



Universidad de Valladolid



FACULTAD DE DERECHO

Máster de Abogacía

Título del Trabajo: Estudio sobre los intereses de demora en préstamos hipotecarios: declaración de abusividad y sus efectos.

Autor: Elisa Hernández Hernández

Tutor: Jesús Quijano González

8 de enero de 2014

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
art/arts.	Artículo/s
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
cit.	Citada
DT	Disposición Transitoria
LCC	Ley de Crédito al Consumo
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
nº	Número
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
UE	Unión Europea

RESUMEN

Los contratos bancarios son contratos de adhesión compuestos por condiciones generales de la contratación, prerredactadas e impuestas por la propia entidad de crédito. Esta tipología de contratos se caracterizan por la existencia de dos posiciones contractuales opuestas; a saber, la de la entidad bancaria, que ostenta todo el poder en el contrato, y la del consumidor, que carece de capacidad de negociación. La única facultad reservada al consumidor es la de adherirse o no al contrato. Una de las cláusulas en contratos bancarios que más controversia está suscitando recientemente, es aquella que fija los intereses moratorios en préstamos hipotecarios que gravan la vivienda habitual, no sólo debido a que resulta excesivamente complicado determinar cuándo es nula por abusiva, sino sobre todo, por la disparidad de opiniones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, en relación con los efectos de la declaración de abusividad. A pesar de que tanto el artículo 83 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, como el 6.1 de la Directiva 93/13 establecen la supresión de las cláusulas abusivas del contrato manteniendo la vigencia del mismo y, por tanto, el no devengo de intereses de demora, son mayoritarias las corrientes que optan por la integración del contrato, ya sea mediante la aplicación supletoria, en defecto de pacto, del artículo 1.108 del Código Civil, la reducción del interés moratorio a tres veces el interés legal del dinero, reconocido en el artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria, o en última instancia, por eliminar el suplemento que conforma el interés moratorio, sustituyéndolo por el devengo del interés remuneratorio, como recientemente resolvió la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015.

PALABRAS CLAVE

Intereses moratorios, contratos bancarios, cláusulas abusivas, integración, supresión, reducción, interés legal.

ABSTRACT

The bank contracts/agreements are contracts of adhesion composed by general conditions of the hiring, previously written and imposed by the proper credit company. These contracts typology are characterized by the existence of two opposite contractual positions, namely, the one relate to the banking institution, which shows and holds all the power in the contract, and the other regarding the consumer, who lacks negotiation capacity. The only faculty adjudicated to the consumer is that of adhering or not for the contract. One of the clauses generating more controversy in bank contracts nowadays, is the clause which fixes default interests in mortgage loans that levy the permanent primary residence, not only because it turns out to be excessively complicated to determine when it is declared void for being excessive, but especially, for the little consensus attained on it, both doctrinal and jurisprudential judgments, as regards the effects of the declaration of outrage. Despite of both articles, the article 83 Restated Text of the General Law for the Defense of Consumers and Users, and also 6. 1 of the Board 93/13; they establish the suppression of the excessive clauses of the contract enforcing the current law and its validity, therefore, the devengo of interests of delay, there is a clear majority in the currents that decide in favor of the integration of the contract, whether through by means of the application supplementary, in defect of agreement, of the article 1. 108 of the Civil Code, the reduction of the default interest to three times the legal interest of the money, recognized in the 114. 3rd article about the Mortgage Law, or ultimately through , for eliminating the supplement that shapes the default interest, replacing it with the devengo of the remunerative interest, as it was recently solved by the judgment of the Supreme Court of April 22, 2015.

KEY WORDS

Default interest, bank contracts, excessive clauses, integration, suppression, reduction, legal interest of the money.

SUMARIO

I. SUPUESTO DE HECHO.....	6
II. ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
<i>II.1. Evolución de la normativa de protección de los consumidores. Hitos más importantes.....</i>	<i>7</i>
<i>II.2. Identificación de los aspectos controvertidos del caso.</i>	<i>11</i>
III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	14
<i>III.1. Cláusula de intereses de demora. Concepto y naturaleza.....</i>	<i>14</i>
<i>III.2. Definición de cláusulas abusivas. Concepto legal y jurisprudencial.....</i>	<i>18</i>
<i>III.3. Cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios que gravan la vivienda habitual como cláusula abusiva.</i>	<i>23</i>
III.3.1. Artículo 114 de la Ley Hipotecaria y Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.	23
III.3.2. Aplicación del artículo 114 LH y de la DT 2ª de la Ley 1/2013.....	25
III.3.3. Criterios que determinan la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios.	31
<i>III.4. Efectos de la declaración de abusividad: supresión de la cláusula, facultad integradora del Juez o aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional.....</i>	<i>35</i>
IV. CONCLUSIONES.....	48
V. JURISPRUDENCIA.....	51
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	52

I. SUPUESTO DE HECHO.

El 23 de enero de 2015 Pablo Sánchez y Esther Jimeno, casados en régimen de sociedad de gananciales, suscriben con el banco VALLABANK, S.A. un contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la finca sita en la calle Toledo nº23 de Villarío del Rey, con número de póliza 6793737; y en virtud del cual, los prestatarios reciben en concepto de préstamo la cantidad de 81.652,34 euros. En dicho contrato se pacta un plazo de duración de quince años (cláusula primera); un tipo de interés remuneratorio del 7% y un interés de demora del 19% (cláusula segunda).

Ante el impago de los deudores de cuatro vencimientos, VALLABANK, S.A. procedió a declarar vencido anticipadamente el préstamo hipotecario e instó la liquidación de la deuda por un importe de 75.569, 80 euros, en concepto de devolución del principal del crédito y de pago de los intereses remuneratorios y de demora.

El 15 de septiembre, VALLABANK, S.A. presenta en los Juzgados de Primera Instancia de Villarío del Rey demanda ejecutiva instando la sustanciación de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra Pablo Sánchez y Esther Jimeno.

El 2 de octubre Pablo y Esther reciben auto despachando ejecución así como la demanda ejecutiva, emplazando a los ejecutados para que formulen oposición, en su caso, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto.

Pablo y Esther acuden al despacho profesional de ABOGAM con el fin de recibir asesoramiento jurídico y contestar a la demanda ejecutiva. El abogado que les asesora considera que el interés moratorio incluido en la cláusula segunda es excesivo, pudiendo motivar la oposición a la demanda en la existencia de cláusulas abusivas en el título. Pero antes de actuar, el abogado cree conveniente exponer el problema a sus clientes, explicarles el entorno jurídico en el que se mueven así como las diversas opiniones jurisprudenciales al respecto.

II. ANTECEDENTES DE HECHO.

II.1. Evolución de la normativa de protección de los consumidores. Hitos más importantes.

La protección de los consumidores y usuarios constituye uno de los principios programáticos de nuestro ordenamiento jurídico, recogido en el **artículo 51 de la Constitución Española**, que insta a los poderes públicos a la creación de mecanismos eficaces que velen por los intereses económicos de los consumidores y usuarios; tanto judiciales, que operen a posteriori, como de educación e información clara y precisa a los mismos.

La **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores**, responde a la necesidad de crear mecanismos efectivos de protección de los consumidores cuando contratan con profesionales, debido a la situación de inferioridad informativa como de capacidad de negociación en la que se encuentran cuando contratan, especialmente en el sector bancario.

La finalidad de la Directiva, plasmada en su **artículo 7 apartado 1¹**, es el cese de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, para ello, impone a los Estados miembros la obligación de prever en sus Derechos nacionales medios eficaces y uniformes en el conjunto de la Unión para asegurar la consecución de tal fin.

La Directiva fue traspuesta en nuestro ordenamiento jurídico mediante la **Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación**, y más recientemente, a través del **Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores Usuarios**. No obstante, la trasposición en nuestro país fue más que deficiente, cuyas ausencias o errores han sido posteriormente subsanados a golpe de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹ Artículo 7.1 de la Directiva 93/13: *“Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** (en adelante, STJUE), **de 14 de junio de 2012** (asunto C-618/10)², contra Banco Español de Crédito, S.A., reveló, en primer lugar, que nuestro proceso monitorio no se adecuaba correctamente a los principios de la Directiva 93/13 al no permitir al Juez que conoce de la demanda examinar de oficio (*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento) el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora, cuando el deudor no hubiese formulado oposición. Y en segundo lugar, el artículo 83 del RD 1/2007³ era contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁴, dado que permitía al Juez nacional integrar o moderar la cláusula afectada por la abusividad, en total contraposición con la Directiva, que prevé la supresión de la misma.

La **STJUE de 14 de marzo de 2013** (asunto C-415/11)⁵, contra Catalunya Caixa, dio origen a la promulgación de la **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social**. Con la mencionada sentencia se puso de relieve las deficiencias del procedimiento de ejecución hipotecaria, por

² La STJUE es el resultado de una cuestión prejudicial promovida por la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto de 29 de noviembre de 2010, debido a las dudas interpretativas surgidas en la resolución de un recurso de apelación interpuesto por el Banco Banesto contra un Auto dictado por el Juzgado nº2 de Sabadell, por el cual el juzgador consideró de oficio abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, una cláusula que fijaba intereses de demora del 29% en un préstamo personal, reduciendo tal cláusula al 19%. El Banco Banesto interpuso recurso de apelación argumentando que la normativa vigente no facultaba al Juez a declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula ni, en su caso, modificarla.

³ Artículo 83 del RD 1/2007: “1. *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.* 2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras (...)*”.

⁴ Artículo 6.1 de la Directiva 93/13: “*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*”.

⁵ Más conocido como *Caso Aziz*, en el que el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona instó una cuestión prejudicial al TJUE, para determinar tanto la compatibilidad de determinadas cláusulas en contratos crediticios con la normativa europea, así como para poner de relieve la estructura del proceso de ejecución hipotecaria. Ello como consecuencia de la interposición de un proceso ordinario instando por el deudor ejecutado Aziz sobre la posible existencia de cláusulas abusivas en la escritura de hipoteca, habiendo iniciado anteriormente Catalunya Caixa un procedimiento ejecutivo hipotecario.

resultar excesivamente oneroso para los deudores y favorables para las entidades financieras; así como el hecho inaceptable de impedir alegar otras causas de oposición diferentes a las contempladas en la LEC⁶. La Ley 1/2013 dio nueva redacción a los **artículos 552.1 de la LEC, 557.7º, 561.3º y 695** del mismo texto legal, del Capítulo III del Título II del Libro III, relativas al despacho de ejecución, incluido también el hipotecario. La modificación de estos preceptos legales supuso la introducción de la obligatoriedad del examen de oficio del órgano judicial de la posible existencia de cláusulas abusivas en el título (art. 552.1), así como la posibilidad del deudor de alegar la inclusión de condiciones abusivas en el título como nueva causa de oposición (art. 557.7º y 695)⁷.

