



Roj: **SAP BU 751/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:751**

Id Cendoj: **09059370022016100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **315/2016**

Nº de Resolución: **388/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BURGOS

SENTENCIA: 00388/2016

N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Tfno.: 947 25 99 30 Fax: 947 25 99 33

JOG

N.I.G. 09018 41 1 2014 0003204

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000315 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de ARANDA DE DUERO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000460 /2014

Recurrente: CAIXABANAK

Procurador: MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Abogado: MONICA MONER PAGES

Recurrido: María Esther

Procurador: ANA MARTA MIGUEL MIGUEL

Abogado: CRISOGONO ORTEGA MARTÍN

S E N T E N C I A Nº 388

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

ILMOS/AS SRES/AS:

PRESIDENTE:

DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS/AS:

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

SIENDO PONENTE: DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA



SOBRE: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

LUGAR: BURGOS

FECHA: DIEZ DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DEICISEIS

En el Rollo de Apelación nº 315 de 2016, dimanante de Juicio Ordinario nº 460/2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Aranda de Duero, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 22 de Abril de 2016, siendo parte, como demandante-apelante CAIXABANK S.A., representada en este Tribunal por la Procuradora D^a. M^a. Concepción Santamaría Alcalde y defendida por la Letrada D^a. Mónica Moner Pages, y como demandada-apelada DOÑA María Esther, representada en este Tribunal por la Procuradora D^a. Ana Marta Miguel Miguel y defendido por el Letrado D. Crisógono Ortega Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo ESTIMAR y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Santamaría, en representación de CAIXABANK contra D. Leandro, en rebeldía procesal, Y DOÑA María Esther, representada por el procurador Sr. Arnáiz de Ugarte, y DEBO CONDENAR Y CONDENO a estos a abobar a la actora la cantidad de ONCE MIL OCHO EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (11.008,42 Euros) más los intereses legales del artículo 576 de la LEC.- Y todo ello, sin imposición de costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de CAIXABANK S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 8 de Noviembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

La representación de CAIXABANK formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 24-4-2016 por el Juzgado de 1^a Instancia nº1 de Aranda, en la que, considerando abusiva la cláusula que fija el interés moratorio en el contrato de préstamo al **consumidor** de litis, estima parcialmente la demanda y condena al prestatario a abonar la cantidad reclamada en la demanda deducidos los intereses moratorios.

La parte apelante apela la sentencia por entender que al pacto de intereses moratorios del 19% no contraviene norma alguna en materia de **consumidores** porque fue libremente estipulado entre las partes y por su carácter punitivo frente al incumplimiento de sus obligaciones de pago por parte del prestatario. Subsidiariamente, sostiene la parte apelante que debe declararse nulo exclusivamente el exceso sobre el interés ordinario.

La parte apelada interesa la ratificación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.-LA PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE CLÁUSULA NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE.

La forma, tipografía, el contenido de las cláusulas y la naturaleza del contrato de litis en relación con la condición de entidad bancaria de la demandante, apuntan ya a que estamos a presencia de un contrato de adhesión formulado en base a condiciones generales de contratación en el que el cliente prestatario se limita a adherirse al contenido del contrato prefijado por el banco y, por tanto, sin lugar para la negociación individual.

En cualquier caso, conforme al art. 82.2, *in fine* de la LCYU, dispone que

" El empresario que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"

Y ninguna prueba ha practicado la parte actora que acredite que, por lo que ahora interese, se hubiera negociado la cláusula sobre intereses moratorios, por lo que la LCYU resulta plenamente aplicable.

TERCERO.- LA IMPROCEDENCIA DEL RECÁLCULO O MODERACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS .

Ya la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, ante una cuestión prejudicial suscitada por la Audiencia Provincial de Barcelona, se refirió a los efectos sobre la validez del contrato celebrado con el **consumidor** una vez que se entiende que una determinada cláusula es contraria a la normativa de **consumidores** y usuarios, y la posibilidad de integración que contemplaba el art. 83 del RDL 1/2007, de 26 de noviembre, de defensa de



consumidores y usuarios, hoy modificado precisamente para adaptarlo a la doctrina sentada por esa sentencia y otras posteriores en la misma línea.

