



Roj: **SAP BU 672/2017 - ECLI: ES:APBU:2017:672**

Id Cendoj: **09059370032017100288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **28/06/2017**

Nº de Recurso: **182/2017**

Nº de Resolución: **359/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00359/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2016 0003758

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000182 /2017

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000363 /2016

RECURRENTE: BANKINTER SA

Procurador: FERNANDO SANTAMARIA ALCALDE

Abogado: JOSE LUIS TERRON GUIJARRO

RECURRIDO: Heraclio

Procurador: EUGENIO PIO ECHEVARRIETA HERRERA

Abogado: JAIME CODON ALAMEDA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA** (Presidente), **D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** y **D. JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 359.

En Burgos, a veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 182 de 2.017, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 363/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Burgos, el Recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 23 de enero de 2.017, sobre nulidad condiciones generales de la contratación, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelado, **D. Heraclio**, representado por el Procurador D. Eugenio Echevarrieta Herrera y defendido por el Letrado



D. Jaime Codón Alameda; y, como demandada-apelante, la mercantil BANKINTER, S.A., representada por el Procurador D. Fernando Santamaría Alcalde y defendida por el Letrado D. José Luis Terrón Guijarro. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene la siguiente Parte Dispositiva: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Echevarrieta Herrera, en representación de D. Heraclio , contra Bankinter S.A., representada por el Procurador Sr. Ramos Polo, debo declarar y declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, formalizado en Escritura Pública de fecha 24 de julio de 2.007 otorgada ante el Notario de esta capital D. Daniel González del Álamo, en las cláusulas relativas a la modalidad **multidivisa**, con la declaración del importe adeudado (saldo vivo) por el demandante por referencia al resultado de disminuir al capital prestado en euros (115.000,00 euros) la cantidad ya amortizada hasta la fecha (también 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 para la escritura en euros (EURIBOR a un mes+0,65 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 de ello se deriven; dirigiendo cuantos Mandamientos sean precisos para la correcta inscripción en el Registro de la Propiedad del contenido de la sentencia. Y todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la mercantil demandada se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; acordándose por el Juzgado la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio de 2017, en que tuvo lugar, quedando las actuaciones en poder del Ilmo. Sr. Magistrado Ponente a fin de dictar la resolución procedente.

4.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El objeto de esta litis es un préstamo de los llamados **multidivisa** que la parte actora concertó el 24 de julio de 2007 en francos suizos con un contravalor en euros de 115.000 €. En la demanda se pide la nulidad parcial del contrato por falta de información lo que determinó el error en el consentimiento, y la sentencia estima la demanda con reconversión del préstamo inicial en euros y con la aplicación del euríbor más 0,65 puntos, lo cual habrá de hacerse en ejecución de sentencia para conocer cuál es el saldo vivo del préstamo.

Segundo. El préstamo **multidivisa** es, como su propio nombre indica, un préstamo que se hace en una divisa extranjera, es decir distinta de aquella que es la propia del prestatario. Con esta definición lo que se quiere decir no es tanto que el prestatario reciba divisas, porque lo que recibe en realidad son los euros que necesita para pagar el activo cuya adquisición se financia con el préstamo.

En primer lugar el Banco calcula el contravalor en divisas de la cantidad que el cliente necesita, que son 115.000 €, y ese será el importe del préstamo en divisas que el cliente tendrá que devolver. Pero lo que el banco entrega al cliente son los euros que habrá comprado con el contravalor en divisas. Y por eso el cliente se endeuda en divisas porque son las que el Banco ha necesitado para comprar los euros que el banco le entrega. La mecánica de la operación aparece perfectamente descrita en la sentencia el TJUE sección 4ª de 3 de diciembre de 2015 (párrafo 22):

En el momento de la concesión del préstamo Banif Plus Bank calculó el contravalor en divisas de la cantidad que debía desembolsar en forintos (se trataba de un húngaro que debía pagar en forintos que es su moneda nacional), conforme al tipo de cambio vigente en una fecha previamente determinada y con arreglo al artículo 231 del Código Civil . Seguidamente el banco compró al cliente dichas divisas, (que habían sido registradas) a cargo del cliente, aplicando el tipo de cambio efectivo de compra de divisas vigente en el momento del desembolso del préstamo (transacción al tipo de cambio actual) y le entregó su contravalor en forintos .



