

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA GIPUZKOAKO
PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

R. apelación L2 / R.apelación L2 xxxx/2014 - O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia:
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / Donostiako 1 zk.ko Merkataritza-arloko
Epaitegia. Autos de Procedimiento ordinario xxxx/2013 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK

Procurador/a/ Prokuradorea:SANTIAGO TAMES ALONSO Abogado/a / Abokatua: ITZIAR
SANTAMARIA IRIZAR

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ

Abogado/a/ Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

S E N T E N C I A Nº 79/2015

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dª. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D/Dª. TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a treinta y uno de marzo de dos mil quince

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as.
Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos
civiles de Procedimiento ordinario XXXX/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de
Donostia, a instancia de la entidad KUTXABANK (apelante - demandada), representada
por el Procurador D. SANTIAGO TAMES ALONSO y defendida por la Letrada Dª. ITZIAR
SANTAMARIA IRIZAR, contra XXXXXX XXXXXX XXXX (apelados - demandantes),
representados por la Procuradora Dª. AINHOA KINTANA MARTINEZ y defendidos por la
Letrada Dª. MAITE ORTIZ PEREZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto
contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30 de Septiembre de
2.014.

2

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de Septiembre de 2.014 el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San
Sebastián dictó sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales
Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXX , frente a
KUTXABANK S.A.

2.- DECLARAR la nulidad de la escritura de novación y el contrato de fianza otorgados el
15 de julio de 2012 entre D. XXXXXX XXXXX, y KUTXABANK S.A.

3.- CONDENAR a Kutxabank S.A. a restituir a los demandantes las cantidades
indebidamente cobradas en aplicación de la escritura de novación de 15 de julio de
2012, debiendo reducirse el interés al Euribor + 1 %, más el interés legal devengado
desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de los demandantes, a todo
lo cual se añadirá desde esta fecha interés legal elevado en dos puntos hasta el completo
pago a los actores.

4.- CONDENAR a Kutxabank S.A. al pago de las costas de este procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fue admitido, y, elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para Votación y Fallo el 5 de Febrero de 2.015.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley, excepto la de plazo para dictar sentencia, dada la acumulación de trabajo que pesa sobre esta Sección.

CUARTO.- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D^ª. YOLANDA DOMEÑO NIETO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Por parte de la entidad Kutxabank, S.A. se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, en solicitud de que se dicte sentencia que revoque la de instancia, estimando las alegaciones formuladas en su escrito, conforme al suplico de la contestación de la demanda.

3

Y alega para fundamentar su recurso que la sentencia declara que la actora presenta un conjunto manuscrito, cuya autenticidad niega la testigo D^ª. Maricruz empleada suya, en la que a lo largo de varias páginas se detalla la operación, coincidiendo con las modificaciones que luego recoge la escritura de novación, pero en el mismo se relacionan los préstamos que los actores tenían contratados con ella en el mes de Julio de 2.010, y no en el año 2.012, como se quiere hacer ver de contrario, y en él se recoge el capital pendiente de pago, el plazo de amortización del que disponen los actores, el pago de la cuota y el atraso que los mismos llevarían a la fecha en que se devengaría la siguiente cuota, recogiendo, en definitiva, una propuesta de refinanciación realizada por ella en el año 2.010, para que los actores pudieran hacer frente a las cuotas de estos préstamos que se devengarían todos los meses y a los atrasos que ya se habían generado y que, en aquel momento, sumaban ya la cantidad de 10.151,11 €, y derivado de este estudio, y fruto de la negociación, el 2 de Agosto de 2.010 los actores firmaron dos operaciones, con las que se evitó que los atrasos fueran en aumento y se logró que su situación económica se relajara, y así, por un lado, firmaron la contratación de una cuenta de crédito denominada Hipoteca Alivio y, por otro, firmaron la novación del préstamo hipotecario que pesaba sobre la vivienda de XXXX, ampliando su plazo hasta el año 2.040 e incorporándose al préstamo como avalistas sus hijos, XXX Y XXXX, y, asimismo, poco más de un mes después, y derivada de aquella negociación, con fecha 10 de Septiembre de 2.010, los actores firmaron con ella una escritura de novación del préstamo, ampliando el plazo de amortización del mismo hasta el 15 de Enero de 2.040 e incluyendo, también en esta ocasión, como parte obligada, a los hijos xxx y xxxx, en calidad de avalistas, que el Juzgador a quo yerra en la valoración de la prueba al concluir en su sentencia que, como en esos folios no se hace referencia alguna al cambio de índice, parece bastante creíble la afirmación de D. XXXX de que no se informó tal cambio y poco probable las tesis de su empleada, que mantiene lo contrario, pero el Sr. XXXXX y su gestora, la Sra. Fernández, trataron los aspectos que pudieran ser susceptibles de modificación, entre los que se encontraban el plazo y el tipo de interés, y, de este modo, la gestora le explicó que, para poder ampliar el plazo hasta el año 2.040, sería necesario que, además de que sus hijos avalaran la operación, se modificara el tipo de interés en

