



Roj: **SAP IB 1594/2017 - ECLI:ES:APIB:2017:1594**

Id Cendoj: **07040370052017100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **260/2017**

Nº de Resolución: **262/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00262/2017**

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

-

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

Equipo/usuario: MNP

**N.I.G.** 07040 47 1 2015 0001026

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000260 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000577 /2015

Recurrente: Alonso , BANCO POPULAR SA BANCO POPULAR SA

Procurador: MARGARITA ECKER CERDA, FRANCISCO TORTELLA TUGORES

Abogado: MARIA DEL MAR MELIÁ ROS, DEMETRIO MADRID ALONSO

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**SENTENCIA N°262**

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

DÑA. ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de Baleares, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 577 /2015, procedentes del Juzgado de lo MERCANTIL nº 1 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0260 /2017, en los que aparecen como parte apelante, por un lado el demandante D. Alonso , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MARGARITA ECKER CERDA asistido del abogado Dña. MARIA DEL MAR MELIÁ ROS; y por otra el demandado BANCO POPULAR S.A., representado por el Procurador de los tribunales, FRANCISCO TORTELLA TUGORES, asistido por el Abogado, DEMETRIO MADRID ALONSO.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de PALMA DE MALLORCA, se dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2016 , en el procedimiento juicio ordinario 577/15 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: Que con ESTIMACIÓN PARCIAL de la demanda presentada por Don Alonso , representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Margarita Ecker Cerda contra la entidad bancaria Banco Popular S.A. representada por el Procurador Don Francisco Tortella Tugores debo:

1. DECLARAR Y DECLARO la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, dentro de la Estipulación Segunda, Novación Modificativa, relativa a los intereses, punto 1.3, Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anula mínimo aplicable en este contrato será de 5%
2. *CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha condición general de la contratación de la escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario arriba citada y suscrita entre el actor y la demandada de fecha 4 de diciembre de 2008*
3. *CONDENAR Y CONDENO a la demandada a pagar la cantidad abonada de más por el actor por culpa de la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta la fecha de que se deje de a*
4. *DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de las Cláusula establecida en ordinal 1.7 de la escritura de novación de préstamo hipotecario, Estipulación Segunda que regulan los intereses de demora que se establece al 16 %.*
5. *DECLARAR Y DECLARO nulidad de disposición contractual inserta en la Estipulación Primera- Ampliación del Principal del Préstamo, pagina 10 de la escritura de 4 de diciembre de 2008 relativa a pago de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento por importe de 16.811,65 euros a favor de EUROVIDA S.A., condenado a su devolución a la parte actora.*

Todo ello sin expresa condena en costas procesales, debiendo cada parte sufragar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Con fecha 12 de diciembre de 2016 se dictó Auto de Aclaración cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *Dispongo declarar la aclaración y rectificación solicitada por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Tortella Tugores, en nombre y representación de la entidad Banco Popular S.A., respecto del Pronunciamiento del Fallo de la Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2016 , en el sentido de que el pronunciamiento 5º del Fallo de la misma debe tener el siguiente contenido:*

5- DECLARAR Y DECLARO nulidad del seguro de amortización de crédito por fallecimiento y declaro la nulidad de la disposición contractual inserta en la Estipulación Primera- Ampliación del Principal del Préstamo, pagina 10 de la escritura de 4 de diciembre de 2008 relativa a pago de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento por importe de 16.811,65 euros a favor de EUROVIDA S.A., condenado a su devolución a la parte actora.

**SEGUNDO** .- Que contra la anterior sentencia y por la representación, por un lado de la parte demandante D. Alonso y por otra de la parte demandada Banco popular S.A. se interpusieron sendos recursos de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 20 de septiembre del corriente año, quedando el mismo concluso para dictar la presente Sentencia.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado todas prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La demanda instauradora de la presente Litis ejercita la acción individual prevista en el art 9 LGCC; Solicita la declaración de nulidad por abusividad de las clausulas predispuestas que rigen sobre los intereses



remuneratorios (parcial), el interés de demora( total), y la nulidad del seguro de amortización de crédito por fallecimiento obligando al banco a devolver respecto a los intereses devengados todas las cantidades cobradas en exceso desde 2009 y en cuanto al seguro la tasa los 16.811,65 euros.

Reclama 32.410 euros y las cantidades devengadas hasta la ejecución de sentencia de acuerdo con las bases explicadas en la demanda.