En el supuesto de la sentencia al parecer el Banco compró para el cliente las divisas que luego cambió por euros. Pero también puede suceder que el Banco tenga en su poder esas divisas y se las preste al cliente, aunque en realidad lo que hace es entregarle su contravalor en euros.

La segunda parte de la mecánica de la operación, que es la forma en la que el cliente rembolsa el préstamo, también aparece descrita en la sentencia del Tribunal de Justicia:

Más adelante, Banif Plus Bank vendió al cliente las divisas registradas a cambio de forintos, aplicando el tipo de cambio efectivo de venta de divisas vigente en el momento del reembolso del préstamo (transacción al tipo de cambio futuro aplicable en el momento del reembolso), con el fin de que el cliente pudiese satisfacer en divisas su obligación de reembolso, registrada en divisas .»

La mecánica de esta operación lo que trasluce es una permuta, en la que el Banco entrega euros y el cliente devuelve divisas, que en este caso son francos suizos. Esta precisión tiene utilidad, tanto para comprender algo mejor la naturaleza de la operación, como para luego determinar la legislación aplicable y las consecuencias de una posible nulidad.

Tercero. Lo anterior desde el punto de vista, podríamos decir, jurídico de la operación. Desde el punto de vista económico, que quizás es lo que más relevancia tiene para el cliente prestatario, la consecuencia principal es que este se endeuda en la divisa extranjera, que es el franco suizo. Las cuotas por amortización e intereses tendrán que pagarse en esta moneda. Pero como al cliente no le pagan en francos suizos, ni es probable que los tenga (en la escritura además se ha elegido la opción de comprarlos al banco prestamista) el cliente tendrá que comprarlos al banco abonando su importe en euros, y según la ecuación de cambio E/FS en el momento de la compra. El resultado es que si el franco suizo se aprecia con relación al euro, o si el euro se deprecia, lo que viene a ser lo mismo, el cliente necesitará hacer un desembolso mayor para comprar la misma cantidad de francos suizos, y puesto que la cuota es constante. Y viceversa, si el franco suizo se deprecia en tal caso necesitará un menor número de euros, con lo que el préstamo le saldrá más barato. Así se lee en la escritura de préstamo (2ª amortización):

La amortización se efectuará en la divisa inicialmente pactada o variará de acuerdo con el apartado D) de la cláusula financiera tercera. El pago se efectuará a través de 360 cuotas mensuales de 1.624,89 francos suizos, que incluyen la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses (...). Si se modificase el tipo de interés y/o divisa se ajustarán las cuotas mensuales constantes a las que resulte de dicha variación .

Otra consecuencia importante se refiere al cálculo del capital que queda pendiente a lo largo de la vida del préstamo. En un préstamo normal, en el que el dinero se recibe y se devuelve en la misma moneda, la cantidad de capital pendiente de pago es siempre indefectiblemente inferior, contando con que el prestatario pague puntualmente sus cuotas. En todo caso, lo que nunca puede suceder es que la cantidad pendiente de pago varíe al alza de un mes para otro o de un año a la anualidad siguiente. Sin embargo esto sí puede suceder, aun pagando el prestatario religiosamente sus cuotas, en el préstamo **multidivisa**. En este préstamo, como el cálculo del capital pendiente en euros debe hacerse según la ecuación E/FS vigente en la fecha de que se trate, puede suceder que la revalorización del FS provoque que se deba en euros una cantidad superior a la que se debía el año anterior, o incluso, como sucede en este caso, que pasados 7 años desde la suscripción del préstamo se deba una cantidad en euros superior a los 115.000 € iniciales.