Con anterioridad a la **Ley 1/2013**, habiéndose iniciado la sustanciación de un procedimiento de ejecución hipotecaria o un proceso monitorio, el deudor no podía alegar como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas en el título sino que debía acudir al correspondiente procedimiento ordinario declarativo para conseguir, en su caso, una declaración de abusividad; lo que suponía que el bien terminaría vendiéndose a un tercero o adjudicándose al acreedor antes de haberse decidido judicialmente sobre la validez de la cláusula, ya que el inicio de un procedimiento ordinario declarativo no era causa de suspensión del procedimiento ejecutivo, que proseguía su sustanciación⁸. Por otro lado, tampoco podían adoptarse, dentro del seno del procedimiento sumario, medidas cautelares que tuviesen como efecto la suspensión de la ejecución.

La única posibilidad que tenía el deudor ejecutado de no perder el bien hipotecado era la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca, ya que determina la suspensión de la ejecución, siempre que fuese anterior a la nota

⁶ BANACLOCHE PALAO, J., “Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada”, en *Diario La Ley*, año 2014, nº 8312, págs. 5-6.

⁷ MORENO TRAPIELLA, P., “Comentario a la STS de 21 de enero de 2015. Las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio”, en *Diario La Ley*, año 2015, nº 8525, pág. 5.

⁸ Solo suspendía el procedimiento ejecutivo hipotecario la formulación de oposición (art. 695.2 LEC), la admisión de la demanda de tercería de dominio (art. 696.2) y en caso de prejudicialidad penal (art. 697). Vid. en cita artículo, BANACLOCHE PALAO, J., “Cláusulas abusivas y suspensión...”, cit. pág. 8.

marginal de expedición de certificación de dominio y cargas (artículos 131 y 133 de la LH, y 688 de la LEC, que remite al 656 del mismo Cuerpo Legal). No obstante, el Tribunal de Luxemburgo, en el *Caso Aziz*, calificó de residual esta protección del consumidor, debido tanto a la rapidez que define el procedimiento de ejecución, como el desconocimiento de la magnitud de los propios derechos de los usuarios afectados.

Entre otros, la Ley 1/2013 también añadió un tercero párrafo al **artículo 114 de la Ley Hipotecaria**, el cual limita los intereses de demora en préstamos hipotecarios que graven la vivienda habitual en tres veces el interés legal del dinero, junto con la Disposición Transitoria Segunda de la misma ley que establece el ámbito objetivo de aplicación de la mencionada limitación; y que serán objeto de examen más adelante.

Aunque ya anteriormente se puso de manifiesto que nuestro **artículo 83 del RD 1/2007** era totalmente incompatible con la Directiva 93/13, fue en el año 2014, mediante la **Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**, cuando se adaptó su redacción a la normativa comunitaria, siendo actualmente su texto el siguiente: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.

Con el fin de dotar de mayores garantías de protección al deudor ejecutado en el procedimiento ejecutivo hipotecario, **la Disposición Final Tercera del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal**, modificó el **artículo 695.4 LEC**⁹ debido al diferente tratamiento legislativo del recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición. Mientras el artículo **561.3 LEC**, en la ejecución ordinaria, admitía la apelación por ambas partes procesales, en la ejecución hipotecaria, el anterior **artículo 695.4**, solo permitía tal

⁹ Anterior redacción del artículo 695.4 LEC: *“Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación. (...)”*.

posibilidad contra el auto que decretaba el sobreseimiento de la ejecución y no cuando se desestimaba la oposición formulada por el ejecutado¹⁰.

Por último, resulta de interés hacer mención a la reciente **Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial**; que proporciona una protección añadida a los usuarios en un ámbito específico, que no es otro que el referido a los contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial (artículo 1). Uno de sus postulados más interesantes es el referido a la educación financiera de los consumidores (artículo 6), en virtud del cual insta a los Estados miembros a la creación de un sistema de educación de los consumidores sobre contratación de préstamos y gestión de deudas, con el fin de que puedan disponer de información clara y general del proceso de concesión de créditos.

II.2. Identificación de los aspectos controvertidos del caso.

La proliferación de hipotecas y de contratos en el sector bancario ha dejado a la vista el comportamiento fraudulento, aunque no en términos generales, de las entidades bancarias y de crédito. Lo podemos calificar de fraudulento dado que, conociendo éstas últimas la situación del mercado, las circunstancias personales del usuario así como las consecuencias económicas y jurídicas que el consumidor iba a tener que soportar, éstos eran animados a prestar su consentimiento a posiciones contractuales creadoras de un perjuicio duradero.

Por más que las entidades bancarias han intentado demostrar en los Tribunales lo contrario, los hechos son claros. Los contratos bancarios son contratos de adhesión que incluyen condiciones generales de la contratación, redactadas e impuestas para una pluralidad de contratos, en los cuales el adherente carece de total facultad de negociación del contenido de cada una de las cláusulas de

¹⁰ MORENO TRAPIELLA, P., “Comentario...”.cit. pág. 7.

su contrato¹¹. Es decir, el adherente, como consumidor medio que carece de poder para influir en la redacción del documento contractual, tiene dos opciones: prestar su consentimiento o no.

Una de esas cláusulas predispuestas en los préstamos con garantía hipotecaria cuya validez está siendo cuestionada muy recientemente, es aquella que fija los intereses de demora o moratorios.

El primer problema que se nos plantea es saber cuándo una cláusula de intereses de demora es abusiva, dado que en nuestro ordenamiento jurídico podrían ser aplicables diversos criterios. Por un lado, criterios cuantitativos, si se fija una cláusula por encima de los límites legales establecidos¹². Por otro, criterios cualitativos, valorando los demás elementos del contrato (como garantías, tipo de interés interbancario, el interés legal), el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, la coyuntura económica en el momento de formalizar el préstamo hipotecario, así como el criterio de los tribunales al respecto.

En segundo lugar, y una vez declarada la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusivos, se plantea el problema de los efectos que para el contrato y las partes genera la declaración de abusividad. No hay unanimidad al respecto. Desde la opinión más clara del Tribunal de Luxemburgo, que sigue la estela de la **Directiva 93/13**, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que opta por la supresión de la cláusula abusiva manteniendo la validez del resto del contrato, encontramos otras menos drásticas basadas en la modificación del interés aplicable hasta el límite legalmente establecido, el otorgamiento al Juez de facultades moderadoras o integradoras de la parte del

¹¹ Tal y como ha declarado recientemente nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 265/2015, de 22 de abril de 2015.

¹² El interés legal, en el artículo 1.108 del Código Civil. Tres veces el interés legal del dinero en el artículo 114 párrafo 3 de la Ley Hipotecaria, o para los préstamos personales, dos veces y media el interés legal del dinero, recogido en el artículo 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al consumo (aplicado por analogía), o incluso el límite establecido jurisprudencialmente en la STS de 22 de abril de 2015, de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio.

contrato afectada por la abusividad¹³, o bien la sustitución de la cláusula abusiva por una norma supletoria del Derecho nacional.

Estos dos aspectos, la posible abusividad de una cláusula de intereses moratorios en los préstamos hipotecarios y los efectos de la declaración de abusividad, son los que vamos a explicar e intentar resolver en este dictamen.

¹³ Tal efecto establecía el anterior artículo 83 del TRLGDCU.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

III.1. Cláusula de intereses de demora. Concepto y naturaleza.

Con carácter general, la prestación de intereses es una “*prestación pecuniaria accesoria que se ejecuta en proporción al tiempo de cumplimiento y a la cantidad de la prestación pecuniaria principal*”¹⁴. Esta definición responde al interés remuneratorio; a diferencia de éstos, los intereses moratorios no responden a la productividad o retribución del capital, sino que cumplen una función indemnizatoria al acreedor que no ha podido disponer del capital y no se ha beneficiado con sus frutos¹⁵. O como bien explica la **STS 265/2015, de 22 de abril** en su Fundamento 6.6 “*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*”. Tal tarea se llevará a cabo, esencialmente, mediante la prestación de intereses moratorios.

Según su origen, los intereses de demora pueden ser legales o convencionales. En relación con los legales, resulta imprescindible citar el artículo **1.108 del Código Civil**, de aplicación general, que prevé la cuantía de interés de demora en defecto de pacto. Asimismo el **artículo 1.501.3º** para las compraventas; el **artículo 316 párrafo primero del Código de Comercio** aplicable a los préstamos mercantiles y el **artículo 576 de la LEC** relativo a la mora procesal. En relación con los convencionales, el **artículo 114 de la LH**, de aplicación especial, limita los intereses de demora en los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual. De la misma forma que lo hace el **artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo**, para los intereses de demora en descubiertos tácitos.

Tal y como señala la **STS 265/2015, de 22 de abril**, el devengo del interés de demora responde a una conducta del deudor jurídicamente censurable o reprochable, como es el impago de los cuotas de amortización del préstamo,

¹⁴ O´ CALLAGHAN, X., “*Compendio de Derecho Civil*”. Tomo II: *Derecho de obligaciones*”, Madrid, 2009, pág.115.

¹⁵ FERNANDO VILLALBA, M^a. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2015, nº 178, pág. 84.

generando daños y perjuicios al acreedor consistentes en la frustración de su interés de liquidez o recuperación del crédito en el tiempo convenido, así como de disfrute de los intereses que hubiera podido devengar. En concreto, estos daños se materializan, en el ámbito del sector bancario y crediticio, en la disminución de recursos disponibles para destinarlos a otras operaciones financieras, de pérdida de oportunidades de negocio, de disminución de beneficios y de valor de la entidad¹⁶. Sin embargo, la producción de estos daños resulta difícil de imaginar salvo que se produjese un incumplimiento generalizado y a gran escala de los deudores.

Siendo ésta la finalidad principal de la inclusión de cláusulas de intereses de demora en todo tipo de obligaciones, otra función que cumplen es la de estimular al deudor al cumplimiento regular del contrato. Conociendo el deudor las consecuencias onerosas que pueden derivarse de su impago, puede verse compelido a cumplir regularmente con sus obligaciones con el fin de no pagar la pena establecida en caso de incumplimiento, y así evitar el incremento de sus obligaciones pecuniarias. Por el contrario, cuesta entender el argumento de la **Audiencia Provincial de Burgos, en la sentencia 4/2015, de 12 de enero**, cuando dice expresamente en su Fundamento de Derecho tercero que *“Tampoco se puede decir que en este caso que la fijación de un elevado interés moratorio constituya un acicate para el cumplimiento. (...) en situaciones de crisis sucede lo contrario: la fijación de un elevado interés moratorio no estimula al deudor a cumplir, sino a dejar de hacerlo, porque solo acentuará más su probable insolvencia”*. Como si el pago de intereses moratorios elevados generase algún tipo de contraprestación beneficiosa al deudor.

Además del efecto indemnizatorio y disuasorio, otros autores atribuyen también a los intereses moratorios un efecto remuneratorio puesto que prevén la retribución que va a recibir el acreedor durante el periodo de tiempo en que perviva o dure el retraso en el pago de la suma de dinero¹⁷.

¹⁶ AAP de Granada (Sección 4ª), de 5 de febrero de 2013.

¹⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASTAÑOS CASTRO, P., “Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores”, en *Diario La Ley*, 2015, nº 8645, pág. 5.