Al respecto, la sentencia concluye que el contrato mantiene su validez, pese a incluir cláusulas abusivas, y que éstas deben tenerse por inexistentes. Pero señala igualmente **que el art. 83 del RDL 1/207**, que permitía entonces la integración por parte del Juez de esa cláusula de acuerdo con el resto del contrato modificando su contenido, **era contrario a la normativa europea**, pues, conforme al art. 6, apartado 1º de la Directiva 93/13, esa cláusula dejará de ser de aplicación, sin que pueda ser moderada o integrada en forma alguna.

La expresada sentencia resulta muy expresiva cuando indica que "**los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma**" y que "**la Directiva 93/13 [...] impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces <<para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores>> [...]**."

Y añade que "**la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos [...] podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales**".

De todo lo expuesto se concluye, por un lado, que el Juez debe adoptar una posición activa, controlando el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se basa la demanda, y, por otro lado, que, de entender que parte del clausulado es abusivo y contrario a la normativa sobre protección de **consumidores**, así lo declarará desde un primer momento, si se dispone de información suficiente al respecto, no aplicando las cláusulas contrarias a la normativa comunitaria, que, por tanto, no podrán ser moderadas ni integradas.

La claridad de dicha doctrina vino a ser enturbiada por la promulgación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Fijados en la misma Ley (que dio nueva redacción al art. 114 LH) unos intereses moratorios máximos de tres veces el interés legal del dinero para los préstamos hipotecarios, la disposición transitoria segunda ordenaba a los secretarios judiciales a requerir a los bancos ejecutantes para que, si eran superiores a dicho límite, los recalculasen ajustándolos al mismo, lo que aparentemente venía a contradecir la doctrina del TJUE sobre la prohibición de moderar o recalcular los intereses moratorios abusivos.

Ello, unido a cierta ambigüedad en posteriores resoluciones en la materia dictadas por el TJUE (especialmente la de 21-1-2015, en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Marchena), dio lugar a que algunas Audiencias Provinciales sostuvieran que era posible el recálculo o moderación de intereses por permitirlo expresamente una disposición de derecho nacional.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una cosa es el **control de legalidad** de una cláusula y otra el **control de abusividad**. Dicho en otros términos, una cláusula podrá establecer un interés moratorio que no supere el límite legal y ser al mismo tiempo declarada abusiva en función de las circunstancias del caso y del desequilibrio que pueda provocar en perjuicio del **consumidor**. Se trata, pues, de dos categorías conceptualmente diferentes.

Y partiendo de esta idea es posible explicar la aparente contradicción entre la doctrina analizada y la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/13, y también es posible entender la declaración realizada por el TJUE en su sentencia de 21-1-2015, en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de primera instancia e instrucción nº 2 de Marchena, según la cual:

"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva."



Finalmente, el Tribunal Supremo ha puesto fin a la polémica con sus sentencias 265/2015, de 22 de Abril , 705/2015, de 23 de diciembre , 79/2016, de 18 de Febrero 364/2016, de 3 de Junio .

En resumen, en ellas se declara:

1. Que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula.
2. Que puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal del art. 114.3 LH y, aun así, sea abusivo.
3. Que procede extender el criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora de préstamos hipotecarios y, por tanto, se fija el límite de abusividad en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.
4. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la *sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto)*, y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

En consecuencia, fijado en el contrato de litis el interés de demora en un 19%, y habiéndose pactado un interés remuneratorio del 10%, procede declarar abusiva la cláusula que lo fija por el carácter desproporcionado de la indemnización por retraso en la amortización y su eliminación total, sin que ello suponga la supresión del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero.

En el mismo sentido ya se ha pronunciado la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial, en su auto de 15-7-2016, y esta misma sección en varias de sus más recientes resoluciones.

CUARTO.-COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC ., procede hacer expresa condena en las costas de esta segunda instancia en contra de la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos concede.

DISPONEMOS

Que, **desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación de CAIXABANK contra la sentencia dictada en fecha 24-4-2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº1 de Aranda , debemos confirmar y confirmamos la expresada sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.