Lo anterior se explica porque en la fecha de suscripción del préstamo la ecuación de canje era de 1FS = 1,6 €, por lo que los 115.002,39 € € valieron 193.568 FS. Sin embargo, a fecha octubre 2013 la ecuación es 1FS = 1,3 €. Por esa razón, aunque el saldo en FS ha disminuido de 193.558 FS en 2007 a 160.336 FS FS en 2013, sin embargo el saldo deudor en euros es ahora de 130.037 €. Se necesitaban en 2013 130.037 € para saldar un capital pendiente de 160.336,40 FS, cuando en el año 2007 solo se necesitaron 115.002,38 € para comprar 193.558 FS.

Esto supone el mayor elemento de aleatoriedad, junto con el mayor motivo de preocupación e incluso de angustia para los prestatarios, quienes a pesar de haber pagado puntualmente todas sus cuotas ven como su saldo deudor crece, pudiendo pensar que nunca van a dejar de pagar el préstamo por completo.

Ciertamente se podrá decir que si la intención del prestatario es seguir pagando el préstamo, y no amortizarlo anticipadamente, el cálculo en euros del capital pendiente no tiene un efecto irremediable, y que lo que verdaderamente importará es saber si al final de la vida del préstamo se habrán pagado más o menos euros que los 115.000 € iniciales. Como dice la parte demandada la ecuación de cambio €/FS puede variar, y de hecho varía a lo largo de la vida del préstamo, y es poco probable que la divisa se aprecie más de lo que ya se ha apreciado, pues parece que todo indica que se busca la paridad de una y otra moneda.



Ahora bien, además de suscitar en el prestatario la consiguiente ansiedad cada vez que hace el cálculo, lo que sí se ha imposibilitado al prestatario en todo este tiempo es efectuar la opción de cambio de moneda de la cláusula D de la escritura del préstamo. Dice la citada cláusula D que:

Al vencer cada período de amortización la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España (...) Igualmente podrá convertirse a euros. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa .

Desde luego, si la cantidad que el prestatario tiene que satisfacer en euros para poder realizar la conversión es superior a la cantidad recibida en su día, de forma que el prestatario pierde de golpe toda la amortización efectuada hasta ese momento, prácticamente ningún prestatario optará por la conversión. Preferirá esperar a que se produzca la deseada depreciación de la divisa para hacerlo.

Otro elemento importante a tener en cuenta es el del interés. Seguramente la razón por la que han proliferado esta clase de préstamos no es para beneficiarse de la evolución del cambio de la divisa, pues en la fecha de suscripción del préstamo era poco probable que el € se revalorizara más de lo que ya estaba en relación con el franco suizo. Más bien todo indicaba lo contrario, que ambas monedas tendieran a la paridad, lo que así ha sucedido. Lo que sucedió luego era difícilmente previsible y es que el Euribor bajase tanto en tan poco espacio de tiempo. Aun así el líbor todavía estaba más bajo, pero la diferencia ya no compensaba la suscripción de un préstamo en moneda extranjera. A partir de entonces la opción de la conversión parecía lo más conveniente, si no fuera por la forma en que la misma debía hacerse efectiva.

Cuarto. La cuestión relativa a la normativa de aplicación a los préstamos **multidivisa** ha sido discutida.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de los préstamos hipotecarios ya hacía referencia a ellos cuando obligaba a los Notarios a hacer advertencia expresa del riesgo de fluctuación del tipo de cambio (artículo 7.6). Y en el anexo II sobre el contenido de las cláusulas financieras disponía que si se tratara de un préstamo en divisa (por ejemplo, ECUs), se especificará ésta, definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes (2, 3, etc.) se señalarán las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta.

La cuestión más controvertida ha sido la de aplicación a esta clase de préstamos de toda la normativa sobre servicios de inversión, particularmente en cuanto que obliga a las entidades financieras a seguir un cauce específico para los usuarios de estos servicios, cuando los mismos pueden ser reputados inversores minoristas. Se trata de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores a fin de adaptarla a la Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros. Esta Ley, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, dio nueva redacción al artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, introduciendo el nuevo artículo 79 bis que regula los llamados test de idoneidad y test de conveniencia. Dicha ley ya estaba en vigor cuando los actores formalizaron su préstamo hipotecario el 1 de julio de 2008.

