

Id. Cendoj: 28079110012015100481
ECLI: ES:TS:2015:3828
ROJ: STS 3828/2015
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 470/2015
Fecha de Resolución: 07/09/2015
Nº de Recurso: 455/2013
Jurisdicción: Civil
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Procedimiento: Casación
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Recurso de casación Condiciones generales de la contratación. La suscripción de las condiciones generales "por relación" o "por referencia expresa". Carácter abusivo de la cláusula no negociada, en contratos celebrados con consumidores, sobre interés de demora. Consecuencias de la nulidad de la cláusula. El vencimiento anticipado de los contratos de financiación al comprador de bienes muebles a plazos

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Federico , representado ante esta Sala por la Procuradora D^a María Abellán Albertos contra la sentencia dictada por la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 483/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 242/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Liria, sobre reclamación de cantidad. La parte recurrida no ha comparecido en autos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- El procurador D. José Antonio Navas González, en nombre y representación de Santander Consumer E.F.C., S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Federico en la que solicitaba se dictara sentencia « *por la que, estimando en todas partes la demanda ahora formulada, se le condene a pagar a mi mandante la cantidad de 15.702,99 euros más los intereses sobre dicho importe desde la presentación de esta demanda al tipo de interés moratorio pactado, con*

expresa imposición de costas al demandado ».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 16 de febrero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Llíria y fue registrada con el núm. 242/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D. Carlos Moya Valdemoro, en representación de D. Federico , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *« se dicte sentencia por la que, desestime la demanda, y absuelva a esta parte de los pedimentos de la misma ».*

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primer Instancia núm. 2 de Llíria dictó sentencia de fecha 26 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

« FALLO: Desestimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador D. José Antonio Navas González, en nombre y representación de la entidad Santander Consumer EFC, S.A., absolviendo a D. Federico , representado por el Procurador D Carlos Moya Valdemoro, de las pretensiones ejercitadas en su contra. Todo ello, con condena en costas a la actora ».

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Santander Consumer EFC, S.A.,

La resolución de este recurso correspondió a la sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 483/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Antonio Navas González en nombre y representación de la mercantil Santander Consumer EFC,S.A., contra la Sentencia número de 26 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Llíria , en el juicio ordinario seguido con el numero 24/2012. SEGUNDO.- Revocar dicha resolución, y en su lugar: 1º) Estimar parcialmente la demanda formulada por la representación de mercantil Santander Consumer EFC,S.A., contra D. Federico . 2º) Condenar al demandado al pago a la actora de la suma de quince mil setecientos dos euros con noventa y nueve céntimos (15,702,99 €), mas los intereses pactados desde la fecha de la interpelación judicial. 3º) No hacer declaración sobre las costas de primera instancia. TERCERO.- Y no hacer especial pronunciamiento en orden a las costas devengadas en esta alzada ».

Interposición y tramitación del recurso de casación

SEXTO.- La procuradora Dª Elena Nadal Mora, en representación de D. Federico , interpuso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1.- Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 10 de la Ley General para la

Defensa de los Consumidores y Usuarios ».

«2.- Infracción de los artículos 10.1.c) y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 8.1.de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación ».

«3.- Vulneración de los artículos 5 , 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , de los artículos 10.1.c) y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con los artículos 1124 y 1256 del Código civil ».

SEPTIMO.- 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 personada ante la misma la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha , cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Federico contra la Sentencia dictada, en fecha 28 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), en el rollo de apelación nº 483/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 242/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Liria.

»2º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la votación y fallo del recurso interpuesto ».

OCTAVO- Por providencia de 1 de junio de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- "Santander Consumer Establecimiento Financiero de Crédito, S.A." (en lo sucesivo, Santander Consumer) concertó con D. Sabino , como prestatario, y D. Federico , como fiador, un contrato de financiación a comprador de bienes muebles a plazos el 13 de febrero de 2007, que tenía como objeto financiar la compra de un automóvil. La cantidad prestada era de 16.984,62 euros, que devengaría un interés remuneratorio al tipo nominal del 7,4669% anual (TAE 8,87%) y se pagaría en 84 plazos mensuales. El interés de demora se fijaba en un tipo nominal del 2% mensual. Estas estipulaciones se encontraban en un documento contractual de condiciones particulares suscrito con las firmas de los contratantes.

