

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 18  
MADRID**

**SENTENCIA: 00325/2011**

**Rollo: RECURSO DE APELACION 415 /2011**  
**Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 369 /2010**  
**Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 35**  
**de MADRID**

**PONENTE: ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO**

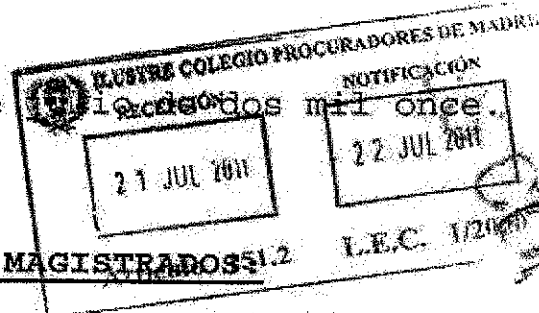
**APELANTE: BANKINTER S.A.**

**PROCURADOR:**

**APELADO: ANA MARIA**

**PROCURADOR: CRISTINA JIMENEZ DE LA PLATA GARCIA DE  
BLAS**

En MADRID, a seis de



**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. GUADALUPE DE JESÚS SÁNCHEZ**  
**ILMO. SR. D. LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO**  
**ILMO. SR. D. JESÚS C. RUEDA LÓPEZ**

La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en

grado de apelación los autos sobre nulidad de contrato, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante demandada BANKINTER S.A. representada por la Procuradora Sra.

y de otra, como apelada demandante DOÑA ANA Mª. representada por la Procuradora Sra. Jiménez de la Plata García de Blas, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. DON LORENZO PÉREZ SAN FRANCISCO.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid, en fecha 15 de diciembre de 2010, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda deducida por la Procuradora de los Tribunales DÑA. CRISTINA JIMENEZ DE LA PLATA-GARCIA en nombre y representación de DÑA. ANA MARÍA

contra BANKINTER, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO nulo el contrato de "clip hipotecario" suscrito entre Ana María y BANKINTER S.A. con fecha 3 de octubre de 2008, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, a tenor de las liquidaciones ya producidas y que se pudiesen llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones del contrato de litis que se declara nulo; todo ello con expresa imposición de costas a la entidad bancaria demandada".



**SEGUNDO.-** Por la parte demandada se interpuso recurso de apelación contra la meritada sentencia, admitiéndose a trámite y sustanciándose por el Juzgado conforme a la Ley 1/2000, se remitieron los autos a esta Audiencia.

**TERCERO.-** Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 5 de julio de 2011.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la entidad Bankinter S.A. se recurre la sentencia de instancia alegando en primer lugar infracción del requisito interno de congruencia, porque se sostiene se imputa a ambas partes contratantes una voluntad negocial no probada en el proceso ni admitida por la recurrente, el motivo de recurso se sostiene y basa en una incorrecta interpretación del real contenido de la sentencia recurrida, puesto que en el Fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia, no se establece que el Juez considere probado y acreditado que la pretensión se basaba en la supuesta ausencia de consentimiento, y en la convicción de la parte demandante de que la suscripción del contrato era en realidad una especie de seguro que cubría al cliente ante hipotéticas subidas de interés, un seguro frente a fluctuaciones, lo que está recogiendo el Juez en el Fundamento de Derecho Primero, no son hechos probados sino lo que pretende cada una de las partes, por lo que y en consecuencia no cabe entender que por el Juzgado se esté admitiendo de

forma expresa, que la real voluntad de la parte demandante fuera la suscripción de un seguro.

**SEGUNDO.** - Como segundo motivo de recurso se sostiene que el Juez aplica inadecuadamente la Ley de Mercado de Valores y sobre empresas de servicios de inversión, puesto que se sostiene al no tratarse el contrato de gestión de riesgos financieros de un producto de inversión, no es de aplicación la Ley de Mercado de Valores, ciertamente no puede sostenerse que no se trate de un producto de inversión, se trata de un claro producto puro y exclusivamente especulativo, en el que en virtud de las cláusulas pactadas el riesgo de la subida de los tipos del Euribor, va en contra de la entidad financiera y el riesgo de la bajada del citado tipo de interés va en contra de quien contrata el producto en cuestión, por lo que no puede entenderse que no se trate de un producto de inversión, pero independientemente de la aplicación o no al presente caso de la Ley del Mercado de Valores, existe una obligación clara y taxativa de la entidad bancaria de informar de forma correcta a su cliente, no podemos obviar que la demandante no fue por voluntad propia al banco a contratar el producto en cuestión, sino que fue llamada por la directora de la sucursal, quien le expuso de forma incorrecta y muy limitada cuales eran las condiciones del producto que iba a contratar, y obviando la parte hoy recurrente, el contenido del test de preferencias de inversión de la parte actora, y la condición autocalificada de defensiva sin riesgo buscando siempre la protección del capital que invierto y no acepto pérdida de inversión, sin embargo se le contrata un producto como el swap que es objeto del presente procedimiento en el que existe un claro y evidente riesgo de pérdida del capital, entendiéndose por tal la obligación de satisfacer la diferencia de intereses, puesto que en el citado producto no existe desembolso alguno de capital de forma inicial, por ello y en consecuencia no puede entenderse ni sostenerse por la entidad bancaria que actuó correctamente, sino que por el contrario

actuó de forma poco clara, como se desprende del documento obrante al folio 57, que aunque no se refiere en concreto al clip hipotecario que suscribió la actora se refiere a otro similar, en el que únicamente se hace referencia, a las ventajas del clip hipotecario pero no a los riesgos e inconvenientes que tiene la citada inversión, lo que implica y supone que se pueda presumir, que si en la propaganda escrita se omitían los posibles riesgos de la operación, también se omitirían en la exposición verbal del producto realizada por la directora de la sucursal, lo que nos lleva al igual que al Juez de instancia a la evidente conclusión de que existió un claro error en el consentimiento prestado por la actora que invalidaba el mismo, lo que constituye clara causa de nulidad del contrato, y por ende de confirmación de la sentencia de instancia, sin necesidad de entrar a la última alegación formulada relativa a la validez de la cláusula de resolución anticipada por ser innecesario al declararse nulo todo el contrato.

**TERCERO.**- Conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han de imponerse las costas de esta alzada a la parte cuyo recurso es desestimado.

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

Por cuanto antecede en nombre de Su Majestad El Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

### III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A. contra la sentencia de fecha 15 de diciembre

de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 35 de Madrid en el Juicio Ordinario n° 369/10, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, haciendo expresa imposición de las costas producidas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabría recurso de casación por interés casacional, si concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Extendida y firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, e incorporada al libro de resoluciones definitivas, se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

ES  
COPIA