La cuestión ha sido respondida de forma negativa por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sala 4ª de 3 de diciembre de 2015 (asunto C- 312/14). En esta sentencia se plantaba la cuestión prejudicial siguiente:

¿Procede considerar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, punto 2 (servicios y actividades de inversión) y punto 17 (instrumentos financieros), así como en el anexo I, sección C, punto 4 (operación de divisas a futuro, instrumentos derivados), de la Directiva 2004/39/CE, constituye un instrumento financiero la oferta al cliente de una operación (de tipo de cambio) que, bajo la figura jurídica de un contrato de préstamo denominado en divisas, consiste en una compraventa al contado en el momento de la entrega y a futuro en el momento de la devolución, que se ejecuta mediante la conversión a forintos húngaros [HUF] de una cantidad registrada en divisas y que expone el préstamo del cliente a los efectos y a los riesgos (riesgo cambiario) del mercado de capitales?

Pues bien, el Tribunal de Justicia, después de considerar que este tipo de préstamo no es un servicio auxiliar del anexo I sección B de la Directiva 2004/39, dice que tampoco puede considerarse un instrumento financiero, particularmente un contrato de futuro, del anexo I sección C. Hay que tener en cuenta que el artículo 4 de la Directiva define los servicios de inversión como cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del anexo I. Por lo tanto, para que una actividad pueda calificarse como servicio de inversión es necesario que se realice a través de uno de los instrumentos financieros mencionados en la sección C del anexo I. Y en este caso las operaciones en divisas del préstamo **multidivisa** no constituyen un instrumento financiero, dice el tribunal, porque *en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede distinguirse entre el*



contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste .

Las operaciones en divisas aparecen mencionadas en el nº 4 de la sección C del anexo I de la Directiva que se refiere al mercado de derivados. Son contratos de opciones, futuros, permutas («swaps»), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo. Los contratos de derivados, como es sabido, son aquellos cuya contratación está en función del negocio principal al que sirven. Así un swap servirá para estabilizar el interés de un préstamo, pero es un instrumento financiero derivado en cuanto que el préstamo puede subsistir sin el swap, que es meramente accesorio. Esa es la confusión en la que incurrió la sentencia del TS de 30 de junio de 2015 cuando dijo que 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.

Lo que dice ahora el Tribunal de Justicia es que las operaciones en divisas de un préstamo que esté negociado en moneda extranjera no es un derivado porque los pagos en divisas forman parte de la esencia del préstamo. Y el préstamo hipotecario en sí mismo tampoco se encuentra entre el resto de los instrumentos financieros de la sección C del anexo I (valores negociables, instrumentos del mercado monetario, etc.).

Quinto. La no aplicación de la Directiva 2004/39 y por lo tanto de las normas contenidas en la Ley del Mercado de Valores para quienes presten servicios de inversión no nos puede hacer olvidar que la razón de protección al cliente que negocia con divisas como derivado financiero es la misma que la de quien lo hace con esas mismas divisas a título principal, por ejemplo invirtiendo su capital o tomando dinero a préstamo. Incluso se podría decir que la necesidad de protección es mayor cuando las divisas constituyen la operación básica o principal que cuando constituyen un derivado. Por ese motivo, si bien pueden no resultar aplicables los instrumentos de protección específicos, como los tests de conveniencia o de idoneidad, sí son de aplicación los principios básicos que están en la base de la protección al inversor en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 de 24 de julio y hoy en el Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015.

Particularmente nos parece necesario, porque además ya lo decía la OM de 5 de mayo de 1994, la información al cliente del riesgo que supone la contratación de un préstamo en una divisa extranjera. Ello es así porque solo quien, informado sobre el riesgo, que no es un riesgo en abstracto, sino concreto de las dificultades y peligros concretos que encierra una contratación de este tipo, solo el que es informado sobre este riesgo concreto y a pesar de ello acepta la contratación, no podrá alegar error alguno si a la postre resulta que alguno de los riesgos concretos de los que fue informado se materializa en forma de pérdidas o mayores gastos.

