

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P: 20007

Tel.: 943-000712 Fax 943-000701

R.apelación L2 xxxx/2014

O.Judicial origen: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia

Recurrente : KUTXABANK

Procurador: SANTIAGO TAMES ALONSO

Abogado: IGOR ORTEGA OCHOA

Recurrido: HILARIO Y OTRA

Procuradora: AINHOA KINTANA MARTINEZ

Abogada: MAITE ORTIZ PEREZ

S E N T E N C I A N° 19/2015

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dña. YOLANDA DOMEÑO NIETO

D/Dña. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D/Dña. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintitrés de enero de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as limos/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 950/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, a instancia de la entidad KUTXABANK, S.A. (apelante-demandada), representada por el Procurador D. SANTIAGO TAMES ALONSO y defendida por el Letrado D. IGOR ORTEGA OCHOA, contra HILARIO Y OTRA (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 la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 29 de abril de 2014 y auto de aclaración de 26 de mayo de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de Abril 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 D^a AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. HILARIO Y OTRA frente a KUTXABANK S.A.

2.- DECLARAR la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía personal de 13 de diciembre de 2007, que dice:

"El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS. Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado".

3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2011 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1 %.

4.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de las cantidades reintegradas conforme el anterior apartado desde el 21 de octubre de 2013 hasta hoy.

5.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores de la cantidad que resulte de sumar los anteriores apartados 3 y 4.

6.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- El 26 de Mayo de 2.014 el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián dictó auto de aclaración cuya PARTE DISPOSITIVA dice así:

"1.- ACLARAR la sentencia nº 156/2014, dictado el 29 de abril de 2014 en Juicio Ordinario nº 950/2013.

2.- CORREGIR el apartado 3 del fallo, que dirá: "3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2011 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1 %".

TERCERO.- 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 fecha para la Votación y Fallo.

CUARTO.- 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.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, en todo lo que contradigan lo que después se dirá.

PRIMERO.- Por parte de la entidad Kutxabank, S.A. se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de fecha 29 de Julio de 2.013, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, en solicitud de que se dicte nueva sentencia, que revoque la de instancia, desestimando íntegramente la demanda de la parte actora, con expresa condena en costas a ésta.

Y alega para fundamentar su recurso que el IRPH Cajas era uno de los siete índices oficiales definidos en las letras a) a f) del apartado 3 de la Norma Sexta bis de la Circular 8/1.990, de 7 de Septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente y de aplicación en la fecha en que formalizó el préstamo, y tanto ese índice como el resto de índices oficiales se introdujeron en la misma mediante la Circular 5/1.994, de 22 de Julio, del Banco de España, que el modo de cálculo de estos índices de referencia estaba totalmente regulado por la Circular