dos aspectos, de tal manera que, por un lado, desaparecería el techo temporal establecido en un 6,9% y, por otro, se establecería como nuevo índice de referencia el IRPH Entidades, ya que el IRPH Cajas iba a desaparecer, que todos estos aspectos fueron explicados por D^a. María Cruz al Sr. XXXX de forma clara y transparente y, una vez finalizada dicha negociación y preparada la documentación pertinente para firmar la escritura de novación en la Notaría, el 15 de Junio de 2.012 el Sr. XXXX, en su propio nombre y en representación de su esposa, firmó el documento de solicitud de modificaciones a un préstamo y, seguidamente, acudieron a la Notaría de D. Julián Martínez Pantoja de la ciudad de XXXX, a refrendar la escritura de novación de préstamo hipotecario por la que se modificaba el índice al que se referenciaba el tipo de interés del préstamo de IRPH Cajas a IRPH Entidades, se eliminaba la cláusula techo, se ampliaba el plazo de amortización pactado al inicio hasta el año 2.040 y se incluía como obligados a los hijos, XXXX y XXXX, en calidad de avalistas, que no es creíble que el Sr. XXXX no fuese consciente de las modificaciones que había pactado con ella, como tampoco lo es que no percibiera el cambio de dos cláusulas, que la escritura de novación solamente recoge, de forma sencilla y clara, las cuatro modificaciones que pactaron ella y el Sr. XXXX destacándolas en negrita, y que entra dentro de toda lógica que, conociendo ella que el IRPH Cajas iba a desaparecer, condicionara la ampliación del plazo solicitada por el prestatario a la modificación del

4

índice, pasando a aplicar el IRPH Conjunto de Entidades, para así mantener el equilibrio de las contraprestaciones pactado al inicio.

Añade, a continuación, y respecto del índice sustitutivo del IRPH Cajas, que tanto la actora como el Juzgador a quo dan por supuesto que sería el Euribor + 1%, pero ha de poner de manifiesto que hasta la publicación de la Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no se ha sabido que esto iba a ser así, pues bien podía haber optado el legislador por establecer el IRPH Entidades como sustitutivo del IRPH Cajas, que no es cierto que este haya estado siempre muy por encima del Euribor + 1%, pues en el período comprendido entre Octubre de 2.005 y Septiembre de 2.008, el IRPH Cajas mantuvo de forma prácticamente ininterrumpida un valor inferior al Euribor + 1%, y que queda probado que el Sr. XXXX prestó su consentimiento de forma libre y consciente, habiendo sido correctamente informado por D^a M^a Cruz de todos los aspectos que iban a ser objeto de la novación del contrato, no pudiéndose apreciar, por tanto, conducta dolosa alguna por su parte.

