



Roj: **SAP IB 2300/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:2300**

Id Cendoj: **07040370042016100427**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **16/12/2016**

Nº de Recurso: **505/2016**

Nº de Resolución: **404/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00404/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE PALMA DE MALLORCA

SECCION CUARTA

Rollo: RECURSO DE APELACION 505 /2016

SENTENCIA NUM. 404/16

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. Álvaro Latorre López

MAGISTRADOS:

Dña. Maria Pilar Fernández Alonso

D. Miguel Álvaro Artola Fernandez

En Palma de Mallorca, a dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, **Ordinario**, seguidos por el **Juzgado de Primera Instancia nº 10 Palma de Mallorca, bajo el nº 275-2015, Rollo de Sala nº 505-2016**, entre partes, de una como **demandante-apelante**, don Constancio y doña Josefina , representada por el Procurador Sr. Santiago Carrión Ferrer, y de otra, como **demandada-apelada**, BANKINTER SA, representada por el Procuradora Sra. Zaforteza Guasp, asistidas ambas de sus respectivos letrados, Dña. Rosa María Roldán Sierra y D. Jorge Fuster Rosselló.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrado Dña. Maria Pilar Fernández Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 Palma, en **fecha 25-5-2016** , se dictó **sentencia** , cuyo fallo dice: "Que desestimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Carrión Ferrer, en nombre y representación de D. Constancio y Dña. Josefina contra **BANKINTER,S.A.**, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones formuladas contra ella, debiendo la parte actora satisfacer las costas devengadas en el presente procedimiento".



SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, que fue admitido, y seguido el procedimiento por sus trámites, se señaló el 15-11-2016, para deliberación, votación y fallo, quedando el presente recurso concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia, desestimo la demanda presentada con la pretensión de que se declarara la nulidad de las cláusulas relativas a la opción multidivisa y relacionadas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito en fecha 22 enero de 2008 con la entidad demandada o la nulidad total del citado préstamo y contra ella se alza en apelación la parte actora interesando su revocación y la estimación de su demanda alegando error en la apreciación y valoración de la prueba en relación con los hechos que la sentencia considera probados y en cuanto a los que no se consideran acreditados así como error en la aplicación de la normativa aplicable habiéndose obviado su condición de consumidor, incumbiendo a la entidad bancaria la carga de la prueba de haber suministrado la información necesaria, sobre las características y riesgos del producto, considerando acreditada el error en el consentimiento y dolo por parte de la entidad bancaria.

SEGUNDO.- Pues bien, una buena definición del concepto de "préstamo hipotecario multidivisa" puede encontrarse en la reciente STS núm. 323/2015, de 30 de junio de 2015, en cuyo Fundamento Jurídico Séptimo, se dice: "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 Offerd 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.

"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 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."

Ahora bien, en la muy reciente Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye de en los términos que siguen en los apartados 53, 55, 56, 57, 67, 72 y 75:

"El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (LA LEY 4852/2004), relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad", toda vez que como se señala en los apartados: " 53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión" en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004) ; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004), sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- 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 y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004)."

TERCERO.- Ahora bien sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al producto contratado. Siendo tal principio general 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 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 (STS 20 de enero de 2014).



CUARTO. - Los actores suscribieron un préstamo hipotecario en fecha 22 de Enero de 2008, en cuya virtud la entidad demandada entregó a los prestatarios la suma de 307.000 euros formalizado en 47.796.830 yenes japoneses (Cláusula Primera), con vencimiento en fecha 22 de Enero de 2032, en el que el pago debía efectuarse mediante 288 cuotas mensuales de 199.041 yenes japoneses comprensivas de capital e intereses (Cláusula segunda), y que devengaría los intereses estipulados, bien en divisas (LIBOR más 0,90 puntos de diferencial), en euros (EURIBOR más 0,50 puntos de diferencial), o en un tipo de interés sustitutivo en divisas o en euros (Cláusula tercera).

Asimismo, en la Cláusula D de la Escritura se pactó que, *"al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España, valorándose a estos efectos la divisa anterior al cambio comprador del euro publicado por Bankinter en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del euro publicado por Bankinter en el mismo plazo. 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(..)"*

La parte prestataria comunicará al Banco con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización correspondiente, mediante carta, telex o telegrama, la clase de moneda por la que opta, según lo establecido en la cláusula financiera tercera".