8/1.990, y, del mismo modo, en la Orden EHA/2899/2.011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que ha derogado a la anterior y que contiene la regulación vigente en esta materia, se establece de forma idéntica el mandato a las entidades de crédito de facilitar al Banco de España los datos relativos a las referidas operaciones iniciadas o renovadas cada mes, así como la fórmula que el organismo supervisor empleará para la elaboración de los índices, que posteriormente publicará, que los tipos aplicados en los préstamos concedidos por bancos y cajas de ahorros son fruto del acuerdo con los prestatarios y cada Caja de Ahorros debía calcular mensualmente la media ponderada, atendiendo al capital del préstamo, de los tipos de interés aplicables en los nuevos préstamos hipotecarios para compra de vivienda, y remitírsela al Banco de España, el cual, con los datos de las demás Cajas de Ahorros, elaboraba la media del sector, que era el IRPH Cajas, y es insostenible afirmar que ese índice pueda ser manipulado por una o varias entidades de crédito, que el IRPH Cajas ha sido, en definitiva, un índice oficial, que ha mantenido tal carácter durante casi veinte años, elaborado y publicado mensualmente de forma objetiva por el Banco de España, con sujeción a las estrictas normas que lo regulaban, primero la Circular 8/1.990 y posteriormente la Orden EHA/2899/2.011, que no es cierto que el IRPH Cajas esté experimentando continuos incrementos, pues desde el 16,29% de Noviembre de 1.990, que es la primera referencia, hasta el 3,94% de Septiembre de 2.013, que es la última, la tendencia ha sido básicamente descendente, que si el descenso del Euribor no ha sido seguido en igual forma por el IRPH, no se debe a que este índice esté manipulado, sino a que operan en mercados diferentes, que el Euribor no es una referencia objetiva del coste del dinero como afirman los demandantes, sino que es una referencia interbancaria, y no de cualquier banco, solo de los 44 mayores de Europa, y desde luego no es indicativo del coste del dinero para un particular, ni para una empresa, ni para los Estados, que el IRPH Cajas mantuvo de forma prácticamente ininterrumpida entre Octubre de 2.005 y Septiembre de 2.008 un valor inferior al tipo de interés sustitutivo pactado en el contrato, Euribor + 1 y difícilmente se podrá apreciar un comportamiento abusivo o mala fe en ella, al pactar con los actores el IRPH Cajas, como tipo de interés variable del préstamo hipotecario que les concedió el 13 de Diciembre de 2.007, si en esa fecha, y a lo largo de todo el período de los dos años inmediatamente anteriores, dicho tipo tenía un valor inferior al tipo que se seleccionó como sustitutivo, que la supresión de los índices de referencia oficiales IRPH Bancos e IRPH Cajas ha sido consecuencia de la reestructuración que ha tenido lugar en el sector financiero español, pues, debido a la práctica desaparición de las Cajas de Ahorros españolas, las autoridades económicas han decidido poner fin a la elaboración y publicación de estos índices oficiales, dejando únicamente como índice que refleja el tipo de interés medio el correspondiente al Conjunto de las Entidades de Crédito, que engloba a los dos anteriores, que la prueba definitiva de la confianza que el IRPH les merece a las autoridades económicas españolas es el hecho de que en el apartado 3 de la Disposición adicional decimoquinta de la reciente Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el legislador haya designado este índice como el tipo de interés sustitutivo que se aplicará a aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan y no tengan previsto en su clausulado otro índice sustitutivo aplicable, que el proceso de desaparición de los índices de referencia oficiales IRPH Bancos, IRPH Cajas e Índice CECA se inició con la aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y el legislador aprobó el régimen transitorio para los préstamos afectados, mediante la Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que, de

conformidad con este régimen transitorio, el Banco de España dejaría de publicar el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el Índice CECA con efectos desde el 1 de Noviembre de 2.013, y ella cumplió plenamente con lo dispuesto en el régimen transitorio, que el Juzgador a quo interpreta erróneamente la Disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2.01 1, en el sentido de que, en virtud de la misma, los índices desaparecerían transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, pero en la referida Disposición se estableció que el IRPH Cajas desaparecería una vez transcurrido un año desde la entrada en vigor de su normativa de desarrollo (la Circular 5/2.012 del Banco de España), esto es, el 6 de Octubre de 2.013, siempre que en ese plazo se aprobara el régimen transitorio, lo que cumplió plenamente el legislador mediante el dictado de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, en la que se regula en detalle el régimen transitorio aplicable a los préstamos referenciados a los índices oficiales que desaparecen, la cual declaró que, con efectos desde el 1 de Noviembre de 2.013, dejarían de publicarse dichos índices y se produciría su desaparición completa, modificándose en cada contrato la referencia a los mismos por el tipo o índice sustitutivo pactado, con efectos desde la siguiente revisión.

Señala, a continuación, y también para justificar su recurso que tanto la doctrina como la jurisprudencia son pacíficas, al entender que las operaciones de financiación que las entidades de crédito formalizan con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades prestamistas la causa del contrato, y, en último término, la razón de su actividad financiera, por lo que, constituyendo el precio de la operación la prestación principal de una de las partes (el prestatario), no cabe duda de que el interés forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, y, a ese respecto, lo que el Tribunal Supremo declaró en el parágrafo 188 de la sentencia de 9 de Mayo de 2013 es que la literalidad del art. 4.3 de la Directiva 93/13/CEE no distingue entre elementos esenciales y no esenciales del contrato, sino que centra su atención en si las cláusulas en cuestión definen o describen el objeto principal del contrato, y, tras esta declaración concluyó que, en el caso sometido a su examen, las cláusulas suelen formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, en consecuencia, se refieren al objeto principal del contrato, con la imposibilidad de realizar un control de abusividad sobre el contenido del tipo de interés, como elemento esencial del contrato, por lo que, en cualquier caso, y aún admitiendo a efectos puramente dialécticos que el tipo de interés, elemento integrante del objeto principal del contrato, pudiera haberse incorporado al contrato en una condición general de la contratación, el control de abusividad del contenido de la misma también estaría vetado, en virtud de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de tal manera que, en virtud de la vigente jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, no cabe efectuar un control de abusividad sobre el contenido de las cláusulas en las que se pacta el tipo de interés del contrato de préstamo, en cuanto precio del mismo, que en ningún caso el empleo de este índice de referencia oficial en una operación de préstamo hipotecario a interés variable puede constituir una contravención del art. 1.256 C.C., que la utilización del índice oficial IRPH Cajas en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable no sólo no constituye un incumplimiento de los requisitos establecidos en el referido precepto de la Orden, sino que al contrario supone una garantía del cumplimiento de los mismos, que, aunque el IRPH Cajas y el IRPH Bancos hayan desaparecido, el legislador ha declarado el IRPH entidades índice de referencia por defecto, y que, por todo ello, el índice oficial IRPH Cajas, al que se referenció el

contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa, no incumplió ninguna de las disposiciones normativas cuya contravención le atribuyó la sentencia que recurre.

Y mantiene, por último, que en la parte final del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia parece alterarse la fundamentación del fallo, al pasar a sustentar éste en un supuesto defecto de información, que no había sido alegado por la parte actora, sobre el que no se había practicado prueba alguna y que el Juzgador a quo introduce novedosamente en la sentencia, que la acción de nulidad que ejercitaron los actores en su demanda se basaba única y exclusivamente en el supuesto carácter manipulable del IRPH Cajas, en la presunta abusividad intrínseca, objetiva, del mismo, y, por ello, ha de denunciar el claro supuesto de incongruencia extra petita en que incurre la sentencia de primera instancia, vulnerando el art. 218 L.E.C., y que incurre en dicha incongruencia, porque introduce de forma novedosa ese nuevo elemento, la falta de información, en los autos, sobre el que nada habían dicho los demandantes, cambiando la causa de pedir de éstos y causándole una evidente indefensión.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el recurso interpuesto por la entidad Kutxabank, S.A. es evidente que se alega por la citada apelante que se ha producido por parte del Juez de instancia un error en la valoración de las actuaciones y una incorrecta aplicación de las normas legales vigentes, en lo que hace referencia a todos los pronunciamientos expuestos en la resolución recurrida, en virtud de los cuales se acuerda declarar la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre la citada entidad y los demandantes D. Hilario y otra, con las consecuencias de tal pronunciamiento derivadas, razón por la cual procede analizar los motivos planteados, a fin de determinar si los mismos se encuentran o no fundamentados y, en consecuencia, si han de ser o no estimados.

SEGUNDO.- Y, una vez analizados los motivos del recurso planteado, y a través de los cuales la entidad Kutxabank, S.A. ha cuestionado, como ya se ha indicado, la declaración que se efectúa en la sentencia de instancia de nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado en fecha 13 de Diciembre de 2.007 entre ella y los demandantes D. Hilario y otra con las consecuencias subsiguientes, y en concreto con la condena impuesta a la misma a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y el Euribor + 1 % abonado por los mismos desde enero de 2010 y hasta la fecha, dejando de aplicar dicho índice y a sustituirlo por ese Euribor + 1 %, y a abonarles los intereses legales pertinentes, a cuyo fin efectúa todas las alegaciones que se contienen en el escrito por la misma presentado y a las que ya se han hecho referencia, dicho motivo de recurso ha de ser estimado, por cuanto que la lectura de la escritura de préstamo otorgada en la ya citada fecha entre los litigantes permite constatar que el interés remuneratorio inicialmente pactado y aplicable a los dos primeros años de vigencia del mismo era el interés del 5% y que para los años sucesivos se determina como interés aplicable el IRPH-CAJAS, es decir, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios otorgados por las Cajas de Ahorro, publicado en el BOE el mes anterior, pues en concreto se determina en su cláusula tercera bis que "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS. Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la operaciones de préstamos con garantía

hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado", y, puesto que dicho interés es, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala en una anterior resolución, uno de los publicados en el Boletín Oficial del Estado, siendo así que su existencia estaba prevista en la normativa vigente en su momento y reguladora de esta materia, no cabe la menor duda de que el mismo es un interés controlado, regulado y normado, y, por ello, un interés perfectamente válido y apto para ser tomado en consideración y para ser aplicado al caso de que se trata.