Señala, igualmente, que la sentencia concluye que ha actuado de forma dolosa, haciendo uso de maquinaciones engañosas que se aprecian en ofrecer una negociación para facilitar la refinanciación de la deuda, no hacer referencia en los documentos que sirven para la misma al cambio de tipo de interés variable y luego introducir otro que es claramente favorable al prestamista, pues evita que opere el inicialmente pactado como sustitutivo, pero fue el Sr. XXXX, ante la complicada situación económica en la que se encontraba, quien acudió donde su gestora para solicitar una ampliación del plazo del préstamo y, ante dicha solicitud, D^a. María Cruz le informó de las condiciones que ella ofrecía a cambio de la ampliación del plazo, que no eran otras que el cambio de tipo de interés y el aval de sus hijos, que ella, ante una operación de refinanciación, ni siquiera exige un tipo de interés más alto, sino que lo mantiene, sustituyendo el índice que desaparecería por el índice que la misma parte actora considera su homólogo y así se lo indica, por lo que no se cumple el requisito exigido por la STS de 26 de Marzo de 2.009,

por el que las maniobras dolosas induzcan a la otra parte a celebrar el negocio, ya que en este caso el negocio se celebra por la necesidad que tienen el Sr. XXXX y su familia de disminuir la cuota del préstamo, y que D^a. M^a. Cruz informó al Sr XXXX de que el IRPH Cajas desaparecería y de que ésa era la razón por la que se modificaba el índice a IRPH entidades, consiguiendo así mantener el equilibrio económico pactado al inicio de la relación, y, en cambio, nunca pudo advertirle de que había la posibilidad de acogerse a un tipo de interés variable mucho más conveniente para el cliente, porque nadie en aquel momento sabía si esto sería así o no, por lo que, en consecuencia, ella no puede incurrir en una omisión grave al no informar de algo que ella misma desconocía, Y puntualiza, finalmente, que la sentencia declara que ha mediado error en el consentimiento que prestaron los demandantes, cosa que, visto su experiencia y conocimientos en cuestiones financieras, resulta absolutamente inadmisibles, que el texto no puede ser más claro, resultando por tanto inverosímil que los demandantes no fueran conscientes de que lo que estaban firmando era la modificación del tipo de interés de su préstamo, y, en consecuencia, no cabe la posibilidad de que el Sr. XXXX haya sufrido el error sobre la sustancia de la cosa, que la novación del préstamo hipotecario con la Garantía adicional de los avalistas, objeto de este pleito, reúne todos los elementos esenciales que exige el art. 1.261 del CC y debe declararse plenamente válido, y que, siendo la fianza un contrato accesorio de una obligación principal y teniendo en cuenta que el préstamo al que está vinculada debe ser plenamente válido, ésta debe subsistir.

5

A la vista de los términos en que ha sido formulado el presente recurso es evidente que se alega por la entidad recurrente que se ha producido por parte del Juzgador de instancia una incorrecta valoración de toda la prueba practicada en las actuaciones y una inadecuada aplicación de las normas legales vigentes y reguladoras de la materia de que se trata, que le ha conducido a la estimación de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda interpuesta por D. xxxx xxxxxx xxxxxxxx, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de todas esas actuaciones, a fin de determinar si la prueba en ellas practicada ha sido o no correctamente valorada y si ha sido o no aplicada al caso en forma adecuada la normativa pertinente.

SEGUNDO.- Y, una vez examinado el recurso planteado por la entidad Kutxabank, S.A., a través del cual la mencionada entidad sostiene que se ha producido un error en el momento de valorar la prueba practicada en el curso del procedimiento, en base a todas las consideraciones que expone en su escrito y que ya han quedado reseñadas, lo primero que ha de precisarse, a la vista de toda la prueba practicada en las actuaciones, en concreto a la vista de la documental aportada y de las declaraciones prestadas, es que el Juzgador de instancia ha valorado la misma en su justa medida, al estimar las pretensiones formuladas por D. xxxx xxxxx xxxxx xxxxx en su escrito de demanda, en la que han solicitado que se proceda a la declaración de nulidad de la escritura de novación y el contrato de fianza otorgados en fecha 15 de Julio de 2.012 y se condene a la entidad recurrente a restituirles las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la misma, más el interés legal, con fundamento en que fueron suscritos mediando error y dolo en su otorgamiento.

