciprocidad, pues no se concede al cliente la facultad de resolución para el caso de incumplimientos por parte del banco. Además, la facultad de resolución se relaciona con previsiones que no están bien aquilatadas como una respuesta proporcional a la situación planteada. Así, resulta desmedido que la resolución del contrato pueda pretextarse en cualquier incumplimiento del cliente, con independencia de la gravedad que tenga el mismo (pues sólo si está dotado de relevancia podría constituir justa causa de resolución), como resulta de la fórmula "*falta de pago ... de cualquier cantidad adeudada*" (por ejemplo, sería desmedida tal reacción ante una parte poco significativa de una sola liquidación) o "*de cualquiera de las obligaciones contraídas*" (lo que implicaría que también posibilitarían tal consecuencia las meramente accesorias o poco importantes); es, asimismo, una desmesura que se apunte no ya a situaciones de insolvencia del cliente (lo que tendría un sustento objetivo) como causa de resolución, sino a meras situaciones de disminución de solvencia patrimonial o financiera (lo que dejaría en manos del banco que pudiera obrar a su conveniencia, en contra de los intereses del cliente, al tener a su favor una fórmula tan abierta). Aunque el vencimiento anticipado de una obligación, que implica la pérdida del beneficio del plazo y conlleva adelantar la exigibilidad de la misma, puede responder, al margen de las causas legales ( artículo 1129 del C. Civil y otras disposiciones especiales), a la que sea fruto de lo pactado por las partes (con arreglo a la previsión del artículo 1255 del C Civil y a los límites señalados en él), es importante tener en cuenta que una facultad de ese tipo, para que pueda ser considerada lícita, debe responder a intereses que puedan ser apreciados como legítimos. De ahí que cuando la cláusula que permite resolver anticipadamente se predisponga en sede de condiciones generales de la contratación deba comprenderse si verdaderamente tan contundente consecuencia responde a una justa causa; cuando ésta lo sea el incumplimiento contractual, sólo puede ser configurada como una respuesta adecuada y proporcionada ante una manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial ( sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 , asunto C-415/11 , y de 26 de enero de 2017, asunto C 421/14 ), sin que debiera bastar ni la infracción de obligaciones accesorias ni incumplimientos todavía irrelevantes (lo que la literalidad de la cláusula permitiría, en cambio, incluir en ella). Otro tanto debemos decir con respecto a otras previsiones de la cláusula que vienen a dejar al arbitrio del banco la facultad de resolución. Según un criterio que atiende a la lógica de las actuaciones humanas, en el marco de una negociación individual (que es el que el Tribunal de Justicia -UE-, en sentencia de 14 de marzo de 2013 - C-415-11, dice que hay que tomar como referencia) un cliente no hubiera aceptado una cláusula de esta índole. La jurisprudencia también se ha mostrado adversa a la validez de condiciones generales de la contratación de tales características ( sentencia de la Sala 1ª del TS 705/2015, de 23 de diciembre ).

La cláusula que aquí nos ocupa resulta abusiva porque entraña un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes ( artículo 82.1 del TRLGDCU y 10 bis de la precedente Ley 26/1984 ), pues resultaría desproporcionado que pudiera operar ante situaciones como las que hemos señalado ( artículo 88.1 del TRLGDCU y su correlativo del listado de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 ), vincularía al cliente a la voluntad del banco ( artículo 85.4 del TRLGDCU y su correlativo del listado de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 ) e implicaría además falta de reciprocidad ( artículo 87 del TRLGDCU y su correlativo del listado de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 ).

#### **IV-estipulación 8 (cesión de la posición contractual).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 8. Los derechos u obligaciones, así como la posición contractual del CLIENTE, no podrán ser cedidas o transferidas a un tercero sin el previo consentimiento escrito del BANCO.

*EL BANCO podrá ceder a un tercero su posición contractual en el presente Contrato, sin que sea necesario el previo consentimiento del CLIENTE o la comunicación a éste, siempre que esta cesión no suponga menoscabo alguno de la posición contractual del CLIENTE."*

La cesión de contrato, como transferencia unitaria de la posición jurídica del contratante, siempre que mediase consentimiento a ello de las partes, resulta admisible, fuera de las prestaciones de carácter personalísimo, al amparo de lo previsto en el artículo 1255 del C. Civil (así lo ha reconocido la jurisprudencia- sentencias de la Sala 1ª del TS de 26 de noviembre de 1982 y 6 de noviembre de 2006 ).

El primer párrafo de la cláusula se atiende de modo estricto a tal criterio jurídico. El segundo párrafo exige un cierto esfuerzo interpretativo. Hay que tener presente que toda cláusula contractual, siempre que ello sea posible, debe ser interpretada en el sentido adecuado para que pueda producir válidos efectos jurídicos (así lo exige el artículo 1284 del C. Civil ). Pues bien, el recto entendimiento del segundo párrafo, de modo acorde



a la posibilidad de conservar su eficacia contractual, no implica, en realidad, que el consentimiento inicial del cliente para que pueda operar una cesión devenga en innecesario "ab initio", sino que supone que con la firma del contrato el cliente ya está dando su consentimiento anticipado a una futura cesión por parte del banco, razón por la cual puede prescindirse de tener que volver a pedirle su aquiescencia. La prestación anticipada de consentimiento por parte de uno de los contratantes resulta un modo lícito de diseñar la cesión. Merced a esa autorización previa bastará luego el convenio entre cedente y cesionario para llevarla a efecto.

La innecesariedad de la notificación de la cesión es coherente con el efecto jurídico de que aquella no resulta imprescindible para que ésta opere sus efectos, aunque, obviamente, los actos de cumplimiento por parte del cliente ante la contraparte le liberarían de responsabilidad en tanto no le hubiera sido comunicada (por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 1527 del Código Civil). La notificación no es un requisito para la que la cesión efectuada conlleve eficacia, pero el que cumple sin tener conocimiento de que finalmente se ha llevado a cabo queda libre de responsabilidad.