El efecto disuasorio e indemnizatorio del incumplimiento se materializan a través de la aplicación de diferentes tipos de interés, configurando el interés de demora mediante la adición de varios puntos sobre el interés remuneratorio, o bien estableciendo un tipo específico muy superior¹⁸. No obstante, si se configura el interés moratorio en atención al remuneratorio, habiendo pactado un interés ordinario suficientemente alto, no parece razonable que el interés moratorio deba sobrepasarlo.

Sin embargo, los intereses de demora no cumplen la función de indemnizar los daños y perjuicios derivados del ejercicio de la acción judicial, como trató de demostrar el Banco Santander en el Motivo Segundo del recurso de casación, de la **STS de 22 de abril de 2015**, puesto que esos daños se resarcen mediante la condena en costas.

Desde otro punto de vista, y especialmente en los préstamos con garantía hipotecaria, cabría reflexionar sobre el fin que persiguen los intereses moratorios al existir la garantía del bien inmueble hipotecado que cumple tanto con la finalidad de aseguramiento del crédito del acreedor, como de estimulación del deudor al cumplimiento regular; más aun siendo la vivienda habitual del deudor o deudores el bien inmueble hipotecado en la mayoría de los préstamos con garantía. Podría entenderse que se trata de un exceso de protección del interés del acreedor debido a la elevada cuantía del capital prestado, por un lado; o un gravamen excesivamente oneroso en caso de incumplimiento del deudor, por otro. O bien, considerar que el pago de intereses moratorios constituye un estadio previo al comportamiento jurídicamente censurable del deudor, y menos oneroso que la ejecución de la hipoteca.

Por ello, por la ausencia de una garantía real que asegure el crédito prestado, cabría entender que deberían ser superiores los intereses de demora en los préstamos personales que en los hipotecarios. Sin embargo, no se produce tal asimilación en nuestro ordenamiento jurídico dado que el **artículo 114 de la Ley**

¹⁸ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. / SERRA RODRÍGUEZ, A. / IZQUIERDO BLANCO, P. / SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona, 2014, págs. 132-133.

Hipotecaria establece un límite legal fijado en el triple del interés legal del dinero para los intereses moratorios incluidos en préstamos hipotecarios que graven la vivienda familiar, muy superior al establecido recientemente por el Tribunal Supremo para los préstamos sin garantía real concertados por consumidores, que se circunscribe al incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Anterior a esta sentencia, igualmente en contra del principio general, se venía aplicando analógicamente a los préstamos personales el límite de dos veces y media el interés legal del dinero, previsto en el **artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de Créditos de Consumo**, para los descubiertos tácitos en cuenta corriente.

En tiempos de crisis económica y financiera como nos encontramos en la actualidad, algunos autores se han planteado la posibilidad de exoneración del deudor dinerario moroso del pago de intereses moratorios, debido a que el hecho que causa el retraso en el cumplimiento no es la voluntad incumplidora del deudor sino sucesos de fuerza mayor, como la imposibilidad de acceder a fuentes de financiación o la pérdida sobrevenida de su solvencia (p.ej. por la pérdida de trabajo)¹⁹. No es tarea sencilla dado que el **artículo 1.101 del CC** presume que el retraso genera, en todo caso, un daño al acreedor, y que ese daño se debe a la conducta culposa del deudor. Sin embargo, si se llegase acreditar la administración diligente de su patrimonio y la imposibilidad de acceso a una actividad profesional o laboral, que han dado lugar a la insolvencia del deudor generadora del impago, sería justo la exoneración del pago de los daños por la demora. Sentados estos hechos, tal posibilidad queda reducida a su mínima expresión al plantearnos cuál es el mecanismo procesal adecuado para su prueba y estimación. Como ya hemos expresado en los apartados anteriores, el procedimiento de ejecución, como al igual el de ejecución hipotecaria, cuentan con motivos tasados de oposición dentro de los cuales no se encuentra la situación de insolvencia real y efectiva del deudor. Solo quedaría abierta la posibilidad del procedimiento declarativo, careciendo de escasa efectividad acudir a este procedimiento para obtener una exoneración de la responsabilidad por demora si ya se ha ejecutado la hipoteca y el bien pertenece a un tercero.

¹⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASTAÑOS CASTRO, P., “Intereses moratorios declarados abusivos (...)”, cit., pág. 7.

Por último, a diferencia de los intereses de demora que indemnizan los daños y perjuicios del acreedor por el incumplimiento o retraso del deudor y que incentivan a éste en el cumplimiento regular de su obligación, los intereses remuneratorios cumplen la función de retribución por el uso del capital ajeno.

III.2. Definición de cláusulas abusivas. Concepto legal y jurisprudencial.

Antes de entrar a valorar los criterios generales utilizados para determinar la abusividad de una cláusula, resulta necesario explicar la vinculación de éste concepto con el de condiciones generales de la contratación. No todas las condiciones generales de la contratación son condiciones abusivas, ni sólo pueden ser cláusulas abusivas condiciones generales de la contratación.

El **artículo 1 de la LCGC** define las condiciones generales de la contratación como *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*. Por tanto, son caracteres esenciales de las condiciones generales de la contratación: la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Estas cláusulas preestablecidas se incluyen en contratos de adhesión que se caracterizan por la limitación del principio de autonomía de la voluntad, ya que el mismo queda reducido a la libertad de contratar, es decir, de adherirse a la oferta preestablecida, sin tener la parte más débil facultad para conseguir una modificación de la misma²⁰.

La rapidez y despersonalización de nuestra sociedad ha ayudado a la proliferación de este tipo de contratación en masa, en la que el consumidor carece de total poder de negociación del contenido del contrato, especialmente en el sector de consumo y bancario, siendo cada vez más frecuentes la utilización de

²⁰ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...*cit., págs. 224-225.

contratos de adhesión por los profesionales o empresarios. No obstante, como bien afirma la **STS de 22 de abril de 2015**, la imposición del contenido del contrato no puede asimilarse a la imposición del contrato, ni a la obligación de contratar. Es el consumidor, el que, en función de sus intereses y de las diversas posibilidades ofertadas por varios profesionales o empresarios, decide qué contratar y con quién, a pesar de su limitada capacidad de modificar las ofertas recibidas. Sin embargo, la prestación de un consentimiento individualizado, libre y voluntario bajo las circunstancias descritas anteriormente no puede identificarse con la existencia de una negociación individualizada del contenido del contrato.

Por otro lado, son condiciones abusivas, en virtud del **artículo 82.1 del TRLGDCU** *“aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente 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 **artículo 3.1 de la Directiva 93/13**, que fue objeto de desarrollo por la normativa anterior, dispone que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

Tal y como recoge la **Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013**, los requisitos para considerar abusiva una cláusula no negociada son los siguientes:

- **Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.**
- **Que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.** Como punto de partida, el equilibrio se debe valorar teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que han sido objeto de contratación, tal y como imponen tanto el **artículo 82.3 del TRLGDCU** y el **artículo 4.1 de la Directiva 93/13**. A falta de norma que defina el concepto de desequilibrio

importante en contra de las exigencias de la buena fe, tanto la mencionada sentencia como la **STJUE, de 14 de marzo de 2013**, que resuelve el *Caso Aziz*, apuntan que para valorar si una circunstancia genera un desequilibrio de gravedad, se debe tener en cuenta las normas aplicables en defecto de pacto, en la medida que el contrato no posicione al consumidor en una situación más perjudicial que la prevista en el ordenamiento jurídico nacional, así como la situación global en la que se encuentra el consumidor en el momento de contratar. Asimismo, ese desequilibrio importante contraviene las exigencias de la buena fe si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula propuesta en un marco de negociación individualizada.

- **Que ese desequilibrio perjudique al consumidor.** No serán, por tanto, abusivas las condiciones contractuales que generen un perjuicio al profesional o empresario.

El **artículo 4.2 de la Directiva 13/93**²¹ limita el control de abusividad a aquellas cláusulas que no definan el objeto principal del contrato, por entender que en la adecuación entre precio y retribución, por un lado, y en los servicios o bienes proporcionados, por otro, siempre debe existir una negociación real y efectiva amparada por la vinculación al acuerdo de voluntades. Aunque ni este precepto ni el **número 8 bis**²² del mismo Texto Comunitario, añadido por mor de la **Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011**, que modifica la anterior, han sido traspuestos a nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que el Tribunal Supremo circunscribe el control de abusividad a aquellas cláusulas que no definan el objeto principal del contrato, siendo las contrarias susceptibles

²¹ Artículo 4.2: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

²² Artículo 8 bis: Los Estados miembros informarán a la Comisión si (...) “*hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración*”.

únicamente de un control de transparencia por falta de claridad, así como las que han sido individualmente negociadas²³.

Ante la manifestación del consumidor de la existencia de cláusulas abusivas en su contrato o el Juez en virtud del poder de control de oficio que tiene atribuido legalmente, el profesional opone, en la mayoría de las ocasiones, que la estipulación ha sido negociada individualmente, que el usuario ha prestado válidamente su consentimiento y que lo pactado en un contrato vincula a las partes, con la intención de evitar la aplicación de la **Directiva 93/13** y toda la normativa nacional tuitiva que la desarrolla.

No obstante, la mera alegación por parte del profesional de que ha existido negociación individualizada, refrendada por la intervención de Notario, no es válida para impedir una eventual declaración de abusividad, sino que ha de probarlo, correspondiéndole a ésta parte la carga de la prueba, tal y como establece el **artículo 82.4 del TRLGDCU**.

Con la intención de precisar en esta cuestión, la **STS de 22 de abril de 2015** sintetiza varios criterios orientadores cuya alegación y prueba no son aptos para entender que una cláusula en un contrato con un consumidor pueda considerarse negociada:

- **La formulación de una pluralidad de ofertas estandarizadas con base en cláusulas predispuestas** sin que el consumidor tenga facultad real de influir en el contenido del contrato no es suficiente para probar la negociación de una cláusula prerredactada.
- No es preciso **que el consumidor desempeñe una conducta activa** mediante la cual rechace el intento de negociación.

²³ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. /SERRA RODRÍGUEZ, A./IZQUIERDO BLANCO, P./SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*,cit., págs. 83-87.

- **No es relevante la existencia de varios empresarios o profesionales** que oferten los mismos servicios demandados por el consumidor.

- **La inclusión en el contrato de un epígrafe bajo la denominación de “condiciones particulares”**, o menciones estereotipadas que proclamen su carácter negociado, o la afirmación sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente no bastan para impedir la aplicación de la normativa de protección de consumidores.

Por tanto, concluye la Sentencia mencionada que para excluir el control de abusividad de una cláusula por haber sido objeto de negociación individualizada, es preciso que el profesional o empresario explique las circunstancias excepcionales que le llevaron a negociar con ese consumidor en concreto, en contra del comportamiento general del empresario del sector bancario, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que obtuvo ese consumidor por la inclusión en el contrato de cláusulas que favorecen al profesional o empresario.

