



Roj: **SAP AB 700/2016 - ECLI:ES:APAB:2016:700**

Id Cendoj: **02003370012016100376**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2016**

Nº de Recurso: **461/2016**

Nº de Resolución: **368/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL MATEOS RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

ALBACETE

SECCION PRIMERA

Apelación Civil nº 461/2016

Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Albacete. Proc. Ordinario nº 81/15

APELANTE: CAIXABANK S.A.

Procuradora: Dª. Carmen Gómez Ibáñez

Letrada: Dª. Elisa Espada Imedio

APELADA: Alejandra

Procurador: D. Rafael Romero Tendero

Letrado: D. Vicente López Izquierdo

S E N T E N C I A N U M . 3 6 8 / 1 6

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CESAR MONSALVE ARGANDOÑA

Magistrados

D. JOSE GARCIA BLEDA

D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ

En Albacete, a tres de octubre de dos mil dieciséis.

VISTOS en esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los autos de juicio de Procedimiento Ordinario nº 81/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete y promovidos por Dª. Alejandra contra la mercantil "CAIXABANK S.A."; cuyos autos han venido a esta Superioridad en virtud de recurso de apelación que, contra la sentencia dictada en fecha 28 de marzo de 2016 por la Sra. Magistrada-Juez sstta. de Primera Instancia de dicho Juzgado, interpuso la referida entidad demandada. Habiéndose celebrado Votación y Fallo en fecha 29 de septiembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO en lo necesario los antecedentes de la sentencia apelada; y



1º.- Por el citado Juzgado se dictó la referida sentencia, cuya parte dispositiva dice así: " **FALLO:** Con ESTIMACION sustancial de la demanda promovida por D^a. Alejandra , contra la entidad financiera CAIXABANK, S.A., debo declarar y declaro: 1) la nulidad de la cláusula cuarta que establece límites a la variación del tipo de interés en la escritura pública, suscrita entre las partes, de modificación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 8 de abril de 2008, teniendo por no puesta la citada cláusula que reza: "Tipo mínimo y máximo. Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al CUATRO ENTEROS Y VEINTICINCO CENTESIMAS DE ENTERO POR CIENTO (4,25%) ni superior al QUINCE ENTEROS POR CIENTO (15%)".- 2) la nulidad de la cláusula sexta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13/abril/2004, relativa a los intereses de demora, en lo que se refiere al siguiente contenido: "el presente préstamo devengará en concepto de penalización para el caso de mora de la parte prestataria, un tipo de interés de demora del 22,480 % nominal anual que se devengará diariamente".- 3) la nulidad de la cláusula cuarta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13/abril/2004 que reza: "Cuando se produzcan impagos en los vencimientos concertados en la presente operación, ya sea total o parcialmente, y con independencia del tipo de demoras pactado en este contrato, EL MONTE aplicará por cada uno de los que se produzca, una comisión de 18,03 euros, en concepto de comisión por reclamación de recibos impagados.- Se condena a la demandada a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , debiendo recalcular el cuadro de amortización del préstamo.- Se impone a la parte demandada el pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, el cual deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su efectiva notificación. De conformidad con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, la interposición del recurso de apelación, en el caso de persona jurídica, exige el pago de la tasa judicial de 800 euros más la cantidad variable que resulte de multiplicar 0,5 a la cantidad objeto del pleito.- Librese testimonio literal de esta sentencia, que quedará en las actuaciones, con inclusión de la original en el libro de sentencias.- Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

2º.- Contra la Sentencia anterior se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada representada por medio de la Procuradora D^a. María del Carmen Gómez Ibáñez, bajo la dirección de la Letrada D^a. Elisa Espada Imedio, mediante escrito de interposición presentado ante dicho Juzgado en tiempo y forma, y emplazadas las restantes partes personadas, por la demandante Sra. García López, representada por el Procurador D. Rafael Romero Tendero, bajo la dirección del Letrado D. Vicente López Izquierdo se presentó en tiempo y forma ante el Juzgado de Instancia escrito oponiéndose al recurso de apelación y, dado traslado de dicha impugnación, la parte contraria se opuso a la misma, elevándose los autos originales a esta Audiencia para su resolución, previo emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Audiencia Provincial por término de diez días, compareciendo los mencionados Procuradores en sus respectivas representaciones ya indicadas.