En efecto, el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versan estas actuaciones fue concertado en fecha 13 de Diciembre de 2.007 entre D Hilario y otra, como prestatarios, y la entidad Kutxabank S.A., como prestamista, por lo que en dicha época se encontraba vigente la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de Julio de 1.988, en cuyo artículo 48 se determinaba que "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1.985, de 25 de Mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito. Para el establecimiento y modificación de las señaladas normas y modelos, con la excepción de los estados contables reservados, será preceptivo el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas".

Y, precisamente en el desarrollo de la misma se dictó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de Diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, la cual, además de hacer extensivas al conjunto de las entidades de crédito las normas que en las citadas materias estableció ya para las entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconsejaba, establecía en su Disposición Final Primera que "Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden y, en particular, para: Determinar la forma en que se publicarán los tipos de interés mencionados en el número tercero. Definir el concepto de tipo de interés preferencial mencionado en el punto 1 del número tercero", siendo así que el mencionado número establecía, en su apartado 1, que "Las entidades de depósito y las entidades oficiales de crédito anunciarán los tipos de interés preferenciales que apliquen en cada momento para la contratación de sus operaciones crediticias" y, en su apartado 2, que "Las entidades de depósito y las entidades oficiales de crédito anunciarán unos tipos de interés para descubiertos en cuenta corriente y excedidos en cuenta de crédito,

que serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuviesen fijados contractualmente tipos inferiores".

Y, aún cuando es lo cierto que se ha intentado actualizar las previsiones en ella contenidas con la publicación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece un plazo para la desaparición de los índices o tipos de referencia, que se concreta en el plazo de un año, tras lo cual se procedió a la promulgación de la Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, también lo es que en la mencionada Orden, y más puntualmente en su Disposición Transitoria Unica, Relativa al Régimen transitorio de índices o tipos de referencia, se establecía que dichos índices o tipos de referencia habían de continuar siendo considerados "aptos" y que el Banco de España había de continuar encargándose de su publicación, como lo había estado haciendo hasta ese momento.

TERCERO.- Desde luego, el preámbulo de la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, resulta claro cuando señala los motivos por los que se procede al dictado de la misma, previo a la promulgación de la Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando señala que dentro del sector financiero la defensa de la clientela ha pivotado tradicionalmente sobre dos ejes, cuales son la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito y la legislación financiera, que cuenta también con un sistema especial de protección directa del cliente, que esta normativa de transparencia se ha venido desplegando en España a través del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, siendo así que el primer desarrollo reglamentario que vino a dar contenido a la mencionada regulación tuvo lugar con el dictado de la Orden de 12 de Diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y, posteriormente, con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, entró en vigor la Orden de 5 de Mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios,

Indica, igualmente, que desde entonces la legislación financiera de transparencia ha seguido avanzando en determinadas áreas sectoriales, siendo el caso de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito, y, en el rango reglamentario, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

Precisa también que en este punto la normativa común o general de transparencia española (Ordenes ministeriales de 1989 y 1994 y Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla) ha quedado injustificablemente obsoleta, debido a los referidos

avances de la regulación sectorial y a causa de la enorme transformación que ha sufrido la comercialización de servicios bancarios, habiendo tratado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria, mediante la introducción en nuestro ordenamiento de un nuevo enfoque de intervención regulatoria, con la finalidad de fomentar la responsabilidad en el préstamo, y mediante la concesión de la facultad expresa a la Ministra de Economía y Hacienda de aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, siendo fruto de dicha facultad precisamente la Orden en cuestión, cuyos objetivos han sido concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario y desarrollar los principios generales previstos en la referida Ley de Economía Sostenible, en lo que se refiere al préstamo responsable, al tiempo que, adicionalmente, aborda otras áreas sustanciales, cuales son el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994, refuerza específicamente la transparencia, en lo que se refiere a determinados servicios, tales como las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés, y regula los que serán tipos de interés oficiales, conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, respondiendo a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.

Y finaliza puntualizando que "La presente orden se dicta en uso de las habilitaciones expresamente conferidas al Ministro de Economía y Hacienda en los artículos 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria".