La cláusula no presenta problemas de comprensibilidad. Además, se ajusta al panorama legal que hemos explicado.

Las referencias del juzgador a la existencia de otros contratos que pueden mediar en el tráfico mercantil, como los denominados "espejo" y los convenidos por otras entidades financieras, no puede constituir un pretexto para anular la cláusula que aquí nos ocupa. La relación contractual que haya de derivar del contrato swap es la que es, con independencia de lo que BANKINTER pueda estipular en su relación con otros bancos y éstos con sus respectivos clientes, pues ello no interfiere en el entramado de derechos y obligaciones que deben derivarse de la permuta financiera suscrita con cada cliente.

La transmisibilidad de la posición contractual del banco no sólo resulta un pacto admisible sino que supone también una práctica habitual en el tráfico mercantil, como modo de financiación entre bancos y medio de reparto de riesgos en la operativa del mercado financiero. Nada censurable vemos en ello, a diferencia del parecer expuesto por el juez de lo mercantil.

Además, la propia cláusula prevé, como garantía a favor del consumidor (que con consentimiento del banco también podría transmitir su posición), que la cesión no podrá entrañar menoscabo alguno para la posición contractual del cliente, lo que permite entender que la liberación de responsabilidad del banco transmitente, que es lo que podría fundamentalmente preocupar al otro contratante (por razones de solvencia, etc), no se produciría de suponer tal consecuencia, por lo que podría exigirse una responsabilidad subsidiaria del cedente, en caso de problemas con el cesionario, ante el cliente.

Tampoco apreciamos un problema de falta de reciprocidad, lo que mencionamos porque en la sentencia se cita el artículo 87 del TRLGDCU, ya que la posibilidad de cesión lo es para ambas partes. La diferencia estriba en que el cliente presta el consentimiento de forma anticipada en consonancia con las exigencias del tráfico mercantil (necesidad de agilidad de la operativa bancaria, que podría quedar comprometida de tener que estar esperando a obtener más adelante, teniendo que plasmarlo en un nuevo documento, el consentimiento del cliente).

#### **V-estipulación 14 (datos particulares).**

El condicionado particular de un contrato no debería, en principio, ser objeto de control en sede de un litigio sobre condiciones generales de la contratación. Para el enjuiciamiento de la validez de las cláusulas particulares de un contrato basta con atender a las normas generales sobre el Derecho de los contratos. Ahora bien, cuando, por encima de la denominación que se le haya otorgado, resultase que una cláusula, en principio inserta en el condicionado particular, viniera siendo utilizada sistemáticamente a modo de una condición general de la contratación, cabría efectuar su control del mismo modo previsto para éstas.

En nuestra opinión, los datos particulares que constan en el modelo de contrato aportado con la demanda no están llamados a operar como condiciones general de la contratación, pues lo que allí figura es un listado de menciones (números de cuenta, tipo de intercambio elegido, fecha de contratación, día de inicio y fin del intercambio, porcentaje aplicable, nominal vivo del préstamo, tipos de referencia, periodicidad de la liquidación, comisiones a aplicar) que deben ser rellenos en cada caso concreto, con las referencias que procedan a los hitos temporales y cuantitativos de cada contratación, así como con los tipos de referencia y comisiones aplicables a la misma. Lo que no se puede pedir a un tribunal, en sede de una acción colectiva sobre condiciones generales de la contratación, es que examine la fortuna con la que el banco venía consignando tales referencias concretas. Si era correcto o no que en lugar de utilizar un dígito concreto emplease una clave de carácter meramente interno a la hora de referenciar tipos de interés no es un problema de diseño del condicionado general sino de confección inadecuada de cada determinado contrato. Es en sede de cada relación contractual específica en la que cada cliente podrá plantear quejas a propósito de si en su contrato se



señaló con la debida precisión cuáles eran los tipos aplicables y si las comisiones respondían o no a la realidad de la operación. Lo que carece de sentido es que en sede de una acción colectiva se efectúen pronunciamientos sobre condiciones particulares, que no generales, que además sólo podrían enjuiciarse en sede de un litigio atinente a cada relación singular. Es por ello que debemos revocar, también, este particular de la sentencia de la primera instancia, que olvidando tan elemental premisa decretó la nulidad de este apartado.

**SEXTO.- Formulario modelo para contrato de gestión de riesgos financieros (documentos nº 3.2 y 3.3 de la demanda)**

**I-expositivo II (advertencia de riesgos).**

La cláusula es del siguiente tenor: " II. El CLIENTE conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el Cliente en el presente CONTRATO".

La cláusula presenta carencias en su redacción que resultan insalvables por vía interpretativa. Al indicarle, tan solo, al cliente que por la dinámica del swap pueden llegar a producirse situaciones en las que el beneficio esperado se reduzca o anule, no se le está advirtiendo de que incluso podría también generarle pérdidas. El silenciar ese dato podría incluso hacerle pensar lo contrario al cliente, por lo que resultaba imprescindible indicarlo. Estamos ante una información que debería hacerse constar ante cualquier posible usuario de este tipo de productos (esto sí es predicable con carácter general) de manera que éste pudiera ser consciente del alcance de la verdadera entidad de los riesgos que, por definición, comportan esta clase de operaciones. El problema puede afectar, incluso, a la propia incorporabilidad de la cláusula al contrato, por lo incompleto, e incluso engañoso, del tenor de la misma, lo que enturbia su claridad. En su defecto, resulta patente que entrañaría, cuando menos, un déficit de transparencia, porque influiría en la posibilidad de apreciación de la trascendencia jurídica y económica que para el cliente puede conllevar la sucesiva suscripción de los productos financieros que le irá ofertando el banco en el marco de este tipo de contratación. Consideramos, por lo tanto, que debemos confirmar el pronunciamiento de nulidad de esta cláusula que ha sido emitido por el juzgado.