3º.- En la sustanciación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL MATEOS RODRIGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone, en nombre y representación de "Caixabank, S.A.", recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete de 28 de marzo de 2016 , que, estimando al demanda en su día interpuesta en nombre y representación de Alejandra , declaró: (1) la nulidad de la cláusula cuarta que establece límites a la variación del tipo de interés en la escritura pública, suscrita entre las partes, de modificación de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 8 de abril de 2008, teniendo por no puesta la citada cláusula que reza: "Tipo mínimo y máximo. Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al CUATRO ENTEROS Y VEINTICINCO CENTESIMAS DE ENTERO POR CIENTO (4,25%) ni superior al QUINCE ENTEROS POR CIENTO (15%)"; (2) la nulidad de la cláusula sexta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13/abril/2004, relativa a los intereses de demora, en lo que se refiere al siguiente contenido: "el presente préstamo devengará en concepto de penalización para el caso de mora de la parte prestataria, un tipo de interés de demora del 22,480 % nominal anual que se devengará diariamente"; (y 3) la nulidad de la cláusula cuarta de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13/abril/2004 que reza: "Cuando se produzcan impagos en los vencimientos concertados en la presente operación, ya sea total o parcialmente, y con independencia del tipo de demoras pactado en este contrato, EL MONTE aplicará por cada uno de los que se produzca, una comisión de 18,03 euros, en concepto de comisión por reclamación de recibos impagados; y condenó a la demandada apelante a devolver a la demandante las cantidades cobradas indebidamente en aplicación la cláusula suelo, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, a partir



de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, debiendo recalcularse el cuadro de amortización del préstamo, así como al pago de las costas.

La recurrente no está conforme con ninguno de los pronunciamientos de la sentencia descrita.

SEGUNDO.- Las críticas del recurso se dirigen, en primer lugar, frente a la declaración de nulidad de la llamada cláusula suelo.

La sentencia recurrida sigue sobre esta cuestión, como es habitual, las indicaciones de la importante sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, que analiza hechos similares a los que son objeto de enjuiciamiento.

Dicha resolución hace un completo análisis de las cláusulas suelo y las va sometiendo a sucesivos controles para verificar su validez.

1º) Comienza con un primer control de transparencia, que llama "de incorporación al contrato", y cuyo contenido es el que viene definido en los artículos 5.5 ("[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"), y 7 de la LCGC ("[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]").

Y concluye que en el caso de las condiciones generales analizadas debe entenderse superado ese primer control, considerando por tanto que son claras, concretas y sencillas, y que no son ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles, indicando expresamente el Alto Tribunal que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor", de donde resulta que el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (parágrafos 202 y 203).

2º) Sigue con un segundo control de transparencia, que califica como propio de contratos celebrados con **consumidores**, pues el anterior es aplicable tanto a los contratos suscritos entre empresarios y profesionales como a los suscritos entre estos y **consumidores**.

Se basa en el artículo 80.1 TRLCU, que dispone que "[e]n los contratos con **consumidores** y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Y de su texto extrae el Tribunal Supremo la conclusión de que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (parágrafo 210).

Este segundo control, además, abre la puerta al control de abusividad sobre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato o precio del mismo, conclusión a la que se llega en la sentencia analizada con el siguiente razonamiento:

"206. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible".

El contenido de este segundo control, llamado por el Tribunal Supremo "control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con **consumidores**" o "de comprensibilidad real", se concreta en la comprobación de si "la información suministrada (por el empresario predisponente) permite al **consumidor** percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir



en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (p. 211), y de si esas cláusulas no están "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el **consumidor** como principal puede verse alterado de forma relevante" (p. 212).