Justo encima del lugar reservado para la firma podía leerse la siguiente mención: *« El presente contrato se rige, además de por las presentes Condiciones Particulares, por las Condiciones Generales depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación con número de inscripción 20, folio 20, predispone 1.5, de las que los abajo firmantes reciben en este acto un ejemplar ».*

En las citadas condiciones generales se incluía una cláusula conforme a la cual la falta de pago de dos plazos facultaba al financiador para exigir del prestatario el abono de la totalidad de la deuda pendiente, extinguiéndose el aplazamiento.

2. Las cuotas de amortización resultaron impagadas desde diciembre de 2008 a noviembre de 2009. Santander Consumer promovió un procedimiento monitorio contra el prestatario y el fiador, en reclamación de 15.702,99 euros más los intereses de demora.

El fiador se opuso al monitorio, por lo que Santander Consumer presentó demanda de juicio ordinario, a la que el fiador contestó alegando los problemas económicos que impidieron cumplir el contrato, invocando la nulidad de determinadas cláusulas del contrato, y manifestando asimismo que no se le había entregado copia de las condiciones generales, considerando abusivos tanto los intereses de demora como la resolución anticipada del contrato por el impago de varios plazos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda, pues consideró que no era suficiente la remisión a las condiciones generales que se hacía al final del documento de condiciones particulares, sin que existiera un ejemplar de las condiciones generales firmado por los demandados, por lo que consideró que no podía considerarse aceptado el contrato por los demandados, por la falta de información previa sobre las condiciones generales.

3.- Santander Consumer apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso.

Consideró que la mención (contenida al final de las condiciones particulares, encima de las firmas) a las condiciones generales que regían el contrato y a la entrega a los adherentes de un ejemplar de las mismas, era suficiente para acreditar el conocimiento y la entrega de las mismas a los citados adherentes, con lo que constaba su existencia, incorporación al contrato y entrega de copia que exigía el art. 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

Consideraba asimismo que la cláusula sobre intereses de demora no era abusiva pues no suponía la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumple sus obligaciones, su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y el tipo de interés fijado solo superaba ligeramente 2,5 veces el interés remuneratorio, siendo un tipo de interés habitual en el mercado.

4.- El fiador demandado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en tres motivos, referidos, respectivamente, a la falta de incorporación de las condiciones generales por no estar firmadas, al carácter abusivo de la cláusula sobre intereses de demora, y al carácter abusivo de la cláusula sobre vencimiento anticipado.

SEGUNDO.-Formulación del primer motivo del recurso.

1.- El epígrafe del primer motivo del recurso de casación es: « *Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* ».

2.- Los argumentos que fundamentan el motivo son que conforme a los arts. 5 y 7 de

la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no puede considerarse que las condiciones generales hayan quedado incorporadas al contrato porque no están firmadas y no consta por tanto su aceptación de manera expresa.

TERCERO.- Decisión de la Sala. La suscripción de las condiciones generales "por relación" o "por referencia expresa".

1.- El art. 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece:

« Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

» No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas ».

El art. 7.a de dicha ley añade:

« No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

» a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 » .

2.- El art. 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación permite la aceptación de las condiciones generales de la contratación mediante la firma específica del documento en que se encuentran, o "por relación" o "referencia expresa". Esto es, el adherente puede aceptar las condiciones generales mediante la firma del documento donde se contienen, o mediante la suscripción de una declaración contractual donde se diga que conoce dichas condiciones generales que rigen en el contrato y que una copia de las mismas le ha sido entregada.

No rige con carácter general para las condiciones generales el régimen estricto que el art. 3.1 de la Ley del Contrato de Seguro establece para las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que exige que se encuentren adecuadamente destacadas y aceptadas específicamente por escrito.

3.- Ello no obsta a que, como prevé el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, exista una exigencia de claridad, sencillez y transparencia, lo que es aplicable también a la redacción del documento en que se aceptan, "por relación", las condiciones generales mediante la firma del adherente.

Ha de tratarse de una referencia expresa y precisa a unas condiciones generales perfectamente identificadas, y que se encuentre suficientemente visible en el documento que el consumidor suscribe con su firma. Y debe ir acompañada de la entrega efectiva del documento que recoge dichas condiciones particulares. De este modo, el adherente puede saber, sin especiales esfuerzos, que ha aceptado unas determinadas condiciones generales, y ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. En otro caso, no pueden entenderse incorporadas al contrato.

