



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2  
BURGOS**

SENTENCIA: 00117/2017

**N10250  
PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA N° 10**

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

N.I.G. 09059 42 1 2015 0005314

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000307 /2016**

**Juzgado de procedencia: JDO.DE 1A.INSTANCIA N.3 de BURGOS**

**Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000505./2015**

Recurrente: BANKINTER S.A BANKINTER [REDACTED]

[REDACTED]

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: ALEJANDRO RUIZ DE LANDA

Abogado: GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ

**SENTENCIA N° 117**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:  
SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS**

**ILMOS/AS SRES/AS:**

**PRESIDENTE:  
DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ**

**MAGISTRADOS/AS:  
DOÑA ARABELA GARCÍA ESPINA  
DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

**SIENDO PONENTE: DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ**

**SOBRE: NULIDAD CONTRACTUAL**

**LUGAR: BURGOS**

**FECHA: TREINTA DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE**

En el Rollo de Apelación nº 307 de 2016, dimanante de Juicio Ordinario nº 505/2015, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 20 de abril de 2016, siendo parte, como demandante-apelado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representado en este Tribunal por el Procurador D. Alejandro Ruiz de Landa y defendido por el Letrado D. Gustavo Adolfo Pietropaolo Jiménez y como demandado-apelante BANKINTER, S.A., representado en este Tribunal por el Procurador [REDACTED] y defendido por el [REDACTED]

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: “Que ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ruiz de Landa, en representación de D. [REDACTED] contra Bankinter S.A., representada por el Procurador [REDACTED] DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, formalizado en Escritura Pública de fecha 5 de septiembre de 2.008. otorgada ante el Notario de esta capital [REDACTED] en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa; con la declaración del importe adeudado (saldo vivo) por los demandantes por referencia al resultado de disminuir al capital prestado en euros (155.000,00 euros) la cantidad ya amortizada hasta la fecha (también en euros) en concepto de principal y de intereses, debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes+1,40 puntos); y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad financiera demandada a estar y pasar por dicha declaración y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo correr con todos los gastos que se deriven; dirigiendo cuantos mandamientos sean precisos para la correcta inscripción en el Registro de la Propiedad del contenido de esta sentencia.-Y todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas”.

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

**TERCERO-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la cusa por esta Sala en fecha 13 de octubre de 2016.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-**La representación legal de Bankinter (parte demandada) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 20-4-2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos por la que se estimaron frente a ella las pretensiones de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa, con recálculo por la referencia fijada en la escritura de LIBOR a un mes+ 1,40 puntos.

Pretende la parte apelante que se desestimen las pretensiones actoras. Invoca, en síntesis, como motivos del recurso:

- 1-Caducidad de la acción de nulidad:
- 2-Información aportada por Bankinter y perfil del actor
- 3-Subsidiariamente imposibilidad de nulidad parcial del contrato al afectar a cláusulas esenciales del contrato y no caber la integración del contrato.
- 4-Ratificación del contrato y actos propios por los pagos realizados desde la celebración del contrato.
- 5-Inaplicabilidad del fallo
- 6-Costas- Existencia en todo caso de serias dudas de hecho y de derecho.

**SEGUNDO.-**Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se estiman acertados los pronunciamientos de la sentencia apelada.

Se declara en ella la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa.

Respecto de las hipotecas multidivisa el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de fecha 30 de junio de 2015, ha señalado: "*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".*

*"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".*

De todo ello se concluye que no estamos ante un producto de mecánica sencilla y de fácil comprensión- sino ante un instrumento financiero de cierta complejidad y de elevado riesgo para el cliente que lo contrata.

Partiendo de esas premisas analizaremos la excepción de caducidad de la acción de nulidad invocada por transcurso del plazo de 4 años del artículo 1.301 CC.

Señala la parte apelante:

- que la Demanda se presentó el 18-6-2015 y aunque se aplique la doctrina del TS de 12-1-2015 de computar el plazo desde el evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error, considera que ese evento ya se produjo entre el 5-9-2008 y el 21-6-2010 en el que los tipos de LIBOR no dejaron de bajar y constando en los boletines de pago de cada cuota, no podían pasar desapercibidos para el deudor.

- que el actor entraba en la web del Banco para consultar sus posiciones tomando por ello conciencia de los riesgos del contrato.