La sentencia apelada resume los hechos constitutivos de la pretensión como sigue:

- El día 4 de diciembre de 2008 Don Alonso (en concepto de prestatario) y la entidad Banco de Crédito Balear, actual Banco Popular, (en concepto de prestamista), suscribieron un contrato de novación modificativa y ampliación de préstamo hipotecario, en virtud del cual, la entidad bancaria, le concedió un préstamo cuyo principal por abonar ascendería al por importe de 216.810 euros, a devolver en 25 años, a razón de 300 cuotas mensuales en las que estaban incluidos el capital e intereses, debiendo satisfacer la primera cuota el día 4 de enero de 2009 y la última, el 4 de diciembre de 2033 (cláusulas contractuales financieras 1ª y 2ª).

Cada cuota mensual se fijaría en función del capital pendiente de pago más un interés ordinario que variaría según el periodo. En concreto:

Periodo inicial: se aplicaría un tipo de interés fijo del 5,673% (desde la fecha de constitución del préstamo hipotecario hasta el 4 de abril del 2009)

Periodos sucesivos: a partir del día 4 de abril de 2009, hasta el vencimiento del préstamo, el interés remuneratorio anual aplicable y se calcularía tomando un tipo de referencia (EURIBOR) más un diferencial, tal como recoge la Estipulación Segunda, Novación Modificativa, en concreto el ordinal 1.2.

No obstante, sigue diciendo la escritura pública en su punto 1.3, dentro de la Estipulación Segunda, Novación Modificativa, relativa a los intereses, Límite a la variación del tipo de interés aplicable. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anula mínimo aplicable en este contrato será de 5% , es decir, la comúnmente conocida como cláusula suelo o floor. Por tanto, si el resultado de la revisión en cualquier de los periodos de interés comprendidos en la segunda fase fuese inferior al interés mínimo, será éste tipo de interés mínimo el que se aplicará.

El día 3 de enero de 2014 el actor, como titular del préstamo remitió reclamación extrajudicial formal ante la entidad bancaria, (documento número 3.1 de la demanda), contestándose la misma en sentido negativo por la entidad en fecha 20 de marzo de 2014 (documento número 3.2 de la demanda).

La demandada se opuso a la reclamación. Sostuvo, en síntesis, que la citada cláusula suelo no es una condición general de la contratación sino que, a su juicio, se trata de una cláusula libre y voluntariamente aceptada, negociada con su representada, y que forma parte del precio.

Incide en que en este caso se trata de una compraventa de vivienda (por el demandante), con subrogación en una hipoteca ya constituida en 2006, y en que se solicita una ampliación del importe del préstamo y plazo, siendo el demandante quien se dirige al banco. Por tanto, no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC. Por otra parte, niega haber contravenido la buena fe contractual, es más, es una cláusula reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas éstas como derechos y obligaciones de las partes. Añade, por último, en su caso, la eficacia no retroactiva de un eventual pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula suelo. En relación a la pretensión d nulidad de un seguro de amortización de crédito por fallecimiento y devolución del reintegro, manifiesta la falta de competencia objetiva por considerar que corresponde la competencia a los Juzgados de Primera Instancia.

La sentencia estimó parcialmente la demanda tal y como se deduce del fallo y del auto de aclaración transcritos. Contra ella se alzan ambas partes:

La actora apelante reclama la íntegra estimación de la demanda porque, con fundamento en el suplico, reclamaba que se condenase al Banco Popular a la devolución de cantidad cobrada de más *desde que se firmó la escritura de hipoteca* , es decir, la suma de 26.571 ? (corregida y fijada en la Audiencia Previa a fecha 15/03/2016) y las cantidades que se devenguen hasta la eliminación de la cláusula suelo por la entidad bancaria.

Entiende el consumidor apelante que, al ser nula la cláusula suelo objeto de la demanda, los efectos de devolución de la cantidad indebidamente cobrada por el Banco Popular deben ser desde su origen de acuerdo a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente Sentencia de 21 de diciembre de 2016.

La entidad bancaria también apeló la sentencia; dirige su recurso contra los puntos 4 y 5 del fallo judicial, nulidad de la cláusula que estipula un seguro de vida y nulidad de la cláusula de intereses de demora.



En cuanto al primer motivo, razona: *parece que la parte actora solicita una nulidad subsumiendo el supuesto en el ámbito de las condiciones generales de la contratación pero....., no permite una correcta evaluación de la posible existencia de dichas condiciones y, en su caso, una evaluación de una hipotética no incorporación y/o abusividad de las mismas.*

En el mismo sentido, al entidad bancaria aprecia que a falta de prueba documental alguna, la parte actora hizo referencia exclusivamente a la estipulación recogida en la escritura de préstamo hipotecario con número de protocolo 2284 de fecha 04 de diciembre de 2008 en la que se prevé solo la forma de pago del seguro (o de su prima) a través de una ampliación del capital del préstamo y posterior transferencia a la cuenta corriente de titularidad de la aseguradora EUROVIDA.