CUARTO.- Y precisamente entre las normas que se contienen en la mencionada Orden, cuyo Preámbulo determina, como ya se ha indicado, la finalidad perseguida por el legislador con el dictado de la misma, se establece expresamente en su Disposición transitoria única, que contiene el Régimen transitorio de índices o tipos de referencia, lo siguiente:

"1. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

2. Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Para la publicación de estos índices continuarán vigentes las actuales definiciones de los mismos conforme a lo previsto en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, con las siguientes particularidades:

- a) Las cajas de ahorro que ejerzan indirectamente su negocio financiero conforme a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros declararán al Banco de España, de acuerdo con lo establecido en las especificaciones técnicas correspondientes, como tipos de interés a efectos de la elaboración de los citados índices, los que practique la entidad bancaria a la que hayan aportado su negocio financiero.
- b) Las declaraciones que a tal fin hagan las entidades bancarias a través de los que se ejerza indirectamente no se tomarán en consideración para la elaboración de los índices".

Y es posteriormente, y en desarrollo de la previsión en él contenida, cuando se ha procedido a la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en cuya Disposición adicional decimoquinta, que hace referencia al Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, se establece, y se cita textualmente, lo siguiente:

"Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición".

Es evidente, en consecuencia con lo expuesto, que hasta la publicación de esta última norma, por la que se acuerda la supresión o desaparición de los tipos o índices de referencia que en ella se mencionan, y en concreto el que se hallaba previsto en la escritura de préstamo hipotecario que aquí está siendo analizada, el referido índice, como ya se ha indicado, era perfectamente válido y apto para seguir siendo utilizado por los contratantes, con la finalidad de determinar el interés que en relación a la cuantía del préstamo concertado había de ser satisfecho por los prestatarios, una vez transcurrido el plazo de dos años previsto en la aplicación del tipo inicial pactado, y, lógicamente con todo ello, la entidad bancaria demandada podía seguir aplicándolo, hasta que, con motivo de su desaparición, acaecida en fecha 1 de Noviembre de 2.013, y en la siguiente revisión procedente del contrato concertado con D. Hilario y otra, y que había de llevarse a cabo en fecha 13 de Diciembre de 2.013, resultaba oportuna la aplicación del índice sustitutivo establecido en dicho contrato, es decir, el Euribor + 1%, tal y como llevó a cabo la misma en la referida fecha y para la siguiente periodo.

QUINTO.- Y no sólo no pueden aceptarse las consideraciones que se vierten por el Juzgador de instancia en su resolución, en lo relativo a la nulidad de la citada cláusula tercera bis del contrato concertado entre los litigantes, por una supuesta inactividad del legislador o retraso del mismo en el cumplimiento de los plazos que se impuso para el dictado de la normativa que pretendía y reguladora de la materia de que se trata, precisamente por las razones que han quedado expuestas, y teniendo en cuenta el hecho de que la citada Ley 14/2.013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha visto la luz antes del transcurso del plazo establecido al efecto, pues no puede olvidarse el hecho, ya indicado precedentemente, de que el plazo que el legislador se impuso para ello era el de un año a partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de

servicios bancarios, y "de su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados", sino que, además, tampoco pueden aceptarse las consideraciones que se vierten por el mismo, a fin de estimar, a más abundamiento, la nulidad de la citada cláusula "desde la suscripción del contrato o momentos posteriores", debido a la posibilidad de manipulación de la misma y a su diferencia con otros tipos oficiales, lo que entronca con la falta de transparencia, y a que ha sido impuesta a los prestatarios D Hilario y otra, con la consiguiente falta de negociación y falta de información, por cuanto que tales extremos o no han quedado acreditados en las actuaciones o no han sido controvertidos o no pueden servir para sustentar esa nulidad que ha sido acordada.

Ciertamente, se señala por el Juez a quo, como una de las razones para apreciar la nulidad de la cláusula financiera tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 13 de Diciembre de 2.007, que la propia entidad demandante puede influir en la determinación del interés aplicable, con lo que queda comprometido lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil, lo cual ha derivado en una diferencia sustancial con otro tipo de interés oficial, como es el Euribor y ha perjudicado

a los prestatarios D Hilario y otra, y todo ello con la consiguiente falta de transparencia, pero sin embargo tales alegaciones no pueden ser aceptadas, por cuanto que el índice de referencia cuestionado se elabora, como ya se reseña en la misma escritura, realizando el cálculo de "la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna", sin que se haya justificado en modo alguno en los autos que sea factible dicha posibilidad de manipulación del referido índice.