Y aplicando esos criterios concluyó el Tribunal Supremo que las cláusulas analizadas no superaban el control, ya que (por lo elevado del suelo) era previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, y ello suponía que el préstamo, ofrecido como de interés variable, se convertía en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza (parágrafo 224), y en definitiva (parágrafo 225):

a) Faltaba información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertaban de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existían simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No había información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) (En el caso de las utilizadas por el BBVA) se ubicaban entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas, diluyendo la atención del **consumidor**.

3º) El tercer control es el de "abusividad" o "equilibrio", que aunque en principio no era posible aplicarlo a las cláusulas suelo, pues son de las que describen y definen el objeto principal del contrato (p. 196), y el art. 4,2 de la Directiva dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra", sí que resultaba procedente en el caso, pues el mencionado art. 4,2 de la Directiva condiciona sus prescripciones a que las cláusulas "se redacten de manera clara y comprensible", y, como se ha visto, entendió el Tribunal Supremo que las que analizó no eran "realmente comprensibles".

El objetivo de este tercer control es establecer si las condiciones generales predispuestas para ser impuestas en una pluralidad de contratos con **consumidores**, sin negociación individualizada, causan "un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en contra de exigencias de la buena fe" (p. 233), pues el art. 3 de la Directiva establece, en su apartado 1, que "(l)as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

El Tribunal Supremo razona, en relación a qué debe entenderse por buena fe a estos efectos, que "es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el **consumidor** medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido", "(m)áxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el **consumidor** confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto" (p. 253) y, con cita de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), Aziz, asume que "[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que (...) el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el **consumidor**, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual" (254).

Y aplicando esos parámetros de control, concluye la sentencia que se comenta que, "teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto", y que "(s)i bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas (analizadas), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del **consumidor** de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable".



En resumen, al entrar en juego la cláusula suelo de la forma que era previsible para el empresario, el tipo nominalmente variable al alza y a la baja se convierte en fijo variable exclusivamente al alza (263 y 264).

En opinión de la recurrente, la anterior doctrina no resultaba aplicable al caso,

A) En primer lugar porque la cláusula cuestionada se negoció individualmente y no era una condición general de la contratación.

El artículo 82,2 inciso segundo del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios establece la regla de que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

La demandante negó que cláusula hubiera sido objeto de negociación individual, y la demandada propuso la declaración testifical de uno de sus empleados, Lucas , que, aunque reconoció no haber intervenido en los tratos previos a la firma de la escritura de la demandante, relató el "modus operandi" de la entidad en la concesión de créditos hipotecarios. Pero dentro de esa descripción no se incluyó la posibilidad de negociación de las condiciones financieras de los préstamos. Únicamente mencionó que se informaba de las condiciones a los posibles prestatarios, y si éstos las aceptaban se sometía la operación a la aprobación del órgano correspondiente y si la misma era favorable era entonces cuando se emitía la oferta vinculante. En ningún momento habló de que se negociaran las condiciones del préstamo con los clientes.

La apelante sostiene que prueba de que las condiciones se negociaron es la circunstancia de que en las tres escrituras de préstamo en que intervino la demandante (la novada en 2008, firmada en 2004, la que es objeto de estos razonamientos, de 2008, y otra firmada en 2014) se contiene una regulación diferente sobre el límite inferior de la variabilidad de los tipos. Pero esa diferente regulación bien pudo deberse a las variaciones del mercado, que habrían llevado a la demandada a modificar sus ofertas a lo largo del tiempo, o incluso a la posibilidad de los potenciales clientes de optar entre varias ofertas, de modo que si querían un tipo diferencial respecto del Euribor menor tenían que aceptar la cláusula suelo, y si querían que no existiera suelo deberían haber aceptado un diferencial mayor. Si ello es así, hay que recordar a la apelante que, según el Tribunal Supremo, "(no) equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios" (cfr. párrafo 165 c) de la Sentencia núm. 241/2013 de 9 mayo , Aranzadi RJ 2013\3088).