En especial, hace referencia (puesto que es la única estipulación que se impugna de adverso) a la Estipulación Primera, último párrafo, de la escritura arriba indicada, en la que se recoge: Mediante la presente, la parte prestataria da orden de transferencia desde la citada cuenta por importe de DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (16.811,65?.-) euros a favor de EUROVIDA SA, a la cuenta de dicha entidad núm. 0075-0125-44-061-00417- 44, en concepto de pago de prima de seguro de amortización de crédito por fallecimiento.

Insiste en que en el *petitum* de la demanda la parte actora solicita la nulidad de un contrato de seguro que, no aporta documentalmente y aún menos con referencias identificativas provocando, además de ello, una total indeterminación de los motivos por los que considera nulo el referido pacto además de indefensión por esta parte.

Alega la falta de competencia del Juzgado Mercantil en la resolución de dicha cuestión por ser, entre otros, el contrato de seguro (no aportado documentalmente) un supuesto contrato totalmente independiente del contrato de préstamo y por ser la nulidad de una orden de pago materia exenta a dicha evaluación judicial. Reclamó en definitiva, una falta de competencia objetiva y la solicitud de apreciación de oficio de la misma.

Concluye que, por lo que al punto 5 del fallo judicial se refiere, que la sentencia recurrida se fundamentara en el sentido por el que muestra disconformidad al no existir ningún elemento probatorio que reforzara la tesis de la parte actora, sino todo lo contrario.

A partir de aquí el apelante denuncia la errónea valoración de la prueba porque la declaración del demandante fue contradictoria, confusa y provocó incluso la llamada de atención del Juez a quo. Afirma la licitud del contrato de seguro, la del pago de la prima única; invoca la aplicación de la doctrina de los actos propios al haber transcurrido 8 años desde la subrogación.

En segundo lugar, reclama la aplicación de la jurisprudencia vigente sobre la cláusula de intereses de demora. En especial, de la Doctrina del Tribunal Supremo.

En cuanto a la nulidad decretada de los intereses de demora la entidad bancaria apelante no se opone en cuanto a la nulidad sobre el tipo pactado en escritura,( aunque manifiesta que dicho tipo estaba en la legalidad en el momento de suscribir el préstamo), sin embargo considera procedente aplicar, a diferencia de lo que establece el punto 4 del fallo judicial, la doctrina extraída de la sentencia número 364/2016 de fecha 03 de junio de 2016 conforme a la cual la nulidad de una cláusula 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.

Ambas partes se opone a los respectivos recursos.

**SEGUNDO.** - Centrados los términos objeto del debate, debemos comenzar por el recurso de la parte actora pues se dirige contra un pronunciamiento no apelado por la otra parte.

Revisadas las actuaciones, la Sala constata que la demanda presentada el 9 de julio de 2015 reclama la nulidad de la cláusula que limita las revisiones del tipo mínimo al 5% y la condena a devolución de cantidades desde el año 2009. Si bien la sentencia dictada el 8 de septiembre cumplía, en este punto, con la jurisprudencia vigente el recurso debe prosperar debido a la decisión del TJUE publicada el 21 de diciembre de 2016, A ello se añade que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo razona, entre otras en Sentencia del 20 de julio de 2017 (ROJ: STS 3037/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3037 ):3. En cuanto al fondo del asunto, la sentencia recurrida, al limitar los efectos de la nulidad de la cláusula suelo a la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , si bien al tiempo de ser dictada era conforme a la jurisprudencia de esta sala, no lo

es en la actualidad con la jurisprudencia posterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo).

*La controversia acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de esta sala, a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero:*

*«la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:*

*a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.»*

De acuerdo con esta doctrina, la decisión de la sentencia recurrida que limitó los efectos de la nulidad de la cláusula suelo a la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, no es correcta. Por ello debemos estimar el recurso de casación, y modificar la sentencia de apelación en el sentido de desestimar totalmente el recurso de apelación de Caja España, con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia.

Por todo ello, asiste razón al consumidor recurrente y debido al cambio jurisprudencial -posterior al dictado de la sentencia de instancia- estimamos el recurso de apelación de la parte actora.

**TERCERO** .- En cuanto al recurso de apelación de la entidad bancaria, esta censura la errónea valoración de la prueba respecto a una pretensión de nulidad de la cláusula 1.2.3 que recoge la tasa de bonificación y en consecuencia el contrato de seguro de vida.

Consta en la escritura pública tanto en la estipulación primera como en el anexo I; de la lectura de ambos párrafos se colige sin dificultad que fue un producto propuesto por la entidad prestamista y debemos analizar si se cumplieron los estándares de transparencia que impedirían su nulidad (art. 8.2 LCGC).