En efecto, habiéndose alegado por D. xxxx xxxxx xxxxx xxxxxxxx en su escrito de demanda, y a fin de justificar su pretensión de que se declare la nulidad de los contratos de novación y de fianza concertados con la entidad Kutxabank, S.A. en fecha 15 de Julio de

2.012, debido a que fueron otorgados por ellos tanto como por un error inexcusable sobre lo que era su esencia, como mediando dolo por parte de la referida entidad, lo que, en definitiva, implica que fue otorgado sin la concurrencia de los requisitos precisos que para la validez de los contratos determinan los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil, dicha pretensión había de ser estimada y había de accederse a esa declaración de nulidad solicitada, desde el momento en que ha quedado acreditado en las actuaciones sin duda alguna, y tal y como se analiza en la sentencia dictada, en unos pronunciamientos que esta Sala asume, a fin de evitar reiteraciones inútiles, que no sólo no fueron informados adecuadamente los mencionados contratantes acerca de la modificación llevada a cabo por dicha entidad en cuanto al interés aplicable a la cantidad objeto del préstamo, sino que ni siquiera les fue comunicada a los mismos, y de forma intencionada, esa modificación verificada en el citado contrato de novación, provocando con su conducta, y ante el desconocimiento de los términos exactos del contrato confeccionado y que les fue presentado, un error en ellos y motivando la subsiguiente firma del mismo, así como la firma del contrato de afianzamiento del que trae causa.

TERCERO.- Ciertamente, el examen de las actuaciones, y en concreto de la prueba practicada en el curso del procedimiento, entre la que destacan los documentos

6

aportados y las declaraciones prestadas en el acto del juicio, y que ha sido puntualmente analizada en la resolución recurrida, permite comprobar que en fecha 1 de Agosto de 2.007 D. xxxx xxxxx xxxxxxx xxxx, con el fin de adquirir una vivienda en la localidad de xxxxxx, procedieron a subrogarse en el préstamo que la parte vendedora tenía suscrito con la entonces Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki (Kutxa), por importe de 330.000 euros, una duración de veinte años y un tipo de interés fijo para 24 meses del 5,5 %, durante 24 meses, y variable el resto del tiempo, referenciado al IRPH-CAJAS, el cual, en caso de desaparecer, habría de ser sustituido por el Euribor más 1 punto, que en fecha 27 de Enero de 2.009, y debido a las dificultades económicas de los prestatarios, procedieron a acordar la novación de dicho contrato, disponiendo un plazo de carencia de un año, manteniendo el resto de las condiciones, y que en fecha 15 de Junio de 2.012, y también debido a las dificultades económicas de los prestatarios, procedieron a una nueva novación del contrato en cuestión, incrementando el plazo de amortización de veinte a veintiocho años, incorporando como fiadores a sus hijos D. xxxxxx xxxxxxxx y D. xxxxx xxxxx xxxxx, fijándose como cantidad adeudada la suma de 330.000 euros y señalándose como índice de referencia, para el interés variable, el IRPH entidades.

Y también esa prueba mencionada pone de manifiesto que la entidad Kutxabank, S.A. propuso a los demandantes esa novación, en lo que respecta al índice de referencia, para el interés variable, en concreto, el IRPH entidades, no sólo sin ofrecerles indicación alguna al respecto, es decir, sin ofrecerles una información completa y correcta sobre los términos del contrato, a fin de que fuera por los mismos comprendido el alcance de la novación que se pretendía y de las consecuencias económicas que de su firma podían derivarse, sino que ni siquiera les comunicó la mencionada modificación, de tal manera que los demandantes desconocían el cambio que iba a introducirse, y, por ello, dicha novación fue aceptada por los mismos, debido a que estimaban que iba a llevarse a cabo en iguales términos a la novación anterior del mismo contrato y a las novaciones anteriores verificadas en relación a los otros contratos de préstamo concertados también con la entidad bancaria.

Es evidente, en consecuencia, que no puede por menos que concluirse que no sólo los mismos no fueron informados adecuadamente de la novación que la entidad bancaria pretendía llevar a cabo, sino que, de hecho, les ocultó ese dato, siendo inducidos a un claro error en la firma del contrato de novación, que había de conllevar su declaración de nulidad, así como la nulidad del contrato de fianza que es consecuencia del mismo, tal y como ha sido solicitado en el escrito de demanda y ha sido acordado, con toda corrección, en la sentencia dictada en la instancia.

