



Roj: **AAP J 74/2016 - ECLI: ES:APJ:2016:74A**

Id Cendoj: **23050370012016200061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **122/2016**

Nº de Resolución: **196/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL MORALES ORTEGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **AUTONº 196**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTA

Dª Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADOS .

D. Rafael Morales Ortega

D. Luis Shaw Morcillo

En la ciudad de Jaén, a veintiocho de Septiembre de dos mil dieciséis

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Ejecución Hipotecaria seguidos en primera instancia con el nº 240 del año 2015, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 122 del año 2016** , a instancia **CAIXABANK, S.A.** , representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora Dª Elena Medina Cuadros y defendido por el Letrado D. Rafael Medina Pinazo; contra **D. Gaspar** , representado en la instancia y en esta alzada por el Procurador D. Mario Carrasco Mallén y defendido por el Letrado D. Fernando Priego Campos.

ACEPTANDO los antecedentes de hecho del auto apelado, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jaén, con fecha 6 de Noviembre de 2015 .

### **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jaén, y en fecha 6 de Noviembre de 2015, se dictó Auto que contiene la siguiente PARTE DISPOSITIVA: "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE LA OPOSICIÓN formulada por el Procurador D. Mario Carrasco Mallen, en nombre y representación de D. Gaspar , y en consecuencia:

Se declara como no puesta la Cláusula primera 1.3 financiera de la escritura pública de modificación de préstamo hipotecario y posposición de rango de fecha 28 de noviembre de 2.012, debiéndose proceder por la ejecutante al recálculo de la cantidad debida para la continuación de la ejecución por la deuda resultante de acuerdo a la fundamentación jurídica.

No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución se interpuso por la parte demandada, D. Gaspar , en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandante, Caixabank, S.A.; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia,



con emplazamiento de las partes, que turnadas a esta Sección Primera se formó el rollo correspondiente; personadas las partes, quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 28 de Septiembre de 2016, en que tuvo lugar, quedando la actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Morales Ortega.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** Contra la resolución de instancia por la que se estima en parte la oposición formulada, declarando la nulidad de la cláusula financiera Tercera bis, concretamente la limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactado del préstamo hipotecario objeto de ejecución concertado entre las partes mediante escritura pública otorgada el 17-7-06, novada por otra posterior de fecha 7-5-09, así como por la posterior otorgada el 28-11-12, no entrando en la nulidad por **abusiva** también planteada sobre el cálculo anual de intereses sobre la base del **año comercial** contenido en las mismas y rechazando la nulidad también declarada por lo que ahora aquí interesa de las respectivas cláusulas de intereses moratorios -sexta en la primera escritura y primera 1.5 en la última, en las que se fijaba respectivamente el 22,480% y 22,50% respectivamente-, se alza la representación procesal de los ejecutados denunciando por lo que al cómputo de intereses se refiere la infracción de lo dispuesto en el art. 218 LEC , por incongruencia omisiva, solicitando se pronuncie esta Sala sobre tal cuestión declarando también su nulidad por **abusiva**, al igual que solicita tal pronunciamiento respecto de los intereses moratorios, de la que la Juzgadora no entra a resolver sobre la base de que al efectuar la Entidad ejecutante la liquidación de los mismos ajustándose a lo dispuesto en el art. 114.3 LH , según la redacción del mismo a partir de la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, esto es al 12% equivalente al triple del interés legal del dinero que como límite máximo establece el precepto, las estipulaciones sobre intereses moratorios no vienen a fundamentar la ejecución ni a determinar la cantidad exigible, argumentando al efecto que según la normativa comunitaria y la jurisprudencia y doctrina del TJUE que la interpreta, no resulta admisible la integración que de forma unilateral efectuada por la Ejecutante, debiendo acordar que la misma se tenga por no puesta y quede excluida del contrato conforme, solicitando tras la apreciación de la nulidad de las cláusulas referidas se proceda al sobreseimiento del expediente.

**Segundo.-** Centrado así el objeto del debate en esta alzada y comenzando por la incongruencia omisiva que como vicio in iudicando se denuncia en orden a la falta de pronunciamiento de la nulidad por **abusiva** de la aplicación para el cálculo de los intereses ordinarios del **año comercial** de 360 días en la última de las escrituras referida, habrá de tenerse en consideración como se alega de contrario, que debió solicitarse el complemento de la resolución recurrida vía art. 215 LEC , y ello hasta el punto de que es criterio jurisprudencial reiterado el que recoge la STS de 9-3-16 , por citar alguna reciente, de que "no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre , y las que en ella se citan)

Ahora bien, no solicitada nulidad alguna como efecto anejo a la infracción denunciada, sino la petición de la subsanación en esta alzada de tal omisión, podemos adelantar ya que la nulidad por **abusiva** que se solicita de dicha cláusula, contenida no sólo en la estipulación primera 1.6 y Segunda de la escritura de fecha 28-11-12, sino también en el Anexo II de la novación otorgada el 7-5-09, habrá de ser totalmente rechazada pues la determinación del **año comercial** sin más, para el cómputo de intereses no produce sin más el perjuicio que se alega para el prestatario consumidor al incrementarse por ello el interés, sin conocimiento de aquel.