Otro mecanismo de defensa de los profesionales ante el establecimiento de un interés de demora muy elevado es la concurrencia de circunstancias excepcionales en un determinado contrato de préstamo, que generalmente suelen estar relacionadas con operaciones altamente lucrativas pero que entrañan, por otro lado, un alto riesgo. En estos casos, la entidad de crédito prestataria participa de igual forma del riesgo como de los altos rendimientos, siendo la alta probabilidad de pérdida de fondos e imposibilidad de cobro del acreedor, suficientes para justificar tipos de intereses elevados. Como excepción a la regla general, si el profesional consiguiese demostrar que la inclusión de un alto interés remuneratorio o moratorio se debe a circunstancias excepcionales de la operación, relacionadas con el riesgo, se impediría una eventual declaración de abusividad. No obstante, sin olvidar, que la prueba de la existencia de tales circunstancias corresponde a la parte de acreedora, sin que tenga ningún tipo de virtualidad su simple alegación en juicio.

Siendo válidas las circunstancias excepcionales relacionadas con el riesgo de la operación, no justifica unos tipos de interés altos “(...) *el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto la concesión irresponsable de préstamos consumo (...), no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico*”, como trata de explicar el Banco Sygma Hispania y acertadamente resuelve la **STS, 628/2015, de 25 de noviembre**, en su Fundamento de Derecho 3.5.

III.3. Cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios que gravan la vivienda habitual como cláusula abusiva.

III.3.1. Artículo 114 de la Ley Hipotecaria y Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ley tuitiva de los derechos de los consumidores, persigue, como recoge su Preámbulo, la adopción de medidas que ayuden en tiempos de crisis económica y financiera a las personas que contrataron un préstamo hipotecario a hacer frente a sus obligaciones pecuniarias. Una de estas medidas para aliviar la presión financiera ha sido la de establecer un límite legal a la cuantía de intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, plasmado en el **párrafo 3º de artículo 114 de la Ley Hipotecaria**.

Dice expresamente tal precepto 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. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Es decir, en préstamos hipotecarios que gravan la vivienda habitual no se podrá pactar un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero y no podrán devengarse sobre el capital ya amortizado.

En cuanto al ámbito temporal, la **DT 2ª de la Ley 1/2013**²⁴ extiende retroactivamente el ámbito de aplicación de la limitación del artículo 114 LH por que no sólo afecta a los intereses moratorios incluidos en préstamos hipotecarios constituidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (15 de mayo de 2013) sino también a los siguientes:

- Intereses moratorios en préstamos hipotecarios constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y que se devenguen con posterioridad a la misma,
- Intereses moratorios en préstamos hipotecarios que, habiéndose devengando con anterioridad a la entrada en vigor, no se hayan satisfecho al acreedor con posterioridad a la misma.

Además, según también la **DT 2ª**, los Notarios y Secretarios Judiciales inmersos en procedimientos ejecutivos o en ventas extrajudiciales que aún no hayan concluido antes de la entrada en vigor de la Ley, aunque estuviese ya fijada la cantidad por la que se despacha ejecución o la venta extrajudicial, están vinculados por la limitación del **artículo 114 LH** dado que, si constatan que los intereses de demora superan el triplo del interés legal del dinero, darán traslado a la entidad bancaria ejecutante para que, en el plazo de 10 días, recalculé la cantidad por la que solicita ejecución o el precio de la venta extrajudicial al límite legalmente establecido.

²⁴ Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013: “La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

Sin embargo, el **artículo 114 LH y la DT 2º de la Ley 1/2013** no se aplica a todos los préstamos hipotecarios como afirman algunos autores²⁵ sino a aquellos que reúnan las siguientes características:

- Que el préstamo o crédito se haya concedido para la adquisición de la vivienda habitual,
- Que la hipoteca recaiga sobre la indicada vivienda habitual.

Por tanto, se está excluyendo de la mencionada limitación a todas las hipotecas constituidas por terceros sobre su propia vivienda, para garantizar el préstamo o crédito concedido al deudor, aun cuando tenga como objetivo la adquisición de la vivienda de éste, ya que la garantía real no grava la vivienda que se quiere adquirir con el préstamo. Es decir, tiene que coincidir el inmueble financiado con el inmueble hipotecado. En caso contrario, la limitación de tres veces el interés legal del dinero para los intereses moratorios no operaría²⁶.

Tal extremo no es problemático si en la escritura pública de préstamo hipotecario se hace constar expresamente el carácter de vivienda habitual o familiar del inmueble. En otro caso, tal extremo puede verificarse mediante el certificado de empadronamiento municipal o la sucesión de pagos de los servicios de suministros²⁷.

III.3.2. Aplicación del artículo 114 LH y de la DT 2ª de la Ley 1/2013.

Ambos preceptos han suscitado una gran controversia entre la doctrina y la jurisprudencia debido al papel que desempeñan en el ordenamiento jurídico,

²⁵ GARCÍA SOLER, E., “La discrecionalidad judicial sobre las cláusulas abusivas”, en *Diario la Ley*, 2015, nº 8500, pág. 2.; RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M., “El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios prevista por la Ley 1/2013”, en *Diario la Ley*, 2015, nº 8498, pág. 2.

²⁶ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. /SERRA RODRÍGUEZ, A. /IZQUIERDO BLANCO, P. /SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*, cit., págs. 136-137.

²⁷ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. /SERRA RODRÍGUEZ, A. / IZQUIERDO BLANCO, P. / SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*, cit., pág. 136.

especialmente en relación con la valoración de la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios.

La abusividad es un concepto jurídico indeterminado que no se define por la superación de límites cuantitativos sino que depende de un conjunto de factores que, analizados en su conjunto, determinarán si una condición es abusiva o no, tal y como hemos analizado en los epígrafes anteriores. Por ello, el hecho de que un precepto estableciese un límite legal y que, superado, la consecuencia automática fuese la reducción, generaba gran estupefacción por contravenir, a priori, toda la doctrina jurisprudencial del TJUE.

Ante las dudas suscitadas, el **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena (Sevilla)**, entre otros²⁸, elevó al TJUE varias cuestiones prejudiciales mediante resolución de 12 de enero de 2013. Este Juzgado preguntaba, en esencia, si las disposiciones mencionadas no limitaban la protección de los consumidores y si la reducción o modificación de una cláusula declarada abusiva no contravenía el Derecho de la Unión. Mediante **sentencia de 21 de enero de 2015, nº482/2013**, resuelve las cuestiones prejudiciales que, a pesar de no dar por cerrado el debate, sí que aclara ciertos puntos determinantes.

La primera de sus conclusiones es que no se puede prejuzgar el carácter abusivo de una cláusula. Y eso es lo que parece que intenta hacer el **artículo 114 LH**. Una cláusula es abusiva no cuando supere ciertos límites legales, sin perjuicio de que se utilicen de forma orientativa, sino cuando, en perjuicio del consumidor, tal cláusula genere un desequilibrio importante entre las partes. Y ese desequilibrio importante ha de ser valorado por el Juez caso por caso, atendiendo a la naturaleza de los bienes y servicios, el Derecho nacional supletorio, el estado del mercado económico y financiero. Tan es así, que nada impide que una cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios sea declarada abusiva aunque no supere el

²⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de noviembre de 2010, resuelto mediante Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10; Auto de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santander, resuelto mediante Auto del TJUE, de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13.

triple del interés legal del dinero, o por el contrario, que siendo superior, no sea declarada abusiva, a tenor de los criterios expuestos anteriormente.

Seguidamente, en relación con la reducción de la cláusula de intereses moratorios cuando se supere el límite del **artículo 114 LH**, recogido en la **DT 2º de la Ley 1/2013**, el TJUE es claro. Ambos preceptos nada tienen que ver con la abusividad o no de una cláusula y, serán válidos dentro del Derecho de la Unión, siempre y cuando no impidan al Juez nacional suprimir la cláusula de intereses cuando sea nula por abusiva, sin perjuicio de que en un estadio ulterior, haya podido ser objeto de reducción por superar el límite legalmente establecido. No obstante, sobre los efectos de la declaración de abusividad hablaremos en mayor profundidad en el epígrafe siguiente.

Sentadas estas bases, con las cuales estamos totalmente de acuerdo, nos preguntamos a continuación qué papel desempeñan los **artículos 114 LH y la DT 2ª** en nuestro ordenamiento jurídico.

Podría entenderse que el **artículo 114 LH** es un límite a la discrecionalidad judicial en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula y de sus consecuencias²⁹. Ello debido a que la utilización de criterios abstractos para valorar la abusividad o no de una cláusula genera cierta inseguridad jurídica para los operadores jurídicos como a los consumidores, pudiendo vulnerarse el principio de igualdad ante la Ley. Al tratarse de un criterio más clarificador y fácil de utilizar, los Jueces se verán tentados a operar exclusivamente con los límites legales establecidos, de modo que el control de abusividad quedaría circunscrito a comprobar si se rebasan o no esos límites.

No obstante es más acertado entender, y así lo hacemos nosotros, que el límite del triple del interés legal del dinero es un límite legal imperativo, no judicial³⁰. Su papel fundamental se desarrolla en el momento de concertar el

²⁹ MORENO TRAPIELLA, P., “Las consecuencias de la declaración de abusividad...”, cit., pág. 8-13; GARCÍA SOLER, E., “La discrecionalidad judicial...”, cit., pág. 2.

³⁰ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. /SERRA RODRÍGUEZ, A./IZQUIERDO BLANCO, P./SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*, cit., págs. 130-132.

préstamo hipotecario, vinculando a las entidades bancarias que deberán abstenerse de incluir intereses de demora en préstamos hipotecarios de tal magnitud, así como al Notario quien debería formular una advertencia a los consumidores en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario³¹, al igual que como requisito esencial para obtener su inscripción registral en el Registro de la Propiedad. Claro está que nada impide que el Juez, a través del control de oficio o de la formulación de la oposición en el procedimiento ejecutivo, o en un proceso declarativo, pueda utilizar el **artículo 114 LH** como principio orientador exclusivamente, sin que deje de entrar a valorar el resto de criterios que conforman el concepto de abusividad.

Otra función que cumplen, aunque de forma más residual, se produce una vez presentada demanda ejecutiva. El Secretario Judicial, que examinará si el título adolece de algún defecto procesal, si advierte que los intereses moratorios superan tres veces el interés legal del dinero, obligatoriamente, deberá dar traslado al acreedor para que, en un plazo de diez días, recalcule los intereses debidos conforme al límite máximo. En ese mismo momento procesal de examen, con independencia de la cuantía de intereses, si el Tribunal de oficio considera que la cláusula es nula por abusiva, la tendrá en todo caso por no puesta y despachará ejecución sin la aplicación de la cláusula de intereses moratorios (art. 552 y 561.3º LEC). Es decir, la declaración de abusividad y la supresión prevalecen sobre la superación del límite legal y la reducción.