**II-cláusula 3 (gestión del riesgo).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 3. El Producto de Gestión del Riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el CLIENTE. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En cada una de dichas liquidaciones, se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del cliente correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el CLIENTE y el abono por la parte a pagar por el BANCO, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares."

Este tribunal no comparte la apreciación del juez de lo mercantil de que la cláusula no resulte comprensible. Es importante no perder de vista que el formulario contractual al que se refiere la demandante lo es de un contrato marco de gestión de riesgos financieros, lo que por definición implica que constituye simplemente un encuadre de referencia para la contratación con el banco de diversos instrumentos financieros de gestión de riesgo (swaps u otros). Por eso en la cláusula que aquí nos ocupa simplemente se efectúa una descripción genérica de la operativa con productos financieros derivados (práctica de liquidaciones periódicas que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente mediante el neteo resultante del empleo de la fórmula de gestión elegida) que tiene cabida en sede de un condicionado general. Es en las condiciones particulares del contrato, a las que de modo explícito se remite la mentada condición general, en las que procede fijar los detalles concretos sobre el tipo de contrato financiero al que se dará amparo (algún tipo de clip Bankinter, por ejemplo) y sobre la operativa de las liquidaciones (plazos, tipos aplicables a favor y en contra del cliente y el banco, etc). El que esto último no se incorpore a la condición general, que sólo persigue fijar un marco de referencia, no convierte a la misma en confusa ni ambigua, como se decía en la resolución de la primera instancia, ni tampoco es reprochable a la misma una falta de transparencia, pues la información correspondiente debe buscarse en cada operación particular convenida al amparo del contrato marco.

Además, no ha lugar a hablar de abusividad a este respecto apuntando, como se hacía en la demanda, a la comparación entre los tipos de interés que operan a favor y en contra del cliente, pues eso se determina en lo pactado en cada contrato en particular, por lo que habrá casos en los que las referencias sean unas y en otros lo sean distintos porcentajes o diferenciales. No tiene sentido analizar en sede de una acción colectiva los tipos que pudiera ofrecer el banco para efectuar las liquidaciones. Cualquier polémica al respecto debería ventilarse en una acción de índole contractual o, de tener cabida en ello, en sede de una acción individual.



### III- cláusula 5 (revocación de la oferta)

La cláusula es del siguiente tenor: " 5. No obstante lo dispuesto en la cláusula anterior, El CLIENTE reconoce el derecho del BANCO durante toda la vigencia del Periodo de Comercialización 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 de revocar esta última respecto de todos o alguno de esos Productos si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente. El CLIENTE podrá aceptar la propuesta alternativa o resolver el presente contrato marco."

La redacción de esta cláusula resulta poco diáfana, a juicio de este tribunal. Aunque la misma se refiere al período de comercialización, del tenor de la misma parece deducirse que no operaría en una fase puramente precontractual, en la que la retirada de la oferta por parte de una de las partes pudiera ser entendida como una opción factible. Los defectos de claridad en la redacción de la cláusula suponen que no pueda quedar incorporada a los contratos que se sirvan de tal modelo.

Además, la lectura de la cláusula permite entender que se estaría concediendo a la entidad financiera una dispensa para retirar la oferta, pese a que ésta ya hubiese sido aceptada por la contraparte. Esa posibilidad implicaría romper un contrato ya perfeccionado por el concurso de oferta y aceptación, en contra de lo que dispone el artículo 1258 del C. Civil, que anuda efectos obligatorios para ambas partes desde que concurre ese recíproco consentimiento, del que no puede luego una de las partes desentenderse. Se trata, por lo tanto, de una estipulación contraria a la ley.

Por último, una cláusula contractual de la que puede derivarse la concesión de un privilegio unilateral para la entidad financiera predisponente, que le permitiría retractarse de sus obligaciones por su exclusiva voluntad, implica introducir un desequilibrio en la dinámica contractual que incurre en la abusividad que prevé el nº 1 del artículo 82 del TRLGDCU.

### IV- cláusula 6 (cancelación anticipada y resolución).

La cláusula es del siguiente tenor: " 6. 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.

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.

El BANCO podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos:

- La falta de pago por el CLIENTE de cualquier cantidad adeudada al BANCO derivada de cualquiera de las liquidaciones asociadas a un Producto.
- El incumplimiento por parte del CLIENTE de cualquiera de las obligaciones contraídas con BANKINTER o con terceros.
- La comprobación de la falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por EL CLIENTE a BANKINTER, que hayan servido para la formalización de la operación.
- La variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación, o la disminución de la solvencia patrimonial y financiera del cliente por cualquier causa.

En los casos descritos en esta cláusula, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del CLIENTE en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución.

En esta cláusula se suscita una problemática muy similar a la que hemos analizado a propósito de estipulación 6 del formulario modelo del contrato de intercambio.

Ya hemos explicado que no advertíamos motivo fundado para poner en entredicho la eficacia de la regulación de la cancelación anticipada en unos términos muy parecidos. Pero es que, además, la cláusula que ahora analizamos contiene añadidos sobre la antes estudiada, porque aquí se adicionó una advertencia al cliente de la existencia de costes asociados a la cancelación. Las referencias a las condiciones de mercado y al importe nominal contratado por el cliente tienen sentido, porque estamos en sede de un contrato marco, donde es



difícil poder expresar una concreción mayor al respecto (la cual dependerá del tipo de producto cancelado, en cuyo clausulado es donde debería concretarse la pertinente información al respecto). Consideramos que la cláusula supera los controles de incorporación y de transparencia. Por otro lado, la misma está concediendo al cliente la oportunidad de salida, a su conveniencia, de un determinado producto financiero/inversor, por lo que incluso hubiera podido resultar perjudicial para el consumidor el que se accediese a la pretensión de declarar su nulidad.