Argumenta también la demandada apelante que, siendo la escritura en la que se incorporó la cláusula cuestionada de novación y no de concesión del préstamo, la modificación al alza del suelo fue una de las contraprestaciones del aumento del capital prestado, y por ello no pudo pasar desapercibida a la demandante. Pero ello no tuvo que ser así necesariamente, es igualmente posible que las cosas sucedieran como relató la demandante en el interrogatorio, que creyera simplemente se incrementaba el capital del préstamo, y que la única comprobación hecha por el banco es que con el nivel de ingresos de los prestatarios podrían hacer frente a la nueva mensualidad.

Se comparte, por ello, la conclusión de la Sra. Juez de que no se ha acreditado la negociación de la cláusula suelo.

B) En segundo lugar, se dice que la cláusula debería haber superado el control de incorporación al que se la sometió en primera instancia, basándose para sostenerlo en el texto de la propia escritura, pero lo cierto es que en el escrito de interposición de la apelación se reconoce que la demandada no ha podido aportar la copia firmada de la oferta vinculante, por lo que no puede tenerse por probado que la demandante tuviera oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato la cláusula en cuestión.

En relación con este mismo extremo, razona la recurrente que es impensable que la demandante ignorase la modificación del diferencial aplicable y el incremento del suelo, pues estas dos eran las contraprestaciones del incremento del capital prestado, y frente a ello hay que decir, como se ha adelantado, que no es inconcebible el incremento de capital en un préstamo hipotecario sin incremento del tipo de interés. Cabe pensar en una novación con mantenimiento de las condiciones financieras, en cuyo caso se produce un incremento de las cuotas de amortización simplemente por el aumento del capital. Y cabe pensar, pues no hay en autos prueba en contrario, que eso es lo que pensase la demandante cuando acudió a la notaría a suscribir la novación, ya que no consta que se le entregase una oferta vinculante con un resumen de las cláusulas objeto de la novación.

C) Y por último cuestiona que se haya declarado la abusividad de la cláusula, siendo así que, como es sabido, las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y por tanto los jueces no pueden entrar a valorar el carácter abusivo de esas estipulaciones.



Ello es, efectivamente así. Pero la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, resumida supra viene a establecer una excepción a ese principio cuando la estipulación ha sido introducida de manera que el **consumidor** no es capaz de detectar que se trata de un elemento definidor del objeto principal, o dicho de otra forma del precio o contraprestación del contrato. En tal caso no rige la prohibición del análisis de la abusividad de los elementos principales del contrato.

Y eso es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos al no superar la cláusula los controles de incorporación y de comprensibilidad real.

Y en cuanto al carácter abusivo de la cláusula objeto de estos razonamientos, basta con remitirse a los criterios de la sentencia tantas veces aludida del Tribunal Supremo y a su auto de aclaración.

El motivo se desestima.

TERCERO.- La siguiente alegación de la recurrente viene referida a la nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios, fijada en la escritura original de préstamo en el 22,480% anual.

Dice que como dicha cláusula no ha tenido aplicación, habrá de estarse al momento en que tal aplicación se produzca para establecer si se trata de una cláusula abusiva o no.

En la sentencia recurrida se declaró la nulidad de la cláusula por comparación de su tipo con el del interés legal del dinero vigente cuando se pactó.

La normativa de protección de los **Consumidores** determina la expulsión de las cláusulas que se consideren abusivas en perjuicio de estos. En efecto, el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General Para La Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y Otras Leyes Complementarias define las cláusulas abusivas como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, añadiendo que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato, y que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Por otra parte, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, en su art. 3.1 dispone que "(L)as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del **consumidor** un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"; y en su art. 4.1, transpuesto en el art. 82.3 TRLCU, apunta como elementos a valorar para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, las circunstancias que concurran en su celebración y las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa aquél.

En ese contexto, y en relación con los intereses de demora, este Tribunal adoptó como criterio en el Pleno de 16 de junio de 2014 el de considerar abusivos los intereses moratorios que superen la TAE del contrato incrementada en 8 puntos, o en todo caso si superan el 20%, procediendo en tal caso la nulidad de cláusula que los establezca, con la consecuencia de que se tendrá por no puesta, y la morosidad se tratará conforme a la previsión del art. 1.108 del Código Civil para cuando no existe pacto sobre intereses, es decir el aplicando el interés legal.

