



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

**Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas**

**Problemática actual de los
intereses moratorios en los
préstamos hipotecarios.**

Presentado por:

Cristina García Fernández

Tutelado por:

Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 23 de julio de 2019

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIOS.....	5
2.1 REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y COMUNITARIO.....	5
2.1.1 <i>Directiva 93/13/CEE.....</i>	5
2.1.2 <i>Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)</i>	7
2.1.3 <i>Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....</i>	10
3. LOS INTERESES MORATORIOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	13
3.1 REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES.....	14
3.1.1 <i>Aplicación del art.1108 del Código Civil.....</i>	14
3.1.2 <i>Aplicación del art.114.3 de la Ley Hipotecaria</i>	16
3.1.3 <i>Aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil</i>	18
3.2 CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD	21
4. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	25
4.1 EMNIENDAS AL PROYECTO DE LEY.....	29
5. INFORME DEL CONSEJO DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	37
6. JURISPRUDENCIA DEL TJUE.....	43
7. JURISPRUDENCIA DEL TS	45
8. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA POSTURA DEL TJUE Y EL TS.....	51
9. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	54
9.1 SOBRE EL INCREMENTO DE DOS PUNTOS PORCENTUALES SOBRE EL INTERÉS REMUNERATORIO:	57
9.2 EFECTO QUE TIENE LA ELIMINACIÓN DEL RECARGO INDEMNIZATORIO Y EL EFECTO QUE TIENE EL MANTENIMIENTO DEL DEVENGO DE INTERESES.....	59
10. CONCLUSIONES.....	62
11. BIBLIOGRAFÍA.....	65

1. INTRODUCCIÓN

Antes de adentrarnos en la materia que compone este trabajo, hay que destacar, la diferencia existente entre intereses moratorios e intereses remuneratorios de préstamos; los de demora se establecen previamente antes del incumplimiento del impago de los plazos acordados, por lo que constituyen una cláusula penal accesoria al contrato de préstamo. Lo cual quiere decir que son previstas por las partes, en atención a lo dispuesto en el Código Civil, como mas adelante veremos en profundidad, un interés moratorio no tiene por qué ser necesariamente considerado abusivo, pues esta justificado por los riesgos asociados que el acreedor de un préstamo soporta en caso de que se produzca el retraso del deudor en el pago, por tanto podríamos decir que los intereses de demora tienen una función persuasiva en relación al retraso en el pago por parte del deudor.

Al respecto, el limite a esta probabilidad de crear un tipo de interés de demora superior al legal debe venir regido por la comprobación de un interés desproporcionado, tomando en cuenta las circunstancias. El problema con respecto a los intereses abusivos en prestamos hipotecarios es una problemática que la legislación española comienza a abordar a partir de la promulgación de la ley de la Usura de 1908, esta ley ya iba encaminada hacia poder declarar la nulidad de los contratos que estableciesen intereses leoninos o superiores a los tradicionalmente exigidos, ya en este momento el prestatario solo debería reembolsar el capital.

En los últimos años como consecuencia de la crisis económica, junto con la crisis del sistema financiero, se han descubierto profundos defectos del ordenamiento jurídico español en el sistema de ejecuciones hipotecarias, así como las consecuencias que tiene la declaración de abusividad de cláusulas contractual de un préstamo hipotecario, ya que nunca podemos perder de vista que aunque nos movamos en el plano del derecho Civil el impacto social de las ejecuciones hipotecarias, y la posible consecuencia final de la perdida de la vivienda ha sido considerada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una de las mas graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y por tanto es fundamental que las medidas sean proporcionadas.

La actividad de las entidades bancarias se ha ido desarrollando en atención a los “intereses remuneratorios”, atendiendo comúnmente las condiciones de mercado y acordando unas clases más o menos ajustadas a lo establecido por lo que las entidades financieras marcaban en sus políticas monetarias. Pero en lo relacionado a los “intereses moratorios” acordados para los casos de incumplimiento de pago, los prestamistas, de forma casi sistemática han venido implementando un proceso en el que los intereses establecidos superan el “interés legal del dinero y los intereses remuneratorios”, que oscilan aproximadamente entre el “18% y el 30%”.

Ante esta situación, España toma algunas medidas a través de la promulgación de la “Ley de Crédito al Consumo 7/1995 de 23 de marzo”, estableciendo un límite de “interés moratorio de 2,5 veces el interés legal del dinero”. En la actualidad esta ley ha sido suplida por la “Ley 16/2011 de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo”, determinando que el establecimiento de un interés moratorio superior

al aquí pautado sería reconocido como abusivo. El límite de 2,5 veces el interés legal se convirtió en la referencia que vino siendo tomada como reseña por los Tribunales a la hora de determinar la posible abusividad de los intereses moratorios en operaciones de crédito que afectaban a los consumidores.

Y es que, esta práctica del cobro de intereses moratorios desmedidos a los consumidores producía mayor perjuicio cuando se trataba de “préstamos hipotecarios”, a parte de por la responsabilidad patrimonial señalada en el “artículo 1911 del Código Civil”, debido a la garantía real impuesta sobre un bien que permite de manera preferente y segura, recuperar el capital prestado con sus respectivos intereses.