Es cierto que sobre tal cuestión las AA.PP. mantienen criterios enfrentados, aunque en realidad las que han venido a profundizar en el análisis de las cláusulas cuya nulidad se solicita, vienen a concluir que partiendo de la imposición de tal cláusula, lo abusivo es la aplicación para dicho cálculo del **año comercial** de 360 días, y no obstante al mismo tiempo el mes natural de 30 o 31 días, pues si se utiliza igualmente el mes comercial de 30 días ningún enriquecimiento injusto se produce para la prestamista en perjuicio del prestatario, pues los parámetros que como numerador y denominador se utilizan son igualmente equiparables, así se pronuncia por citar alguna sentencia reciente la SAP de Pontevedra, Secc. 1ª de 5-5-16 .

Con mayor claridad se pronuncia aun el AAP de Cádiz, Secc. 2ª de 15-1-16 al declarar "...si bien es cierto que se calcula sobre la base del año de 360 días, también los es que el cálculo se realiza sobre la base del



mes comercial de 30 días con independencia de que los meses tengan 30, 31 o 28/29 días por lo que no se produce el incremento sobre el tipo del interés contractual denunciado en la resolución recurrida. Examinada la escritura de préstamo que se ejecuta y en concreto la estipulación relativa a los intereses ordinarios se constata que la misma contiene la siguiente estipulación: "Los intereses se devengan por meses comerciales (30 días) sobre la base del año de 360 días".

Siendo así, es claro que dicha estipulación que responde a un uso comercial muy utilizado, no constituye una práctica **abusiva** en tanto que no consta que sea cierto como se dice en la resolución recurrida que en el numerador se utilice el tiempo real, 365 días, y en el denominador el **año comercial**, 360 días; por el contrario, lo que establece la escritura es que se utilizarán el mes comercial (30 días) y el **año comercial** (360 días) por lo que no se causa el perjuicio de cobrar cinco días más de intereses; lo abusivo sería que en el numerador se utilizara el mes natural (30, 31 o 28/29 días) en cuyo caso y al ser superior (365 días) al denominador (360 días de **año comercial**), el resultado favorecería a la entidad bancaria en perjuicio del consumidor lo que no consta que ocurra en este caso dado el contenido de la estipulación que se examina."

En el mismo sentido se pronunció ya la STS de 16-7-01 , en un supuesto en el que se alegaba entonces la infracción del art. 60 CCom . Por el cauce del nº 4 del art. 1692 de la L.E.C ., los demandantes han invocado tres motivos de casación; en el primero alegan la infracción del párrafo 2º del art. 1218 del Código civil , e infracción también de la norma del art. 60 del Código de comercio , el primero en relación con los documentos obrantes a los folios 118, 122 a 133 y 584 y siguientes, respecto a las declaraciones que hubieron en ellos hecho las partes, a la que no les alcanza la fe pública, en el sentido de que en las susodichas declaraciones no se contiene pacto alguno que modifique lo dispuesto en el art. 60 del Código de comercio , afirmando con base a la pericial practicada "que esta cuestión es indiferente al resultado final, al no alterar el importe de los mismos -intereses-, siempre que el divisor sea el que corresponde a los días aplicados, a saber, para el caso de que el año sea el que se pretende por la representación de la parte recurrente de 365 días el divisor ha de ser el de 36.500, y para el otro supuesto el del **año comercial** de 360 días, el divisor ha de ser el de 36.000, resultando por consiguiente para ambos supuestos idéntico el resultado final del cálculo."

Así pues y siendo claro que lo que la cláusula impugnada establece como en los supuestos analizados es que "los intereses durante la amortización se devengarán por meses comerciales (30 días) sobre la base del **año comercial** (360)", ningún carácter abusivo se puede predicar de dicha cláusula.

Se desestima pues el motivo analizado.

**Tercero.-** Distinta suerte habrá de seguir el motivo por el que se insiste en la nulidad por **abusiva** de la cláusula relativa a los intereses moratorios recogida en las tres escrituras del 22,48% y 22,50%, debiendo estimar la nulidad de los mismos por abusivos, pero sin que finalmente, tal declaración de nulidad pueda aparejar el efecto pretendido del sobreseimiento de este Proceso de Ejecución Hipotecaria, como pasamos a exponer.

