

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063624

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 671/2018, de 28 de noviembre de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2825/2014

**SUMARIO:**

**Contratos bancarios. Préstamo con consumidores. Cláusulas abusivas. Intereses de demora.** La sala ha declarado que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad, 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 este criterio al objeto del recurso, cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea ha declarado el TJUE al resolver la cuestión prejudicial planteada por la sala, 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 del recurso, puesto que supera en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, declarada la abusividad de una cláusula, no es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. 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. En consecuencia, la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que pueda integrarse en el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. En el caso objeto de este recurso, siendo el interés remuneratorio del 4,5% anual en el momento en que el prestatario incurrió en mora, el interés de demora consistió en la adición de 20,25 puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, hasta dejarlo en el 25% anual. 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. Lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Por lo tanto, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución. De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno. [Véase, en el mismo sentido, STJUE de 7 de agosto de 2018 (NCJ063494), STS 265/2015, de 22 de abril (NCJ059868), STS 469/2015, de 8 de septiembre (NCJ060397), STS 705/2015, de 23 de diciembre (NCJ060752), STS 364/2016, de 3 de junio (NCJ061286)].

**PRECEPTOS:**

Ley Hipotecaria de 1946, art. 114.3.

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6.1 y 7.1.  
RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 85.6.**PONENTE:***Don Rafael Saraza Jimena.*



## SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra. D. Francisco Marín Castán, presidente D. José Antonio Seijas Quintana D. Antonio Salas Carceller D. Francisco Javier Arroyo Fiestas D. Ignacio Sancho Gargallo D. Francisco Javier Orduña Moreno D. Rafael Sarazá Jimena D. Eduardo Baena Ruiz D. Pedro José Vela Torres D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 185/2014, de 18 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 542/2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2, sobre nulidad de condiciones generales de contratación.

El recurso fue interpuesto por D. XXX, representado por el procurador D. Carlos Álvarez Marhuenda y asistido por la letrada D.<sup>a</sup> Lourdes Oliver Pérez.

Es parte recurrida Banco de Sabadell S.A., representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Blanca María Grande Pesquero y asistido por el letrado D. Manuel Pomares Alfosea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Carmen Díaz García, en nombre y representación de D. XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco CAM S.A.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que se decrete la nulidad de las cláusulas recogidas en el cuerpo del escrito y se las tenga por no incluidas en el contrato de préstamo con hipoteca suscrito entre las partes el 11 de enero de 1999, con imposición de costas a la sociedad demandada».

2.- La demanda fue presentada el 27 de junio de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil 2 de Alicante y fue registrada con el núm. 542/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Sabadell, S.A., por absorción de Banco CAM, contestó a la demanda y solicitó su desestimación, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 2 de Alicante, dictó sentencia núm. 16/2014 de 13 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por doña María del Carmen Díaz García, Procuradora de los Tribunales y de don XXX contra la mercantil Banco CAM, S.A.U. de tal manera que se declara la nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de 11 de enero de 1999.

» - Tercera bis que regula los intereses, de forma que se suprime toda forma de redondeo del tipo de referencia.

» Sexta reguladora de los intereses de demora, que quedan reducidos al triple del interés legal del dinero.

» Séptima reguladora del lugar y modo del pago, de forma que el mismo se entenderá producido en el momento en que concurren sus requisitos legales y jurisprudenciales, sin que tenga relevancia al efecto la contabilización que llevare a cabo la entidad de crédito.

» No se hace especial pronunciamiento en materia de costas.

» Se desestiman las demás pretensiones ejercitadas».

### **Segundo.** *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D. XXX. Banco de Sabadell S.A., se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 208- M91/14 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 185/2014, de 18 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de fecha trece de enero de dos mil catorce, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución en el único particular de que procede declarar también como cláusula abusiva y su consiguiente nulidad la prevista en la estipulación sexta-bis-2-b) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el día 11 de enero de 1999 (documento número 2 de la demanda), 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».

### **Tercero.- Interposición y tramitación del recurso de casación.**

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Carmen Díaz García, en representación de D. XXX, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del artículo 477.3, en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al conculcar la sentencia recurrida los siguientes artículos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

» - Artículo 6.1: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

»- Artículo 7.1: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 30 de marzo de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Sabadell S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación, votación y fallo de Pleno el día 1 de febrero de 2017.

5.- En la deliberación convocada para la votación y fallo del recurso, se consideró la pertinencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) una petición de decisión prejudicial, por lo que se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear tal petición.

6.- La recurrida, Banco de Sabadell S.A., no realizó alegaciones relativas a la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial. Aunque manifestó “allanarse” a la acción de nulidad, solicitó que se desestimara el recurso de casación interpuesto, y que se aplicara el interés remuneratorio. El recurrente, D. XXX, presentó escrito en el que se mostraba favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial y manifestaba su apoyo a la tesis mantenida en su recurso, en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés.



7.- Se dictó auto que declaró la improcedencia de tener por allanado a Banco de Sabadell S.A. puesto que no aceptaba la pretensión del recurrente, y acordó continuar la tramitación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

8.- El 22 de febrero de 2017 se dictó auto en el que se acordó formular cuestión prejudicial al TJUE, al que se hicieron las siguientes preguntas:

»1.<sup>a</sup>) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

»2.<sup>a</sup>) Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

»3.<sup>a</sup>) En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?».

9.- El 7 de agosto de 2018 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la sentencia que resolvió la cuestión prejudicial planteada.