El **artículo 114 LH** y la **DT 2ª** despliegan sus efectos también en un momento procesal posterior a la presentación de la demanda ejecutiva. Imaginemos un supuesto en el que habiendo ya presentado demanda ejecutiva, se

³¹ Explica MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., en “De nuevo los intereses moratorios”, en *El Notario del Siglo XXI*, 2015, nº 63, pág. 10, como Notario, que muchas entidades bancarias ya introducen el citado límite en sus pólizas de préstamo. Cuando se encuentra con un contrato cuyos intereses moratorios superan tres veces el interés legal del dinero, advierte de tal hecho al consumidor haciéndolo constar en la póliza dado que, si negase su intervención, generaría un perjuicio al consumidor, que lo único que busca en ese momento es una fuente de financiación y, al tratarse de intereses moratorios cuyos efectos solo se despliegan en caso de que el deudor se retrase en el pago o incumpla, y siendo una cláusula que no afecta al objeto principal del contrato, una eventual declaración de abusividad de la misma no afectaría a la nulidad de la relación contractual en su conjunto.

procede a la reducción de los intereses moratorios, ya que en virtud del poder de oficio que el Tribunal tiene atribuido legalmente, no se considera que la cláusula controvertida sea abusiva. Sin embargo, una vez que se da traslado al deudor ejecutado del auto que despache ejecución, el decreto del Secretario Judicial y la demanda ejecutiva para formular oposición, contesta alegando la existencia de cláusulas abusivas en el título. Si, hipotéticamente, el Tribunal estimase la oposición y apreciase el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora, procedería a su eliminación del contrato y a despachar ejecución sin la cuantía que correspondiese a los mismos. Por tanto, tras la reducción de los intereses por superación del máximo legal nada obsta a su eliminación si se aprecia su carácter abusivo, en cuyo caso la reducción operada anteriormente carecería de total efectividad.

Por otro lado, al tener la cláusula de intereses moratorios la naturaleza de condición general de la contratación, cuando se fija un interés por encima del triple del interés legal del dinero, se está vulnerando, en definitiva, una norma imperativa o prohibitiva. En relación con esto, el **artículo 8 de la LCGC** prevé la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan lo establecido en una norma imperativa, siendo el efecto de la nulidad radical la supresión de tal cláusula del contrato, salvo que la propia norma prohibitiva disponga un efecto distinto en caso de contravención. Es decir, que el deudor hipotecario que advierta la existencia de una cláusula de intereses moratorios de tal naturaleza, podrá ejercitar una acción individual de nulidad en un procedimiento declarativo, con la finalidad de obtener la reducción de la cláusula de intereses. No obstante, en virtud del principio *inra novit curia* entendemos que nada impide al Juez declarar la abusividad de esta cláusula si causa un grave perjuicio al consumidor en contra de la buena fe, en el mismo procedimiento, y suprimirla del contrato, en su caso, aunque las partes no lo hayan solicitado ni en la demanda ni en el suplico de la misma.

En último lugar, nada impide al Juez utilizar estos preceptos como criterio orientativo para la posible declaración de abusividad de la cláusula de intereses, siempre que no deje de tener en cuenta el resto de elementos del contrato.

Por tanto, podemos resumir las funciones de los **artículos 114 LH y la DT 2ª** en las siguientes:

- De protección de los intereses de los consumidores en una fase precontractual, ya que vincula a los siguientes operadores jurídicos:
 - A las entidades bancarias y de crédito, en tanto en cuanto, impiden comerciar y suscribir préstamos hipotecarios que graven la vivienda habitual que contengan intereses moratorios superiores a tres veces el interés legal del dinero.
 - A los Notarios que, como fedatarios públicos, si el contrato formalizado en la escritura vulnera alguna norma imperativa o prohibitiva, deberá negar su intervención o bien, informar de tal hecho al consumidor e incluir su advertencia en la escritura.
 - A los Registradores de la Propiedad, que en el momento que el interesado presenta el título correspondiente para su inscripción, en virtud de la potestad que le confiere el artículo **18 LH**, deberá examinar el contenido de los actos, negocios o declaraciones que hacen los particulares y el Notario documenta, conforme con la legalidad vigente.

- En el seno de un procedimiento ejecutivo o venta extrajudicial, instado por el acreedor:
 - Reducción de los intereses moratorios, en todo caso, hasta el límite legal establecido, sin perjuicio de que sean posteriormente eliminados del contrato o bien en el mismo momento que el Secretario Judicial examina el contenido formal y material del título que se trata de ejecutar.

- En el seno de un procedimiento declarativo tras el ejercicio por el deudor de la acción individual de nulidad de los **artículos 8 y 10 de LCGC**:
 - En virtud del **artículo 8 del Texto Legal** citado, se procedería a la reducción de los intereses moratorios hasta el límite prohibitivo, sin perjuicio de la eventual declaración de abusividad en el mismo procedimiento.

— Como principio orientador de la abusividad de una cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios³².

Sin embargo, a pesar de la aparente buena intención del legislador, los **artículos 114 LH y la DT 2ª** no hacen sino que complicar el panorama jurídico relativo a las cláusulas abusivas, en la medida en que no sólo exige una cierta deformación del ordenamiento jurídico para darle cabida en el mismo, sino que resulta llamativo que la infracción de una norma imperativa o prohibitiva por una entidad bancaria o por cualquier profesional o empresario, no se considere un factor que revista de abusividad a una cláusula contractual. Más aún cuando para el caso de los intereses moratorios en préstamos personales, a los cuales se aplica analógicamente el límite incluido en el **artículo 20.4 de la Ley Crédito al Consumo**, el **artículo 89.7 del TRLGDCU** prevé expresamente su carácter abusivo en caso de superación del máximo legal establecido, y por tanto su eliminación del contrato. No sólo eso, sino que al tratarse el **artículo 20.4** de una norma imperativa o prohibitiva, su contravención supondría la nulidad de pleno derecho de la cláusula afectada, lo que daría lugar a la expulsión de la misma de la relación contractual, por no prever la norma infringida un efecto distinto (art. 6.3 CC). Es decir, ya sea por abusiva o por vulnerar una norma imperativa o prohibitiva, el efecto es siempre la supresión, dado que, justamente entendido, la infracción de una norma imperativa dota al negocio jurídico de carácter abusivo. Entonces, ¿por qué no se aplica el mismo efecto y se permite la reducción de la cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios cuando supera el triple del interés legal del dinero incluido en una norma imperativa?

III.3.3. Criterios que determinan la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios.

Como ya hemos explicado en los apartados anteriores, una cláusula es abusiva cuando tratándose de condiciones no negociadas individualmente generan, en

³² En la práctica, encontramos sentencias como la de la Audiencia Provincial de Burgos, de 12 de enero de 2015, que utilizan el artículo 114 LH como verdadero parámetro de abusividad. En la mencionada sentencia, el Juzgador considera abusiva una cláusula de interés del 19% por ser superior a tres veces el interés legal del dinero (4% en el año 2010, momento en el que se suscribió el préstamo hipotecario).

perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes.

En el caso concreto de los intereses de demora, no son abusivos en sí mismos, sino solo cuando “*impongan una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones*”, como refleja el artículo 85.6 TRLGDCU.

La pregunta que nos hacemos en este apartado es cuándo una cláusula de intereses de demora causa un desequilibrio importante, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes, en contra de la buena fe. La doctrina suele tener en cuenta diversos criterios³³, los cuales no consideramos que sean demasiado acertados, puesto que no aportan una solución efectiva. Son los siguientes:

— **Mayor cuantía o importe de los tipos de interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria que los intereses de demora en préstamos de carácter personal.** Debido a la ausencia de garantías en los préstamos personales más allá de la responsabilidad universal del deudor, sería adecuado entender que los intereses moratorios en préstamos personales deberían ser superiores que en los hipotecarios. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico ocurre exactamente lo contrario, ya que el límite legal para los intereses de demora en los préstamos hipotecarios es superior al de los personales³⁴. No obstante, así las cosas, si el consumidor medio fuese consciente de este hecho, no se puede afirmar que en una negociación real y equitativa, el consumidor aceptase en su préstamos hipotecario un interés moratorio superior al que normalmente incluye esa misma entidad bancaria en los préstamos personales concedidos. La prueba de tal hecho se puede llevar a

³³ FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. /SERRA RODRÍGUEZ, A. /IZQUIERDO BLANCO, P. /SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*, cit., págs. 143-148.

³⁴ El artículo 114 prevé un máximo de tres veces el interés legal del dinero y la STS de 22 de abril de 2015 la suma de 2 puntos porcentuales al interés nominal pactado. Estando el interés legal del dinero en 3,5% para el año 2015 y el interés nominal en los préstamos personales en torno al 7%, la aplicación de un parámetro u otro ofrece el mismo resultado, por lo que no se cumple la regla equitativa ideal enunciada.

cabo mediante la exhibición de documentos que muestren los tipos medios aplicados por la entidad bancaria suscriptora en el año de concesión del préstamo.

- **Interés de demora aplicado a los descubiertos tácitos en contratos de crédito al consumo y su posible extensión jurisprudencial a supuestos no previstos en la norma.** Debido a la exclusión expresa de los préstamos hipotecarios incluida en el **artículo 3,a) de la LCC**, sólo podría extenderse su aplicación analógicamente a los préstamos personales. Además, no hay que olvidar que desde el año 2013 existe una norma que prevé, para este caso concreto, el límite máximo de los intereses de demora que, paradójicamente, como ya venimos diciendo repetidamente, es superior al límite previsto para los descubiertos tácitos.

- **Régimen legal supletorio en materia de intereses moratorios para el caso de ausencia de pacto expreso entre las partes, ex. artículo 1.108 CC.** En defecto de pacto entre las partes, el **artículo 1.108 CC** prevé la aplicación del interés legal del dinero en el momento de suscribir el préstamo hipotecario para el caso que el deudor incumpla con sus obligaciones. El TJUE entiende que hay que valorar este criterio entendiendo que la voluntad de las partes no sitúe al consumidor en una situación más perjudicial que la prevista en el Derecho nacional supletorio. Y que el empresario pueda presumir razonablemente que, en una negociación real y equitativa, el usuario aceptaría la cuantía de interés de demora que le ofrece. Lo cierto es que no se cumplen ninguno de los parámetros que sigue el TJUE, dado que las entidades bancarias siempre incluyen intereses de demora superiores al interés legal del dinero y el profesional no podrá presumir nunca que el consumidor, en una negociación real, aceptaría un régimen jurídico más perjudicial que el previsto en la legislación supletoria en defecto de pacto, a no ser que las contraprestaciones compensasen la desproporción.

- **Disparidad o desproporción entre el interés moratorio y el remuneratorio en el contrato.** Este criterio creemos que es el más relevante y clarificador a la hora de determinar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, en el

sentido que la indemnización por daños y perjuicios por el retraso en el pago no sea desproporcionada en relación con la cuantía que el consumidor debe pagar por la retribución del dinero prestado, puesto que en caso contrario imposibilitaría al deudor el cumplimiento regular de sus obligaciones económicas, afectando gravemente su situación financiera.

Si el interés remuneratorio es la contraprestación por la cesión del prestatario de su dinero a un tercero, y los intereses moratorios la indemnización por el incumplimiento de la promesa de pago, no puede haber mucha desproporcionalidad entre los mismos ya que ambos partes de un punto en común, que no es otro, que el coste para el prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Por ello, no puede haber mucha diferencia entre los intereses debidos en periodo de cumplimiento que en el de incumplimiento, a pesar de que éste último nace de una conducta jurídicamente censurable del deudor y se pone en riesgo el interés jurídico del acreedor.