Lo cierto es que el TS en S. 29-6-2016 ha indicado: "Esta sala ya se ha pronunciado sobre cuál debe ser considerado el momento inicial del plazo de caducidad de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de los contratos bancarios o financieros complejos. La sentencia del pleno de la sala 769/2014, de 12 enero de 2015, estableció la siguiente doctrina:

«De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

»Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato [...].

»No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » ( sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984 ), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989 ) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » ( sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983 ).

»Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

»«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

»4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad

*no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.*

*»Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.*

*»5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.*

*»La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881 [rectius, 1889], solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.*

*»La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).*

*»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.*

*»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».*

*Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias 489/2015, de 16 de septiembre y 102/2016, de 25 de febrero”.*

La aplicación al caso de la doctrina expresada determina la desestimación de la citada excepción de caducidad de la acción.

El artículo 1301 CC señala que el plazo de ejercicio de la acción de nulidad es de 4 años que empezará a correr desde la consumación del contrato. La doctrina del T.S. en modo alguno antepone el conocimiento del error al momento de la consumación del contrato y cuando considera aquel, lo hace en beneficio de quien ha sufrido el error, posponiendo el momento del conocimiento del error al de la consumación del contrato.

En el presente caso el Banco, tras la firma del contrato en 2008, gira las correspondientes cuotas mensuales, indicando la entidad demandada que en 2010 fue cuando el tipo de cambio de los CHF empezó a bajar lentamente. El contrato no queda consumado hasta su completo agotamiento y no se ha justificado el eventual conocimiento completo y cabal por el prestatario de la existencia de la causa de nulidad invocada a partir de un concreto momento que permita apreciar la caducidad de la acción ejercitada, no bastando al efecto el hecho de que aquel se haya conectado a internet en distintas ocasiones.

En todo caso y conforme a lo anteriormente indicado, no pudiéndose considerar consumado el contrato es claro que, el plazo de caducidad no puede ser apreciado, por lo que procede desestimar la excepción de caducidad invocada.

### TERCERO.- Información aportada por Bankinter y perfil del actor

En cuanto al perfil del actor cabe señalar que éste, de [REDACTED] años al momento de contratación, tiene estudios de grado medio en formación profesional, se dedica a la fabricación de vidrio, formalizando en fecha 5-9-2008 el contrato de préstamo hipotecario por 155.000€ para la adquisición de vivienda, siendo el único producto contratado con la financiera. En definitiva su formación profesional carece de toda relación con el derecho bancario o los contratos o instrumentos financieros complejos.

Aunque se acredita que el actor disponía de acciones que cotizan en la Bolsa de París, según certificado de la propia empresa [REDACTED] (folio 311) es ésta quien ofrecía a todos sus trabajadores esas acciones, cualquiera que sea su categoría profesional; los gastos de adquisición y custodia corren a cargo de la empresa, están sujetas a un proceso de bloqueo durante un periodo de 5 años y es la compañía quien fija las condiciones y decisiones a nivel bursátil en relación a las acciones ofrecidas.

Por todo ello no puede considerarse que el perfil del actor es el de un inversionista conocedor del mercado bursátil y de divisas, siendo su perfil el de un mero consumidor minorista, cuya formación profesional es ajena a esos mercados, habiéndose limitado a contratar un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual.

La parte apelante sostiene también, con base en la prueba testifical de [REDACTED] y [REDACTED] de Bankinter:

- la realización de varias reuniones (6 y 3) en las que se hicieron simulaciones con tipos de interés y tipos de cambio de divisas al alza y superiores al inicial y los contrarios con tipos de cambio a la baja; la realización de comparativas de préstamo en euros y en divisas y la trayectoria de las divisas hasta el momento de la firma.

- que el resultado del pleito no les afecta a los testigos en absoluto y además hay advertencias escritas.

Además y en cuanto a la información facilitada la parte apelante entiende cumplido lo dispuesto en el artículo 7.5 de la OM 5-5-2014 respecto a advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio y así refiere que realizó:

- en fecha 31-7-2008 la solicitud de financiación de préstamo hipotecario multidivisa (documento 3 de la contestación).

- en fecha 5-9-2008 la solicitud de préstamo divisa con garantía hipotecaria (documento 4 de la contestación).



- en fecha 5-9-2008 la oferta vinculante del préstamo hipotecario en el que figuran las condiciones y clausulado del préstamo a suscribir (documento nº 5 de la contestación).