Con respecto a la facultad unilateral de resolución por incumplimiento que se confiere al banco en la segunda parte de esta condición general, hemos de decir que el juicio que la misma nos merece es que se trata de una cláusula abusiva, por las mismas razones que hemos expuesto al analizar la estipulación 6 del formulario modelo del contrato de intercambio. Basta con la remisión a ellas para proporcionar, a este respecto, justificación jurídica a nuestro fallo.

#### **V-cláusula 9 (cesión de la posición contractual).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 9. *Los derechos y obligaciones, así como la posición contractual del Cliente, no podrán ser cedidas o transferidas a un tercero sin el previo consentimiento escrito del Banco.*

*El Banco podrá ceder a un tercero su posición contractual en el presente Contrato, sin que sea necesario el previo consentimiento del Cliente o la comunicación a éste, siempre que esta cesión no suponga menoscabo alguno de la posición contractual del Cliente.*"

También hemos tenido ocasión de analizar la problemática que suscita este tipo de cláusula al analizar la estipulación 8 del formulario modelo para contrato de intercambio. Nos remitimos a lo que allí hemos señalado para explicar que no procedía decretar la nulidad de una condición general de esta índole.

#### **VI- condiciones particulares.**

En el condicionado particular se contienen previsiones, referenciadas como producto de cobertura a "CLIP BANKINTER", que también han sido objeto de impugnación y que el juez no tuvo empacho en anular con una parca motivación.

Como ya hemos dicho antes, los términos concretos en los que se haya estipulado una operación de swap (tipos aplicables, referencias temporales aplicables, términos en los que se efectuarán las liquidaciones, etc) no pueden ser controlados en sede de la clase de acciones que han sido ejercitadas por la parte demandante.

La previsión relativa al señalamiento de ventanas para efectuar las cancelaciones varía, como ha demostrado el banco, entre los diversos contratos. Cumple con ello la parte demandada con la carga de desvirtuar su posible consideración como condiciones generales (artículo 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU, que opera en el ámbito de la contratación con consumidores, pues la Sala 1ª del TS, en sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, aunque no lo considera de directa aplicación en acciones colectivas - al no estar litigando un consumidor concreto- viene a entender que puede ser invocada esa misma regla). Las virtudes o carencias que podamos detectar en un determinado condicionado particular no nos autorizan a enjuiciarlo como si de un condicionado general de la contratación se tratara.

Tan sólo la cláusula inserta en letra negrilla y marcada con un asterisco, relativa a la posibilidad de unilateral retirada de la oferta por parte del banco, estipulación ésta que reproduce justamente la que hemos analizado antes sobre esta materia, constituye una auténtica condición general de la contratación, con respecto a la que, además, ya nos hemos pronunciado, por lo que basta con que nos remitamos a nuestras precedentes consideraciones.

#### **SÉPTIMO.- Formulario modelo para contrato clip hipotecario (documento nº 3.4 de la demanda)**

Hemos de comenzar el análisis de este formulario advirtiendo que en la demanda se alegaba que el banco demandado habría estado comercializado esta modalidad de contratos cuando los tipos de interés ya estaban bajando. Esta clase de alegatos deberían reservarse para los litigios en materia contractual o para el análisis de las problemáticas de transparencia en sede de las acciones individuales, no teniendo mucho sentido que la asociación demandante arrastre invocaciones de esa índole al marco de una acción colectiva como la que aquí nos ocupa.

#### **I-estipulación 1 (referida al objeto del contrato).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 1. *El presente contrato tiene por objeto la contratación entre el CLIENTE y BANKINTER de un derivado financiero, el Clip Hipotecario, que produce el efecto económico de intercambiar, sobre el nominal contratado, un tipo de interés variable por una estructura de pagos previamente fijada, sin que por ello se modifiquen las condiciones del PRÉSTAMO.*



*El presente contrato es un contrato financiero, autónomo del PRÉSTAMO, que toma como tipo de interés de referencia que se utiliza para calcular el importe de la liquidación correspondiente, el Euribor Hipotecario. El Euribor Hipotecario se define como la media aritmética simple del Euribor 12 meses del mes anterior, publicado por el Banco Central Europeo.*

*El Cliente podrá contratar el Clip Hipotecario durante el periodo de comercialización mediante la firma del presente Contrato.*

*El Cliente reconoce que mediante el presente Contrato está suscribiendo un producto derivado que puede conllevar que el Cliente recibe apuntes negativos en la Cuenta asociada, dependiendo de la situación del mercado en cada momento.*

*El Cliente reconoce el derecho del BANCO, durante toda la vigencia del Periodo de Comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del Clip Hipotecario de revocar esta última, si bien en este caso el Banco ofrecerá a los clientes un Producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente."*

En la resolución apelada se dice que estamos ante una cláusula que no es clara, ni tampoco transparente por la ausencia de simulaciones sobre el funcionamiento del producto. Discrepamos de estas apreciaciones.

En primer lugar, la cláusula no presenta problemas de claridad. Esta primera regla del formulario modelo sólo contiene una descripción general del contrato de permuta financiera y de la relación que el mismo está llamado a tener con otra operación paralela de préstamo. Se contiene las referencias precisas, propias de un condicionado general (lo que no requiere la concreción de datos concretos que quedan remitidos al condicionado particular de cada contrato), para explicar, someramente, en qué consiste la operación (un derivado financiero, que opera, con respecto a un importe contratado, en definitiva, un intercambio financiero en función de cuál sea la variación del tipo de interés) y advertir de los riesgos que conlleva (se le apercibe al cliente, aquí sí, de que el resultado puede generar apuntes negativos). Ya hemos explicado antes cómo opera un swap, por lo que nos remitimos a nuestras precedentes consideraciones al respecto.

