



Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401
Id Cendoj: 28079119912016100009
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2499/2014
Nº de Resolución: 364/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 364/2016

Fecha Sentencia : 03/06/2016

CASACIÓN

Recurso Nº : 2499/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 16/03/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. MADRID

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por : RSJ

Nota:

Condiciones generales en la contratación con consumidores. Préstamo hipotecario destinado para la adquisición de una vivienda habitual, ampliado para otros usos. Corresponde al profesional que contrata con el consumidor, en este tipo de contratos, acreditar que la cláusula fue negociada, para evitar la aplicación del régimen legal de protección de consumidores.

Carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora de un préstamo hipotecario en el 19%. Conforme a la doctrina del TJUE, el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una "reducción conservativa" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que

no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

CASACIÓN Num.: 2499/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Votación y Fallo: 16/03/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 364/2016

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a tres de Junio de dos mil dieciséis.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrado por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuenlabrada. El recurso fue interpuesto por Carmelo , representado por el procurador Carlos Álvarez Marhuenda. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Fernando Jurado Reche.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. El procurador Antonio Casabella Rueda, en nombre y representación de Carmelo , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuenlabrada. contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare:

»La nulidad del tipo de interés de demora establecido en el contrato de préstamo referenciado en el hecho primero de esta demanda y se establezca por el Juzgado uno más ajustado a derecho, que a juicio de esta parte debe ser el tipo nominal previsto en el contrato para el préstamo (Euribor más un punto, calculado a fecha de la liquidación de intereses: enero de 2009) que resultaría un 3,62%, o alternativamente el previsto Ley 51/21007, de 26/12/2007, el interés de demora para 2008 o la Ley 2/2008 de 31/12/2008 reguladora del interés de demora para 2009, es decir el 7%. O alternativamente, el interés legal del dinero en el momento de firmarse el préstamo (2004), multiplicado por 2,5, es decir, 9,37%.

»Y en función del nuevo interés de demora que se establezca, se recalcule la liquidación de intereses.

»Así como el abono de todas las costas que se causen en este pleito».

2. El procurador Fernando Jurado Reche, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que absuelva a mi parte de la demanda rechazando la pretendida nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios del préstamo con garantía hipotecaria y condene al actor a estar y pasar por ello y al pago de las costas del proceso por su temeridad y mala fe. Subsidiariamente, para el caso de estimar la nulidad de dicha cláusula, que se recalculen los intereses al tipo de 12% que equivale a tres veces el tipo de interés legal actual (en el año 2004 el tipo de interés legal era el 3,75%)».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuenlabrada dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que, estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Casabella Rueda en nombre y representación de D. Carmelo contra BBVA S.A. debo declarar y declaro nula la cláusula del contrato suscrito por las partes que establece el tipo de interés de demora en el 19% nominal actual, sin que haya lugar a que por este Juzgado se establezca un interés más ajustado, y ello sin hacer expresa imposición en materia de costas procesales».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 10 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1º) Que debemos estimar el recurso interpuesto por el Procurador D. Fernando Jurado Reche, en representación de Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria S.A., y frente a D. Carmelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuenlabrada en fecha dieciocho de septiembre de dos mil trece , autos de Procedimiento Ordinario 823/13, revocando la misma y dictando otra en su lugar por la que "se desestima la demanda interpuesta, declarando la validez y no nulidad de la cláusula de intereses moratorios aplicada, no siendo abusivos los intereses liquidados.

»2º) No se hace especial pronunciamiento de las costas en ninguna de las instancias».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1. El procurador Carlos Álvarez Marhuenda, en representación de Carmelo , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión de los intereses moratorios».

2. Por diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Carmelo , representado por el procurador Carlos Álvarez Marhuenda; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Fernando Jurado Reche.

