

NOTA INFORMATIVA SOBRE LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 265/2015, DE 22 DE ABRIL

El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el carácter abusivo de los intereses de demora en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria celebrados con consumidores.

La sentencia, que desestima sustancialmente los recursos de la entidad bancaria prestamista, resuelve con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y declara que en los préstamos personales, sin garantía hipotecaria, concertados por consumidores, es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. La consecuencia de esta declaración de abusividad consiste en que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en que consiste el interés de demora abusivo.

En la misma sentencia declara que en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor.

Por último, considera que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato celebrado con consumidores es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, y que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula, en los términos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria y nacional, han de ser aplicadas de oficio por los tribunales.

Madrid, mayo de 2015

Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 265/2015

Fecha Sentencia: 22/04/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N°: 2351/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 25/03/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por: MRP

Control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contrato celebrados con consumidores. Carácter no negociado de la cláusula. Cláusulas no negociadas en contratos con consumidores. Apreciación de la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora en un préstamo personal.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2351/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena
Votación y Fallo: 25/03/2015
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

SENTENCIA N°: 265/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Sebastián Sastre Papiol
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veintidós de Abril de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, ha visto el recurso de casación núm. 2351/2012, interpuesto por el procurador D. José Ignacio Hernández Berrocal, asistido por el letrado D. Jesús María Castro Martínez, en nombre de la entidad “Banco Santander Central Hispano, S.A.”, representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia núm. 279/2012, de 29 de junio, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 216/2012, dimanante de las

actuaciones de procedimiento ordinario núm. 1090/2011, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Cristóbal de La Laguna. Ha sido parte recurrida D. Marcelino Rodríguez Fumero, que no se ha personado ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad “Banco Santander Central Hispano, S.A.” presentó ante el Decanato de los Juzgados de San Cristóbal de La Laguna, con fecha 7 de julio de 2011, demanda de juicio ordinario contra D. Marcelino Rodríguez Fumero, que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6, cuyo suplico decía: *«[...] se dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda se condene a la mencionada parte demandada a satisfacer a la actora la cantidad de euros dieciséis mil cuatrocientos setenta y tres con setenta y seis céntimos (euros 16.473,76), más euros cuatro mil novecientos cuarenta y dos con trece céntimos (euros 4.942,13) presupuestados para los intereses moratorios pactados al 21,80% devengados y que se devenguen desde la fecha de la demanda hasta su total pago, y con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.»*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada, quien presentó escrito de contestación a la misma, que terminaba suplicando: *«[...] dictar auto por el que, estimando la oposición, se acuerde sobreseer la ejecución, con expresa imposición de las costas a la parte ejecutante.»*

TERCERO.- Tras seguir los trámites oportunos, se dictó sentencia de fecha 19 de enero de 2012, con el siguiente fallo: *«[...] Que estimando la demanda presentada por el Procurador D. José Ignacio Hernández Berrocal, actuando en nombre y representación de Banco Santander,*

S.A., contra D. Marcelino Rodríguez Fumero, representado por la Procuradora D^a María Elizabeth Méndez Rodríguez:

1) Debo condenar y condeno al demandado a abonar a la parte actora la suma de 16.473,76 euros, con más 4.942,13 euros presupuestados para los intereses moratorios pactados al 21,80% devengados y que se devenguen desde la fecha de la demanda de proceso monitorio.

2) Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada.»

Tramitación en segunda instancia.

CUARTO.- El demandado formalizó recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y, tras alegar el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, suplicó: «[...] dicte sentencia revocando en parte la sentencia dictada en primera instancia.»

QUINTO.- Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la parte contraria, quien, a través de su procurador, presentó escrito de oposición en el que suplicó: «[...] dicte sentencia por la que, desestimando el recurso de apelación formulado de contrario, mande seguir el presente procedimiento hasta la completa satisfacción de mi mandante, con expresa condena en costas a la parte demandada»

SEXTO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el núm. de rollo 216/2012 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó la sentencia núm. 279/2012, de 29 de junio, cuyo fallo disponía: «*Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Marcelino Rodríguez Fumero, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de La Laguna,*

en el juicio ordinario seguido al nº 1.090/11, revocamos dicha resolución, con las siguientes declaraciones:

- Se condena al demandado, aquí apelante, a abonar a la entidad demandante, Banco Santander S.A., la suma de 16.473,76 euros, con los intereses legales que, en su caso, devenguen desde la notificación de esta sentencia.