De nuevo poniendo de relieve las deficiencias de los límites legales establecidos, mientras que para los préstamos hipotecarios se permite una mayor diferencia entre los intereses retributivos y los moratorios, para los personales sólo es válido cuando la diferencia no es superior a dos puntos.

La utilización de este parámetro conlleva el riesgo de no declaración de abusividad por falta de desproporcionalidad entre el interés ordinario y el moratorio, a pesar de su alta cuantía. *Sensu contrario*, la **sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 410/2012, de 31 de octubre**, declara abusivo el interés de demora por falta de proporcionalidad con el interés ordinario, y no por exceso, fijado en un 28,92% anual, estando el remuneratorio en un 22,86%. Ello significa que si el interés de demora se hubiese fijado en un 24% no hubiera sido declarado abusivo por no distar mucho del interés ordinario, sin tener en cuenta que la cuantía de ambos tipos es excesivamente elevada.

Igualmente, el criterio de la proporcionalidad fue utilizado en la sentencia de la **Audiencia Provincial de Cáceres, 479/2012, de 9 de noviembre**, cuando

considera adecuado a la legalidad un interés remuneratorio del 18%, justificando su decisión en el Fundamento Segundo con las siguientes palabras: “*el interés moratorio pactado está dentro de la normalidad en comercio y resulta proporcional si tenemos en cuenta el interés remuneratorio pactado en el contrato (...)*”.

En definitiva, para determinar la abusividad de una cláusula de este tipo, no solo hay que valorar su desproporción con los intereses remuneratorios, sino que se trata de realizar un estudio conjunto del valor del interés legal del dinero para el año en el que se suscribe el contrato o cuando se produce la demora, y del resto de elementos del contrato, en la medida en que el consumidor recibe otras contraprestaciones a cambio de un alto interés de demora, así como de la situación actual del mercado financiero y la capacidad económica del consumidor en relación con las condiciones pactadas en el contrato.

III.4. Efectos de la declaración de abusividad: supresión de la cláusula, facultad integradora del Juez o aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional.

Declarada abusiva la cláusula de intereses de demora en préstamos hipotecarios, el siguiente paso objeto de dictamen es el efecto que lleva aparejado la declaración de abusividad. No obstante, antes de entrar a explicar la cuestión, la pregunta adecuada que debemos hacernos es cuál sería el efecto justo anudado a la nulidad de una cláusula por abusiva, que ha sido previamente redactada e impuesta por el predisponente.

Este es el punto que ha generado mayor controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a pesar de la claridad del artículo **6.1 de la Directiva 93/13**, de toda la jurisprudencia del TJUE que lo desarrolla, así como de la actual redacción del artículo **83 del TRLGDCU**.

Las opiniones oscilan entre considerar que el efecto de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios es la moderación o reducción por parte del Juez que conoce del litigio, o la sustitución de la cláusula nula por una norma supletoria, o en último término, la supresión total de la misma manteniendo la vigencia del contrato.

Desde la modificación del artículo **83 del TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**, se ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico la facultad integradora del Juez ante la existencia de una cláusula abusiva, moderándola hasta la cuantía que el Juez discrecionalmente considerase equitativa para los derechos y deberes de las partes. No obstante, superada ya esta concepción, siguen aún existiendo voces a favor de una moderación indirecta de la cláusula afectada por la abusividad a través de la sustitución de la misma bien por lo dispuesto en el **artículo 1.108 CC**, o en el artículo **114 LH**.

Como ya hemos analizado anteriormente, el **artículo 114 LH** nada tiene que ver con la eventual declaración de abusividad, sin perjuicio de su posible valor orientativo. Constituye un límite legal a la voluntad de las partes en el momento de pactar intereses moratorios en un tipo muy concreto de préstamos hipotecarios, con el fin de proteger los intereses de los consumidores y aliviar sus cargas económicas, ante un eventual abuso por parte de las entidades de crédito y las dificultades para negociar este tipo de cláusulas. De entender válida la sustitución de la cláusula abusiva por otra que fuese igual a tres veces el interés legal del dinero, se estaría aplicando el límite máximo legalmente permitido, lo que iría en contra del objetivo de la **Directiva 93/13** de disuasión de las entidades bancarias de incluir cláusulas abusivas en sus contratos.

Los profesionales se verían tentados a incluir en sus contratos de préstamos hipotecarios intereses de demora muy elevados dado que, debido a la usual falta de conocimiento de los consumidores de sus propios derechos o los gastos económicos derivados del pleito, serían muy escasas las demandas de nulidad con el fin de obtener la supresión de la condición; no sólo eso sino que además, en el caso de que el usuario conociese la existencia de cláusulas abusivas en su título e iniciase un procedimiento al efecto, o bien en la fase de oposición del procedimiento hipotecario, las entidades bancarias sabrían que continuarían cobrando intereses moratorios aunque aminorados a tres veces el interés legal del dinero, a pesar de haber incluido de forma consciente cláusulas abusivas en el

contrato. Tan es así, que ante la eventual declaración de abusividad y la posterior reducción, las entidades bancarias adaptarían su previsión económica anual a tales hechos, lo cual no sería un perjuicio por su comportamiento fraudulento, sino un premio, ya que el acreedor nunca perdería el cobro de intereses moratorios y, en caso de declararse nulos, recibiría la máxima cuantía legalmente establecida.

Sin embargo, la opinión mayoritaria al respecto coincide en afirmar que el efecto de la declaración de abusividad sería la aplicación del **artículo 1.108 del CC**, por lo que eliminada del contrato la cláusula nula, el contrato seguiría devengando intereses moratorios que serían los intereses legales. Es decir, una vez declarada nula la cláusula de intereses moratorios por abusiva, según lo establecido en el **artículo 83 del TRLGDCU** así como en el **artículo 6 de la Directiva**, se suprime del contrato manteniendo éste su vigencia. Y esa ausencia de pacto que provoca la supresión la que motivaría la aplicación supletoria del interés legal del dinero.

Para aquellos que sustentan esta doctrina, resulta inaceptable y contrario al ordenamiento jurídico, que presume la culpa del deudor incumplidor, el hecho de que éste no pague intereses moratorios y, por tanto, indemnice los daños que el incumplimiento ha generado al acreedor, dado que se estaría tratando de igual manera al deudor cumplidor que al incumplidor.

Primeramente, recordemos de nuevo el texto literal del **artículo 1.108 del CC**: *“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”*. Opina esta corriente que el precepto no sólo es aplicable a los supuestos de inexistencia de pacto, sino también cuando el mismo ha sido declarado nulo por el Tribunal, puesto que de otra forma el artículo carecería de aplicación³⁵. A la luz del tenor literal del artículo no parece, sin embargo, que la voluntad del legislador haya sido unificar las consecuencias jurídicas de la inexistencia y nulidad de pacto, dado que

³⁵ FERNANDO VILLALBA, M^a. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses...”, cit., pág. 96; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I./SERRA RODRÍGUEZ, A./IZQUIERDO BLANCO, P./SOLER SOLÉ, G., *Cláusulas abusivas...*, cit., pág. 144.

en caso contrario, así lo habría previsto expresamente. Por otro lado, es de difícil entendimiento admitir una aplicación analógica extensiva en perjuicio de la parte más débil del contrato.

Es decir, se anudan las mismas consecuencias jurídicas a la inexistencia de pacto por falta de voluntad autorregulatoria de las partes, que a la nulidad de pacto por el comportamiento abusivo de la entidad bancaria.

Si bien es cierto que el resultado de la inexistencia y de la nulidad es el mismo, es decir, la ausencia de acuerdo, no puede considerarse justa la aplicación del mismo efecto, dado que las causas de la inexistencia y nulidad difieren totalmente. Recibiendo la denominación que cada uno crea más conveniente, la aplicación de lo legalmente establecido es una clara suerte de moderación de la cláusula abusiva, proscrita tanto en nuestro ordenamiento jurídico como comunitario.

A pesar de que determinados autores afirman que el TJUE acepta la sustitución de una cláusula abusiva por una norma de Derecho supletorio, es una verdad a medias que, por tanto, debe ser matizada. La regla general que sigue el alto Tribunal comunitario es la supresión o eliminación del contrato, en todo caso, proscribiendo cualquier tipo de integración o moderación. No obstante, cuando la nulidad afecta a una cláusula que define el objeto esencial del contrato y la eliminación de la misma impide que el contrato en cuestión siga vigente, entonces, sólo en este supuesto concreto, el TJUE ha permitido la sustitución por una norma de Derecho supletorio, que recibe la denominación de integración proadherente.

Y así expresamente se contempla en el **Auto del TJUE, de 11 de junio de 2015**, cuando manifiesta que *“la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización”*.

Este mismo problema plantea la **sentencia del TJUE, de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13)**, que resuelve una cuestión prejudicial instada por la

Kúria (Hungría), en la cual se discute la sustitución de la cláusula abusiva que fija el tipo de cambio de divisa en un préstamo hipotecario multdivisa. La eliminación de la opción multdivisa por abusiva da lugar a la nulidad total del contrato por afectar al objeto principal de la relación, y por tanto, a la devolución de las contraprestaciones, causando graves perjuicios al consumidor, que tendrá que devolver a la entidad bancaria la parte del préstamo que queda por amortizar, descontando los intereses ya pagados. Si no se permitiese esa excepción, no se cumpliría el fin disuasorio que busca la Directiva comunitaria, al igual que sería desconcertante que la aplicación de una normativa tuitiva de los intereses de los consumidores le causara mayores perjuicios que el mantenimiento de la vigencia del contrato.

Además de la falta de coincidencia con el supuesto de hecho del **artículo 1.108 CC**, otra crítica a la aplicación supletoria de esta norma sería la propia configuración del interés legal del dinero³⁶. El interés legal del dinero viene fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que elabora el Gobierno de turno cada año, tomando en consideración factores de orden macroeconómico e incluso de índole política, que no parece que reflejen cual habría sido la voluntad de las partes para el caso de nulidad de pacto.

Esta es, sin embargo, la solución aplicada por la **Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª), en el Auto 160/2012, de 19 de diciembre**, cuando recoge en su Fundamento Cuarto expresamente que “(...) *la consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula, en este caso la que establece los intereses de demora, es la expulsión del ámbito del contrato. El contrato queda sin intereses de demora pactados y lo que procede en esta situación, tal como también hemos dicho en nuestra sentencia anterior, es que el interés de demora sea el legal, conforme a lo prevenido en el artículo 1108CC*”; así como en el **Auto de la misma Audiencia (Sección 1ª), número 53/2015, de 3 de marzo**; en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, 229/15, 30 de septiembre**; en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 163/2015, de 21 de mayo**; o en aquel de la **Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), número 92/2014, de 24 de marzo** al señalar en el Fundamento

³⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASTAÑOS CASTRO, P., “Intereses moratorios declarados abusivos...”, cit., págs. 13-14.

Segundo que “*La posible declaración de nulidad de la cláusula de los intereses moratorios de oficio por el Tribunal, bajo ningún concepto podemos entender que comporte que la mora en el pago de una deuda deje de devengar intereses moratorios, puesto que entiendo que vulneraría un principio general establecido en nuestro CC, y también en la legislación hipotecaria. Entiende que las Sentencias del TJUE resuelven que si el interés moratorio es declarado abusivo, la cláusula no podrá ser objeto de moderación, pero en absoluto ello puede comportar que dejen de meritarse intereses moratorios, debiendo resultar de aplicación lo legalmente previsto (...)*”.