En segundo lugar, censurar al banco no haber incluido en esta cláusula simulaciones de posibles escenarios está fuera de lugar, pues estas no tendrían por qué formar parte, necesariamente, de una cláusula de esta índole. Las simulaciones de escenarios son informaciones que el banco debería proporcionar, para cumplir con sus obligaciones de transparencia, al tiempo de celebrar cada contrato, en función de las circunstancias financieras y temporales entonces concurrentes. Lo que no tiene sentido es pedirle al banco que incorpore al formulario del condicionado general una simulación atemporal sobre la posible evolución de tipos de interés, ni tampoco lo tiene el exigirle que tuviera que incorporar la relativa al momento temporal que la asociación demandante ha considerado oportuno referirse con olvido de otros que han sido muy distintos.

Tampoco nos ha sido presentado en autos ningún protocolo bancario que pueda resultar contrario a la procedencia de efectuar simulaciones cuando deba abordarse la contratación en particular con cada uno de los clientes.

El único reparo lo tenemos que oponer al párrafo final de esta cláusula, donde aparece la cláusula de revocación de la oferta que antes hemos considerado inválida. De esta sólo podemos predicar la misma consecuencia por iguales razones a las que ya hemos expuesto antes.

#### **II-estipulación 4 (cargos y abonos).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 4. En cada Fecha de Revisión, indicadas en la Cláusula 14, y para poder calcular el importe de las siguientes liquidaciones, se revisan los tipos de interés vigentes en base al Euribor Hipotecario.

*Asimismo, a lo largo de la vida del Producto se comprobará si el nominal del Clip Hipotecario supera al del PRÉSTAMO y, en su caso, se procederá al ajuste correspondiente con la consiguiente liquidación en la cuenta asociada del Cliente, de acuerdo con lo establecido posteriormente en la Cláusula 5.*

*Mensualmente, en cada una de las fechas en que se haga efectiva la liquidación del PRÉSTAMO ("Fecha de Liquidación", indicada en la Cláusula 14), se producirá un cargo o un abono en la cuenta de liquidación indicada en el presente contrato en función del resultado neto que se derive de la aplicación del Clip Hipotecario que se haya pactado para cada momento de la vigencia del contrato. De este modo, se producirá un cargo en dicha cuenta si la cuantía a pagar por el CLIENTE es mayor que la cuantía a pagar por BANKINTER, produciéndose un abono en caso contrario.*



*Las liquidaciones a realizar se calculan desde el primer día de un mes hasta, e incluyendo, el último día del mismo, independientemente del día de contratación del Clip o de la Fecha de liquidación. Cada una de las liquidaciones realizadas al Cliente corresponde con las liquidaciones calculadas del mes anterior. Esto implica que la primera liquidación se producirá en la Fecha de Liquidación correspondiente al mes siguiente a la entrada en vigor del presente Clip Hipotecario y la última liquidación se producirá en la Fecha de Liquidación correspondiente al mes siguiente al fin del Clip Hipotecario.*

*En caso de cambio de la fecha de liquidación del PRÉSTAMO, la Fecha de Liquidación del Clip Hipotecario cambiará automáticamente para ajustarse a la nueva fecha de liquidación."*

Discrepamos nuevamente de la opinión del juez de lo mercantil. La cláusula no es oscura en su redacción, a juicio de este tribunal. Dentro de la incuestionable complejidad que resulta inherente a una operación de swap, lo que condiciona los términos de la redacción, el tenor del clausulado resulta inteligible, por lo que no detectamos un óbice sustancial para considerar que no se superasen las exigencias para que deba resultar admisible la incorporación de una cláusula de este tipo a un contrato de permuta financiera.

El enfoque correcto del examen, en abstracto, de la redacción de la cláusula impugnada no puede pasar por el análisis de las circunstancias concretas en que se hayan ido produciendo la firma de cada uno de los sucesivos contratos concretos con los clientes (previsible evolución de los tipos de interés, etc). El examen del cumplimiento de los deberes de información que pesan sobre el banco estará en función de lo que la entidad financiera hubiera hecho en cada concreta contratación, sin que tenga sentido trasladar esa función a un litigio en el que el tipo de acción ejercitada solo posibilita realizar un control sobre el modo en el que está redactado el clausulado de un formulario.

En la cláusula que ahora nos ocupa se realiza una descripción general de la operativa del swap porque es eso lo que procede en sede de un condicionado general. Lo que la cláusula explica es la dinámica de la operación, que funciona mediante liquidaciones a practicar en fechas concretas que, en función del flujo del intercambio financiero, arrojará un resultado positivo bien para el banco o bien para el cliente, lo que genera, a su vez, el correspondiente apunte contable.

Si además pudo haberse incurrido por el banco en déficits de información a la hora de contratar, ello nada tendría que ver con la redacción de la cláusula, sino con el cumplimiento por el banco de sus obligaciones legales cuando trató con cada uno de sus clientes. Eso dependerá de lo que se hiciese en cada caso, lo cual no cabría enjuiciarlo aquí de modo genérico.

### **III- estipulación 6 (cancelación anticipada).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 6. Una vez transcurrido el Periodo de Comercialización, de tal modo que el Clip Hipotecario haya comenzado a desplegar sus efectos, el Cliente podrá cancelar anticipadamente el producto contratado. 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.