10.- Se acordó dar traslado de la sentencia al TJUE a las partes para que formularan alegaciones. Transcurrido el plazo concedido sin que las partes las formularan, se señaló para votación y fallo de Pleno el 21 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.- *Antecedentes del caso.*

1.- El 11 de enero de 1999, Caja de Ahorros del Mediterráneo (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) concedió a D. XXX un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir su vivienda familiar, por importe de 17.633,70 €, que el prestatario debía devolver en veinte años mediante el pago de cuotas mensuales.

2.- El tipo de interés remuneratorio inicialmente pactado fue del 5,5% anual, sujeto a variación a partir del primer año. Cuando el prestatario dejó de pagar las cuotas del préstamo e incurrió en mora, el interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75% anual.

3.- La cláusula sexta del contrato establecía que las cuotas del préstamo que no se pagaran a su vencimiento devengarían un interés de demora del 25% anual.

4.- El consumidor prestatario interpuso una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaba que se declararan nulas, por ser abusivas, las cláusulas del contrato de préstamo que establecían el redondeo del tipo de interés remuneratorio y los límites a su variabilidad, la comisión por impago de cada cuota, el vencimiento anticipado por impago y el tipo del interés de demora.

5.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, declararon la abusividad de varias de estas cláusulas. En lo que aquí interesa, las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial declararon que la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva y acordaron que el



tipo del interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria.

6.- El consumidor ha interpuesto recurso de casación porque considera que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y sostiene que el préstamo no debe devengar interés alguno desde que el prestatario incurrió en mora.

7.- En la deliberación del recurso de casación, este tribunal, previa audiencia de las partes, acordó plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre dos aspectos de su doctrina jurisprudencial cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea estaba siendo cuestionada, incluso mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJUE en las que se pretendía que se declarara que tal jurisprudencia no era conforme al Derecho de la Unión Europea.

Una de las preguntas que se formulaban al TJUE versaba sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la fijación como criterio para el enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula de interés de demora en los préstamos el que el tipo de interés de demora superara en más de un 2% el tipo de interés remuneratorio.

La otra se refería a la conformidad con el Derecho de la UE de las consecuencias que este Tribunal Supremo había extraído de la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusiva, que consistían en la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo. Se había criticado esta solución con el argumento de que suponía una integración de la cláusula abusiva contraria a la doctrina sentada por el TJUE desde la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C- 618/10, caso Banesto.

8.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 7 de agosto de 2018. En su fallo, y en lo que aquí interesa, dispuso:

«[...] 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

» 3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato».

9.- Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial que le fue planteada por esta sala y ha declarado que nuestra jurisprudencia se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión, y en concreto de la Directiva 93/13, procede resolver el recurso de casación.

### **Segundo.- Formulación del recurso de casación**

1.- En el encabezamiento del motivo se alega que la sentencia recurrida infringe los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2.- La infracción se habría cometido porque la sentencia, tras declarar la nulidad de la cláusula que fijaba el tipo del interés de demora en un 25% anual, ha integrado la cláusula nula y ha fijado el interés de demora en el triple del interés legal, empleando para ello una norma de Derecho interno, el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria. Lo que debería haber hecho la sentencia, según el recurrente, es excluir la aplicación de dicha cláusula. En las alegaciones relativas al planteamiento de la cuestión prejudicial, el recurrente precisaba que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés desde que el prestatario incurre en mora.



**Tercero.-** *Decisión del tribunal: improcedencia de integrar la cláusula declarada nula y moderar el tipo del interés de demora. El préstamo sigue devengando el interés remuneratorio cuando el prestatario incurre en mora*

1.- 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.

2.- 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.

3.- 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 (en realidad, lo supera en más de veinte puntos porcentuales).

4.- Con relación a la otra cuestión, consistente en cuál debe ser el efecto de la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que establece el interés de demora, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial optaron por sustituir el interés de demora previsto en la cláusula anulada, que era del 25%, por el previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria, que es el triple del interés legal.

Para el recurrente, la solución debe ser que, una vez anulada la cláusula que fijaba un interés de demora abusivo, el préstamo deje de devengar interés alguno cuando el prestatario haya incurrido en mora.

5.- Las sentencias de este tribunal 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, a las que hemos hecho referencia anteriormente, también resolvieron sobre los efectos que debía tener la declaración de abusividad, y consiguiente nulidad, de la cláusula que fijaba los intereses de demora en un préstamo. La jurisprudencia que estas sentencias establecen sobre esta cuestión es la que a continuación se explica.

6.- Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, han 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.

7.- Por tal razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. El TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 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, 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.



**8.-** 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.

**9.-** 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.

**10.-** Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias de este tribunal 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.

En el caso objeto de este recurso, siendo el interés remuneratorio del 4,5% anual en el momento en que el prestatario incurrió en mora, el interés de demora consistía en la adición de 20,25 puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, hasta dejarlo en el 25% anual.

**11.-** En las sentencias citadas, este tribunal declaró 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 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE).

**12.-** 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.

**13.-** 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.

**14.-** La sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en este recurso para despejar cualquier duda sobre la conformidad de la solución adoptada por esta sala con el Derecho de la Unión Europea, ha resuelto:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de



interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato».

**15.-** Para alcanzar esta conclusión, el TJUE ha utilizado, en lo fundamental, estos razonamientos:

«75 Por lo demás, la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C- 483/16, EU:C:2018:367, apartado 32).

» 76 En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

» 77 Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule».

**16.-** La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia.

**17.-** De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno.

La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, 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.

**18.-** Por tanto, la estimación del recurso de casación solo puede ser parcial.

**Cuarto.- Costas.**

La estimación parcial del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**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 D. XXX, contra la sentencia núm. 184/2014 de 18 de septiembre, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 208- M91/14.

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.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.