Finalmente, consideramos que la solución más acertada es la eliminación total de la cláusula de intereses moratorios declarada abusiva. Dado que la finalidad de toda la normativa de protección de los consumidores es el fin de la inclusión de cláusulas abusivas por las entidades bancarias, este objetivo sólo se consigue mediante la exclusión de la cláusula afectada por la nulidad, lo que da lugar a la imposibilidad de cobro de intereses moratorios.

Toda forma de integración, ya sea discrecionalmente por el Juez, la reducción de la cláusula a tres veces el interés legal del dinero o, simplemente, el devengo del interés legal del dinero, no disuade a los bancos de seguir incluyendo cláusulas abusivas. Sino todo lo contrario, mantendrán su mismo comportamiento o incluso se verán incentivados a incluir intereses de demora mucho más elevados, a sabiendas, en primer lugar, de que en la mayor parte de las ocasiones los consumidores no conocen ni el contenido de los contratos que suscriben, ni cuáles son sus derechos, y en segundo lugar, de declararse abusiva la cláusula de intereses de demora, éstos seguirán devengándose y las entidades de crédito podrían obtener, en el peor de los casos, el interés legal del dinero, o en caso de resultar aplicable el **artículo 114 LH**, el máximo legal establecido por una conducta viciada de mala fe.

Es decir, no sólo no se está sancionando una conducta contraria a derecho y tipificada como nula en nuestro ordenamiento jurídico, sino que la entidad de crédito que no cumple con sus deberes con sus clientes, es recompensada con la continuación del devengo y cobro de intereses moratorios.

De hecho, creemos que este es el efecto conseguido tras la entrada en vigor del **artículo 114 LH** en nuestro ordenamiento jurídico. Constituye una auténtica “tercera vía” a la supresión de una cláusula abusiva en contratos con consumidores. Ahora, en los préstamos hipotecarios que gravan la vivienda habitual, los cuales generan un gran coste al consumidor, tanto por la elevada cuantía del préstamo así como porque está garantizado con su único inmueble en propiedad del usuario medio, precisando, por tanto, de mayor protección por los poderes públicos, la infracción de una norma imperativa o prohibitiva no reviste el hecho de abusividad, al contrario de lo que sucede con los intereses moratorios de otros tipos de contratos bancarios. Si la entidad bancaria fija intereses moratorios excesivos y así se constata en el procedimiento correspondiente, se sanciona verdaderamente al consumidor ya que el legislador le obliga a seguir pagando a la entidad intereses moratorios, a pesar del latente intento de inducir a engaño con el fin de aumentar sus ingresos económicos.

Centramos nuestras críticas en el **artículo 114 LH** por la desprotección y grave perjuicio que genera a los consumidores. A partir de ahora, y ante la reticencia de los Tribunales españoles a suprimir cláusulas abusivas debido a que consideran que es una solución muy radical, optarán, en más casos de los deseados, por abandonar el campo del **TRLGDCU** y de la **Directiva 93/13**, y por considerar que la superación del límite legal establecido conlleva la reducción a tres veces el interés legal del dinero. De esta forma, se libera a las entidades de crédito del perjuicio del impago de intereses moratorios y se muestra al consumidor una aparente imagen de protección jurídica, que enmascara, realmente, una sobreprotección de los bancos ante su comportamiento sancionable. Tampoco hay que olvidar que este mecanismo puede resultar atractivo a aquellos Jueces que, soportando una gran carga de trabajo, resuelven el caso litigioso más fácilmente a través del control de superación del límite legal que mediante un estudio pormenorizado de todo el clausulado del contrato.

A pesar de estar plasmada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico y en la reiterada jurisprudencia del TJUE³⁷, que siempre ha mantenido el mismo

³⁷ “En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los

criterio en todas sus resoluciones así como en las cuestiones prejudiciales planteadas por algunos Tribunales españoles, nuestra jurisprudencia, como hemos visto en los ejemplos anteriores, sigue mostrándose reticente a la eliminación sin integración de una cláusula abusiva.

En el caso que nos atañe, se producen dos hechos jurídicamente censurables, a saber, el incumplimiento del deudor y la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato. En épocas de crisis económica, como en la que nos encontramos actualmente, el incumplimiento del deudor no es un acto voluntario sino causado, en la mayor parte de las ocasiones, por la falta de actividad profesional del deudor unido al incremento de sus obligaciones fiscales. Es decir, es un acto cuya culpabilidad puede ser valorable, mientras que la inclusión de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores es un hecho que reviste mala fe en todo caso. Más aún, tratándose de contratos de adhesión en los cuales la entidad de crédito se encuentra en una posición contractual de superioridad, tanto de acceso a la información como de negociación, lo que le lleva a conocer en toda su extensión el contenido del contrato que ofrece al consumidor, así como las consecuencias que para la propia entidad y para el adherente conlleva.

La finalidad de esta reflexión es una crítica a aquellos planteamientos que consideran inaceptable y contrario al ordenamiento jurídico la exclusión, en estos casos, del devengo de intereses moratorios. Es cierto que el retraso en el pago genera un daño al acreedor y que los intereses moratorios cumplen una función indemnizatoria y disuasoria, pero no por ello se debe premiar a la entidad bancaria que incluye intereses moratorios desproporcionados en perjuicio del deudor, mediante la rebaja de los mismos al límite legal máximo ni al previsto en defecto de pacto. No hay que olvidar que la inclusión de cláusulas abusivas es un acto ilegal que vulnera no solo toda la normativa de protección de los

profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales”. Este enunciado resume la posición del TJUE al respecto, recogida en la mayor parte de sus resoluciones como en el *Caso Jelzálogbank*, *Caso Aziz*, *Caso Banco Español de Crédito*, así como en la sentencia de 21 de enero de 2015.

consumidores sino el mismo principio de buena fe recogido en el **artículo 7.1 del Código Civil**.

No solo defendemos esta postura por que sea la recogida en el ordenamiento jurídico sino por la grave desprotección que genera para los consumidores, como ya hemos explicado anteriormente, el **artículo 114 LH**; ni tampoco es posible la aplicación del régimen legal supletorio del **artículo 1.108 CC**, por la falta de asimilación entre la nulidad de pacto y la inexistencia del mismo.

Además, no pretendemos declarar la ilegalidad de todos los intereses moratorios, que cumplen una función válida y eficaz, sino sólo de aquellos que son desproporcionados. De ahí que el efecto más adecuado, aunque drástico, sea la sanción a la entidad bancaria mediante la privación del cobro de intereses de demora, al objeto de incentivarlas a fijar cláusulas de intereses de demora que no causen un desequilibrio entre los derechos y los deberes de las partes, por temor a que una eventual declaración de abusividad les impidiera contar con unos altos rendimientos económicos.

Por ende, excluido el pacto de intereses moratorios del contrato, el efecto principal es la imposibilidad de liquidación de intereses moratorios con base a la cláusula declarada nula, lo que supondría la continuación del correspondiente procedimiento hipotecario o inicio del mismo, sin el devengo de los intereses moratorios declarados nulos.

Reformado nuestro ordenamiento jurídico y con toda la jurisprudencia del TJUE al efecto, les toca a nuestros Tribunales la defensa efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, aunque desgraciadamente sean escasas las sentencias que suprimen totalmente las cláusulas abusivas, en muchos de los casos por temor a un incumplimiento generalizado de los deudores.

Afortunadamente, encontramos varias resoluciones jurisprudenciales que aplican la supresión de la cláusula abusiva, tales como la **sentencia del Juzgado**

de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 2 de mayo de 2013, cuando manifiesta en el Fundamento de Derecho Octavo que “*La cláusula de intereses de demora incluida en la cláusula sexta de la escritura de préstamo debe considerarse abusiva y la consecuencia de dicha declaración es que debe dejarse sin aplicación frente al consumidor*”, el **Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), 290/2013, de 18 de diciembre**, y la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), 561/2013, de 29 de noviembre**, según el Fundamento Tercero: “*(...) Por tanto la cláusula de interés de demora ha de ser considerada abusiva y por ello nula, en aplicación del artículo 83.1 del repetido texto refundido. La consecuencia ha de ser la supresión pura y simple del interés de demora, sin que proceda la fijación de otro interés de demora alternativo, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentada en su sentencia de 14/06/2012. En suma, el único interés aplicable será el remuneratorio*”.

En último lugar, creemos necesario hacer mención a la reciente **sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2015**, debido a la gran controversia que ha suscitado en este punto. Intentando aportar una solución novedosa en relación con los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora, el único logro conseguido ha sido el de oscurecer, aún más si cabe, el panorama jurídico en el que nos encontramos. Declarada la nulidad del pacto de intereses de demora (elaborado por la adición de diez puntos porcentuales sobre el interés ordinario, fijado en 11,8%), y tras la magnífica reproducción de la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas, resuelve en su Fundamento 6.6 “*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, (...) y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada*”.

Es decir, dado que en la mayor parte de los contratos de préstamo, ya sea personal o hipotecario, el interés moratorio no se fija aisladamente, sino mediante la adición de varios puntos porcentuales sobre el interés ordinario pactado, la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios afecta únicamente a ese plus o suplemento, que sería lo único ilícito, encontrándonos ante un supuesto de nulidad parcial y no total. Por tanto, la conclusión de esta argumentación es la pervivencia del devengo del interés ordinario, ya que la nulidad solo afecta a ese

exceso³⁸. Conclusión que, a todas luces, no puede ni debe sostenerse, principalmente por la propia función que cumplen los intereses ordinarios, que no es otra que la de contribución por el dinero prestado durante el periodo de cumplimiento. Y en última instancia, porque el exceso que conforma los intereses de demora redactado en la misma cláusula de intereses ordinarios, o bien en otra aisladamente, declarada su nulidad conlleva necesariamente la eliminación de los intereses de demora del contrato, sin que exista ninguna pauta que imponga, en su caso, el devengo de intereses ordinarios en periodo de incumplimiento. El hecho de que tras la nulidad de los intereses moratorios se obligue al deudor al pago de los ordinarios, redundando en una integración del contrato por parte del Juez, facultad, sin embargo, prohibida formalmente en nuestro ordenamiento desde el año 2014 y recogida en el ámbito comunitario desde 1993.

Además de ser objeto de crítica por contravenir la legalidad vigente con el claro objetivo de sobreproteger los intereses de las entidades bancarias, esta sentencia pone de relieve la ausencia de un criterio jurisprudencial uniforme de este Tribunal al respecto. Este hecho lo justificamos en una reciente **STS 628/2015, de 25 de noviembre**, en la cual se cuestiona la abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios fijada en 24,6% en un préstamo personal revolving. Al afectar la cláusula de intereses remuneratorios a la esencia del contrato y superar el filtro de transparencia, no cabe la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Ello conlleva a la aplicación de la **Ley de 23 de julio de 1908, sobre Represión de la Usura**³⁹, dado lo cual, y en virtud de su artículo 1, será considerado usurario y, por tanto,

³⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./CASTAÑOS CASTRO, P., “Intereses moratorios declarados abusivos...”, cit., págs. 8-9.