*Se cancela el Clip Hipotecario automáticamente en los siguientes casos:*

- *Amortización total del PRÉSTAMO, así como la venta del inmueble objeto de la hipoteca.*
- *Amortización parcial del PRÉSTAMO, cuando tal amortización tenga como consecuencia que el vencimiento del PRÉSTAMO se produzca antes que la Fecha de Vencimiento establecida para el Clip Hipotecario.*

*En caso de una cancelación total del Clip Hipotecario, el resultado económico de la misma incluirá el importe correspondiente a la liquidación del mes en que se efectúe la cancelación, si tal liquidación no se hubiera producido en el momento de la solicitud de la cancelación.*

*En caso de una cancelación parcial del Clip Hipotecario, el ajuste del nominal se hará efectivo en el mes siguiente al que se haya realizado la amortización del PRÉSTAMO.*

*En caso de solicitar la cancelación parcial o total del Clip Hipotecario el primero y último día hábil de un mes se realizarán el primer día hábil siguiente."*

Ya hemos explicado en dos ocasiones precedentes que no advertíamos motivo fundado para poner en entredicho la eficacia de la regulación de la cancelación anticipada en unos términos similares a los de esta cláusula. Nada tenemos aquí que añadir al respecto.

### **IV- estipulación 7 (facultad de resolución unilateral por el banco).**

La cláusula es del siguiente tenor: 7. La duración del presente contrato se establecerá en la cláusula 14. No obstante, cualquiera de las partes podrá voluntariamente resolver el presente contrato anticipadamente.



Adicionalmente a lo anterior y a las causas de cancelación obligatoria establecidas en la Cláusula 6, BANKINTER podrá resolver este contrato de acuerdo con los siguientes motivos:

- La falta de pago por el CLIENTE de cualquier cantidad adeudada al BANKINTER como consecuencia de liquidaciones parciales de la operación.
- El incumplimiento por parte del CLIENTE de cualquiera de las obligaciones contraídas con BANKINTER o con terceros, incluido el protesto de efectos y el inicio de actuaciones judiciales contra los mismos.
- La comprobación de la falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por el CLIENTE a BANKINTER, que hayan servido para la formalización de la operación.
- La variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la formalización de la operación de PRÉSTAMO o al mantenimiento de su vigencia, la disminución de las solvencia patrimonial y financiera del CLIENTE por cualquier causa, la interrupción, incluso parcial o temporal, de sus actividades, si se produce un riesgo de incumplimiento del contrato, su transformación, fusión, escisión o disolución, modificación esencial del objeto social, cambio sustancial en la composición del accionariado o en el control del régimen jurídico o económico, reducción del capital social o de los recursos propios y pérdidas durante dos o más ejercicios consecutivos.

En estos casos se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del CLIENTE en función de las condiciones existentes en el Mercado de Tipos de Interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución.

Los motivos que hemos expuesto en los precedentes fundamentos de esta resolución para defender la procedencia de la anulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco, también aquí regulada en términos similares, resultan trasladables al juicio sobre esta cláusula. No es preciso un mayor esfuerzo de motivación para justificar el porqué de la nulidad de esta estipulación, por más que en ella se adicione más motivos, muchos de ellos bastantes discutibles (el cambio de accionariado de una entidad o del régimen de control de la misma, etc) y que todavía generarían mayor desequilibrio, para dar pábulo a una iniciativa resolutoria por parte del banco que no queda debidamente aquilatada en este tipo de previsión.

#### **V- estipulación 9 (cesión de la posición contractual).**

La cláusula es del siguiente tenor: " 9. Los derechos u obligaciones, así como la posición contractual del CLIENTE, no podrán ser cedidas o transferidas a un tercero sin el previo consentimiento escrito del BANCO.

*El BANCO podrá ceder a un tercero su posición contractual en el presente Contrato, sin que sea necesario el previo consentimiento del CLIENTE o la comunicación a éste, siempre que esta cesión no suponga menoscabo alguno de la posición contractual del CLIENTE."*

Hemos tenido ocasión de analizar una previsión similar al pronunciarnos sobre la estipulación 8 del formulario modelo de contrato de intercambio. Nos remitimos, por lo tanto, a las consideraciones que hemos expuesto para explicar el porqué de la validez de una estipulación de esta índole.

#### **VI- cuadro de declaraciones del cliente y del banco.**

Al pie del formulario, antes del espacio para el lugar, fecha y firmas, consta un cuadro, titulado "CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA", en el que aparecen dos frases, seguidas cada una de ellas de sendas casillas para indicar SI o NO, del siguiente tenor: "El cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación" y "El cliente declara tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años". Bajo esas dos menciones aparece una tercera: "La falta de contestación a estas preguntas impide que BANKINTER valore si el producto es adecuado para el cliente. Igualmente el desconocimiento del producto puede hacer no adecuada su contratación."

La entidad demandante pretendía hacer ver que con unas declaraciones de esta índole se estaba diseñando un artificio por parte de la entidad financiera para eludir los test de adecuación y de conveniencia a los que deberían ser sometidos a los clientes antes de suscribir con ellos operaciones financieras/inversoras.

Aunque el juez de la primera instancia ha sido convencido por tal planteamiento, no comparte este tribunal tal punto de vista. El artículo 79 bis 7 de la LMV, a propósito del test de adecuación (que es al que responde el cuestionario que estamos analizando), permite utilizar formatos normalizados para hacer constar las advertencias que han de realizarse al cliente. El empleo de un modelo estándar no implica que, merced al hecho de recabar la simple rúbrica del cliente, el banco quede relevado de efectuar los correspondientes tests y de justificar su contenido cuando ello proceda. El modelo sólo responde a la plasmación de una declaración que resulta preceptiva y que puede adoptar un formato normalizado, porque así lo permite la ley. Pero ello no exime a la entidad financiera, en el caso de que se plantease polémica al respecto, de tener que justificar el cómo y el





cuánto del caudal informativo proporcionado a cada clase de cliente, que deberá haber alcanzado los límites exigidos por las reglas sobre transparencia. No vemos motivo para ordenar la supresión de los modelos de las referidas menciones, por lo que también en este aspecto hemos de revocar la resolución apelada.

