

Sentencia nº 341/2016 de la AP Álava Sección 1ª de 02/11/2016 Recurso 499/2016 (entidad demandada: KUTXABANK, S.A.) (Índice declarado nulo: IRPH Entidades/Cajas).

“(…)

Reconoce la recurrente que fue Caja Vital, a la que sucede Kutxabank, quien redacta la cláusula tercera d, de forma semejante a la que utiliza en otros contratos como los recogidos en las sentencias antes citadas (SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016). Por ello cabe afirmar, pese a lo que sostiene la recurrente, que nos encontramos ante una cláusula predispuesta e impuesta, es decir, ante una condición general, semejante a otras muchas.

La tesis de la parte apelante es que el índice fue objeto de negociación. Le corresponde acreditar tal negociación, por disponerlo el art. 82.2 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Para hacerlo sostiene que la oferta vinculante se entregó -aunque no hay prueba de su recepción-, por lo que la notaría lo hace constar. Pero el fedatario público se limita a indicar que se le ha exhibido la oferta vinculante, dato que no prueba ni que hubiera habido negociación, ni que tal oferta se hubiera entregado previamente a la prestataria.

No consta tampoco, porque ni siquiera se explica por la recurrente, que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que, reiterando lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, y "*¿siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada.*"

(…)

QUINTO.- Sobre el índice sustitutivo

Al disciplinar la falta de eficacia de la cláusula que contiene el tipo de interés concluye la sentencia recurrida que no procede ninguno, lo que critica la apelante al considerar que la DA 15ª de la Ley 14/2013 se vulnera. Tal norma dispone la aplicación del índice sustitutivo, que en la escritura se dice que es el IRPH Cajas, que ha desaparecido. Por ello concluye que el índice aplicable es el señalado en la citada DA 15ª.3.

Sin embargo el art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

Dispone el art. 1303 CCv, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH entidades, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el mismo índice Cajas, que también ha desaparecido.

A partir de ahí la pretensión de aplicar la DA 15ª.3 de la Ley 14/2013 no es posible, porque aunque estemos ante un supuesto de incorporación no transparente, pueden aplicarse consideraciones semejantes a las del principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que ha recogido la jurisprudencia que representan las STJUE de 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto, y 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, y los ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13, asunto BBVA, y 17 marzo 2016, C-613/15, asunto Ibercaja Banco.

(…)"