



Roj: **SAP M 5626/2016 - ECLI:ES:APM:2016:5626**

Id Cendoj: **28079370132016100155**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **153/2015**

Nº de Resolución: **154/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE LUIS ZARCO OLIVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2012/0123035

Recurso de Apelación 153/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 988/2012

APELANTE: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

APELADO: D./Dña. Esteban y D./Dña. Ana María

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

SENTENCIA N° 154/2016

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO**

En Madrid, a veinte de abril de dos mil dieciséis. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de contrato (multidivisas), procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados D. Esteban y Dª. Ana María , representados por la Procuradora Dª. Sharon Rodríguez de Castro Rincón y asistidos de Letrada Dª. Patricia Gabeiras Vázquez, y de otra, como demandada-apelante BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Dª. Rocío Sampere Meneses y asistida del Letrado D. José Luis Terrón.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 26, de Madrid, en fecha veinte de octubre de dos mil catorce, se dictó Sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda presentada por **DON Esteban Y DOÑA Ana María** , representados por la Procuradora de los Tribunales doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, contra **BANKINTER SA** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses, :

Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 4 de enero de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.

Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (168.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 168.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la Cláusula 3ª.B) de la escritura (EURIBOR a un mes + diferencial de 0,40).

Condeno a la demandada BANKINTER SA a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Condeno a la demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **tres de marzo de dos mil quince** , para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO** , la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **trece de abril de dos mil dieciséis** .

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se admiten los contenidos en la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los que siguen.

SEGUNDO.- Por Bankinter S.A., se interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de los de Madrid , que estimó la demanda presentada por don Esteban y doña Ana María contra aquella, en solicitud de que se declarase la nulidad parcial del acuerdo suscrito en la escritura pública de 4 de enero de 2008 mediante la que los demandantes suscribieron un préstamo hipotecario por importe de 168.000 € con la demandada, en lo atinente a las referencias a las divisas, declarando asimismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 168.000 €, incrementado en el tipo de interés aplicable en cada periodo referenciado al euros según consta en la escritura, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses amortizado también convertidos a euros; y, subsidiariamente, que se declarase resuelto el contrato en su parte referida al derivado financiero con indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón del derivado financiero hasta la fecha, cuya liquidación debería realizarse en ejecución de sentencia, basando su pretensión en la información facilitada por un agente de venta que compatibilizará su trabajo con el de una financiera y, en el mismo sentido, por el director de la sucursal de la entidad demandada sita en la avenida de Bruselas 45 (Madrid) en el sentido de poder obtener dinero suficiente para adquirir una nueva casa sin vender su anterior piso, recibiendo los servicios de un asesor personal y que, en caso de riesgo, por una comisión mínima podían cambiar su hipoteca en divisas a euros, silenciando que tanto la primera disposición como las posteriores determinaban no sólo la especie de pago de la deuda dineraria, sino también que el cambio a la divisa afectaba a la cuota y determinaba un nuevo capital a amortizar cuyo contravalor en euros podía llegar a ser muy superior al de la cantidad prestada, y que la garantía hipotecaria que constituían sobre sus dos viviendas en propiedad sólo cubría la cuota inicial del préstamo por tratarse de una hipoteca de máximos; que el 5 de diciembre de 2008 su gestor personal, don Jose Ignacio puso a su disposición por correo electrónico un documento, que afirmaba que se les había olvidado firmar, consistente en la solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria, mediante el que descubrieron la mecánica real del producto contratado, negándose a firmarlo. Alega la parte apelante, en síntesis, que el vicio de consentimiento prestado no puede dar lugar a la nulidad parcial del contrato; presunción de validez del consentimiento contractual; apreciación restrictiva del error y la prueba del mismo; que las cláusulas contractuales superan el control de transparencia; e improcedencia de la



integración realizada en primera instancia como consecuencia de la nulidad parcial apreciada. Frente a tales alegaciones la contraparte se opuso al anterior recurso y solicitó la confirmación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la recurrente.

TERCERO.- Ante la estimación de la demanda que se contiene en la sentencia de primera instancia en los términos antedichos, comienza alegando la mercantil recurrente que aunque dicha resolución judicial declara la nulidad como consecuencia de la abusividad de la cláusula que formaliza el préstamo en yenes, la sentencia gira en torno a si se produjo error en el consentimiento o no por lo que, continúa alegando la apelante, el vicio en el consentimiento prestado no puede dar lugar a la nulidad parcial del contrato.

En apoyo de tal alegación sostiene la mercantil apelante que la nulidad parcial se predica y sólo resulta viable jurídicamente respecto de aquellos contratos en que algún pacto resulte contrario a la Ley y siempre que conste que se habría concertado aún sin la parte nula, lo que no sucede en el caso de autos, citando al efecto las SSTS de 4 de diciembre de 1986 y de 12 de noviembre de 1987 .

Doctrina jurisprudencial superada en supuestos como el que nos ocupa en que se tiende a proteger a consumidores y clientes minoristas que contratan productos complejos. Así la STS de 9 de mayo de 2013 motivaba en su "Fundamento de Derecho Decimosexto, bajo el título "la nulidad parcial de los contratos", lo siguiente:

2. La Nulidad parcial del contrato.

2,1. El principio utile per inutile en general.

265. A diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio . RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

2,2. El principio utile per inutile en condiciones generales.

266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que "[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ."

267. Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que "la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

2,3. El principio utile per inutile en contratos con consumidores.

268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo".