- Se absuelve al mismo demandado del pago de la cantidad de 4.942,13 euros que se solicitaba en concepto de interés de demora pactado en el contrato al 21,80%, declarando nula la cláusula que lo establece y por tanto, como no puesta.

- Cada una de las partes hará frente a sus propias costas en relación con las de primera instancia, sin que proceda declaración alguna sobre las generadas en esta alzada.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

SÉPTIMO.- La entidad “Banco Santander, S.A.” interpuso recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en apelación, que fundamentó en el motivo que a continuación se transcribe: «Único.- *Argumento de fondo sobre la infracción observada en la sentencia recurrida de segunda instancia de fecha 29 de junio de 2012: Ha vulnerado los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución española, en relación con los arts. 216 y 218.1 de la LEC y la jurisprudencia del Tribunal supremo recogida en las sentencias de fecha 02 de marzo de 2011, 26 de septiembre de 2002 y 25 de junio de 2002, al vulnerar nuestro derecho de defensa, ocasionando efectiva indefensión por infracción del principio de congruencia, al tratar y conceder una pretensión no planteada de contrario, incongruencia extra petita, no siendo congruente ni racional la adecuación del fallo en relación con las pretensiones de las partes ni los hechos en que las fundamentan.*»

Asimismo, formalizó recurso de casación contra la referida sentencia, cuya formulación anteponía a la del recurso extraordinario por infracción procesal, y que basó en los siguientes motivos:

» *Primero.- La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera el artículo 316 del Código de Comercio, en relación con el art. 1101, 1108 y 1255 del Código Civil, al considerar abusivos y nulos los intereses moratorios pactados al 21,80%, en contrato de préstamo intervenido por notario, al contradecir el principio general del derecho, el llamado Pacta Sunt Servando (“Lo pactado obliga”) y oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de fecha 10 de mayo de 2001, 02 de octubre de 2001, 13 de abril de 1992 y 07 de mayo de 2002, que declaran y defienden el valor del principio de autonomía de la voluntad, en cuanto que prevé una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato, no pudiendo sustituirse las sumas contractualmente establecidas.*

» *Segundo.- La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera los artículos 1.1 y 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y artículo 10 bis. 1. párrafo 4º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al declarar abusiva al cláusula que pacta los intereses moratorios al 21,80%, y llegando a conclusiones e interpretaciones ilógicas, oponiéndose en tal sentido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias de fecha 6 de noviembre de 2009 y 22 de abril de 2009, que permiten atacar la interpretación realizada por las sentencias en instancia cuando la misma fuera ilógica, arbitraria, absurda o contraria a la ley.*

» *Tercero.- La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera el artículo 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1258 del Código Civil, al no integrarse el contrato en segunda instancia una vez declarada como abusiva la cláusula de intereses moratorios, con la consecuencia de que*

no se cumpla con la equivalencia de las prestaciones y el equilibrio contractual recogidas en la sentencias de 12 de febrero de 2009, 17 de febrero de 2010 y 23 de septiembre de 2010, y por tanto vulnerando su doctrina.»

OCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personada únicamente la parte recurrente, se dictó auto de 26 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva decía: «*La Sala acuerda:*

» 1º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco Santander S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 29 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección cuarta), en el rollo de apelación 216/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario número 1090/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de La Laguna.

» 2º) No habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación.»

NOVENO.- Teniendo en cuenta la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó pasar su conocimiento al Pleno de la Sala, a cuyo efecto se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo de 2015, fecha en la que tuvieron lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL SARAZÁ JIMENA**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1.- Banco Santander, S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) interpuso el 7 de julio de 2011 demanda de juicio ordinario contra D.

Marcelino Rodríguez Fumero, por impago de un préstamo personal por importe de 12.729,61 euros, celebrado y documentado en póliza intervenida por notario el 26 de noviembre de 2007 y con vencimiento el 26 de noviembre de 2012. La cantidad prestada devengaba un interés anual nominal del 11,80% (TAE 14,23%) y se había fijado un interés de demora del 21,80% anual nominal.

El demandado había dejado de abonar las cuotas de devolución del préstamo desde abril de 2008. Banco Santander dio por vencido anticipadamente el préstamo el 21 de mayo de 2010 y liquidó lo adeudado en 16.473,76 euros.

En la demanda se reclamó esa cantidad *«más otros 4.942,13 euros presupuestados para los intereses moratorios pactados al 21,80%»*.

