



Roj: **STS 1317/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1317**

Id Cendoj: **28079110012019100224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **152/2016**

Nº de Resolución: **241/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 3178/2015,**
STS 1317/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 241/2019

Fecha de sentencia: 24/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 152/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCION N. 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: Ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 152/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 241/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 24 de abril de 2019.

Esta sala ha visto El recurso de casación contra la sentencia dictada, el día 27 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), en el rollo de apelación n.º 401-M142/2015 dimanante del juicio ordinario n.º 642/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante (sede en Elche).

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.ª Blanca M. Grande Pesquero en nombre y representación de la entidad Banco de Sabadell.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Yolanda Sánchez Orts en nombre y representación de D. Fructuoso , D. Gines y D.ª Dolores .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales doña Yolanda Sánchez Orts, en nombre y representación de D. Fructuoso , D. Gines y D.ª Dolores , interpuso demanda de nulidad de estipulaciones contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, contra Banco de Sabadell, S.A. El suplico de la demanda dice:

"[...] se dicte sentencia, declarando la nulidad cláusula sexta integrada en el contrato de préstamo hipotecario otorgado en escritura pública de 27 de noviembre de 2008, así como el abono de todas las costas causadas."

2.- Por decreto de 9 de enero de 2015 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador don Jorge Luis Manzano Salinas, en nombre y representación de Banco Sabadell, SA, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"[...] que se desestime íntegramente la misma, imponiendo las costas a D. Fructuoso , D. Dolores ."

4.- El Juzgado dictó sentencia el 9 de julio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora Sra. Sánchez Orts en nombre y representación de D. Fructuoso , D. Gines y D.ª Dolores , contra Banco de Sabadell S.A., y declaro la nulidad de pleno derecho por su carácter abusivo de la cláusula sexta de las estipulaciones del préstamo hipotecario suscrito con fecha 27 de noviembre de 2008 que establece un interés de demora del 25% anual, la cual se tendrá por no puesta, subsistiendo el resto de los términos del préstamo hipotecario suscrito con fecha 27 de noviembre de 2008 que establece un interés de demora del 25% anual, la cual se tendrá por no puesta, subsistiendo el resto de los términos del préstamo hipotecario sin dicha cláusula."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco de Sabadell S.A., correspondiendo su resolución a la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 27 de noviembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante con sede en Elche de fecha nueve de julio de dos mil quince , en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución en el único particular relativo a que no procede efectuar, especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en La instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia recurrida, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada y acordando la devolución del depósito" constituido para la interposición del recurso."

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la sentencia dictada por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco de Sabadell, S.A., con base en los siguientes motivos:

Primero: Por infracción, en concepto de inaplicación errónea interpretación de norma con vigencia inferior a cinco años: la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, en relación con el artículo 3.2 de la misma norma , que modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria . Existencia de Jurisprudencia contradictoria al respecto.



Segundo: Por infracción, en concepto de inaplicación del artículo 1108 del Código civil sobre el interés de mora. Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula. Aplicación supletoria del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

2.- La sala dictó auto el 23 de enero de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia dictada, el día 27 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en el rollo de apelación n.º 401-M142/2015 dimanante del juicio ordinario n.º 642/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante (sede en Elche).

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- La representación procesal de D. Fructuoso , D. Gines y D.ª Dolores , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 3 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La demanda que inicia este proceso tiene por objeto una pretensión de declaración de nulidad, por abusiva, de la estipulación sexta del préstamo con garantía hipotecaria otorgado mediante escritura de fecha 27 de noviembre de 2008 entre la prestamista Caja de Ahorros del Mediterráneo (hoy, BANCO DE SABADELL) y los actores, en su condición de prestatarios, que tiene el siguiente tenor: "SEXTA.- INTERESES DE DEMORA. Sin perjuicio de lo establecido en la estipulación SEXTA BIS, las cantidades, ya lo sea por intereses en el periodo de carencia, o lo sea por cuotas comprensivas de capital e intereses en el periodo de reintegro, que no sean satisfechas por los prestatarios a su vencimiento, devengarán desde dicho vencimiento en favor de la Caja el interés de demora del veinticinco por ciento (25%) anual, sin necesidad de requerimiento alguno y pagadero en su caso al hacerse efectivo cualquier concepto vencido e impagado, gozando este devengo de preferencia sobre los demás. Si por consecuencia de la cláusula de revisión resultar aplicable a la operación como interés ordinario un tipo superior al de demora fijado, las cantidades no satisfechas a su vencimiento tanto por intereses del período de carencia como por cuotas de capital e intereses, devengarán desde, dicho vencimiento en concepto de demora este tipo ordinario resultante de la referida cláusula de revisión."

2.- La Sentencia de 1.ª instancia estimó la demanda y frente a la misma se alzó la entidad demandada formulando las siguientes alegaciones: i) indebida aplicación de la doctrina de la Audiencia Provincial de Alicante respecto de la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 en relación con la modificación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria acerca del límite del triple del interés legal; ii) subsidiariamente, la aplicación del artículo 1.108 del Código civil en sustitución de la cláusula nula; iii) improcedencia de la condena al pago de las costas causadas en la instancia.