No se está cuestionando la bondad del seguro de vida, ni la licitud del pago de una prima única.

La sentencia apelada declara probado que el demandante no solicitó este servicio, y aprecia la nulidad por aplicación del art 89.4 LDCYU:4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados

El artículo 89 LDCYU bajo la rúbrica **Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato** dispone que *en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas* y entre ellas la que hemos transcrito.

Revisada la grabación de la prueba de interrogatorio del SR Alonso así como la declaración de la empleada del banco, de lo poco que queda meridianamente claro, resulta que el actor se enteró en la Notaría de que habiendo solicitado un préstamo por 200.000 euros iba a firmar un importe de 216.000e cantidad que no coincidía con la que necesitaba.

Es cierto que la declaración del actor fue cuando menos confusa en algunos puntos (parecía que no sabía si pedía un préstamo con garantía hipotecaria o se trataba de una subrogación,) pero más allá de las evasivas por las que fue apercibido, concordamos con la valoración probatoria realizada por el Juez *a quo* que dicho producto no fue solicitado por el prestatario, se opuso y manifestó su disconformidad verbalmente firmando bajo palabra de la representación de la entidad prestamista de que lo arreglarían.

La explicación de la empleada relativa a que ese producto se podía haber rechazado y ello hubiera motivado la evaluación de nuevo por la comisión de riesgos, no tenemos constancia que se diera antes de la firma ni siquiera el día de la firma.

Es por ello procede declarar la abusividad de dicha cláusula y en sede de condiciones generales de la contratación procede declararla nula confirmando la sentencia en este punto.





Consecuencia inherente de la nulidad de una cláusula que impone la entidad bancaria, que negocia e introduce unilateralmente sin información (ni previa, ni coetánea a la firma) es la de tenerla por no puesta. Como resultado de que fue producto no solicitado procede la condena a la devolución de la cantidad.

La entidad aseguradora no fue parte en la escritura pública que analizamos y no tenemos ninguna evidencia de que el consumidor hubiera propuesto esta compañía en vez de otras o hubiera sido informado de las posibilidades ni mucho menos conociera el número de cuenta que se hizo constar *por petición suya* en la escritura pública de subrogación.

A resultas de la nulidad y declaración de que la cláusula se tenga por no puesta resulta improcedente la orden de pago causada por una cláusula no pedida, con la que debe pechar la parte predisponente de la cláusula y beneficiaria de la misma.

**CUARTO** .- En cuanto al objeto del recurso consistente en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la cláusula de intereses de demora. La Sala Primera resolvió que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues:

i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto;

ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio (9), aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina establecida por el TJUE (10) y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de demora convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo también estableció una doctrina jurisprudencial sobre cuáles debían ser los efectos de la apreciación de abusividad de una cláusula sobre interés de demora, por superar ese límite de dos puntos sobre el interés remuneratorio.

El Tribunal Supremo declaró que el TJUE (11) ha deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional, pues el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el TJUE (13) ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

Por esas razones, el Tribunal Supremo concluyó que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la



norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias del Tribunal Supremo tomaron en consideración que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de demora, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. Por ejemplo, en el caso objeto de nuestra sentencia 469/2015, de 8 de septiembre, la cláusula del interés de demora cuya abusividad se enjuiciaba consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, de carácter variable, aplicable en cada momento.

El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor ( artículo 85.6 TRLCU y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE ).

En consecuencia, 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, cuyo carácter proporcionado respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (sentencias TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13) y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Procede estimar el recurso de la entidad apelante y declarado nulo el interés de demora en caso de incurrir en esta procede aplicar el remuneratorio.

**QUINTO** .- La estimación en parte de ambos recursos motiva que no sea procedente condena en costas

La estimación parcial de la demanda implica que cada parte asumirá las causadas a su instancia.

**SEXTO**.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a ambas partes apelantes.

En atención a lo expuesto la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares,

## FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso interpuesto por la Procuradora Doña Margarita Ecker Cerdá en nombre de DON Alonso y en consecuencia revocamos el punto 3 y condenamos al BANCO POPULAR S.A. al pago de 26.571 euros y las cantidades que se devenguen hasta la eliminación de la cláusula suelo por la entidad.

ESTIMAMOS en parte el recurso interpuesto por el Procurador Don Francisco Tortella Tugores en nombre de BANCO POPULAR S.A. y modificamos el punto 4 añadiendo que declarada la nulidad de los intereses de demora procederá en su caso la aplicación del remuneratorio.

Sin condena en costas en ninguna de las dos instancias.

Con devolución del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.