En efecto, y aún cuando se señala en la sentencia de instancia que en la determinación del mencionado índice puede influir la entidad demandada, sin embargo es lo cierto que no ha quedado dicho extremo justificado en las actuaciones, aún cuando pueda tener cierta incidencia, teniendo en cuenta la forma en que el mismo se determina, la fórmula utilizada y el cálculo verificado, mediante la elaboración de una media de los tipos de interés, con los datos ofrecidos por todas las Cajas de Ahorro, en atención a las operaciones realizadas, y ello en la misma forma que se elaboran el resto de los índices de referencia, entre ellos el Euribor, en cuya determinación participan igualmente varias entidades bancarias, dándose la circunstancia, en relación a este, de que, si bien es cierto que se ha justificado que el mismo mantuvo en los últimos años de vigencia del interés controvertido un nivel más bajo, sin embargo ha de tomarse en consideración la circunstancia de que no se han aportado a las actuaciones los datos relativos al nivel que presentaba el mismo en la fecha de la firma del contrato, época en relación a la cual ha de analizarse si, en comparación con él, el IRPH Cajas resultaba perjudicial para los contratantes, tal y como los mismos han pretendido y se ha estimado por el Juzgador de instancia.

Desde luego, se ha aportado a las actuaciones por parte de D. Hilario y otra, y con su escrito de demanda un cuadro comparativo del RPHI Cajas y del Euribor, que no ha sido controvertido por la entidad demandada, en el que puede constatarse la evolución de ambos índices a partir del año 2.011, pero es lo cierto que no se ha justificado en el procedimiento por parte de los mismos cuáles han sido esos índices durante toda la

vigencia del contrato, ni, más puntualmente, los que se hallaban vigentes a la fecha de la formalización del mismo, es decir, el 13 de Diciembre de 2.007, fecha que necesariamente ha de tomarse en consideración en el momento de analizar, tal y como se ha pretendido en este procedimiento, la actuación de la entidad Kutxabank S.A., al haber impuesto, supuestamente, a los demandantes, una cláusula abusiva, que les perjudicaba, pues a ese respecto la Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 de nuestro Tribunal Supremo resulta clara al señalar que el carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, por lo que no puede por menos que concluirse que no ha quedado acreditado en las actuaciones que en esa fecha mencionada ese índice controvertido y propuesto a los mismos les resultara perjudicial, en atención a la evolución previa seguida por él, máxime si se toma en consideración la circunstancia evidente de que el índice alternativo previsto en el contrato era el Euribor, pero incrementado en un punto, y ello desde luego, al margen de la evolución seguida con posterioridad, evolución que, evidentemente, no ha sido pareja.

SEXTO.- Y tampoco pueden aceptarse las consideraciones que se vierten por el Juez a quo en su resolución, a fin de justificar la declaración de nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado en fecha 13 de Diciembre de 2007 entre la entidad Kutxabank, S.A. y D. Hilario y otra, en el sentido de que dicha cláusula fue impuesta a los mismos, con la consiguiente falta de negociación y falta de información, sosteniendo al respecto, y como ya se ha indicado, que dicho interés ha evolucionado en forma perjudicial para ellos, dado que era superior al Euribor, y, además, que no consta que se hubiera ofrecido a los citados contratantes información alguna sobre la participación de la entidad en la conformación del interés en cuestión, y ni siquiera la información precontractual precisa, por cuanto que no sólo, y como ha quedado expuesto previamente, ninguna influencia o posibilidad de manipulación ha tenido la entidad contratante en la conformación del citado interés, por lo que ninguna indicación había de hacer al respecto en el momento de la contratación, sino que, además, ninguna prueba se ha practicado en relación a la información ofrecida, debido a que esa supuesta falta de información ni siquiera fue alegada por los citados demandantes en el escrito iniciador del presente procedimiento, a lo que ha de añadirse el hecho, ya expuesto, de que el referido índice era uno de los vigentes en el mercado financiero, regulado legalmente, publicado en el Boletín Oficial del Estado, perfectamente válido y aplicado a las operaciones de crédito, junto con otros igualmente aplicables a las mismas, como el Euribor.