CUARTO.- Desde luego, ha de tomarse en consideración la circunstancia de que el ordenamiento jurídico vela porque el consentimiento contractual se preste por los contratantes de forma libre y consciente, y, por ello, cuando el consentimiento de una de las partes ha sido fruto del error, de la coacción o del engaño, permite que el contratante que ha sufrido las interferencias en la formación de su voluntad de contratar solicite la nulidad del contrato en cuestión.

A estos efectos, el art. 1.265 del Código Civil dispone que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", el art. 1.266 del mismo cuerpo legal

7 que "para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo" y el art. 1.269 también de dicho Código Civil que el dolo es aquella actuación que, con palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes, induce al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho

Por tanto, el error, que, con carácter general, es una falsa representación subjetiva de la realidad, debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o condiciones de la cosa que hubiesen dado motivo a celebrarlo, es decir, debe ser sustancial o esencial, debiendo tratarse de un error excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por esa declaración (así, entre otras SSTs 12 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 17 de julio de 2006 y 11 de diciembre de 2006), y debe existir, finalmente, un nexo de causalidad entre el error sufrido y la celebración del contrato.

Y, por su parte, el dolo, para que pueda ser apreciado como viciante del consentimiento prestado, requiere el uso de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que puede consistir tanto en acciones como en omisiones, que la inducción que ocasionan las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte sean determinantes de la celebración del contrato de que se trate, que esa conducta sea grave y que no sea causado por tercero, ni empleado por ambos contratantes, debiendo precisarse, tal y como señala la STS de 30 de diciembre de 2009, que es posible apreciar la concurrencia de vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

QUINTO.- Y, sentado lo anterior, esta Sala considera ajustada a derecho la conclusión que alcanza el Juzgador de instancia en su resolución, tras valorar la prueba practicada

en el curso del procedimiento, en el sentido de que no sólo la entidad Kutxabank, S.A. no ofreció a los demandantes D. xxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxx la oportuna información sobre la novación que pretendía, evidenciando el incumplimiento de su deber de informar a sus clientes y, en definitiva, determinante del error que provocó en ellos e invalidante del contrato concertado, sino que, además, ocultó los términos de una parte de la referida novación, en concreto el extremo relativo a que el índice de referencia, para el interés variable, iba a ser el IRPH entidades, que fue finalmente establecido en el nuevo contrato concertado.

Desde luego, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladores de los diferentes medios probatorios existentes en nuestro ordenamiento vienen a establecer la libre y racional valoración por parte de los Tribunales, conforme a las reglas de la sana crítica (así, por ejemplo, arts. 316.2, 348 y 376 LEC), de tal manera que, una vez

8

producida la actividad probatoria de cargo ante el Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, si bien la estimación en conciencia no ha de hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio íntimo y personal del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo, y de ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del mismo, de tal magnitud, que haga necesaria una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Y se da la circunstancia de que el Juez a quo señala en su resolución que la prueba practicada en el curso del procedimiento pone de manifiesto que la entidad Kutxabank, S.A. ocultó la modificación que pretendía introducir en el índice de referencia para el interés variable, debido a que, aún cuando ello es negado por la citada entidad, remitiéndose a la declaración testifical prestada por su empleada D^ª. Maricruz e indicando que en la solicitud de modificaciones del préstamo, que fue firmada por D. xxxxx xxxxxx, ya aparecía en el apartado relativo a "Referencias variables" y bajo la casilla "condiciones actuales" el "IRPH CAJAS TAE 12 m Semestral", en tanto que bajo la casilla "Nuevas condiciones" se especifica el "IRPH CONJ. ENT TAE 12 Anual", sin embargo ha sido aportado a los autos por los demandantes, el documento elaborado por dicha testigo, en el que se detalla en sus distintas páginas la operación concertada y se recogen las modificaciones que posteriormente se reseñan en la escritura de novación, sin que en ellos se haga referencia alguna al cambio de índice de referencia, por lo que resulta creíble la afirmación verificada por el citado contratante en el curso de su declaración de que no se le informó de tal cambio y sumamente verosímil que pasara desapercibido el mismo en el momento de proceder a la firma del documento si se tiene en cuenta que el "IRPH CAJAS" pasa a denominarse "IRPH CONJ. ENT".