En este caso la advertencia general sobre el riesgo es la que consta tanto en la oferta vinculante como en la escritura de que 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 de cualquier responsabilidad derivada de ese riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en Euros pueda ser superior al límite pactado.

De acuerdo con esta advertencia lo que asume el prestatario es el riesgo de cambio. Es el riesgo que conoce todo el que realiza una operación en divisas. Quien invierte su dinero en la compra de divisas sabe que la divisa podrá depreciarse en cuyo caso perderá parte de la inversión, o podrá apreciarse en cuyo caso recuperará lo invertido, y además habrá ganado dinero en el momento de la venta. Lo normal de quien realiza una inversión de este tipo es que compre cuando la divisa está barata, siempre que se trate de una divisa fuerte o estable. Realizar la compra de la divisa cuando esta ha alcanzado uno de sus niveles más altos demuestra que el que lo hace no ha entendido el mecanismo de la operación.

El caso del préstamo **multidivisa** es bastante más complejo. El riesgo que acepta quien contrata un préstamo en divisas no es el mismo que el que compra divisas para invertir, aunque en la base de esta aceptación esté en ambos casos el conocimiento de que un mercado de divisas es un mercado sujeto a fluctuación. Habrá que entender de qué forma afecta esa fluctuación a la operación concreta de que se trata, que es un préstamo. Quien invierte en divisas, como el que invierte en valores negociables, comprará cuando los valores estén bajos



para poder venderlos cuando suban, y no esperará demasiado tiempo para hacerlo porque lo que le interesa es recuperar el dinero de la inversión.

El que contrata un préstamo en divisas lo hace con una mentalidad muy diferente. La contratación es a largo plazo, y por lo tanto se asume expresamente que unas veces se pagarán cuotas más caras, y otras serán más baratas. Esto es algo ínsito en una operación que va a durar 30 años, durante los cuales es de todo punto previsible que la ecuación de cambio entre ambas monedas varíe repetidas veces. Este es el riesgo habitual que asume el que contrata un préstamo **multidivisa**. Pero lo que no se asume, por lo improbable de la situación, es que la fluctuación vaya siempre en un único sentido, que este sea el más desfavorable para el prestatario, y que además no haya indicios de una apreciación de la moneda hasta llegar a valores parecidos al momento en que se contrató el préstamo.

Ciertamente por lo improbable de esta situación se podría pensar que la entidad financiera está excusada de informar sobre él. Sin embargo no era del todo punto improbable en este caso cuando la cotización entre ambas monedas era de 1FS = 1,6 €. A diferencia de lo que sucede cuando se invierte en divisas en que se procura comprar cuando la divisa está barata, a nadie se le ocurriría endeudarse en divisas cuando la moneda nacional está más alta que la divisa en la que nos vamos a endeudar, porque en este caso la situación es la contraria si la divisa se aprecia, que la deuda del prestatario se hará cada vez mayor. Se trata del riesgo concreto del que el Banco debiera haber informado, y no solo del riesgo general de la fluctuación de la moneda que conlleva toda operación en divisas.

El déficit de información es si cabe mayor cuando se pone a disposición del prestatario un instrumento para aliviar este riesgo, como es la posibilidad de convertir la deuda en otra divisa o en euros, que a la postre resulta irrealizable. Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 que 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. Sin embargo nadie hará uso de esta opción si la consecuencia es que se va a deber como principal una cantidad superior a la que se ha recibido al inicio del préstamo. Se trata de una opción que debe ponerse en relación con la mecánica habitual de este tipo de préstamos, que es la fluctuación del tipo de cambio en ambas direcciones, y que no está especialmente diseñada para una situación como es la que ha afectado a los demandantes. De hecho la opción de la conversión no es la que ofrece la parte demandada, sino la de esperar al final de la vida del préstamo para saber cuál ha sido el coste económico para los prestatarios.

Por todo ello lo procedente es declarar la nulidad del contrato por falta de información que conlleva un error en el consentimiento, que es lo que este tribunal ya resolvió en sentencia de 5 de abril y 30 de noviembre de 2016 .