2.- El demandado contestó a la demanda alegando pluspetición y manifestando que los intereses moratorios eran excesivos, por lo que instaba su moderación hasta el límite de dos veces y media el interés legal del dinero en el momento de la celebración del contrato.

3.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Respecto del interés de demora, consideró que aunque podía controlarse la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, pues la legislación de protección de los consumidores y usuarios prevé como abusiva *«la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones»*, el interés de demora fijado en el contrato objeto del litigio, si bien podía parecer elevado, no podía ser considerado abusivo porque solo superaba el interés remuneratorio en diez puntos porcentuales.

4.- El demandado interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y condenó al demandado a abonar la cantidad de 16.473,76 euros más los intereses legales, pero le absolvió del pago de la cantidad de 4.942,13 euros solicitada en concepto

de interés de demora fijado en el 21,80% anual, pues declaró nula la cláusula que establecía el interés de demora y la tuvo por no puesta. Resumidamente, la Audiencia consideró que hay que tener en cuenta, con carácter orientativo, los criterios manejados por el legislador en supuestos próximos, en concreto el art. 19.4, hoy 20.4, de la Ley de Crédito al Consumo y el apartado 29 de la disposición adicional primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy art. 89.7 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera abusiva *«la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo»*. Razonó que el tipo del interés de demora establecido en la póliza de préstamo era superior en más de cuatro veces al interés legal del dinero en el año 2007 (5% anual), y lo consideró abusivo. Por último, tuvo en cuenta la entonces reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto, conforme a la cual *«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 con base en esta doctrina consideró que no procedía modificar ni integrar el contrato litigioso, cuya cláusula abusiva, y por tanto nula, simplemente se tendría por no puesta, por lo que el demandado solo debería pagar la cantidad de 16.473,76 euros reclamada en la demanda, *«con los intereses legales que, en su caso, se devenguen desde la notificación de esta sentencia, en la que ha quedado definitivamente fijada la deuda»*.

5.- Banco Santander ha interpuesto recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

En estos recursos, Banco Santander plantea tres cuestiones sustantivas, que son las siguientes: i) no puede realizarse el control de abusividad aplicable a una cláusula no negociada individualmente en un contrato concertado con un consumidor, porque la cláusula del interés de

demora fue negociada y el demandado no es consumidor; ii) incluso de aceptar que pudiera controlarse la abusividad de la cláusula, el interés de demora fijado en la póliza de préstamo no es abusivo; y iii) si la cláusula fuera abusiva, el contrato habría de integrarse mediante la moderación del interés de demora, pero no suprimirlo.

Y en el recurso extraordinario por infracción procesal plantea que la sentencia recurrida es incongruente porque el demandado había pedido la moderación del interés de demora considerado abusivo, pero la Audiencia Provincial acordó su eliminación.

6.- Banco Santander ha formulado en primer lugar el recurso de casación y en último lugar, el extraordinario por infracción procesal. Pese a que el orden en que deben resolverse estos recursos es, en principio, justamente el inverso (regla sexta del apartado primero de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en este supuesto es más adecuado seguir el orden en que han sido formulados los recursos.

Si se estima alguno de los motivos del recurso de casación, porque se considerara que la cláusula que fija el interés de demora ha sido negociada individualmente o que el demandado no es un consumidor, que el interés de demora no es abusivo, o que, siendo abusivo, procedía integrar el contrato mediante la moderación del interés de demora, no sería necesario valorar si la sentencia es congruente o incongruente al establecer como efecto de la nulidad la no aplicación de interés de demora alguno (salvo el «*interés legal desde la fecha de la sentencia*», que la Audiencia acordó se devengara). La resolución del recurso de casación es en este caso presupuesto previo de la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal.

Además, al tratarse de un litigio en el que el procedimiento no viene determinado por la materia, y cuya cuantía es inferior a 600.000 euros, en el que el recurso de casación se plantea por la vía del interés casacional del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurso extraordinario por infracción procesal está subordinado al recurso de casación por cuanto que solo puede admitirse aquel si se admite este (regla quinta del apartado primero de la disposición final decimosexta de

la Ley de Enjuiciamiento Civil). Además, la cuestión que se plantea en el recurso extraordinario por infracción procesal (si puede suprimirse, y no moderarse, la cláusula de interés de demora que se considere abusiva) está planteada también en el recurso de casación: en el recurso extraordinario por infracción procesal se plantea desde el punto de vista de la congruencia, y en el recurso de casación, desde el punto de vista sustantivo, con independencia de cuál ha sido la petición del demandado al impugnar la cláusula por abusiva.