**OCTAVO.- Formulario modelo para contrato de gestión de riesgos de tipo de interés (documento nº 3.5 de la demanda)**

El examen de este formulario revela que estamos ante un producto bancario elaborado, exclusivamente, para la financiación de actividades mercantiles de los clientes de BANKINTER. Así se explicita, sin posibilidad alguna para la duda, en el expositivo II del clausulado. Se trata de un modelo de contratación ajeno al ámbito de los consumidores a los que se refiere la acción colectiva ejercitada en la demanda. En consecuencia, considera este tribunal que estaba fuera de lugar entrar al análisis de tal condicionado general. Sólo en la medida en que estuviesen en juego los derechos de consumidores y usuarios podría la asociación demandante haber exigido que se efectuase un control judicial de tal clausulado (que, además, al no ir referido a consumidores, hubiera tenido que quedar acotado al ámbito de los problemas de incorporación o de contravención legal, sin que pudiera sujetarse el filtro de abusividad). No es el caso, por lo que procede, sin más, revocar la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia que afectaban a este clausulado.

**NOVENO.- Recurso de apelación interpuesto por la asociación demandante.**

El recurso planteado por ASUFIN persigue, de modo indisimulado, que este tribunal decrete la nulidad radical en su totalidad de los contratos de BANKINTER que incluían las cláusulas impugnadas, con la finalidad, al parecer, de proyectar luego tal ineficacia total, de modo automático e indiferenciado, sobre una multiplicidad de contratos individuales suscritos por dicha entidad financiera.

Para responder a un planteamiento del tipo del que sostiene la asociación demandante es preciso situar las cosas en su contexto jurídico.

Estamos en un marco procesal, que es el que corresponde a la acción colectiva de cesación (artículo 12 de la LCGC), en el que lo procedente es realizar la tarea de control abstracto de unas determinadas condiciones generales empleadas por la entidad financiera demandada mediante su inserción en unos modelos de contrato que ha venido empleando en el tráfico mercantil. La finalidad de este tipo de procedimiento no es conseguir la nulidad de ningún contrato en concreto (lo que puede conseguirse vía el ejercicio de iniciativas particulares, relacionadas con su relación individual, por parte de cada afectado), sino la de depurar el tráfico mercantil, expulsando de él aquellos clausulados predispuestos por un empresario que, con independencia de cuánto y cómo se hayan empleado, implican o pueden conllevar una perturbación para el correcto funcionamiento de aquél.

El objeto de control que es el propio de este tipo de procedimientos lo son condiciones generales de la contratación concretas, que serán analizadas en la medida que sean consideradas como tales, con el fin de constatar si satisfacen los requisitos precisos para que sean susceptibles de incorporación a las relaciones contractuales del banco con sus clientes o si cumplen las exigencias legales para poder considerarlas válidas. El pronunciamiento del juez debe ceñirse al examen de las concretas cláusulas que hubiesen sido objeto de impugnación en la demanda a fin de determinar si las mismas son o no contrarias a derecho.

Las consecuencias que pueden derivarse de un enjuiciamiento de esta índole, en el caso de estimar la acción de cesación, es que se ordenará la eliminación de la cláusula o cláusulas implicadas, que no podrán seguir siendo usadas en los contratos que se hallen en fase de ejecución ni podrán ser incluidas en los que se celebren en el futuro.

La mención contenida, in fine, en el nº 2 artículo 12 de la LCGC es una previsión legal que precisa de una recta interpretación para que pueda tener acomodo en el marco de un procedimiento de control abstracto de clausulados contractuales. Cuando el juez no ha tenido que analizar contratos concretos (donde la labor de integración o la declaración de nulidad contractual podría tener su verdadero sentido), sino cláusulas modelo, será difícil que pueda efectuar pronunciamientos sobre la eficacia de contrato alguno. No tendría razón de ser el efectuar un pronunciamiento de ese tipo en este marco procedimental, pues no se han analizado en él relaciones contractuales concretas, sino determinadas condiciones generales de la contratación (meros clausulados) que pueden luego estar insertas o no en los correspondientes contratos que haya firmado BANKINTER con cada uno de sus clientes. Carece de sentido, por lo tanto, que en el marco de una acción colectiva de cesación tenga el juez que declarar la nulidad total de ningún contrato al completo. De ahí que lo más que puede significar tal previsión es el otorgamiento al juez de una facultad para determinar o aclarar el alcance de la declaración de nulidad que motiva la orden de cesación, de modo que, cuando proceda, pueda fijar la interpretación del texto del condicionado general o contrato modelo que queda subsistente, puesto que está expulsando, en todo o en parte, una cláusula que estaba llamada a quedar integrada en él.



No puede confundirse el objeto de aquellos procesos en los que está en juego la expulsión de determinadas cláusulas predispuestas con aquellos otros en los que se discute sobre la concurrencia de los requisitos esenciales para la validez de un contrato (consentimiento, objeto y causa - artículo 1261 del C. Civil ), donde está en riesgo la nulidad del mismo en su totalidad. El planteamiento de la recurrente tiende, sin embargo, a confundir entre ambos escenarios.

Es cierto que en el seno de una acción individual en materia de condiciones generales de la contratación puede llegar a tener sentido que, en casos extremos, porque el contrato, en sí mismo, no pudiera subsistir sin el clausulado excluido, se declarase la ineficacia total de aquél (artículos 10.1 de la LCGC y 83 del TRLDCU). Ello se debe a que en ese marco procesal puede tener cabida tal consecuencia, porque el análisis se proyecta sobre una relación contractual concreta, que puede quedar desarbolada por la privación de parte de su contenido. Pero insistimos, esa clase de control es ajeno al puramente abstracto que debe efectuarse cuando se trata de las acciones colectivas.