Desde luego, esta Sala es consciente de que, tal y como indica la citada STS 241/2013, de 9 de mayo, a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente ha de asumir plenamente la carga de la prueba, pero no sólo se da la circunstancia de que en el presente caso el Juez a quo ha sostenido en su resolución que la cláusula del contrato de préstamo de que se trata no ha sido explicada por parte de la entidad Kutxabank, S.A. a los prestatarios, a pesar de que no han sostenido estos en su escrito de demanda tal extremo, que tal solo fue mencionado por su Letrado en el acto de la Audiencia Previa celebrada en fecha 17 de Febrero de 2.014, tal y como resulta de la audición del disco grabado remitido a esta instancia, por lo que no ha tenido la mencionada entidad la

posibilidad de justificar mediante la prueba pertinente que la misma fue objeto de la oportuna información a los citados prestatarios, sino que, además, se da también la circunstancia de que no existe dato alguno obrante en los autos que permita ni tan siquiera considerar la existencia de esa falta de información mencionada.

En consecuencia con todo ello, y dado que no se ha justificado en modo alguno en las actuaciones que la cláusula ya citada, es decir, la cláusula tercera bis, que contiene el índice de referencia aplicable al préstamo hipotecario concertado en fecha 13 de Diciembre de 2.007 entre D. Hilario y otra y la entidad Kutxabank, S.A. sea abusiva por las razones pretendidas por dichos prestatarios, ni por las expuestas por el Juez a quo en su resolución, y ello en base a las consideraciones que han quedado reseñadas en esta, no puede por menos que concluirse que el motivo de recurso formulado por parte de la citada entidad ha de ser estimado, con la consiguiente revocación que ello ha de conllevar de la resolución recurrida, en el sentido de señalar que procede dejar sin efecto el pronunciamiento de nulidad verificado en ella con respecto de la cláusula mencionada y que ha sido analizada, así como dejar sin efecto igualmente las consecuencias que de tal declaración se han hecho derivar en la misma, con la consiguiente desestimación que este pronunciamiento ha de conllevar de la demanda por los mismos interpuesta y la absolución de la demandada de todos los pedimentos en esa demanda contenidos.

SEPTIMO.- Y, aún cuando ha sido desestimada la demanda interpuesta por Don Hilario y otra y se ha acordado la absolución de la entidad Kutxabank, S.A. de todas las pretensiones en relación a ella formuladas en ese escrito iniciador del procedimiento, habiendo solicitado dicha entidad la condena de los mismos al abono de las costas devengadas en la primera instancia y con motivo a la tramitación, es también lo cierto que el asunto controvertido y sometido a la consideración de los Tribunales de esta provincia, además de suscitar serias dudas ha de estimarse novedoso y, por supuesto, complejo, por lo que esta Sala estima oportuno no acceder a la petición formulada por la entidad bancaria apelante y, en consecuencia no imponer a los citados demandantes la condena al abono de las costas que la tramitación del referido procedimiento ha ocasionado a las partes, de conformidad con lo dispuesto el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que esa petición de condena por parte de la citada entidad ha de ser rechazada, procediendo, por el contrario, declarar que cada parte deberá afrontar las costas que a ella le hayan sido ocasionadas en la primera instancia y las comunes por mitad.

OCTAVO.- Y, puesto que ha sido estimado, aún en parte, el recurso de apelación interpuesto por la entidad Kutxabank, S.A., no procede verificar consideración alguna en cuanto a 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, por lo que cada parte abonará también las por ella ocasionadas y las comunes igualmente por mitad.

En virtud de la potestad que nos ha sido conferida por la Soberanía popular nombre en nombre de su Majestad el Rey



FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad KUTXABANK, S.A. contra la sentencia de fecha 29 de Julio de 2.013, dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución en el sentido de señalar que procede dejar sin efecto el pronunciamiento de nulidad verificado en ella con respecto de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 13 de Diciembre de 2007 entre dicha entidad y D. HILARIO Y OTRA así como dejar sin efecto igualmente las consecuencias que de tal declaración se han hecho derivar en la misma, con la consiguiente desestimación que este pronunciamiento ha de conllevar de la demanda por los mismos interpuesta y la absolución de la demandada de todos los pedimentos en esa demanda contenidos, y en el sentido de señalar que cada parte deberá afrontar las costas que a ella le hayan sido ocasionadas en la primera instancia y las comunes por mitad, y todo lo expuesto sin verificar consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia, las cuales deberán ser también abonadas por cada parte las por ella ocasionadas y las comunes igualmente por mitad.

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