Por estas razones, dado el interés que presenta la cuestión sustantiva controvertida, se abordará primero esta, en el recurso de casación, por lo que, de modo excepcional, se alterará el orden normal de resolución de los recursos.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Formulación del primer y segundo motivos del recurso de casación.

1.- El epígrafe que encabeza el primer motivo del recurso de casación es el siguiente: *«La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera el artículo 316 del Código de Comercio, en relación con el art. 1101, 1108 y 1255 del Código Civil, al considerar abusivos y nulos los intereses moratorios pactados al 21,80%, en contrato de préstamo intervenido por notario, al contradecir el principio general del derecho, el llamado Pacta Sunt Servanda (“lo pactado obliga”) y oponerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de fecha 10 de mayo de 2001, 02 de octubre de 2001, 13 de abril de 1992 y 7 de mayo de 2002, que declaran y defienden el valor del principio de autonomía de la voluntad, en cuanto que prevé una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato, no pudiendo sustituirse las sumas contractualmente establecidas.»*.

2.- El segundo motivo se encabeza así: *«La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera los artículos 1.1 y 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y artículo 10 bis. 1. párrafo 4º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al declarar abusiva al cláusula que pacta los intereses moratorios al 21,80%, y llegando a conclusiones e interpretaciones ilógicas, oponiéndose en tal sentido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias de fecha 6 de noviembre de 2009 y 22 de abril de 2009, que permiten atacar la interpretación realizada por las sentencias en instancia cuando la misma fuera ilógica, arbitraria, absurda o contraria a la ley.»*.

3.- Las razones que fundamentan ambos motivos se entrecruzan y reiteran, por lo que es conveniente analizar ambos motivos conjuntamente.

4.- Las razones expuestas en estos motivos pueden ordenarse en dos grupos distintos:

i) En primer lugar, Banco Santander plantea que el control de abusividad llevado a cabo por la Audiencia, al considerar abusivo y nulo el interés de demora fijado en un 21,80% en el contrato de préstamo, es contrario a las normas legales y la jurisprudencia que consagran como principio general del Derecho el aforismo “pacta sunt servanda” [los pactos deben ser respetados] y la autonomía de la voluntad, sin que pueda sustituirse el interés de demora contractualmente establecido, por elevado que pueda parecer, por otro más reducido. Considera el recurrente que cuando se devenga el interés de demora es porque se ha producido una conducta del deudor jurídicamente censurable, como es el impago de las cuotas de amortización del préstamo, y sirve para reparar el daño producido al acreedor y para estimular al obligado al cumplimiento regular del contrato. Además, en el caso enjuiciado, alega que la cláusula sobre interés de demora es una cláusula negociada individualmente con el deudor, y para más garantía, intervenida por

notario, que realiza el control de legalidad, por lo que no se trata de ninguna cláusula de adhesión. Y no consta que el dinero prestado haya tenido por destino la adquisición de un bien de primera necesidad, por lo que al no poder entenderse que el demandado se encontrara en una situación de necesidad, no tiene la condición de consumidor.

ii) El segundo grupo de razones expuestas en estos motivos plantea que, incluso aunque se entendiera que en este caso es posible realizar el control de abusividad de la cláusula de interés de demora, el interés de demora fijado en este préstamo no es abusivo al estar solo diez puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio fijado en el contrato, y la mora ocasionará al prestamista perjuicios tales como los derivados del ejercicio de la acción judicial. Y el interés de demora del art. 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo está establecido para otro supuesto, el del descubierto en cuenta corriente.

5.- Para una mayor claridad expositiva, se abordarán en sucesivos fundamentos de derecho uno y otro grupo de razones.

TERCERO.- Decisión de la Sala (I). El control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contrato celebrados con consumidores.

1.- La jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 241/2013, de 9 de mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 28 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias

de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

De ahí que el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considere cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente 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; el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevea que *«serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor»*; el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (como antes hacía el art. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) establezca que *«las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»*; y el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 1993/13/CEE) disponga que *«los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional»*.

Lo expuesto supone que, tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, 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 (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Es más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene

el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44).

En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

2.- Banco Santander alega que la cláusula sobre intereses de demora fue objeto de negociación individual, lo que vendría refrendado por la intervención del notario en la formalización de la póliza de préstamo.