Por otra parte, las escasas razones para oponerse a la ejecución de los préstamos hipotecarios establecidos en la legislación española, “la extinción de la garantía o de la obligación garantizada y el error en la determinación de la cuantía exigible”, según artículo 695 LEC, impedían que los consumidores cuando fueren demandados por incumplimiento en el pago, tuvieran alguna herramienta o medio para oponerse a la ejecución invocando la “nulidad o abusividad de la cláusula de intereses moratorios. De aquí nace la “Directiva 93/2013 CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia comunitaria, que vamos a analizar en los siguientes epígrafes del este trabajo.

A consecuencia de esta problemática, el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por una probable transgresión de la regulación en la ejecución hipotecaria española establecida en la Directiva 93/2013 sobre cláusulas abusivas. Y es así como llegamos a la Sentencia del TJUE de fecha 14 de marzo de 2013, por medio de la cual se determinó que el procedimiento español de ejecución de créditos hipotecarios era contrario a la normativa contenida en la Directiva 93/13.

Tanto las citadas sentencias como la legislación que serán objeto de análisis durante el presente TFG, tratando de comprender el tratamiento legal que se ha aplicado y cual se aplica a las cláusulas de intereses moratorios en los contratos de créditos hipotecarios.

Por último, abordaremos las últimas novedades en cuanto a la materia y hacia donde parece que apunta el futuro en la regulación de los contratos de crédito inmobiliario, primero veremos el proyecto de ley para la trasposición de la Directiva 7/2014/UE y las múltiples enmiendas de las que ha sido objeto, haremos un estudio sobre este anteproyecto sus puntos favorables y sus debilidades, así como el Informe que emitió el Consejo Judicial del poder Judicial sobre este anteproyecto de ley. Finalmente, y para concluir, como desenlace de toda la problemática estudiada entraremos a analizar la nueva Ley 5/2019 de reciente entrada en vigor, y todo ello por el relevante papel que tiene la propiedad de una vivienda, el sistema hipotecario español y el régimen de concesión de préstamos tanto a nivel de estabilidad económica, como de instrumento de cohesión social.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIOS

2.1 Regulación legal en España de las cláusulas abusivas en el ordenamiento nacional y comunitario

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en diferentes cuerpos normativos del ordenamiento jurídico español, así como del europeo.

2.1.1 Directiva 93/13/CEE

Hay que partir de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que se traspone al Ordenamiento español a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación¹ (en adelante LCGC) y del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios ²(en adelante TRLGCU) y que nace con la consideración de obtener una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas y que estas normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor³.

Por tanto, tanto la Directiva del Consejo como la Ley 7/1998 se erigen como texto normativo de referencia sobre esta materia.

Según el comienzo de la citada Directiva, el cual, considera que corresponde a los Estados velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ya que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o prestación de servicios en otros estados miembro. La citada directiva parte de que las regulaciones sobre las cláusulas abusivas de los distintos países miembro presentan diferencias considerables.

Además, considera que los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial en los contratos de adhesión, dentro de los cuales se encuadran los contratos hipotecarios.

Considera también, del carácter abusivo de las cláusulas, necesita de una evaluación global de los distintos intereses en juego; y sobretodo prestar especial atención a la apreciación de la buena fe, y a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, ver si se ha inducido en algún modo al consumidor a aceptar la cláusula; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe

¹ Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

² Título II “condiciones generales y cláusulas abusivas”: Capítulo I: clausulas no negociadas individualmente. Capítulo II: cláusulas abusivas. BOE, num.89, de 14 de abril de 1998.

³ Por tanto quedan excluidos de esta directiva, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades.

tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

Por otra parte, considera que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, para que el consumidor tenga la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor.

Para alcanzar estos objetivos los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y, lo realmente importante, que si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia.

Pasamos así a la observación del articulado de la citada directiva, donde se detalla lo que son las cláusulas abusivas, tal y como se definen en su artículo tercero, y la otra cuestión trascendental la encontramos en su artículo sexto sobre la no vinculación al consumidor.

En el artículo tercero se definen las cláusulas abusivas como *“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 obligaciones de las partes que se derivan del contrato”* y se entiende que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, sobre todo en los contratos de adhesión, como son los que aquí nos competen.

Por último matiza que, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación del artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. En cuanto a la carga de la prueba, le corresponde al profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado.

En el Anexo de la Directiva 93/13/CEE se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, que a continuación resumiré.

Según el contenido del anexo se entenderá como abusivas las cláusulas que tengan por objeto; entre ellas:

b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional

d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;

- e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;*
- f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;*
- i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;*
- j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo; o cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;*
- l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;*
- o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;*
- q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.*

Por último sobre esta Directiva, hay que destacar el artículo sexto sobre la no vinculación al consumidor, por lo que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional seguirá siendo obligatorio en el resto de términos, siempre que este pueda seguir subsistiendo sin la cláusula abusiva.