Asimismo, mediante Escritura de fecha 17 de Noviembre de 2011, las partes suscribieron una modificación del préstamo hipotecario citado, y en la Estipulación Primera se señaló que, *"Se establece un nuevo periodo de carencia de capital de 12 meses contados desde la última cuota que pagó o debió pagar la parte prestataria; es decir, desde el día 22 de Octubre de 2.011, durante el cual únicamente se pagarán intereses".*

Los actores alegan haber emitido un consentimiento no válido, sino viciado, prestado por error y por haber actuado la entidad demandada con abuso de derecho y sin proporcionar una información adecuada.

Como vimos la sentencia tras valorar la prueba practicada entiende que los actores conocían los riesgos del producto contratado y sus características esenciales descartando además, que carecieran de la información necesaria, rechazando la existencia de cualquier tipo de error o vicio.

Valorada en su totalidad la prueba practicada esta Sala llega a una conclusión contraria a la de la sentencia recurrida.

Los actores son personas físicas un ama de casa y un trabajador autónomo, integrante de una SL que gestionaba un taller mecánico, de quienes no consta tengan una formación en temas financieros ni experiencia en la contratación de productos de esa índole. La garantía hipotecaria se constituyó sobre la vivienda familiar sita en el Amanecer. Disponiendo el matrimonio de otras dos viviendas sobre las que pesaban sendas hipotecas, que precisamente se reunificaron con la que hoy nos ocupa, pensando que con ello se pagaría menos cantidad mensual.

Los actores ostentan y ello resulta indiscutible para este Tribunal la condición de consumidores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece que: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".*

El préstamo hipotecario con opción multividisa fue concedido a dos personas físicas sobre la vivienda familiar y la finalidad buscada al contratarlo fue, precisamente, como declaró el señor Constancio, pagar menos. Ciertamente acudieron a la sucursal de Bankinter de la calle Aragón pues su hija Antonieta tenía vinculación con dicha sucursal y su director de entonces don Remigio, al trabajar aquella para una gestoría que tramitaba las hipotecas de Bankinter. No consta, sin embargo, que la iniciativa para la contratación de la opción multividisa proviniera de los actores, más en concreto de don Constancio, pues su esposa no acudió ni tuvo trato alguno con el Banco como reconoció el entonces director.

En cualquier caso, aun admitiendo que la opción hubiera partido del señor Constancio, ello no implica ni supone que este tuviera un conocimiento completo de lo que significaba la opción multividisa, habiendo manifestado que conocía que el pago se realizaría en una moneda distinta del euro y que se podía cambiar de divisa, pero siempre bajo la idea de que se pagaría menos dinero que el que venía pagando en la actualidad. Es decir, aun la opción multividisa hubiera partido del marido ello no implica que fuera conocedor de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía el



prestatario y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera.

La hija de los actores, Antonieta, a través de la gestoría tramitaba la constitución de hipotecas para Bankinter, pero no tenía función alguna de asesoramiento, habiendo reconocido el señor Remigio en su declaración en juicio, que no se le proporcionó información expresamente sobre que la iniciativa del cambio de divisas incumbía al cliente ni que la deuda final podía aumentar, y que suponía que tenía conocimientos sobre lo que era la opción multividisa, suposición que también predico de los actores, así como reconoció que en todo caso el banco debía informar, y no lo hizo respecto a la posibilidad de variación del montante final del préstamo y de la iniciativa para el cambio de divisa.

Tampoco de la prueba documental aportada se desprende que Antonieta, quien en ningún momento consta que interviniera en la operación y contratación en representación de sus padres, tuviera un conocimiento completo de la hipoteca multividisa, siendo así que, en cualquier caso, el conocimiento y la información relevante en el caso es que el ataño a los contratantes, esto es los actores, personas físicas que ostentan la condición de consumidores.

Las modificaciones de divisas llevadas a cabo por los demandantes no pueden ser consideradas como actos voluntarios, sino la forzada respuesta a la situación en que se vieron los actores al descubrir que se estaba produciendo un incremento del capital pendiente de amortización, a pesar de las sucesivas amortizaciones parciales y el pago de las cuotas. Pero, es más, la demandante en ningún momento llevó a cabo la renuncia a las acciones derivadas de la inadecuada información recibida de la entidad financiera acerca de la naturaleza, características y riesgos de las inversiones. El cambio de divisa, según el señor Constancio se hizo siguiendo los consejos del entonces director de la sucursal.

Reiteramos que **corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó** de manera clara y suficiente a los ahora demandantes de la naturaleza y efectos del producto.