El argumento no puede ser aceptado. Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse “no negociada” y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e

impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que *«se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»*.

Como afirmamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis de dicha norma lleva a concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

3.- Es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los de bienes y servicios

de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente.

4.- La alegación de que el control de abusividad no es aplicable porque el demandado no era un consumidor, ya que no consta que el dinero prestado se destinara a adquirir bienes de primera necesidad, carece de consistencia.

Conforme al art. 2.b de la Directiva 1993/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Y el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que entró en vigor a los pocos días de suscribirse la póliza de préstamo, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad

jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por tanto, que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia.

5.- La cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE.

Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el art. 1154 del Código Civil, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores. La sentencia de esta Sala núm. 999/2011, de 12 de febrero, antes de declarar la improcedencia de moderar la cláusula penal en que consiste el interés de demora, introdujo el inciso: *«sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores»*.

La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del

art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.

Debe recordarse asimismo que el TJUE ha considerado que no puede hacerse una aplicación extensiva de la restricción del control de abusividad previsto en el citado art. 4.2 de la Directiva, al constituir una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafo 42).

6.- Un último argumento de este primer grupo de razones del recurso consiste en que el devengo del interés de demora responde a una conducta del deudor jurídicamente censurable, como es el impago de las cuotas de amortización del préstamo, y sirve para reparar el daño producido al acreedor y para estimular al obligado al cumplimiento regular del contrato.

El argumento tampoco puede estimarse. Que el consumidor prestatario haya incumplido su obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo en las fechas fijadas en el contrato no justifica que puedan anudarse cualesquiera consecuencias a tal incumplimiento contractual, sin respetar la proporcionalidad con el perjuicio que al profesional causa tal incumplimiento.

Como acertadamente afirmaron las sentencias de instancia, la previsión legal aplicable al supuesto es la contenida en la disposición adicional primera, apartado 3º, último inciso, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente cuando se celebró el contrato de préstamo (actualmente, art. 85.6 del vigente Texto Refundido

de dicha ley): son abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Esta previsión legal es un desarrollo de lo dispuesto en el apartado 1.e del anexo de la Directiva 1993/13/CE, en relación a su art. 3.3, si bien en este suponía solamente la posibilidad de ser considerada abusiva, mientras que en la normativa nacional supone que necesariamente ha de considerarse abusiva.

Por tanto, es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso serán los derivados del ejercicio de la acción judicial, como afirma el recurrente, puesto que esos daños resultan resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización «*desproporcionadamente alta*». La Audiencia Provincial ha considerado que concurre esta desproporción, por lo que el hecho de que la aplicación del interés de demora tuviera como presupuesto un incumplimiento contractual del consumidor no supone que la decisión de la Audiencia Provincial infrinja precepto legal alguno.

Lo determinante para decidir sobre la corrección de la solución adoptada por la Audiencia Provincial será el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento. Tal cuestión es objeto del segundo grupo de argumentos utilizados por Banco Santander en los motivos primero y segundo del recurso de casación, que serán examinados en el siguiente fundamento de Derecho.

CUARTO.- Decisión de la Sala (II). El carácter abusivo de la cláusula de interés de demora.

1.- Una vez justificado el carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores que establezcan un interés de demora excesivo, en tanto constituya una indemnización

desproporcionadamente alta al incumplimiento contractual del consumidor que se retrasa en el pago de las cuotas de amortización del préstamo, procede analizar las razones que han llevado a Banco Santander a impugnar la decisión de la Audiencia Provincial.

El recurrente consideró que la adición de diez puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio (del 11,8% al 21,8% anual) del préstamo personal concertado con el consumidor demandado no era excesivo, teniendo en cuenta perjuicios tales como los derivados del ejercicio de la acción judicial. Y alegó asimismo que los criterios de referencia utilizados por la sentencia recurrida, como el de dos veces y media el interés legal establecido en el art. 19.4, actualmente en el art. 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, no son adecuados porque están previstos para otras situaciones.

En España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objeto de esta resolución se ciñe a la abusividad del interés de demora en los préstamos personales puesto que los préstamos hipotecarios tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2005, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank.

Aunque dicha ponderación podría detenerse en el establecimiento de unos principios generales, al hilo de lo declarado por el TJUE, la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica.

2.- Es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Dado que esta materia ha sido regulada por una Directiva comunitaria, y que es dicha Directiva la que establece el concepto de abusividad así como las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE, puesto que *«según reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en particular, la sentencia Fish Legal y Shirley, C-279/12, EU:C:2013:853, apartado 42)»* (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafo 37).