269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas



abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

Del mismo modo han admitido la nulidad parcial de los contratos, fuera de los supuestos citados por la parte recurrente, las SSTs de 10 de noviembre y de 23 de diciembre de 2015, entre las más recientes.

En cuanto a la naturaleza compleja de los préstamos multidivisas, el deber de información exigible a la entidad prestamista y el error vicio, nos remitimos a la doctrina jurisprudencial seguida, entre otras, por la STS de 30 de junio de 2015 y las que en ella se citan, según la cual "(...) 3.- Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado», así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante



otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia.

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual «en caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general:



todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionarse en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

9.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias» y que, en consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]».

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido



error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente".

Doctrina jurisprudencial perfectamente aplicable al caso de autos en el que, además, los demandantes merecen la consideración de consumidores, a diferencia de lo que sucedía en el asunto resuelto por la citada STS de 30 de junio de 2015 en el que se apreciaba que los demandantes, aun siendo persona física, no actuaban «en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional», como exige el art. 3 del TRLCU, añadiendo que no basta, por tanto, ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .

En el caso que nos ocupa los demandantes eran cocinera y masajista -doña Ana María - y corrector de estilo -don Esteban - por lo que reunían las condiciones exigidas por el art. 3 del TRLCU para merecer la protección propia del RDL 1/2007 , en los términos que reconoce la sentencia de primera instancia.

La información prestada por la demandada fue claramente insuficiente para que aquellos pudieran llegar a conocer los riesgos inherentes al producto que contrataba siendo de resaltar que cuando la Sra. Ana María acudió a la sucursal de Bankinter acompañada de don Gonzalo , quien previamente le había comentado las características del préstamo multidivisa en los mismos términos él había sido informado por Bankinter S.A., sólo recibió la información de las ventajas de dicho préstamo ofreciéndole una comparación de las cuotas que había de abonar en el caso de suscribir un préstamo en euros y en yenes, sin ninguna previsión del Euribor ni del Libor; y que, cuando firmaron la escritura pública, a lo que igualmente les acompañó el Sr. Gonzalo , tampoco les informó el Notario de las características del préstamo que firmaba, limitándose a leer el contenido de la escritura.

El propio testigo don Rodrigo , director de la sucursal a la que acudió la demandante, reconoció que ni ellos conocían las previsiones del Euribor ni del Libor por lo que sólo informaban del precio del Euribor; no recordando ni siquiera si intervino en la negociación del préstamo ni si acompañó a los demandantes a la Notaría. Igualmente declaró que creía que no le habían pasado copia de la escritura antes de dársela a los demandantes, de lo que se infiere que estos tampoco dispusieron de ella con antelación a la firma en Notaría, como declaró la parte actora.

Tampoco los testigos don Jose Ignacio ni don Sebastián , empleados de la demandada, participaron en la comercialización del préstamo por lo que no pudieron desvirtuar las alegaciones de la actora en el sentido de no haber sido advertidos de los riesgos que asumían referidos a la fluctuación de la divisa en lo atinente al capital prestado, reconociendo únicamente que se les advirtió de que afectaría a las cuotas que habían de pagar.

Consta igualmente, corroborándolo don Gonzalo , que le informaron a la demandante de que no se debía preocupar porque, en caso de que el yen se apreciase en relación con el euro, un asesor personal le informaría con tiempo para evitar el perjuicio que ello la podría comportar y que podría hacerlo pagando una comisión que, al propio Sr. Gonzalo , le pareció asumible; por el contrario, cuando sobrevinieron las condiciones adversas, el supuesto asesor personal -don Jose Ignacio - no sólo no informó a la demandante con antelación sino que, a preguntas de ésta, la informó de que la comisión que había de pagar era muy superior a lo que le habían dicho y, además, consolidaba la deuda que ya se había producido.

Incluso consta en autos que la demandada ofreció a la contraparte, mediante correo electrónico fechado el 5 de diciembre de 2008, la firma del documento obrante al folio 128 de las actuaciones en el que, entre otros extremos, se dejaba constancia de que "(...) Los Prestatario/s abajo firmantes conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición del préstamo, en caso de ser ésta última diferente al Euro, pueda ser superior al límite pactado..." Documento que los demandantes se negaron a firmar.



De lo expuesto resulta la falta de transparencia de las cláusulas anuladas por la sentencia de primera instancia, a los efectos recogidos, entre otras resoluciones, por la STS de 9 de mayo de 2013, así como el importante desequilibrio de prestaciones que el contrato impone a los consumidores demandantes, que aboca a la declaración de nulidad de aquellas cláusulas en los mismos términos que se recogen en la sentencia de primera instancia y que este tribunal hace suyos en evitación de repeticiones innecesarias, rechazando la alegación de la mercantil apelante según la cual la sentencia de primera instancia habría integrado el contrato sin limitarse a declarar la nulidad de las cláusulas abusivas en los términos contemplados en el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios así como en contra de la Directiva 93/13/CEE. Frente a ello, el pronunciamiento de aquella sentencia por el que declara la nulidad parcial del contrato dejando sin efecto los contenidos a la opción multivisa y manteniendo los restantes, supone la plena observancia del citado art. 83 y de la Directiva Comunitaria antedicha sin aportar ningún pronunciamiento ajeno a lo pactado.

Por cuanto antecede estamos en el caso de desestimar el presente recurso y confirmar la sentencia contra la que se apela.

CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada considerando la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por Bankinter S.A., contra la sentencia dictada en fecha 20 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de los de Madrid, en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 988/2012, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.