4. Esta Sala dictó auto de fecha 25 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carmelo contra la Sentencia dictada en fecha 10 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª), en el rollo de apelación nº 705/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 823/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Fuenlabrada».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Por providencia de 2 de febrero de 2016 se acordó someter el conocimiento del presente recurso a Pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose a tal fin el 16 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

La presente resolución no se ha dictado en el plazo establecido por haberse prolongado su deliberación.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. - Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 18 de noviembre de 2004, Carmelo concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante, BBVA) un préstamo hipotecario de 295.000 euros. La garantía hipotecaria se constituyó sobre una vivienda (sita en la CALLE000 , de Fuenlabrada), tasada en 241.265 euros, y un local comercial (sita en la calle Nazaret, de Fuenlabrada), tasado en 168.357 euros. El 28 de septiembre de 2005, se amplió la suma prestada en 8.000 euros.

El contrato contiene una cláusula relativa a los intereses de demora, cuya nulidad por su carácter abusivo se cuestiona en el presente juicio declarativo:

«Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

»Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula NOVENA» .

Ante el impago de algunas de las cuotas del préstamo hipotecario, el banco instó la ejecución. El principal por el que se despachó ejecución fue 290.230,53 euros. El banco se adjudicó las fincas por 322.966,32 euros. Una vez tasadas las costas, el sobrante era de 13.109,91 euros. Luego, el banco presentó una liquidación de intereses de 87.708,10 euros, en aplicación del interés de demora del 19%, previsto en la póliza de préstamo hipotecario. Aunque el Sr. Carmelo se opuso e invocó el carácter abusivo de este interés de demora, el juzgado que conocía de la ejecución aprobó la liquidación de intereses por entender que esta cuestión sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora debía ser tratada en un procedimiento ordinario aparte.

2. - Carmelo presentó la demanda de juicio declarativo ordinario que dio inicio al presente proceso, en el que solicitaba la nulidad de la cláusula 6ª del contrato de préstamo hipotecario que fija un interés de demora del 19%, a la vista de cuál era el interés legal del dinero en los años 2008 y 2009, 5% y 7% respectivamente.

En el suplico de la demanda se pedía la declaración de nulidad del tipo de interés de demora y que se estableciera «uno más ajustado a derecho», que a juicio del demandante debía ser el tipo nominal previsto en el contrato para el préstamo (Euríbor más un punto, calculado a la fecha de liquidación de intereses: 2009), que resultaría un 3,62%, o, alternativamente, el interés legal de demora para los años 2008 y 2009 (7%) o el interés legal del dinero multiplicado por 2,5 (9,37%).

3. - El juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró nula la cláusula del contrato que fija el interés de demora en el 19%, y añadió: «sin que haya lugar a que por este juzgado se establezca un interés más ajustado».

La sentencia parte de la consideración no discutida de que el demandante goza de la condición de consumidor, y rechaza que la cláusula hubiera sido negociada individualmente.

Para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula, el juzgado parte de los parámetros a los que se refiere la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz , y, en especial, compara el tipo pactado con el interés legal en la fecha del contrato. Tiene en cuenta que el interés legal en 2004 se situaba en el 3.75% y concluye que un interés de demora del 19% resulta excesivo y desproporcionado. Para este juicio también tiene en cuenta que el interés moratorio en operaciones comerciales o el interés de mora tributaria no han sobrepasado nunca el 9,02% y que en la actual regulación del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria el interés moratorio no puede exceder de tres veces el interés legal.

Respecto de las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, el juzgado aplica la doctrina contenida en la STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto , y rechaza que pueda ser moderada la cláusula declarada abusiva, para conseguir el efecto disuasorio y evitar que las entidades predisponentes continúen con esta práctica. Añade que la aplicación de cualquier tipo de interés, ya sea el legal o el de mora procesal, para responder a esta situación de impago del principal de un préstamo vencido, supondría una forma de moderación o de integración del contrato.

4. - La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el banco, sobre la base de los siguientes razonamientos: i) el interés de demora pactado no estaba referido a un préstamo para la adquisición de la vivienda habitual, por lo que no está protegido por la redacción del art.

114 LH tras la Ley 1/2013, pues se hipotecó tanto la vivienda habitual como un local para obtener un préstamo destinado al tráfico mercantil e inversión del interesado; ii) la liquidación de intereses se practicó una vez resuelto el contrato de préstamo y agotada la ejecución hipotecaria de los dos bienes gravados con la hipoteca, y es ajeno a este juicio declarativo el resultado de la liquidación en cuestión y el saldo resultante imputable al deudor prestatario, dentro de la libre voluntad contractual y efectos derivados de su incumplimiento, en virtud de los artículos 1089,

1255 y ss CC; iii) no resultaba de aplicación el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo , que limita el interés a un máximo del 2.5 veces del interés legal del dinero, por estar referida esta norma al descubierto en cuenta corriente; iv) no se ha acreditado por el demandante que los intereses pactados excedieran de aquellos establecidos habitualmente al tiempo de la suscripción del contrato, en orden a su naturaleza jurídica de sanción o pena, lo que hace que no se pueda considerar si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos dentro de la Ley de 23 de julio de 1908; v) se trataba de una cláusula sujeta a negociación individual, porque la finalidad de la financiación excedía de la mera adquisición de una vivienda para uso personal, al ser destinado el préstamo para el tráfico mercantil o uso personal; vi) no se ha producido «desequilibrio importante en detrimento del consumidor, apreciado mediante el análisis de las normas nacionales y circunstancias concurrentes, cuando mediaba acuerdo entre las partes, no habiendo quedado el consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente, sin que tampoco haya sido preciso llevar a cabo una examen de la situación jurídica en la que se encontraba dicho consumidor, en función de los medios de que disponía con arreglo a la normativa nacional para que cesase el uso de cláusulas abusivas...».

5. - La sentencia de la Audiencia ha sido recurrida en casación por el Sr. Carmelo , sobre la base de un único motivo de casación.

El BBVA se opone a la admisión del recurso, en síntesis, por dos razones: i) porque el recurso hace supuesto de la cuestión, al pretender una revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de apelación; ii) y porque no queda justificado el interés casacional.

Procede confirmar la admisión del recurso y, por lo tanto, rechazar las objeciones a dicha admisión formuladas por la parte recurrida porque, como veremos a continuación, al analizar el recurso, el interés casacional queda justificado por la infracción de jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el control de las cláusulas abusivas relativas a los intereses de demora, y porque el recurso respeta la base fáctica. A este último respecto, conviene advertir que lo que impugna el recurso son valoraciones jurídicas contenidas en la sentencia de apelación, como las relativas al carácter negociado de la cláusula en relación con la aplicación la normativa de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

SEGUNDO.- Recurso de casación

1.- *Formulación del motivo* . El motivo denuncia que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de la Sala en relación con el carácter abusivo de las cláusulas que establecen un interés moratorio claramente desproporcionado, que provoca un desequilibrio importante entre las partes. En este sentido se impugna que el tribunal de apelación no haya

apreciado este desequilibrio importante. Se argumenta que, frente a la sentencia de apelación, la de primera instancia sí que aplicó correctamente la doctrina de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 , respecto del análisis procedente para determinar si la cláusula de intereses moratorios es abusiva.

En el desarrollo del motivo también se impugna la valoración que se contiene en la sentencia de apelación de que el contrato de préstamo en el que se concierta la cláusula está destinado al tráfico mercantil, pues su origen se encuentra en la financiación de la compra de una vivienda habitual. Del mismo modo,

el recurso entiende que por el hecho de que la financiación no hubiera ido exclusivamente destinada a la adquisición de una vivienda habitual, sino también «al tráfico mercantil o uso personal», no significa que las cláusulas del préstamo, en este caso, la de demora, hubieran sido fruto de una negociación individual.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2.- Estimación del motivo . Aplicación de la normativa de protección de consumidores . El hecho de que, tal y como ha quedado acreditado en la instancia, el préstamo hipotecario inicial, en el que se incorporó la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y que la posterior ampliación se destinara a otra finalidad, propia del tráfico mercantil o del uso personal, no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula 6ª del contrato de préstamo hipotecario, ni tampoco permite concluir que esta cláusula fuera negociada individualmente.

Es cierto que, de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante. En nuestro caso, como veremos a continuación, no puede afirmarse que el préstamo hipotecario esté destinado a la actividad empresarial del Sr Carmelo , razón por la cual no puede negársele en la relación contractual controvertida la condición de consumidor.

La cláusula controvertida se introdujo en el contrato inicial de préstamo hipotecario, de 18 de noviembre de 2004, respecto del que no existe duda de que, por haber sido destinado a la adquisición de una vivienda habitual, estaba afectado por la normativa de consumidores. La ampliación del crédito realizada el 28 de septiembre de 2005, lo fue por una cuantía tan poco relevante (8.000 euros) en relación con el importe del inicial préstamo hipotecario (295.000 euros), que no puede transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para su actividad profesional o empresarial. Además, tampoco consta acreditado que el destino de la ampliación fuera una actividad ajena al consumo. Sólo se deja constancia de que fue destinado a una actividad distinta a la adquisición de la vivienda habitual. El tribunal de instancia se refiere en general a otra finalidad propia del tráfico mercantil o del uso personal, sin mayor determinación. Y este uso personal puede estar amparado por la normativa de consumidores.

3.- Por otra parte, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva

1993/13/CEE, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo , 222/2015, de 29 abril , y 265/2015, de 22 de abril , que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario» (sentencia 265/2015, de 22 de abril).

Como recordábamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , «[e]s un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 , caso Constructora Principado, en su párrafo 19». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad

bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente».

4. - Control de contenido de la cláusula de intereses . La cláusula 6ª del préstamo hipotecario respecto del que se juzga su carácter abusivo, fija un interés de demora del 19%.

En la sentencia 265/2015, de 22 de abril , razonamos por qué la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato):

«La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.»

También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta:

«es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"».

De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es «el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento».

5. - Para llevar a cabo este examen, como expusimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , el TJUE ha establecido unas pautas:

«En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

»El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

»Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y

que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo».

Con carácter general, el art. 1108 CC establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero.

Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

Como hemos recordado en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA):

«el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

[...]

»Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal».

El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja):

«[...] los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria [...]» (apartado 33).

6. - La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH, ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

Se da la coincidencia de que, en el presente caso, la cláusula 6ª del préstamo hipotecario es la misma respecto de la que se pronunció este tribunal en dos ocasiones sobre su carácter abusivo. Primero en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, con ocasión de una acción colectiva, y luego en la sentencia 79/2016, de 18 de febrero, con ocasión de una acción individual. Con una diferencia, en aquellos casos la cláusula había sido declarada abusiva en la instancia, mientras que en el presente caso el tribunal de apelación no apreció la abusividad.

En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3

LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

7. - En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:

«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

8. - De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida.

También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH . Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

TERCERO *Consecuencias de la declaración de abusividad*

1.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril , tal y como declaramos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril :

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»

En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo.

2. - De este modo estimamos el recurso de casación, dejamos sin efecto la sentencia de apelación, asumimos la instancia y, conforme a lo argumentado, estimamos en parte el recurso de apelación, en cuanto que, si bien mantenemos la nulidad del interés de demora pactado del 19% decretada en la sentencia de primera instancia, declaramos que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado.

CUARTO.- Costas

Estimado el recurso de casación no procede hacer expresa en condena en costas (art. 398.2 LEC).

La estimación en parte del recurso de casación ha supuesto la desestimación en parte del recurso de apelación, razón por la cual no imponemos las costas de este recurso a ninguna de las partes.

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 expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Carmelo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8ª) de 10 de julio de 2014 (rollo 705/2013), que casamos y dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuenlabrada de 18 de septiembre de 2013 (juicio ordinario núm. 823/2013), cuya parte dispositiva modificamos en el siguiente sentido: mantenemos la declaración de nulidad de la cláusula del contrato suscrito por las partes que fija el interés de demora en el 19%, y declaramos que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado, con imposición de las costas de primera instancia a la demandada.

3.º- No imponer las costas de la apelación a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Eduardo Baena Ruiz.- Pedro José Vela Torres.- Fernando Pantaleón Prieto.- Xavier O' Callaghan Muñoz.- Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.