3.- En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por

otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

4.- El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo.

5.- A fin de aplicar estos criterios jurisprudenciales, es pertinente observar que el art. 1108 del Código Civil establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal, que en la década anterior a la concertación del contrato osciló entre el 3,75% y el 5,5%, y en el año en que se concertó el préstamo era del 5%.

En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo), establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual

equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual.

El nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que *«los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago»*.

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.

Por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Ciertamente cada una de estas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado.

En el caso de los contratos de préstamo sin garantía real celebrados por negociación, las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado.

Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido

en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

6.- La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe.

7.- La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del

Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.

En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%.

QUINTO.- Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El epígrafe que encabeza el tercer motivo del recurso es el siguiente: *«La sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife, de fecha 29 de junio de 2012, vulnera el artículo 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1258 del Código Civil, al no integrarse el contrato en segunda instancia una vez declarada como abusiva la cláusula de intereses moratorios, con la consecuencia de que no se cumpla con la equivalencia de las prestaciones y el equilibrio contractual recogidas en la sentencias de 12 de febrero de 2009, 17 de febrero de 2010 y 23 de septiembre de 2010, y por tanto vulnerando su doctrina.»*.

2.- En este motivo se alega, para el caso de que no se estimen los dos motivos anteriores, la vulneración del art. 10.2 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el art. 1258 del Código Civil, al no haber sido integrado el contrato en segunda instancia, una vez declarado el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios, mediante la moderación de los intereses moratorios. Alega el recurrente que ello trae como consecuencia que no se cumpla con la equivalencia de las prestaciones y el equilibrio contractual. Alega asimismo el recurrente que una solución contraria al art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación supondría un exceso hermenéutico, que convertiría al juez en legislador.

SEXTO.- Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.

1.- El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 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 ésta 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. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, 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, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que 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»*, al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de

modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, 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. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que *«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva»*.

2.- En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes 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, párrafo 33.

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la 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, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del 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.

4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el

interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

5.- El recurrente alega que esta solución es contraria a lo previsto en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigentes cuando se celebró el contrato, que establecían la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una cláusula y su consiguiente nulidad de pleno Derecho.

El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.

6.- La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora supone la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,8% anual a 21,8% anual).

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado.

Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

En tanto que esta solución es más favorable a Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial, ha de considerarse que el recurso de casación ha sido estimado en parte, a efectos del pronunciamiento sobre costas y depósito.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.- Formulación del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe que encabeza el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es: *«Argumento de fondo sobre la infracción observada en la sentencia recurrida de segunda instancia de fecha 29 de junio de 2012: Ha vulnerado los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución española, en relación con los arts. 216 y 218.1 de la LEC y la jurisprudencia del Tribunal supremo recogida en las sentencias de fecha 02 de marzo de 2011, 26 de septiembre de 2002 y 25 de junio de 2002, al vulnerar nuestro derecho de defensa, ocasionando efectiva indefensión por infracción del principio de congruencia, al tratar y conceder una pretensión no planteada de contrario, incongruencia extra petita, no siendo congruente ni racional la adecuación del fallo en relación con las pretensiones de las partes ni los hechos en que las fundamentan».*

2.- El recurrente alega que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en infracción del principio de congruencia, al tratar y conceder una pretensión no planteada de contrario, incongruencia “extra petita”, no siendo congruente ni racional la adecuación del fallo en relación con las pretensiones de las partes ni los hechos en que las fundamentan. Alega la recurrente en el recurso extraordinario que la Audiencia Provincial ha resuelto sobre una cuestión no pedida por las partes, pues el demandado pidió la moderación del interés y la Audiencia Provincial acordó su eliminación total.

OCTAVO.- Decisión de la Sala. La actuación de oficio de los tribunales en la apreciación de la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

1.- En su recurso de apelación, el demandado había impugnado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia alegando el carácter abusivo del interés de demora establecido en el préstamo y la nulidad de la cláusula que los establecía. Respecto de las consecuencias de esta nulidad, sus alegaciones versaron sobre la integración del contrato y las facultades moderadoras del Juez. Aunque no concretó más, en su contestación a la demanda había solicitado que el interés de demora fuera rebajado hasta dos veces y media el tipo del interés legal del dinero.