Lo cierto es que como señala la parte apelada:

- el documento nº 3 de la contestación es una simple solicitud en la que se recogen sus datos personales para iniciar el estudio y viabilidad del préstamo ofertado.

- el documento nº 4 de la contestación es una solicitud de préstamo en divisas fechado el 5-9-2008 que, aunque determina el capital solicitado, no ofrece información concreta y detallada sobre las condiciones del préstamo.

- el documento nº 5 de la contestación es una oferta vinculante que se aporta sin firmar y sin fecha.

- Los testimonios de los testigos de la financiera son parciales en cuanto emitidos por los empleados de la parte demandada y no se ven refrendados con soporte documental.

En cuanto a la normativa aplicable señalar como hizo la S. de la Secc 3 AP de Burgos de fecha 5-4-2016: *"- Al margen de la aplicación de la normativa MiFID , o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción por ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 ( nº 840/2013 ) es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe , que se contiene en el artículo 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 proporcionársele 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.*

*Este deber de información al tratarse de consumidores tiene también su fundamento normativo en el RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios. Y así el artículo 12 , artículo 18.2 ; artículo 59; artículo 60 ( " antes de contratar , el empresario deberá poder a disposición del consumidor y usuario de forma clara , comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante , veraz y suficiente sobre las características esenciales del*

contrato.."); artículo 80 ( establece que en los contratos con los consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociada individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción.... C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

También existe una normativa aplicable a los préstamos hipotecarios como la Ley de 26/1988 de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito (art. 48 ); la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, que impone a la entidad bancaria el deber de proporcionar información adecuada y suficiente para que un cliente minorista , consumidor comprenda el alcance y trascendencia jurídica y económica del producto que va a contratar y asegurese de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a la contratación.

Como señala la anterior STS 840/2013 , el incumplimiento de los deberes de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio, pero la mera infracción de este deber no conlleva por si solo la nulidad de pleno derecho del contrato, salvo que se hayan traspasado los límites de la autonomía privada de la voluntad ( artículo 1255 C.civil ). Por ello lo que procede determinar es si los demandantes pudieron padecer al contratar error grave, esencial y no excusable sobre lo que contrataban y sobre sus condiciones y sus riesgos.

Lo relevante para decidir si ha existido vicio no es si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía conocimiento suficiente de la características de la hipoteca multidivisa y sus riesgos asociados. 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 de conocimiento , pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto contratado 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 y que justifica el carácter excusable del error del cliente".

En el presente caso no hay prueba determinante de que la entidad bancaria haya proporcionado información a la parte actora sobre los riesgos inherentes a las oscilaciones del tipo de interés y cotización de la divisa .No se acredita debidamente haber dado información previa al contrato infringiéndose el artículo 60 y 80 del Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios infringiendo el artículo 60 y 80 LGDCU y la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la ley de Regulación del Mercado hipotecario

que estable la obligación de facilitar desde el 8 de diciembre de 2007 para hipotecas de cualquier importe la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca, o la propia Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de mayo de 1994 que exige la entrega de folleto informativo.

La aplicación al caso de la citada normativa y doctrina, determina la consideración de falta de información suficiente de forma previa y al tiempo de la contratación del producto por parte de la entidad bancaria respecto del cliente, la falta de conocimiento efectivo de sus riesgos y la inidoneidad del mismo al perfil del consumidor, determinando en definitiva con todo ello el vicio de nulidad contractual.

**CUARTO.-** Imposibilidad de nulidad parcial del contrato al afectar a cláusulas esenciales del contrato y no caber la integración del contrato.

A este respecto cabe señalar como hizo la AP. Burgos Sección 3 en S. de 5 abril de 2016: *"la nulidad total del contrato que interesa el recurrente es contraria a la jurisprudencia del TJUE ( STJUE de 30 de abril de 2014 ) y a la protección de los consumidores , porque produciría un efecto mas perjudicial para los actores que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que se verían obligados a devolver de un sola vez la totalidad del préstamo, ...*

*En consecuencia, la nulidad del pacto de divisas, da lugar a que se deje sin efecto teniéndolo por no puesto, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías ..."*

En parecido sentido se han pronunciado, entre otras, la AP, Valladolid sección 1 en S. del 12 de enero de 2017 y AP Madrid Sección 11 en S. de 2-2-2017.