Tal acuerdo se basó en los razonamientos expresados en la sentencia núm. 189/2013 de 14 noviembre de la Sección 2ª, Aranzadi AC 2013/2023, en la que se indicó lo siguiente:

*"...la abusividad no está en función de la situación del mercado sino del hecho de no haberse negociado individualmente y causar desequilibrio contractual "importante" para el **consumidor** (art 3 de la Directiva 93/13/CEE, y actual art 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios y otras leyes, pero de igual redacción de la norma preexistente que refunde) (...)...no se trata ya tanto de fijar el interés "justo" o adecuado, sino determinar si los fijados han sido negociados individualmente o no, y en éste último caso si son desproporcionados o suponen una importante desproporción, en cuyo caso no se ajustan los intereses sino que no se aplican por abusivos y nulos.*

Para determinarlo hemos de tener en cuenta normas que regulen intereses moratorios, apreciándose cómo se fijan los mismos añadiendo más o menos puntos por encima del interés remuneratorio o interés de base considerado en cada caso; como podrían ser los intereses moratorios tributarios que establece cada año la Ley de Presupuestos, que añaden un punto o un punto y medio sobre el tipo de interés legal, los intereses moratorios procesales del artículo 576.1 LEC, sólo aplicables a las deudas declaradas en título judicial, que establecen dos puntos por encima del interés legal o del convencional, el interés moratorio de las entidades aseguradoras

(art 20 LCS y art 9 LRCSCVM que se establece en el tipo legal incrementado en su mitad (sólo a partir de los dos años por razones sancionadoras se fija en el 20%), y el interés moratorio en operaciones comerciales (Ley 3/2004 de Medidas de Lucha Contra la Morosidad en Operaciones Comerciales) si no hay pacto, que será el interés de operaciones de activo del Banco Central Europeo más 7 puntos (tras la reforma operada por el D-Ley 4/2013, más 8 puntos) y, cada vez con más frecuencia, en diversos contratos bancarios ya se fija el interés moratorio en función del remuneratorio convenido. El actual art 114 de la Ley Hipotecaria (redacción dada por la Ley 1/2013, de 14.05) prevé un interés de demora igual al legal multiplicado por tres, de la cuantía pendiente de pago. También deben analizarse las condiciones personales de concertación de la operación, si existen más garantías, y qué nivel de riesgo asume la entidad.

Pues bien, atendiendo a los parámetros fijados en otras normas legales para los casos de morosidad, que hemos expuesto, y que varían entre añadir dos puntos (morosidad procesal) o hasta ocho puntos (morosidad comercial) a la TAE del contrato (siempre que no se superara el 20%, como límite de equidad), y partiendo que a mayor tipo remuneratorio menos debe ser el incremento por morosidad, es evidente que en el caso de que se trata, se excede el interés de demora mucho más de esos 8 puntos, e incluso de 2 veces siendo incluso de 4 veces el interés del dinero, a pesar de la cuantía del capital debido, por lo que ha de concluirse en su carácter desproporcionado y por ende abusivo. Sobre todo cuando tampoco se aprecian circunstancias personales determinadas que indiquen un mayor riesgo de insolvencia o impago que explique los intereses indicados (20%), y el único apreciable es la existencia incluso de una garantía añadida que debió ser motivo para reducirlos, como era la celebración de un seguro.

Y a ello ha de añadirse otro motivo más para no aplicar dichos intereses, como es la proscripción contenida en el art 87.6 "in fine" del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de **Consumidores** y Usuarios y otras leyes que califica de abusiva (por tanto nula) la atribución al empresario de cláusulas penales que fijen indemnizaciones que no correspondan con los daños efectivamente causados (ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 2.10.2001 (RJ 2001, 7141) o de 4.06.2009 (RJ 2009, 4747), entre otras, han reconocido que los intereses moratorios tienen una naturaleza o finalidad sancionadora, que tiende a desincentivar el incumplimiento o cumplimiento tardío), pues en el caso no consta ni se prueba mínimamente que los intereses de demora del 20% correspondan al perjuicio al banco por el impago. Y en sentido similar, el art 85.6 de dicha ley, cuando considera nula por abusiva las cláusulas que fijan indemnizaciones desproporcionadamente altas".