La sentencia de la Audiencia Provincial, con base en la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto, consideró que el contrato no podía ser integrado y que lo procedente era suprimir la cláusula del interés de demora y que este no se devengara.

Esta es la razón por la que Banco Santander imputa a la Audiencia Provincial haber incurrido en incongruencia.

2.- El art. 6.1 Directiva 1993/13/CEE es una norma imperativa que protege no solo intereses particulares sino también intereses generales, tanto de los consumidores como del mercado en general. El art. 7.1 de

dicha norma exige a los Estados miembros que velen 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.

Por ello el TJUE ha afirmado reiteradamente, desde la sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos C-240 a 244/98, caso Océano Grupo Editorial, que la Directiva impone a los jueces nacionales actuar de oficio en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

En el párrafo 26 de esta sentencia, el TJUE afirmó que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva, y existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello, el TJUE dedujo que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula

La STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto, en sus párrafos 41 y siguientes, declaró que con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión

Europea atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

La STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon, declaró en su párrafo 23 que *«el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula»*.

Esta Sala ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, párrafos 110 y siguientes, declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales.

3.- La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés en la que este preguntó al TJUE si debía apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en apelación, dado que el Derecho procesal holandés obliga al juez nacional que resuelve en apelación a atenerse en principio a los motivos aducidos por las partes y a fundamentar su decisión en éstos, pero le permite, no obstante, aplicar de oficio las normas de orden público.

El TJUE, en los apartados 43 y siguientes de la sentencia, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada en otras anteriores, declara que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo y la Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. Afirma asimismo que dada la naturaleza y la

importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. Y por ello, el tribunal de apelación debe ejercer esa competencia que se le otorga para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de ésta.

4.- La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, aunque constituya una facultad excepcional, el tribunal de apelación puede apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público. En este sentido, la sentencia núm. 760/2006, de 20 de julio, en un asunto en el que la decisión de la Audiencia Provincial no había sido consecuencia de la estimación de los motivos esgrimidos en el recurso de apelación formulado por el recurrente, sino de la declaración de oficio de nulidad de los contratos, declaró:

«[...] es reiterada doctrina jurisprudencial que el artículo 359 [de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881] no impide a los Tribunales decidir «ex officio», como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria».

5.- Por otra parte, en el caso objeto del recurso, el tribunal de apelación no ha actuado de oficio en la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora y la consiguiente no vinculación del consumidor a dicha cláusula, puesto que el recurso de apelación solicitaba la apreciación de abusividad de dicha cláusula y su consiguiente nulidad.

La actuación de oficio se ha producido en la determinación de los efectos de la nulidad de dicha cláusula contractual, puesto que la Audiencia Provincial aplicó la doctrina sentada en la entonces reciente STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banesto, y declaró que la consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula que establecía el interés de demora era su supresión, rechazando su moderación o la integración del contrato con arreglo a los criterios del art. 1258 del Código Civil.

Al actuar de este modo, el tribunal de apelación no incurrió en incongruencia. La jurisprudencia de esta Sala ha afirmado que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico (o una estipulación del mismo) las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto “ex lege” [derivado de la ley], al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez. Así se ha afirmado en sentencias de esta Sala como las núm. 920/1999, de 9 de noviembre, 81/2003, de 11 de febrero, núm. 1189/2008, de 4 de diciembre, núm. 557/2012, de 1 de octubre, y núm. 102/2015, de 10 de marzo.

La corrección de esta actuación queda reforzada porque el TJUE ha declarado que la privación de cualquier efecto a la cláusula abusiva es exigencia de normas como los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva que protegen un interés público de notoria importancia y dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito).

Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

NOVENO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación parcial del recurso de casación y la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas

instancias ni de las del recurso de casación, y que se impongan al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Se acuerda la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, y la pérdida del constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte recurso de casación interpuesto por “Banco Santander Central Hispano, S.A.”, contra la sentencia núm. 279/2012, de 29 de junio, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 216/2012.

2.- Casamos en parte la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija el interés de demora, y en su lugar, acordamos que se elimine el incremento de diez puntos porcentuales que supone dicho interés de demora, y se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.

3.- Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un

incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

4.- Se condena al expresado recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y no se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación. Se acuerda la devolución al recurrente del depósito constituido para interponer el recurso de casación, y la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller

Ignacio Sancho Gargallo

Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena

Sebastián Sastre Papiol

Eduardo Baena Ruiz

Xavier O'Callaghan Muñoz

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.