

Sentencia nº 351/2016 de la AP Álava Sección 1ª de 09/11/2016 Recurso 511/2016 (entidad demandada: KUTXABANK, S.A.) (Índice declarado nulo: IRPH Entidades/Cajas).

“(…)

También nuestra jurisprudencia desarrolla exigencias semejantes respecto a la comprensibilidad de la cláusula cuestionada. El § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, dice que para realizar “este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Explica Kutxabank que se facilitaron explicaciones y se informó suficientemente. Sin embargo no consta probada la entrega de la oferta vinculante, de modo que un elemento esencial para constatar que se facilitó información no se dispone. Tampoco hay constancia, como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016, de que “se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta”. Ni se alega, ni se acredita.

En la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, expusimos que “¿Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia).

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado”.

En semejante línea se pronuncian las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, 20 octubre 2016, rec. 473/2016, y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016, que insisten en que corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH entidades.

Incluso el Tribunal Supremo dice sobre esta cuestión en la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, FJ 2º, apartado 9, que si la cláusula no forma parte de las negociaciones y tratos preliminares, se incorpora de forma no transparente. En este caso, a la vista de que no se ha demostrado que se hubiera facilitado información, de los términos de la oferta vinculante, de que se hubiera explicado a la clienta las consecuencias de optar por ese índice en lugar de otros de comportamiento más favorable para el prestatario, debe considerarse no probada la negociación, vulnerada la exigencia de transparencia material, y por tanto, desestimarse el motivo del recurso.

S(…)

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.

El art. 1303 CCv establece, 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. Al no poderse aplicar el índice IRPH entidades, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el mismo índice Cajas, que también ha desaparecido.

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 Kutxabank, y los ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13, asunto BBVA, y 17 marzo 2016, C-613/15, asunto Ibercaja Banco.

(…)”