SEXTO.- Pues bien, dichas consideraciones resultan de todo punto acertadas, dado que, como ya se ha expuesto previamente, atendiendo a toda esa prueba referida, resulta constatado que la entidad Kutxabank, S.A. elaboró el documento que con el nº 4 ha sido aportado con el escrito de demanda por D. xxxxx xxxxx xxxxx xxxxx, documento cuya autenticidad no ha sido cuestionada por la mencionada entidad demandada, a pesar de que cuestiona la valoración de su contenido, y en el se reseña la operación de novación

que se pretendía llevar a cabo y que posteriormente se transcribe a la escritura de novación otorgada, siendo así que en ninguna de sus páginas se recoge el cambio de índice que posteriormente se plasma en ella, por lo que esta Sala se muestra de todo punto conforme con la conclusión alcanzada por el Juez a quo de que resulta de todo punto razonable la afirmación que se efectúa en la resolución dictada de que D. xxxxx xxxx xxxx no fue informado del cambio realizado, así como la afirmación de que los demandantes no se percataron del cambio de índice, en concreto del cambio de IRPH Cajas al IRPH Entidades, teniendo en cuenta que el mismo apenas resulta perceptible. Y si a ello se une el hecho de que resulta también de todo punto razonable la afirmación de los demandantes de que en ningún momento se les pasó por la imaginación que el

9
cambio de índice de referencia se fuera a llevar a cabo por la entidad Kutxabank, S.A., teniendo en cuenta que en la novación anterior de ese mismo contrato de préstamo ese extremo no había sido objeto de modificación alguna, como también había sido modificado en los otros anteriores contratos de préstamo concertados con la referida entidad bancaria, y también el hecho de que sin duda alguna tal cuestión es de suma importancia, teniendo en cuenta que la desaparición del IRPH Cajas ya estaba prevista legalmente, por lo que, de mantenerse intacto el índice de referencia pactado habría de ser de aplicación el índice sustitutivo previsto en el contrato, cual era Euribor más 1 %, y que, por el contrario, la supresión del IRPH conjunto entidades no estaba prevista, por lo que el mismo habría de aplicarse a todo lo largo de la vida del citado contrato, no cabe por menos que concluir que no sólo la entidad no informó adecuadamente a sus clientes de dicho cambio y de las consecuencias que de ello habían de derivarse, sino que, de hecho, ocultó a los mismos el cambio que pretendía llevar a cabo, lo que, finalmente, les condujo a un claro error en el momento de proceder a la firma de ese contrato de novación y a la firma del contrato de afianzamiento subsiguiente.

En consecuencia con todo lo expuesto precedentemente, no puede por menos que concluirse, como ya se ha anticipado, que los contratos de novación y de fianza concertados por D. xxxx xxxx xxxx, D^a. xxxx xxx, D. xxxx xxxx y D. xxxxx xxxx con la entidad Kutxabank, S.A. en fecha 15 de Julio de 2.012 habían de ser estimados nulos, al haber mediado dolo por parte de la mencionada entidad y, además, al haber sido otorgados por un error inexcusable sobre uno de sus elementos esenciales, tal y como se solicitaba por los mencionados demandantes y como ha sido acordado en la sentencia de instancia, la cual ha de ser confirmada en lo que a dichos pronunciamientos hace referencia, con desestimación del recurso de apelación planteado por esa entidad bancaria demandada y que ha sido analizado.

SEPTIMO.- Puesto que ha sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por la entidad Kutxabank, deberá la misma abonar el importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el ya citado art. 394 del mismo cuerpo legal.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía popular y en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad KUTXABANK contra la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián, debemos confirmar y confirmamos

íntegramente la mencionada resolución, manteniendo todos los pronunciamientos en ella contenidos e imponiendo a la citada apelante el importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia.

10

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial, certifico.