**QUINTO.-**La alegación de ratificación del contrato e invocación de la doctrina de los actos propios por los pagos realizados por el ahora actor desde la celebración del contrato también debe ser desestimada.

Esa actuación no reúne los requisitos que la jurisprudencia pone para poder ser tenido como acto propio vinculante, es decir expresivo del consentimiento, pues los mismos han de realizarse con el firme propósito de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente la situación y posición jurídica del autor de los actos, que necesariamente deber ser concluyentes e indubitados, respondiendo a una conducta convincente para definir inalterablemente la situación jurídica de que sí los emite (Sentencias de 18-5 - 1991 , 5-3-1991 , 4-6-1992 , 12-4-1993 , 10-6-1994 , 17-12-1994, 31 -I- 1995 y 31-10-1995 y 8-2-2005 ).

La realización de los pagos pretende evitar la ejecución por la entidad bancaria de la hipoteca, con el consiguiente perjuicio del prestatario, por lo que en modo alguno esos actos suponen ni la confirmación del contrato, ni la realización de actos inequívocos que permitan aplicar la doctrina de los actos propios antes citada. Se desestima el motivo.

**SEXO.-** Inaplicabilidad del fallo:

Señala la parte apelante:

- que el fallo resulta de imposible entendimiento y aplicación y que produciría un enriquecimiento sin causa el que se tengan en cuenta los pagos realizados por principal e intereses por el demandante pero no que el préstamo aun considerándose pactado en euros produce también intereses que son el euribor a un mes mas un diferencial de 1,15 puntos.

- que conforme a la clausula tercera de la E.P. si el contrato ha de subsistir en euros no puede aplicarse el Libor a un mes más un diferencial de 1,40 puntos (aplicable solo al préstamo en divisas) sino el euribor a un mes más un diferencial de 1,15 puntos.

A este respecto cabe señalar que efectivamente consta en la escritura de préstamo la referencia del índice Euribor mensual más un diferencial de 1,15 puntos y si bien la parte actora indicaba en el cuerpo del escrito de Demanda la aplicación del índice Euribor más ese diferencial de 1,15 previsto en la escritura del préstamo, la sentencia accede a la pretensión que se formulaba con carácter principal en el suplico de la Demanda de aplicación del índice libor a un mes + 1,40 puntos.

No fue objeto de oposición este extremo al contestar la Demanda pero la parte actora considera ahora que puede aclararse ese aspecto, reconociendo en suma que el tipo debe ser el que postula la parte apelante. Por ello es claro que debe accederse a la corrección interesada en el escrito de recurso, para la que ha sido precisa además la rectificación indicada por la parte actora. Se estima por ello parcialmente el recurso formulado.

**SÉPTIMO.-** Costas-Ante la estimación parcial del recurso y en aplicación del artículo 398.2 LEC no se hace expresa imposición de las costas del recurso, manteniéndose la imposición de costas realizada en 1ª instancia al reconocerse en definitiva una petición contenida en el escrito de demanda

**FALLO**

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Bankinter contra la sentencia dictada en fecha 20-4-2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos, acordamos su revocación parcial dictando en definitiva otra por la que estimando la Demanda interpuesta por la representación legal de [REDACTED] contra Bankinter SA declaramos la nulidad parcial del contrato del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes en el contenido relativo a la cláusula multidivisa, con la declaración del importe adeudado por la actora (saldo vivo) del préstamo referenciado en euros, resultante de deducir al importe prestado (155.000€) las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, de manera que el préstamo queda referenciado a euros y a un tipo de interés al Euribor más 1,15 puntos en las condiciones pactadas en el contrato, condenando a la entidad financiera demandada a recalcular las cuotas pendientes, debiendo correr con todos los gastos que se deriven, dirigiendo cuantos mandamientos sean precisos para la correcta inscripción en el Registro de la Propiedad del contenido de esta sentencia .

Se mantiene la imposición de costas realizada en 1ª instancia, sin hacer expresa imposición de costas en el recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Mauricio Muñoz Fernández, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia. Doy fe.



**NOTA.-** Véase en el Libro Registro de Resoluciones al folio 247  
**NOTA.-** Queda puesta certificación en el Rollo de Apelación.- Doy fe.