En el caso que aquí nos ocupa, lo que la asociación demandante ejercitó, con toda claridad, en el seno de su demanda fue una acción de cesación para combatir la utilización por parte de la entidad demandada de determinadas condiciones generales, que estaban perfectamente identificadas, la cuales aparecían insertas en varios formularios modelo que se acompañaban al escrito rector del proceso. En momento alguno se reclamó en la demanda que se estuviera persiguiendo la declaración de nulidad, al completo, de ninguno de los contratos que empleaba la demandante, pues sólo se impugnaron algunas de las estipulaciones estándar de algunos de los modelos empleados por dicha entidad. Consideramos, por lo tanto, que la respuesta del juzgador se atuvo al principio de congruencia ( artículo 218.1 de la LEC ) cuando, en consonancia con lo reclamado, ajustó sus pronunciamientos a lo solicitado y se limitó declarar la nulidad de las cláusulas impugnadas y a ordenar que se cesase en la utilización de las mismas. No tenía que efectuar pronunciamiento alguno sobre la nulidad de ningún contrato al completo, porque no es eso lo que se le pidió en la demanda y hubiera podido incurrir en un exceso de haberse posicionado al respecto. Si no constituyó objeto de debate la validez del propio contrato, no podía el juez, sin sacrificar derechos fundamentales básicos (como el de defensa, del artículo 24 de la Constitución ) de la contraparte, efectuar un pronunciamiento al respecto.

No podemos considerar que fuera una exigencia del artículo 12.2 de la LCGC el que el juez tuviera que decretar, de oficio, tal nulidad, alcanzando incluso a lo no impugnado, pues la finalidad de la previsión legal resulta mucho más modesta, como ya hemos explicado con anterioridad.

Por otro lado, el pronunciamiento judicial es perfectamente coherente con el sistema de defensa de los derechos del consumidor. El éxito de la acción colectiva puede tener como efecto colateral el que los clientes de BANKINTER puedan beneficiarse de ella para defender sus derechos en el marco de sus propias iniciativas individuales, aprovechándose de lo ya avanzado en el marco de la defensa colectiva de sus intereses. Pero no es conveniente incurrir en el riesgo de efectuar declaraciones generales sobre la validez de relaciones contractuales al margen de cuál pueda ser el interés concreto de cada consumidor en el seno de su propia relación individual con la entidad BANKINTER. El consumidor ya dispone de la ventaja que le otorga el saber que determinada cláusula ha sido considerada nula en el seno de la acción colectiva, de manera que el banco no puede ampararse en ella, pero debe valorar, por sí mismo, a la vista de ello, qué es lo que más le interesa que ocurra en el seno de su relación individual.

Basta, por lo tanto, con la emisión, como pronunciamientos principales, de la declaración de nulidad y, en consecuencia, la orden de cesación que afecte a las concretas cláusulas mencionadas en el fallo judicial. Ello sin perjuicio de los otros pronunciamientos accesorios que tienden a asegurar la efectividad de los anteriores.

**DÉCIMO.-** En materia de costas procesales las consecuencias han de ser las siguientes: 1º) en lo que atañe a las de la primera instancia, la parcial estimación de la demanda conlleva que no deba efectuarse expresa imposición de costas, según la regla contenida en el nº 2 del artículo 394 de la LEC ; 2º) la también estimación parcial del recurso de BANKINTER implica que tampoco haya que efectuar pronunciamiento en costas, según dispone el nº 2 artículo 398 de la LEC ; y 3º) en cambio, la desestimación del recurso de ASUFIN conlleva la imposición a esta de las costas que haya ocasionado a la contraparte con la interposición de aquél, ya que así lo ordena el nº 1 del artículo 398 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente.

## FALLO



I.- Estimamos en parte el recurso de apelación planteado por la representación de BANKINTER SA contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el proceso nº 47/2013 , por lo que revocamos, también en parte, la mentada resolución judicial

II. Modificamos el fallo de la resolución apelada para que conste en ella que la estimación de la demanda planteada por ASUAPEDEFIN, actualmente ASUFIN, contra BANKINTER SA, lo es de carácter parcial.

III. Modificamos el pronunciamiento de la letra a del fallo de la sentencia apelada, que queda sustituido por el siguiente:

1.- Declaramos la nulidad de la cláusula que prevé la facultad unilateral de resolución por parte del banco, contenida en la estipulación 6 del formulario modelo para contrato de intercambio (documento nº 3.1 de la demanda).

2.- Declaramos la nulidad del expositivo II, de la cláusula 5 (revocación de la oferta, reiterada en el condicionado particular) y de la cláusula 6 (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para contrato de gestión de riesgos financieros (documentos nº 3.2 y 3.3 de la demanda).

3.- Declaramos la nulidad de la cláusula de revocación de la oferta contenida en la estipulación 1 y de la estipulación 7 (en lo relativo a la regulación de la facultad unilateral de resolución por parte del banco) del formulario modelo para contrato clip hipotecario (documento nº 3.4 de la demanda).

4.- Desestimamos la impugnación planteada contra el resto de las cláusulas referidas en la demanda.

IV. Modificamos el pronunciamiento de la letra f del fallo de la sentencia, que queda sustituido por el de que no procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de la primera instancia.

V. Confirmamos los pronunciamientos contenidos en las letras b, c, d y e del fallo de la referida sentencia.

VI.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas del recurso interpuesto por BANKINTER SA.

VII.- Desestimamos el recurso de apelación planteado por la representación de la asociación ASUFIN (antes, ASUAPEDEFIN) contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el proceso nº 47/2013 . E imponemos a dicha recurrente las costas derivadas de su recurso.

Devuélvase a la parte cuyo recurso ha sido parcialmente estimado el depósito que le hubiera sido exigido para poder recurrir.

Contra la presente sentencia las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.