



Roj: **STS 43/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:43**

Id Cendoj: **28079110012019100014**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2019**

Nº de Recurso: **1091/2016**

Nº de Resolución: **7/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 498/2016,**  
**STS 43/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 7/2019**

Fecha de sentencia: 11/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1091/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincia de Sevilla, sección 5.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 1091/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 7/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 11 de enero de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 5554/15 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1285/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora D.ª María del Carmen Arenas Moreno en nombre y representación de D.ª Azucena, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Francisco Javier Rodríguez Tadey en calidad de recurrente y el procurador D. Antonio Ortega Fuentes en nombre y representación de Unicaja Banco S.A.U., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- La procuradora D.ª María del Carmen Arenas Romero en nombre y representación de D.ª Azucena, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Unicaja Banco, S.A.U., bajo la dirección letrada de D.ª Isabel Cabeza Calvo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"A) Nulidad de lo establecido en la cláusula contractual tercera bis: "(...) En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,5% nominal anual (...)". Con todos los efectos inherentes a tal declaración.

"B) La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual referida anteriormente de limitación a la variación de los tipos de interés, declarando que la entidad procede a la compensación de aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante durante la aplicación de dicha cláusula mediante la amortización anticipada de la cantidad total respecto del principal pendiente del préstamo hipotecario NUM000. Se deberán descontar las cantidades referidas en nuestro hecho noveno y las que se vayan devengando en este procedimiento.

"C) Nulidad de la cláusula contractual sexta sobre intereses de demora, teniéndose ésta por no puesta y, subsidiariamente, adaptando su contenido estableciendo el límite de dicho interés en un 2,5% veces el interés legal del dinero.

"D) Todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

**SEGUNDO.**- La procuradora D.ª Elisa Sillero Fernández, en nombre y representación de Unicaja Banco S.A.U., contestó a la demanda, bajo la dirección letrada de D.ª Rocío Jiménez Miranda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

"desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a Unicaja Banco S.A.U., de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

**TERCERO.**- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 21 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que, ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de Azucena, frente a UNICAJA BANCO, S.A.U.:

1.- Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del párrafo tercero de la cláusula tercera bis (limitación a la variabilidad del interés en el 3,50 por ciento nominal anual) y de la cláusula sexta (intereses de demora) de la escritura de préstamo hipotecario otorgado en fecha 6 de septiembre de 2.007 por Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda Cádiz, Almería, Málaga y Antequera a favor de Azucena y de don Horacio autorizada por el Notario, doña Isabel María Rueda Torres, con número de protocolo 2.255.

La declaración de nulidad comporta:

I.- Que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si nunca hubiera estado incluida las cláusulas declaradas nulas, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo.

II.- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución).

2.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.

3.- Impongo las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada".

**CUARTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Unicaja Banco S.A.U, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia con fecha 2 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso interpuesto por la procuradora D.ª Elisa Sillero Fernández, en nombre y representación de Unicaja Banco S.A.U., contra la sentencia dictada el día 21 de octubre de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dictando en su lugar otra por la que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Carmen Arenas Romero, en nombre y representación de D.ª Azucena, contra la apelante, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas procesales de ninguna de las dos instancias".

**QUINTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.ª Azucena con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción de los arts. 80 y 82.1 TRLCU, interpretados conforme a los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, en relación a la doctrina jurisprudencia del TS. Segundo.- Infracción del art. 85.6 del TRLGDCU, en relación a la doctrina jurisprudencial del TS.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 30 de mayo de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Unicaja Banco S.A.U. presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre del 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 6 de septiembre de 2007, D.ª Azucena suscribió con la entidad Unicaja Banco S.A.U. una escritura de préstamo hipotecario. Dicha escritura, en su cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable, contenía una cláusula de interés mínimo (cláusula suelo) con el siguiente tenor:

"En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual".

Por otra parte, su cláusula sexta, contemplaba los intereses de demora, con el siguiente tenor:

"Las cantidades que, por cualquier concepto no hayan sido abonadas a sus respectivos vencimientos devengarán, en concepto de demora y por todo el tiempo que ésta dure, intereses al tipo nominal anual del 18%, tipo que puede aumentar si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés revisado, resulta un tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasar el tope máximo de 25% nominal anual"

La prestataria formuló una demanda contra la citada entidad bancaria en la que solicitaba la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, con todos los efectos inherentes a dicha declaración, y la nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, que se tuviera por no puesta y, subsidiariamente, su adaptación estableciendo el límite de dicho interés en un 2,5% veces el interés legal del dinero.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

2. El juzgado de lo mercantil estimó la demanda. Con relación a la cláusula suelo consideró que dicha cláusula no superaba ni el control de incorporación, ni el control de transparencia. Respecto del primero, porque no constaba firmado por la cliente documento alguno acreditativo de haber recibido la oferta vinculante del préstamo hipotecario, que tampoco quedaba anexa a la escritura pública suscrita. Respecto del control de transparencia propiamente dicho, porque la entidad bancaria no había ofrecido una información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, tampoco se había realizado la simulación de ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y se incluía dicha cláusula suelo entre una cantidad abrumadora de datos referidos a la variación del tipo de interés. De forma que no se informó suficientemente a la cliente de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo.

Con relación a la cláusula de intereses moratorios declaró su carácter abusivo en aplicación del art. 85 del TRLGDCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por lo que declaró la nulidad



de ambas cláusulas, el deber de la entidad bancaria de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, desde su inicio, sin la inclusión de dichas cláusulas y la condena de la entidad bancaria al pago de las cantidades percibidas en aplicación de las referidas cláusulas.

**3.** Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la sentencia de la Audiencia lo estimó y revocó la sentencia del juzgado de lo mercantil.