³⁹ Artículo 1 de LRU: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.”

Artículo 3 de LRU: “Declarada con arreglo á esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado á entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”.

nulo, aquel interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En este caso, el Tribunal considera usurario un interés remuneratorio del 24,6%, lo que lleva aparejada su nulidad radical y, consiguientemente, y en contra del fallo de la sentencia anterior, la imposibilidad de cobro de ningún tipo de interés; como establece el **artículo 3 de LRU**.

Es decir, con independencia de la tipología de interés declarado nulo, ya sea moratorio o remuneratorio, y existiendo una normativa aplicable tanto para los intereses moratorios y remuneratorios que prevé la supresión de los mismos habiendo sido declarados nulos, bien por abusivos, bien por usurarios, no entendemos el motivo que ha llevado a este Tribunal a fallar en este caso eliminando la obligación del prestatario de abono de cualquier tipo de interés⁴⁰, lo que conlleva que solo deberá pagar al prestamista la suma adeudada. En clara contraposición con el supuesto anterior, en el cual sustituye el interés moratorio declarado abusivo, por el remuneratorio pactado en el contrato. En este caso, no sólo elimina la cláusula declarada usuraria y exime al deudor de su devengo, sino del pago de toda cantidad que no sea la suma recibida, mientras que en la **STS de 22 abril**, habiendo sido declarado previamente abusivo un interés moratorio del 29%, y contraviniendo el **artículo 83 TRLGDCU**, el **artículo 6.1 de la Directiva 93/13** y toda la jurisprudencia del TJUE, que prevén la eliminación de la condición abusiva sin posterior integración, suprime el suplemento que conforma el interés moratorio, obligando al deudor al abono de la cantidad entregada pendiente de pagar incrementada por con los intereses remuneratorios, cuyo devengo en periodo de incumplimiento carece de respaldo jurídico, por no estar previsto en el contrato ni tan siquiera en la normativa.

Solo nos queda preguntarnos por qué el Tribunal Supremo anuda diferentes consecuencias jurídicas a la declaración de nulidad por abusiva, que a la nulidad por usuraria, y por qué hay tanto recelo a aplicar la supresión dentro del ámbito de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores; siendo mucho más

⁴⁰ En el Fundamento de Derecho 3.2 y 3.3 exime al deudor del pago de intereses remuneratorios y moratorios, dado que el artículo 3 de la LRU reza expresamente que “*Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida (...)*”.

drásticos (adjetivo utilizado para calificar el efecto de la supresión de la cláusula abusiva) los efectos previstos en el **artículo 3 LRU**, ya que extiende las consecuencias de la nulidad no sólo a la cláusula usuraria, sino también a cualquier tipo de prestación dineraria accesoria que se hubiese pactado en el contrato y que difiera de la prestación principal de entrega de la suma recibida, como es el caso de los intereses moratorios.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA._

Todos los contratos bancarios, incluidos los préstamos hipotecarios, son contratos de adhesión, en los cuales se incluyen condiciones generales de la contratación, y se caracterizan por limitar la libertad de contratar del consumidor. La entidad de crédito, como profesional, se encuentra en una situación de superioridad de información y de negociación. Al consumidor, carente de conocimiento económico e incapaz de influir en el contenido del contrato, sólo se le reserva la facultad de adherirse al contrato o rehusarlo.

SEGUNDA._

Ha quedado plasmado que es una tarea sumamente complicada de determinar cuándo una cláusula de intereses moratorios es abusiva, excepto en los casos en que sea excesivamente elevada. El recurso a criterios tales como el Derecho nacional supletorio, la mayor cuantía de los intereses moratorios en préstamos personales, la proporcionalidad respecto de los intereses ordinarios o los diferentes límites legales de los **artículos 114 LH y 20.4 LCC**, no aportan ninguna solución concluyente, sino que resulta latente la disparidad de régimen jurídico entre los intereses moratorios en préstamos personales y préstamos hipotecarios. Igualmente, el estudio de la jurisprudencia española, debida a la gran discrecionalidad judicial en este punto, no ayuda a solucionar el problema. Por ello, creemos que la abusividad de una cláusula de intereses de demora será determinada a través del estudio caso por caso de la correspondiente póliza o contrato, atendiendo al resto de elementos pactados, como a la cuantía del interés ordinario, y a la situación económica en el momento de suscripción del contrato.

TERCERA._

El párrafo tercero del **artículo 114 LH**, redactado por la **Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social**, se erige como mecanismo de protección de los intereses moratorios dispuestos por las entidades de crédito. Las funciones que se le atribuyen como limitador de la voluntad de las

partes, advertencia e impedimento de Notarios y Registradores y medida de protección al margen de la declaración de abusividad, sólo se consiguen deformando el ordenamiento jurídico existente. ¿En qué medida la infracción de una norma imperativa no reviste al acto jurídico de abusividad, como sí ocurre para el caso de intereses de demora en descubiertos tácitos de cuentas corrientes? Desgraciadamente, el recurso por los Tribunales al **artículo 114 LH** será más habitual del necesario, declarando la no abusividad del interés moratorio, a pesar de superar el límite legal, con el fin de aplicar la reducción al triple del interés legal del dinero. Medida más fácil que un estudio pormenorizado de todo el clausulado del contrato, no penalizadora de la actividad fraudulenta de la entidad y enmascarada de beneficiosa para el consumidor. La reducción, sin embargo, constituye un premio a la mala praxis de las entidades de crédito por la inclusión consciente de cláusulas de intereses moratorios en contratos con consumidores, dado que ningún efecto perjudicial acarrearía el hecho de aplicar la reducción de tres veces el interés legal del dinero. No sólo no son sancionadas con la imposibilidad de cobro de intereses moratorios, sino que obtendrían la cuantía máxima que permite el límite legalmente establecido. Por lo que los profesionales no cesarían en incluir cláusulas abusivas, sino que cada vez las cuantías de intereses moratorios sería más elevada, ya que la ausencia de temor a ser sancionados unido a la desinformación financiera de los consumidores, no son disuasorios de su comportamiento fraudulento, al poder cobrar intereses moratorios en todo caso.

CUARTA._

Declarada la cláusula de intereses moratorios abusiva, se procede a la supresión de la misma del contrato, tal y como establecen los **artículos 83 del TRLGDCU y el 6.1 de la Directiva 93/13**. Ello conlleva que el acreedor no cobrará intereses moratorios por haber sido declarados abusivos. Este es el único efecto válido, legal y efectivo para poder cumplir con el objetivo fijado en el **artículo 7.1 de la Directiva**, de cese por parte de las entidades bancarias del uso de cláusulas abusivas. La eliminación de los intereses moratorios es una sanción proporcional al comportamiento jurídicamente censurable de la entidad bancaria infractora, que aprovechando su situación de superioridad en los contratos de

adhesión y el limitado poder de actuación del consumidor, se toma la libertad de incluir condiciones abusivas con el fin de aumentar sus ingresos económicos.

QUINTA._

No se permite vincular a la declaración de nulidad ningún efecto distinto. En primer lugar, no cabe la aplicación del régimen legal supletorio del **artículo 1.108 CC**, por falta de identidad con el supuesto de hecho enunciado, dado que la nulidad de pacto no es asimilable a la inexistencia del mismo por falta de autorregulación de las partes. En segundo lugar, tampoco se permite la sustitución del interés moratorio declarado nulo por el interés ordinario o remuneratorio pactado, como falla el **TS en la sentencia de 22 de abril de 2015**, dado que se produce en todo caso una nulidad total de la cláusula, el interés ordinario cumple exclusivamente la función de retribuir la cesión de dinero durante el periodo de cumplimiento y, por último, a falta de previsión en el contrato, la sustitución que realiza el Juez se trata de una suerte de integración contractual no permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

SEXTA._

En cuanto a la resolución del supuesto objeto de dictamen, está claro que un interés de demora del 19% anual produce un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU), al igual que impone al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento (art.85.6). Dentro de los diez días permitidos, en el caso que no se hubiese declarado de oficio el carácter abusivo, el Abogado de Esther y Javier interpone escrito de oposición a la demanda ejecutiva, fundamentada en la existencia de cláusulas abusivas que determina la cantidad exigible (art. 695.1.4ª LEC). De estimarse la oposición, la ejecución continuaría pero recalculando la cantidad exigible sin los intereses moratorios declarados nulos (art. 695.3).

V. JURISPRUDENCIA.

— RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10).
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11).
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto C-482/13).
- ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13)
- STJUE de 30 de abril (asunto C-26/13).

— RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- STS 265/2015, de 22 de abril.
- STS 241/2013, de 9 de mayo.
- STS, 628/2015, de 25 de noviembre

— RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

- SAP de Burgos (Sección 3ª), 4/2015, de 12 de enero de 2015.
- SAP de Granada (Sección 4ª), de 5 de febrero de 2013.
- SAP de Asturias, 410/2012, de 31 de octubre.
- SAP de Cáceres, 479/2012, de 9 de noviembre.
- SAP de Barcelona (Sección 19ª), 161/2012, de 19 de diciembre.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), 53/2015, de 3 de marzo.
- SAP de Albacete, 229/15, de 30 de septiembre.
- SAP de Jaén, 163/2015, de 21 de mayo.
- AAP de Madrid (Sección 18ª), 92/2014, de 24 de marzo.
- AAP de Castellón (Sección 3ª), 290/2013, de 18 de diciembre.
- SAP de Barcelona (Sección 14ª), 561/2013, de 29 de noviembre.

— RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

- SJM nº3 de Barcelona, Procedimiento 13/2011, de 2 de mayo de 2013.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- BANACLOCHE PALAO, J., “Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria: una práctica equivocada” en *Diario La Ley*, 2014, n° 8312, págs. 15.

- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. / SERRA RODRÍGUEZ, A. / IZQUIERDO BLANCO, P. / SOLER SOLÉ, G., “*Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*”, Barcelona, 2014, págs. 483.

- FERNANDO VILLALBA, M^º. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2015, n° 178, págs. 81-102.

- GARCÍA SOLER, E., “La discrecionalidad judicial sobre las cláusulas abusivas”, *Diario la Ley*, 2015, n° 8500, págs. 4.

- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., en “De nuevo los intereses moratorios”, *El Notario del Siglo XXI*, 2015, n° 63, págs. 11.

- MORENO TRAPIELLA, P., “Comentario a la STS de 21 de enero de 2015. Las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio”, en *Diario La Ley*, 2015, n° 8525, págs. 27.

- O’CALLAGHAN, X., “*Compendio de Derecho Civil*”. Tomo II: *Derecho de obligaciones*”. Madrid, 2009, págs. 747.

- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M., “El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios prevista por la Ley 1/2013”, en *Diario la Ley*, 2015, n° 8498, págs. 3.

- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., / CASTAÑOS CASTRO, P., “Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la

cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores”, en *Diario La Ley*, 2015, n° 8645, págs. 33.