En este caso no es necesario esperar a la aplicación de la cláusula, pues, como se ve, la nulidad deriva no del primer criterio ("intereses moratorios que superen la TAE del contrato incrementada en 8 puntos", en relación a un tipo variable), sino del segundo ("en todo caso si superan el 20%"), y su abusividad puede declararse sin necesidad de esperar a saber cuál será el tipo remuneratorio (variable) aplicable en su momento.

En cualquier caso, el tipo pactado queda muy lejos del límite legal máximo permitido por el art. 114 de la Ley Hipotecaria, tanto por referencia al interés legal de 2004 como al del año 2008 como al de 2016.

Tampoco en este punto puede prosperar el recurso.

CUARTO.- También se cuestiona la nulidad de la cláusula cuarta de la escritura de modificación de préstamo hipotecario de fecha 13/abril/2014 que reza: "Cuando se produzcan impagos en los vencimientos concertados en la presente operación, ya sea total o parcialmente, y con independencia del tipo de demoras pactado en este contrato, el MONTE aplicará por cada uno de los que se produzca, una comisión de 18,03 euros, en concepto de comisión por reclamación de recibos impagados."

La Magistrada Juez de Primera Instancia declaró la nulidad que se solicitó en la demanda porque además de la cuestionada, en la escritura aparecía otra cláusula, la quinta, según la cual serían por cuenta de la parte prestataria, apdo. f), "los gastos y costas procesales o de otra naturaleza derivados de incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago..." por lo que estaba prevista una doble sanción para la deudora en caso de incumplimiento.

El razonamiento se comparte, y puede añadirse, además, que la cláusula anulada tiene un importante contenido de arbitrariedad, ya que su fundamento es una especie de presunción de realización de un gasto añadido a los que la demandada pudiera acreditar, lo cual no resulta admisible a la luz del art. 87,6 in fine del TR de la Ley de **Consumidores**.

QUINTO.- La Sra. Juez de Primera Instancia, a pesar de que en el Fallo no fijó los efectos de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo con el alcance solicitado en el escrito de demanda, condenó en costas a la demandada, fundamentando su pronunciamiento en un razonamiento sobre la estimación esencial que este Tribunal ha analizado en otras ocasiones y que no comparte, y así lo ha declarado en varias resoluciones (v. por ejemplo las sentencias de esta Sala y Sección nº 253/2016, nº 231/16, de veintitrés de mayo, y nº 374/15 de 22 de diciembre).



Pero en cualquier caso hay otra razón para la condena en costas de la demandada que se esboza en la resolución apelada, y que lleva a la desestimación del recurso también en este punto.

La demandante modificó su pretensión respecto de la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en la audiencia previa, debiendo calificarse ese comportamiento como un desistimiento parcial, sin que la demandada pusiera objeción alguna. Y siendo ello así, la estimación de la demanda no fue parcial, ni tampoco "esencial", sino que fue total, por lo que la aplicación de los criterios ordinarios contenidos en los arts. 394 y ss llevaban a la condena en costas cuestionada.

SEXTO.- Dado el sentido de esta sentencia, por aplicación de los arts. 394 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede la condena en costas de la parte recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación.

En virtud de lo expuesto en nombre del Rey y por la autoridad conferida por la Constitución Española aprobada por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la mercantil "CAIXABANK S.A." contra la sentencia dictada en fecha 28 de marzo de 2016 en los autos de Procedimiento Ordinario nº 81/15 por la Sra. Magistrada-Juez sstta. de Primera Instancia nº 3 de Albacete, **CONFIRMAMOS** la referida resolución, condenando a la recurrente al pago de las costas de la apelación.

Contra la presente no cabe interponer recurso ordinario. Cabe interponer recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente al de la notificación ante este Tribunal, en los términos previstos en los arts. 468 y ss., y 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Expídase la correspondiente certificación con remisión de los autos originales al Juzgado de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.