3.- Correspondió conocer del recurso a la sección octava de la audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 27 de noviembre de 2015 por la que revocó la sentencia de primera instancia en el único particular relativo a que no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

4.- La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación que articuló en dos motivos.

(i) Primero

Por infracción, en concepto de inaplicación errónea interpretación de norma con vigencia inferior a cinco años: la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de mayo , de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, en relación con el artículo 3.2 de la misma norma , que modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria . Existencia de Jurisprudencia contradictoria al respecto.

En el desarrollo del motivo alega la validez de la cláusula con la consecuencia de su ajuste al límite del art. 114 LH , según la reforma introducida por la Ley 1/2013.



(ii) Segundo.

Por infracción, en concepto de inaplicación del artículo 1108 del Código civil sobre el interés de mora. Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula. Aplicación supletoria del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

Lo plantea de forma subsidiaria y solo para el supuesto de que se considere la cláusula abusiva y no considerase aplicable el interés moratorio establecido en la disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 y el art. 114 LH reformado por aquella, en que debe aplicarse al presente supuesto el interés de mora reconocido en el art. 1.108 CC .

5.- La sala dictó auto el 23 de enero de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- Basta la lectura de los motivos del recurso para constatar que la entidad recurrente no cuestiona que sea abusivo el interés moratorio concertado en el préstamo, sino que sea abusiva la cláusula que fija intereses moratorios, con la consecuencia de ser expulsada del contrato, sin poder ser integrada.

2.- Y es que sobre la nulidad de la cláusula en las sentencias 265/2015, de 22 de abril , 470/2015, de 7 de septiembre , y 469/2015, de 8 de septiembre , este tribunal 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 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 queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

La aplicación de dicho criterio (cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) al supuesto objeto del recurso confirma la corrección de la declaración de nulidad, por abusiva, que ha realizado la Audiencia Provincial de la cláusula que establece el interés de demora en el préstamo objeto de este recurso, puesto que supera en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio.

3.- Por tanto, la cuestión se contrae a cual debe ser el efecto de la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula demora, teniendo en cuenta la pretensión principal y subsidiaria de la recurrente, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida que entiende que el préstamo deja de devengar interés alguno cuando el prestatario haya incurrido en mora.

4.- Sirve de guía la reciente sentencia 63/019, de 31 de enero, que se pronuncia en los siguientes términos:

"1.- Esta sala había estudiado desde el año 2015 el control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos personales e hipotecarios firmados por **consumidores**. En las sentencias dictadas a partir de ese año había considerado que, ante la falta de una previsión legal que fijara el criterio aplicable para el control de su abusividad, el interés de demora no podía exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si se superaba este porcentaje, la cláusula se consideraba abusiva y la consecuencia era la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio. Sin embargo, este seguía devengándose por el capital pendiente de devolución.

"Esa doctrina jurisprudencial fue cuestionada por diversas resoluciones en las que se pretendía que el TJUE declarara que no era conforme con el Derecho de la Unión Europea. El TJUE decidió en su sentencia de 7 de agosto de 2018 que la jurisprudencia de la Sala Primera se ajusta al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**."

"2.- La sentencia 671/2018, de 28 de noviembre , en un caso similar al presente en el que el interés de demora era del 25%, ha abordado por primera vez la abusividad de los intereses de demora en préstamos concertados con **consumidores**, después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) respaldara la doctrina jurisprudencial de la sala sobre esta materia.



Con arreglo a la doctrina de la sala, que ha quedado refrendada por el TJUE, por ser conforme con el Derecho de la Unión Europea, no es correcta la solución ofrecida por ninguna de las sentencias de la instancia, ni de la primera instancia ni la de apelación."

Ambas sostienen que no se abone interés alguno.

Pero ello no puede aceptarse, porque el interés remuneratorio fijado en el contrato sigue cumpliendo su función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, por lo que debe continuar su devengo.

La citada sentencia 671/2018 , que hace un exhaustivo planteamiento de la cuestión, afirma, en lo que queremos destacar, lo siguiente:

(i) En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TJUE, en su sentencia 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* , con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito* , 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, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, 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**.

(ii) Concluimos en aquellas 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.

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.

5.- Por tanto, la solución, conforme a esa doctrina, 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.

De ahí, que la estimación del recurso de casación solo puede ser parcial.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394- 1 y 398. 1 LEC , la estimación parcial del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación.

FALLO

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

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell S.A., contra la sentencia dictada, el día 27 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8.ª), en el rollo de apelación n.º 401-M142/2015 dimanante del juicio ordinario n.º 642/2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante (sede en Elche).

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de demora y, en su lugar, acordamos que, una vez que el prestatario incurrió



en mora, el préstamo no devengó interés de demora y siguió devengando el interés remuneratorio respecto del capital pendiente de devolución.

3.º- No procede imposición de costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