3.- En el caso enjuiciado, la mención a las condiciones generales que integraban el contrato estaba redactada de un modo claro, se encontraba inmediatamente antes del lugar destinado a la firma de los adherentes en las condiciones particulares, y recogía la entrega a los adherentes del documento en que se contenían. Asimismo, se hacía una identificación precisa de las condiciones generales que integraban el contrato. Por lo expuesto, las exigencias de incorporación de las condiciones generales establecidas en el art. 5, en relación al 7, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se han cumplido.

La Audiencia Provincial ha considerado probado que un ejemplar de las mismas fue entregado a los adherentes, por lo que no pueden prosperar las alegaciones del recurrente, que afirma que no se le entregaron, porque se apoyan en una realidad distinta de la afirmada por la Audiencia Provincial en su sentencia, lo que no es admisible en el recurso de casación.

En todo caso, la alegada falta de incorporación de las condiciones generales no podía afectar a las condiciones particulares, en las que se encontraban los elementos esenciales del contrato, que se encontraban firmadas por los adherentes, por lo que los mismos se encontraban obligados al pago de las cuotas de amortización del préstamo de financiación.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso.

1.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo es el siguiente: « *Infracción de los artículos 10.1.c) y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 8.1.de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación* ».

2.- El recurrente alega que el interés de demora establecido en el contrato es abusivo porque triplica el interés remuneratorio, por lo que supone una sanción desproporcionadamente alta para el consumidor, lo que resulta puesto de manifiesto si se compara con los intereses de demora establecidos en diversos preceptos legales como el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro .

QUINTO.- Decisión de la Sala. (I). Carácter abusivo de la cláusula no negociada, en contratos celebrados con consumidores, sobre interés de demora.

1.- El motivo plantea la cuestión del carácter abusivo de la cláusula no negociada que en un contrato celebrado con un consumidor establece el interés de demora. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril , cuyo criterio procede confirmar, por lo que se harán reiteradas menciones a la misma.

2.- La previsión legal aplicable para resolver la cuestión planteada en este motivo del recurso es la contenida en la disposición adicional primera, apartado 3º, último inciso, en relación al art. 10.bis, ambos 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 .

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 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 consideró que un interés de demora del 2% nominal mensual, que consideró equivalía al 24% anual (no consta el TAE del interés de demora), apenas superaba en 2,5 veces el interés remuneratorio del contrato (un TAE 8,87%), y que podía considerarse habitual, por lo que no era abusivo.

La Sala no comparte esta apreciación. Lo determinante para resolver sobre el carácter abusivo del interés de demora establecido en una cláusula no negociada, en un contrato concertado con consumidores, es decidir si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento. Para ello, seguiremos los criterios que ya fijamos en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril .

3.- A falta de una limitación legal a los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, como sí existe en otros Estados miembros de la Unión Europea, para decidir sobre la abusividad del interés de demora es preciso hacer 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 (en lo sucesivo, TJUE, y la sentencia dictada por este tribunal, STJUE).

4.- 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 « *s egún 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).

5.- En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas de Derecho nacional aplicables cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. A algunas de estas normas hace referencia el recurrente en su recurso. 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 este 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).

6.- 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, este 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. Naturalmente, 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.

7.- A fin de aplicar estos criterios jurisprudenciales, es pertinente analizar las disposiciones legales que regulan diversos supuestos de interés moratorio.

Con carácter general, 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. En los años inmediatamente anteriores y posteriores a la concertación del contrato, el interés legal osciló entre el 3,75% y el 5,5% anual, y en el año en que se concertó el préstamo era del 5% anual.

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 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 del 8,87% TAE), 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.

8.- 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, este 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 persiguen las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe.

9.- En nuestra anterior sentencia, la núm. 265/2015, de 22 de abril, consideramos 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 excesiva 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 consideró abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal, criterio que se reitera en esta sentencia.

En consecuencia, el interés de demora establecido en el contrato de financiación a comprador de bien mueble objeto del litigio es abusivo porque consistía en la adición de más de quince puntos porcentuales al interés remuneratorio.