En primer término, hemos de comenzar diciendo como ya poníamos de manifiesto en el reciente Auto de 14-9-16, que en nada son atendibles los argumentos en orden a la posibilidad de moderación voluntaria ya efectuada limitando los intereses moratorios al equivalente al triple del interés legal vigente, ni tampoco a la premisa errónea de la que parte la apelada y se aceptó en la instancia, de que la nulidad por abusividad de los intereses moratorios se ha de establecer con referencia a lo dispuesto en el art. 114 LH a partir de la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Como decíamos, las cláusulas de intereses moratorios discutidas por más que se hubiera efectuado liquidación previa con la moderación referida, se habrán de considerar nulas por abusivas, por exceder con claridad de dos puntos del interés remuneratorio pactado, siendo la consecuencia necesaria de dicha nulidad la expulsión de la misma del contrato y la aplicación en su lugar de dicho interés remuneratorio según criterio jurisprudencial, actual y uniforme , definitivamente sentado por la STS, Pleno de 3-6-16 , que lo mismo que para los préstamos personales sin garantía hipotecaria ya estableciera la STS, Pleno de 22-4-15 , viene a establecer como referencia la del art. 576 LEC .

En el supuesto de la sentencia citada se analizaba un interés ciertamente inferior al aquí discutido, pues lo era del 19%, pero al respecto se declaraba, que "En la sentencia 265/2015, de 22 de abril , razonamos por qué la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato):

«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.»

También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea **abusiva** por ser desproporcionadamente alta:

«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"».

De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es **abusiva**, es «el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento».

Para llevar a cabo este examen, como expusimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el TJUE ha establecido unas pautas:

«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).

<<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».

Con carácter general, el art. 1108 CC establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero.

Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

Como hemos recordado en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA):

«el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del





interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.»

Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal».

El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja): «[...] los artículos 3, apartado 1 y 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria [...]» (apartado 33).

La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH, ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:

«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 [...], 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.»

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».

»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».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado".

Así pues, a virtud de dicha doctrina, en el supuesto de autos, el interés de demora pactado del 22,48% y 22,50% nominal anual, superaba ya el límite máximo previsto en el art. 114 LH, y desde luego al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo, pues como sigue declarando la sentencia en contra del recálculo previo efectuado: "También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH. Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos".

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, según la propia sentencia que transcribimos, sino los mismos que respecto de los préstamos personales se establecían en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril y se declaraba en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, esto es su exclusión del contrato y la aplicación del único interés válido estipulado en el contrato cual es el interés remuneratorio, con exclusión claro está del límite que supone a la baja la cláusula suelo.

Así se concluía en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: «Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] 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».

Se estima pues el motivo analizado en el sentido que acabamos de exponer, esto es, declarando la nulidad por abusivas de la cláusulas referidas a los intereses moratorios, siendo el efecto de tal declaración su expulsión



del contrato e inaplicación de los intereses moratorios pactados, debiendo serlo lo remuneratorios pactados excluida igualmente la cláusula suelo, pero no el sobreseimiento solicitado, pues no se trata de cláusulas que fundamenten la ejecución, sino que son determinantes de la cuantía reclamada, que lógicamente habrá de ser recalculada en consecuencia continuar la ejecución por las cantidades resultantes de las exclusiones declaradas.

Se estima pues en parte por todo lo expuesto, la apelación interpuesta.

**Cuarto.-** Dado el sentir estimatorio parcial de la presente resolución, no procede hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada - art. 398.2 LEC .-.

**Quinto.-** Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8 de la L. O. P. J ., añadida 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, ante la estimación del recurso, procedase a la **devolución** a la parte apelante de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN

#### **ACUERDA:**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Jaén, con fecha 6-11-15 , en autos de Ejecución Hipotecaria, seguidos en dicho Juzgado con el nº 240 del año 2.015, debemos revocar el mismo en el sólo sentido de declarar nulas por abusivas las cláusulas contenidas en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 17-7-06 -Sexta-, así como de las posteriores de novación del mismo otorgadas el 7-5-09 -Anexo I 6.- y 28-11-12 -Primera 5.-, debiendo incluir en el recálculo de la cantidad debida previa continuación de la ejecución, con la inaplicación de las mismas, debiendo ajustarse a los intereses remuneratorios pactados eliminada ya la cláusula suelo acordada en la instancia; se confirma el resto de los pronunciamientos, sin que proceda hacer expresa declaración de las costas causadas en esta alzada y procediendo la devolución del depósito constituido para recurrir.

Comuníquese esta resolución por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto, previa notificación a las partes con indicación de que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman, los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen de lo que doy fe.