Y como decimos de la prueba practicada **no resulta acreditado que se entregase documentación informativa**, ni que se les explicasen las desventajas de este tipo de hipoteca, solo las ventajas, realizando las explicaciones relativas al capital prestado, tipo de interés, plazo y posibilidad de cambiar de divisa. El doc. 5 dispone de una segunda hoja cuadro de simulación no firmado por los prestatarios y afirmando el señor Constancio que jamás se le había explicado.

Por tanto de las circunstancias concurrentes no es posible concluir que los prestatarios consumidores dispusieran de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección conforme previene el art 60 de RDLegislativo 1-2017 de 16 noviembre. En modo alguno consta que se les explicase a los actores que *el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recalculo constante del capital prestado en función del tipo de cambio.*

Ser socio de una pequeña empresa, tener dinero en el banco y ser dueños de tres inmuebles no denota "per se" experiencia en la hipoteca que hoy nos ocupa, opción multividisa, menos aún en el caso de la señora Josefina ama de casa sin experiencia empresarial alguna, amén de haberse concertado el préstamo a título personal y no en nombre o para empresa o sociedad alguno.

Consultar a través banca electrónica la cuenta corriente donde se tiene domiciliado el préstamo hipotecario, amén de otros recibos pólizas, etc, ni quita ni pone al hecho de que el banco no facilitara la información necesaria, ni significa que el señor Constancio, nunca su mujer, conociera las características y riesgo del producto y especialmente la fluctuación de la deuda, lo que supone en el caso de autos que después de 8 años de pagar hipoteca, la deuda lejos de aminorar haya aumentado en más de 100.000 euros.

QUINTO. - Por todo lo anteriormente dicho y teniendo en cuenta lo doctrina sobre el error como vicio del consentimiento, podemos concluir que los actores padecieron un error grave y esencial que vicio su consentimiento al contratar la opción multividisa y al no ser conscientes de las consecuencias y riesgos de la misma no contando con la información adecuada, que en modo alguno consta facilitada por la entidad bancaria demandada, concurriendo error excusable que vicio su consentimiento.

Partiendo de todo ello y finalmente procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, como señala la audiencia provincial de Madrid en sentencia de 18 mayo de 2016 y 11 julio 2016, aún sin la parte afectada el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. En base a las siguientes consideraciones:



"...el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa- (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987 , 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

En este sentido, dice también el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2015 : "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 (LA LEY 3315/2014) , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato". Y es criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14 , mantenido también en la sentencia de la Sección 19 de la AP Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP Valencia de 30 de abril de 2015."

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso y revocar la sentencia estimando la demanda.

SEXTO.- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398 de la L.E.C . no procede imponer las de esta alzada a la parte apelante, al ser estimado íntegramente el recuso. En cuanto a las causadas en primera instancia, se imponen al demandado de conformidad con lo dispuesto en el art 394 Lec .

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

FALLAMOS

1) **QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador Sr. Santiago Carrión Ferrer, en nombre y representación de don Constancio y doña Josefina , contra la sentencia de fecha 25-5-2016 , dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 Palma, en los autos Juicio ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, **DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS** en todos sus extremos. Y en su lugar:

ESTIMAMOS LA DEMANDA, interpuesta por el Procurador Sr. Santiago Carrión Ferrer, en nombre y representación de doña Josefina y don Constancio , contra Bankinter S.A. y en consecuencia declaramos:

a) La nulidad parcial del préstamo hipotecario y novación modificativa en lo que se refiere a las cláusulas referidas a la opción multidivisa relacionadas con las mismas recogidas en el préstamo de 22 enero de 2008, suscrito con la entidad demandada, declarando subsistentes las otras cláusulas del contrato.

b) Que, a consecuencia de lo anterior, se declara que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es un saldo referenciado a euros, resultante de disminuir el importe prestado (307.000 euros), la cantidad pagada hasta la fecha de la presente sentencia en su valor en euros tomando como referencia el valor del euro frente a la divisa en cada uno de las cuotas del préstamo que han sido abonadas en concepto de principal e intereses, subsistiendo el contrato sin los contenidos declarados nulos, debiendo entenderse que el préstamo lo fue de 307.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura -pacto tercero- debiendo la demandada estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento

c) Con expresa condena en costas a la demandada.

2) No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

RECURSOS .- Conforme al Art. 466.1 LEC 1/2000 , contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse



mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de **veinte días** a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la ley 37/2011 de 10 de octubre. No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno, debiéndose acreditar, en virtud de la D.A. 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sala, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso. Asimismo en virtud de la Ley 10/2012, de 20 noviembre, deberá aportarse el justificante de la liquidación de la tasa judicial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