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

1.- Como se ha expresado anteriormente, al estar ante una materia regulada por una Directiva comunitaria, en el que la jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado no solo sobre el concepto de abusividad sino también sobre las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE. Por tanto, no se trata tanto de que esta Sala decida cuáles son las consecuencias de la declaración de abusividad del interés de demora que estima más adecuadas, sino cuáles son las consecuencias pertinentes conforme a la doctrina sentada por el TJUE, que esta Sala no puede ni debe obviar.

2.- 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 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. 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 »*.

3.- 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.

Pero, salvo que concurra esta circunstancia, el TJUE ha sido tajante en excluir la aplicación de la norma nacional de Derecho dispositivo para integrar el contrato una vez que la cláusula ha sido declarada abusiva.

4.- 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.

5.- 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. Como se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE.

6.- La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. En unas ocasiones la redacción literal de la cláusula prevé esa adición, al establecer que el interés de demora consistirá en el que resulte de incrementar en x puntos porcentuales el interés remuneratorio, y en otras ocasiones se prevé simplemente que el interés de demora se devengará a un determinado tipo porcentual. Pero tanto en uno como en otro caso, el análisis de la función y finalidad de dicha cláusula lleva a la conclusión de que con ella se persigue incrementar en un determinado porcentaje el interés remuneratorio para que, además de retribuirse la disponibilidad del dinero por parte del prestatario, función que cumple el interés remuneratorio, se le disuada de incurrir en retraso en el cumplimiento del calendario de amortización del préstamo e indemnice al prestamista los daños y perjuicios que le provocan tal retraso.

En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora consiste en la adición de más de quince puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio.

En la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril , consideramos que suprimir el devengo del interés ordinario, 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, teniendo en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio, en caso de demora, suponía una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En consecuencia, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo o incremento sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Por consiguiente, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez") ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

También en este aspecto procede confirmar la doctrina sentada en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril .

SÉPTIMO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación.

1.- El tercer motivo del recurso se encabeza con el siguiente epígrafe: « *Vulneración de los artículos 5 , 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , de los artículos 10.1.c) y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con los artículos 1124 y 1256 del Código civil* ».

2.- Como argumentos que fundamentan el recurso se alega que en los contratos de financiación al comprador de bienes muebles a plazos, la facultad resolutoria reservada al financiador prestamista por impago de alguna cuota es una cláusula abusiva, pues aunque el art. 1124 del Código Civil faculta al contratante cumplidor, en caso de que la otra parte del contrato lo haya incumplido, a escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, no puede hacerlo unilateralmente, siendo el juez quien decretará la resolución, pues lo contrario sería dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

OCTAVO.- El vencimiento anticipado de los contratos de financiación al comprador de bienes muebles a plazos.

1.- El contrato celebrado entre Santander Consumer y los demandados es un contrato de financiación a comprador de bienes muebles. En el caso enjuiciado, el préstamo se concedió para financiar la adquisición de un automóvil.

Este contrato se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 de julio, como resulta de la regulación que de su ámbito de aplicación hace el art. 1.1 en relación al art. 4 de la ley.

El art. 10.2 de esta ley prevé: « *[I]a falta de pago de dos plazos o del último de ellos dará derecho al tercero que hubiere financiado la adquisición en los términos del artículo 4 para exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes, sin perjuicio de los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor y de lo dispuesto en el artículo siguiente* ».

2.- La estipulación que en el contrato regulaba el vencimiento anticipado del contrato reproduce el régimen establecido en el citado precepto legal, sin añadir ninguna modificación significativa, por lo que no puede aplicarse el control de abusividad establecido en el art. 3.1 y concordantes de la Directiva 13/1993 , y en la legislación nacional que la traspone al Derecho interno.

Como declaró la STJUE de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S .A. contra Alejandra y Cristobal , asunto C-280/13, « *[I]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones* ». Por tanto, la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula

dicho contrato.

NOVENO .- Costas y depósitos.

1.- La estimación parcial del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas instancias. Tampoco de las ocasionadas por el recurso de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por D. Federico contra la sentencia dictada, en fecha en fecha 28 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª).

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la desestimación de la impugnación por abusiva de la cláusula que establece el interés de demora del préstamo de financiación de la compra de bien mueble a plazos y, en su lugar, declaramos la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, por lo que solo se devengará el interés remuneratorio establecido en el contrato, hasta el reintegro de las cantidades adeudadas.

3.- No procede imposición de costas del recurso de casación, del recurso de apelación, ni de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

Librese 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 .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza 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.