En primer lugar, con criterio dispar a la primera instancia, consideró que la cláusula suelo superaba los dos controles de referencia, pues el notario advirtió expresamente de la existencia de dicha cláusula en el momento de la escritura pública y su contenido, en la citada cláusula 3.ª bis aparecía redactado en términos sumamente sencillos y fáciles de comprender por la cliente.

En segundo lugar, con relación a la cláusula de intereses de demora, en síntesis, consideró lo siguiente:

"[...] En definitiva si bien unos intereses de demora del 18%, como los establecidos en el contrato, pueden considerarse una penalización por incumplimiento alta, no existen razones de peso para calificar en el caso de autos desproporcionado el interés establecido como sanción y como resarcimiento de perjuicios para el caso de que el consumidor incumpla sus obligaciones, ni motivos para pensar que el mismo supone un trato desleal y no es equitativo del consumidor, ni menos aún que ello suponga un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

**4.** Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación

**SEGUNDO.-** *Contrato de préstamo hipotecario. Cláusula suelo: control de transparencia. Cláusula de interés de demora: control de abusividad. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

**1.** La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 80 y 82.1 del TRLCU, interpretados conforme a los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, en relación a la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre y 138/2015, de 24 de marzo, sobre el control de transparencia de la denominada "cláusula suelo", como condición general de la contratación en los préstamos con garantía hipotecaria, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, justificándose el interés casacional por vulneración de la referida doctrina jurisprudencial.

**2.** El motivo debe ser estimado. Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTS 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre y STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler*), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*) y de 20 de septiembre de 2017 (caso *Ruxandra Paula Andrićius y otros*), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato con aquellas cláusulas, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado.



El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

**3.** En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases precontractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria suministró ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula.

Control de transparencia que, como ha declarado reiteradas veces esta sala, entre otras en la STS 593/2017, de 7 de noviembre, no puede ser reconducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Ni tampoco a la sola intervención del notario, pues dicha intervención no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor suscribe, conforme a lo declarado en las sentencias 464/2014, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre.

**4.** Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser estimado en este extremo y revocarse la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, confirmarse en este extremo la sentencia del juzgado de lo mercantil, que es plenamente conforme con la jurisprudencia de esta sala.

**5.** En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del art. 85.6 del TRLGDCU, en relación a la jurisprudencia de esta sala (sentencia de Pleno 705/2015, de 23 de septiembre, y la sentencia de Pleno 265/2015, de 22 de abril), relativa al control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios, y justifica el interés casacional por la vulneración de la doctrina contenida en las referidas sentencias.

**6.** El motivo debe ser estimado. Esta sala recientemente, en su sentencia de Pleno 671/2018, de 28 de noviembre, se ha pronunciado sobre la aplicación del control de abusividad del interés de demora en los préstamos concertados por las entidades financieras y sus clientes, así como sobre los efectos derivados de su declaración de abusividad; todo ello de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

**7.** Conforme la citada sentencia de esta sala y con relación a la primera cuestión planteada, esto es, la aplicación del control de abusividad a los intereses de demora establecidos en el contrato de préstamo, debe señalarse que esta sala, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, esta sala abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores. Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, abordaron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía a hipotecaria concertados con consumidores.

En estas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora era fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

La adecuación de este criterio jurisprudencial con el Derecho de la Unión Europea, ha sido confirmada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, que, en su fallo, y en lo que aquí interesa, declaró:

"[...] 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicables, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuanto tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio".

Por lo que en el presente caso, el interés de demora establecido del 18%, al ser manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, resulta abusivo.



**8.** Con relación a la segunda cuestión planteada, esto es, las consecuencias o efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora, debe señalarse que las sentencias de este tribunal 265/2015, de 22 abril, 470/2015, de 23 diciembre, 79/2016, de 18 febrero, y 364/2016, de 3 de junio, resolvieron sobre los efectos que debía tener la declaración de abusividad, y consiguiente nulidad, de la cláusula que fijaba los intereses de demora en un préstamo.

**9.-** Concluimos en estas sentencias que lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

**10.-** Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a "cerrar la cuenta" del préstamo.

Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

**11.-** La sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en este recurso para despejar cualquier duda sobre la conformidad de la solución adoptada por esta sala con el Derecho de la Unión Europea, ha resuelto:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".

**12.-** La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, 364/2016, de 3 de junio, y 671/2018, de 28 de noviembre, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia.

**13.** La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

**14.** De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 18% era manifiestamente superior al remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida. Por lo que debe estimarse el recurso de casación, y dejarse sin efecto la sentencia de apelación. Al asumir la instancia, conforme a lo argumentado, estimamos en parte el recurso de apelación de la demandada, en cuanto que, la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora del 18% tiene como consecuencia que cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

### **TERCERO.- Costas y depósitos**

**1.** La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de sus costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

**2.** La estimación del recurso de casación comporta la estimación en parte del recurso de apelación de la demandada, razón por la cual no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes, conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

**3.** La estimación en parte del recurso de apelación, con la consiguiente modificación del fallo de la sentencia de primera instancia, no impide que consideremos estimada sustancialmente la demanda, a tenor de la adecuación del suplico de la misma con el fallo, por lo que procede imponer las costas de esta instancia a la parte demandada.



4. Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Azucena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 2 de febrero de 2016, en la apelación núm. 5554/2015, que casamos y dejamos en efecto.

2. Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Unicaja Banco S.A. contra la sentencia 327/2014, de 21 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en el juicio ordinario 1285/2013, cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido: mantenemos la declaración de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y de la cláusula de interés de demora del contrato suscrito por las partes, con fecha 6 de septiembre de 2007, y en consecuencia, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

3. No procede hacer expresa imposición de costas de casación y del recurso de apelación.

4. Procede imponer las costas de primera instancia la parte demandada.

5. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres