



Roj: **SAP BU 4/2017 - ECLI:ES:APBU:2017:4**

Id Cendoj: **09059370032017100004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **13/01/2017**

Nº de Recurso: **298/2016**

Nº de Resolución: **5/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00005/2017**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2015 0003927

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000298 /2016**

Juzgado procedencia : JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000374 /2015

RECURRENTE : CAIXABANK SA

Procurador/a : MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Abogado/a : FERNANDO OLANO MOLINER

RECURRIDO/A : Avelino

Procurador/a : JESUS MIGUEL PRIETO CASADO

Abogado/a : CIPRIANO PAMPLIEGA GARCIA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA**, Presidente, **DOÑA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR Y DON JOSÉ IGNACIO MELGOSA CAMARERO**, ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A Nº 5**

En Burgos a trece de Enero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000374 /2015, procedentes del JDO. MERC. 1 (ANT.1A.INSTANCIA 4) de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) **0000298 /2016**, CONTRA SENTENCIA DE FECHA 6 DE ABRIL DE 2016 , en los que aparece como parte demandante, **DON Avelino** , representado por el Procurador don Jesús Miguel Prieto Casado y defendido por el Abogado , don Cipriano



Pampliega García; y como parte apelante, **CAIXABANK SA**, representada por la Procuradora, doña Concepción Santamaría Alcalde y defendida por el Abogado don Fernando Olano Moliner, sobre nulidad condiciones generales de contratación y reclamación cantidad. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los de la resolución recurrida que contiene el siguiente FALLO: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Jesús Miguel Prieto Casado, contra CAIXABANK SA representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Concepción Santamaría Alcalde, y declaro la nulidad de las cláusulas contenidas en la estipulación modificación 3ª de la escritura de modificación de condiciones de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 de mayo de 2010 (número de protocolo 836) que establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual del mínimo aplicable (2,80%); igualmente de las cláusulas contenidas en la estipulación modificación 3ª de la escritura de ampliación de hipoteca y modificación de condiciones suscrita ese mismo día 7 de mayo de 2010 (número 837 de su protocolo) que establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual del mínimo aplicable 3% y un 15% del máximo; declaro igualmente la nulidad e inaplicación de las cláusulas contenidas en ambos contratos modificación 6ª y 5ª respectivamente estableciendo un interés de demora del 19% nominal anual; condeno a la entidad demanda a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a eliminar dichas cláusulas de ambos contratos declarándose su validez en el resto de los pactos; condeno a la demandada a la devolución al actor de las cantidades que en concepto de interés le haya cobrado indebidamente y este abonado en exceso a consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas durante el período de vigencia de dichos contratos, desde la fecha de publicación de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 con los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada uno de los cobros hasta su completo pago, los cuales serán determinados en período de ejecución de sentencia para lo cual se solicita se lleve a efecto por la entidad demandada un nuevo cuadro de amortización excluyendo las cláusulas impugnada y anuladas que regirá en lo sucesivo; igualmente, se condena a la demandada al pago de las costas procesales".

2º.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la parte demandada, se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presento escrito de oposición al recurso, que consta unido a las actuaciones; acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día dieciocho de Octubre de dos mil dieciséis, en que tuvo lugar.

4º.- En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Primero** .- Por la entidad Caixabank SA se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que entiende que al haberse fijado en ambas escrituras de modificación de condiciones de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 7 de mayo de 2010 (num. protocolo notarial 386 y 387) un interés de demora del 19%, y teniendo en cuenta que en el año 2010 en que se pactaron dichas cláusulas , el interés legal del dinero era del 4%, el interés moratorio del 19% excede del triple del interés legal del dinero , por lo que tomando como criterio orientador el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el interés moratorio del 19% es abusivo, decretando su exclusión de ambos contratos.

Y se solicita en el recurso la revocación parcial de la sentencia en el sentido de declarar las cláusulas de interés moratorio no abusivas sino excesivas, acordando su adecuación al artículo 114 de la LH ( límite del triple del interés legal del dinero) y la revocación igualmente de la condena en costas.

**Segundo** .- La cláusula sexta de sendas escrituras de modificación de condiciones de préstamo con garantía hipotecaria establece un interés moratorio del 19% anual para el caso de impago de las cantidades debidas.

Hemos de partir que la cláusula que fija un interés moratorio es en principio lícita, incluso si pacta como cláusula no negociada en un contrato entre profesional y **consumidor**, pues con la misma se persiguen dos fines legítimos en orden al funcionamiento del contrato, siendo el primero el disuadir al deudor de un incumplimiento en su obligación de pago, y el segundo el resarcir al acreedor los perjuicios que tal incumplimiento conlleva.



Ahora bien, cuando es el caso presente la cláusula de intereses moratorios se inserta como cláusula no negociada individualmente, es decir predispuesta e impuesta, en un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, la misma está sujeta a limitaciones en orden a su abusividad, y tal abusividad tendrá lugar, según dispone el art. 85-6 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, cuando los intereses moratorios fijados supongan una indemnización desproporcionadamente alta para el **consumidor** y usuario que no cumpla con sus obligaciones.

Por ello es el juez quien apreciando las circunstancias del caso debe establecer si los intereses moratorios fijados en un contrato de adhesión son desproporcionadamente altos, para lo cual debe realizar un juicio de ponderación atendiendo a diversos parámetros y en especial la comparación con diversos índices de intereses, como lo son los intereses remuneratorios del préstamo y los intereses legales vigentes.

Por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, procedió a reformar el Art. 114 -3 de la Ley Hipotecaria señalando que en los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas sobre la misma vivienda, los intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, y que dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo lo previsto en el Art. 579-2-a) de la LEC. Por su parte la disposición transitoria segunda de la citada Ley 1/2013, señaló que la limitación de intereses referida será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, que asimismo dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

La anterior normativa sobre limitación de los intereses moratorios en los préstamos para adquirir una vivienda habitual garantizados con hipoteca constituida sobre tal vivienda, suscitó la cuestión si era posible declarar abusivos intereses moratorios que no superasen tal limitación legal, es decir el triple del interés legal vigente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a varias cuestiones prejudiciales suscitadas por jueces españoles sobre la conformidad de la citada limitación legal con la Directiva 93/13 sobre protección de **consumidores** en materia de cláusulas abusivas, se pronunció (en tal sentido podemos señalar el reciente Auto del TSJUE de 17 de marzo de 2016, en asunto "IberCaja Banco, SA" contra José Cortés González) señalando que tal limitación legal no impide que el juez nacional apreciando las circunstancias del caso concreto declare nula por abusiva una cláusula sobre intereses moratorios que no superen el citado límite legal.

Por su parte la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia nº 265/ 2015, de 22 de abril señaló que en los préstamos sin garantía hipotecaria concertados entre un profesional y un **consumidor** en los que se inserta una cláusula sobre interés moratorio no negociada individualmente, tal cláusula será abusiva cuando el interés moratorio fijado supere en dos puntos al interés remuneratorio pactado, y que las consecuencias de la declaración de tal abusividad es que la cláusula es nula de pleno Derecho y se tiene por un puesta, sin que sea posible moderar o reducir el interés moratorio fijado declarado abusivo o sustituirlo por el interés legal, si bien el capital pendiente de pago seguirá devengado el interés remuneratorio u ordinario pactado en el contrato.

Por ultimo en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo n ° 364/2016, de 3 de junio, resolviendo un recurso de casación contra una sentencia que declara nula por abusiva la cláusula que fija un interés moratorio del 19% anual en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, señala que el límite legal del interés de mora para tal tipo de préstamos previsto en el art. 114 -3 de la Ley Hipotecaria no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios, y asimismo declara que procede extender el criterio establecido en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril para los intereses de los préstamos personales, a los intereses de demora pactados en los intereses de demora pactados en los préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de abusividad se fija en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, con la misma consecuencia de la declaración de abusividad, esto es la cláusula de interés moratorio que supere tal límite se tiene por nula de pleno Derecho y por un puesta, sin que sea posible la reducción o moderación del interés abusivo ni su sustitución por un interés legal, si bien debe aplicarse el interés remuneratorio u ordinario pactado sobre el capital pendiente de pago.

Pues bien considerando que la cláusula sexta fija un interés moratorio del 19% anual sobre las cantidades impagadas, que tal cláusula está inserta en un contrato concertado entre un profesional y un **consumidor** y no consta probado que haya sido objeto de negociación individual, que en el contrato de préstamo se pactó un interés remuneratorio del 2,80 % nominal anual durante los 24 primeros meses y posteriormente un interés variable que coincidirá con el Euribor a un año incrementado con un margen constate de 0,60 puntos porcentuales, , resulta obvio que el interés moratorio fijado en el tipo referido del 19% anual, supera de forma manifiesta el límite del interés remuneratorio pactado más dos puntos fijado como límite de abusividad por la



doctrina del Tribunal Supremo en las dos sentencias referidas, por lo cual conforme a tal doctrina, así como la del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en Sentencias de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), y lo dispuesto en el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios, reformado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, a fin de adaptar tal Texto Refundido a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cláusula declarada abusiva debe ser considerada nula de pleno derecho y tenerse por no puesta, sin que proceda la moderación o reducción del interés moratorio fijado o su sustitución por interés legal, pues con ello se consigue el efecto disuasorio que el profesional no haga uso en lo sucesivo de las cláusulas abusivas, si bien si es de aplicación el interés remuneratorio pactado sobre el capital pendiente de pago hasta la total satisfacción del mismo.

**Tercero** .- Al desestimarse el recurso de apelación y confirmar la sentencia de Instancia, conforme al artículo 398.1 de la LEC, procede imponer las costas procesales a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por CAIXABAN SA , frente a la sentencia de fecha 6 de abril de 2016 del I JPI n ° 4 de Burgos en el juicio ordinario núm. 374/2015 y en consecuencia se confirma la citada resolución, con imposición de las costas procesales del recurso a la parte apelante

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.