Sexto. Caducidad de la acción

La sentencia apelada desestima la caducidad fundándose en la jurisprudencia mayoritaria, como la STS Pleno de 12 de enero de 2015 (769/2014), que hace una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: 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».

Conforme a esta doctrina jurisprudencial que sigue esta misma Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª de 1.9.2014 y 3ª de 25.2.2015), el recurso debe ser desestimado. El dies a quo del comienzo del plazo de caducidad no puede fijarse sino cuando los prestatarios se aperciben de las consecuencias de haberse endeudado en francos suizos, que es cuando pasa un plazo de tiempo suficientemente largo para saber que la depreciación del euro es imparable y que la ecuación de cambio no va a alcanzar los niveles del año 2008, que es cuando se firmó el préstamo. En ese momento los prestatarios ya no se pueden decidir por la opción de la conversión, por los efectos indeseables que esta tendría para su endeudamiento, y es entonces cuando solo les queda como alternativa solicitar la nulidad.



En cualquier caso estimamos que al tiempo de la formulación de la demanda de conciliación el 19 de noviembre de 2015 todavía no había transcurrido el plazo de tres años para el ejercicio de la acción de nulidad, contados estos desde la liquidación enviada por el Banco el 31 de octubre de 2013 en el que se informa de la importante apreciación del FS en relación al euro.

Séptimo. Ratificación del contrato y actos propios.

Se vuelve a reiterar la alegación de la confirmación del contrato - ex artículos 1309 y 1311 del Código civil - pues desde el año 2008 en ningún momento acudieron a Bankinter a preguntar por qué pagaban tales cantidades en divisas, incluso cuando pasaron a ser superiores a las que teóricamente les correspondería de haberse mantenido inalterado el cambio de divisa. En consecuencia, aduce que hubo una ratificación permanente del contrato y nadie puede ir contra sus propios actos.

La confirmación de un contrato es una declaración de voluntad -expresa o tácita- por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio artículo 1311 del CC , a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo.

En este caso, estamos de acuerdo con el juzgador a quo que los demandantes han pagado varios años de cuotas del préstamo, pero no con voluntad de confirmar el contrato sino para evitar un perjuicio, esto es, que Bankinter hubiese ejecutado la hipoteca sobre su vivienda habitual en Burgos, como decíamos también en la sentencia de 5 de abril de 2016 .

Octavo. Nulidad parcial

Sobre la posibilidad de declarar la nulidad parcial decíamos en la sentencia de 5 de abril de 2016 que igualmente, se opone la recurrente a la nulidad parcial que aplica la sentencia de instancia. Sostiene que tal declaración le produce unas consecuencias lesivas al quedar anuladas las cláusulas esenciales del contrato, retrotrayéndolo al momento inicial como si aquellas no hubieran existido, cuando la realidad es que los propios clientes las ejecutaron durante más de cinco años y, durante más de un año se vieron favorecidos por las mismas.

La apreciación de 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 más 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, cuya devolución estaba programada para el 24 de julio de 2037.

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, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial de 0,60, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios.

En realidad, la conceptualización del préstamo **multidivisa** como una permuta en la que el cliente recibe euros al principio del contrato y el Banco recibe las divisas en las que el cliente se ha endeudado, lo que obligaría la declaración de nulidad es a que cada parte se restituyera las prestaciones, el cliente los euros (aquellos empleados para pagar las cuotas en divisas), y el banco los francos suizos, o bien su contravalor en euros calculados estos conforme a la ecuación de cambio de la fecha en que se declara la nulidad. Esta solución parecería la más apropiada de no haber elegido la anterior en el otro procedimiento seguido contra la misma entidad bancaria, y que esta no ha cuestionado. Por otra parte el efecto práctico de seguir una u otra opción no parece que fuera muy diferente.

Noveno. Al desestimarse el recurso se imponen las costas a la parte apelante (artículo 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Fernando Santamaría Alcalde contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Burgos en los autos de juicio ordinario



363/2016, que se confirma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, **no** tificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