Como hemos citado anteriormente, la presente Directiva se traspone al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, o Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que abordaremos en la siguiente epígrafe y que se ve complementada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios, que veremos en el posterior epígrafe, tras el estudio de la LCGC.

2.1.2 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)

La ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) define en su artículo primero, lo que se entiende por condiciones genéricas de la contratación, y las define de la siguiente manera “*clausulas predispuestas, cuya incorporación al contrato ha sido 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”.

De esta definición se desprende que la característica principal de las condiciones genéricas es que el poder de disposición sobre su contenido lo ostenta de manera unilateral una de las partes del contrato, limitando la facultad de negociación al sujeto pasivo del contrato, quien solo puede aceptar o renunciar la firma del contrato y sus cláusulas, sin tener posibilidad de introducir modificaciones, esto se debe a que este tipo de cláusulas se incorporan *strictu sensu* a una pluralidad de contratos.

El Tribunal Supremo (en adelante TS) en su sentencia de 9 de mayo de 2013⁴ definió qué características deben reunir las condiciones generales contractuales, para ser clasificadas como tales, y estas son: la primera de ellas es la contractualidad, es decir, debemos estar ante cláusulas contractuales, y su inserción en el contrato no deriva de una norma imperativa que imponga su inserción. La segunda es que la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el empresario o por un tercero. La tercera que característica que deben cumplir es la imposición, es decir, se incorpora al contrato por imposición de una de las partes, aunque esto no se especifica, al ser una cláusula con vocación de generalidad debe ser impuesta por un empresario. Por último, la cuarta especialidad debe ser la generalidad, como hemos adelantado en la peculiaridad anterior, las cláusulas deben estar incluidas en una pluralidad de contratos, la doctrina afirma que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad uniformar los contratos.

Con todo esto, resulta importante determinar qué debe considerarse condición general de contratación, en base al hecho de que las cláusulas abusivas incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario, que son los que aquí nos competen, se hacen partícipes de su naturaleza, y así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de abril de 2015⁵, la cual declara en determinados sectores de la contratación con consumidores, entre los que se encuentran los servicios bancarios se utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación.

Pero hay que matizar que las citadas condiciones no son por si mismas abusivas, sino que para declararlas como tal, debe darse la voluntad de la parte redactora de omitir cualquier negociación con el contratante, como así se establece en la exposición de motivos de la LCGC, en la que se dice que una cláusula es condición general cuando esta predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, en la práctica esto supone que la cláusula ha sido incorporada al contrato exclusivamente por el empresario, y no tiene por qué ser abusiva. Una cláusula abusiva es la que va en contra de las exigencias de la buena fe y causa un detrimento al consumidor, la que supone un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener el carácter de condición general, o no tenerlo, ya que también puede darse en

⁴ STS de 9 de mayo de 2013, núm. de recurso: 485/2012, núm. de resolución: 241/2013

⁵ STS de 22 de abril de 2015, núm. de recurso: 2351/2012, y núm. de resolución: 265/2015

contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, lo que serían contratos de adhesión particulares.

2.1.2.1 Nulidad de las condiciones genéricas de contratación

La LCGC nos dice cuál es la consecuencia de que una cláusula resulte abusiva, aunque es parca en cuanto a la delimitación de los requisitos que deben concurrir en las cláusulas generales de contratación, ya que no dice cuáles deben ser estos. Lo que establece la LCGC, en su artículo quinto (art.5.5) es que las cláusulas generales deberán ser transparentes, claras, concretas y sencillas. Pero ha sido la jurisprudencia quien ha ido clarificado que se debe entender con estos calificativos para que se entiendan válidas. Si queremos entrar en profundidad sobre el significado de estos adjetivos tenemos que irnos a la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) A Coruña, sección 4ª, de 11 de enero de 2017⁶, en ella en cuanto a la claridad, las cláusulas no deben aparecer ocultas o disfrazadas, también exige que estas sean inteligibles o de fácil comprensión. La concreción supone que las condiciones sean precisas, determinadas y que no contengan vaguedades que puedan llevar a confusión. Y por último en cuanto a la sencillez, requiere que el conocimiento de lo pactado no ofrezca dificultad.

La importancia de la LCGC no solo radica en la definición de las condiciones genéricas de la contratación, sino que es el texto normativo que puso fin al vacío normativo respecto la configuración de las cláusulas abusivas en los casos en los que en la formalización del contrato una de las partes fuese consumidor o usuario.

Por otro lado, su importancia también radica en que precisa cual es la normativa aplicable, en relación a la protección de los firmantes de un préstamo hipotecario. Así encontramos que en su segundo artículo se establece la aplicación de esta ley a los contratos que contengan condiciones generales, celebrados entre el predisponente, que sería el profesional o empresario, y una persona física o jurídica, adherente. Y matiza a continuación, que cuando el adherente tenga la condición de consumidor, la norma que será aplicable es artículo 10.bis apartado tercero de la LGDCU de 1984, sustituido hoy en día por el TRLGDU de 2007.

Por tanto, para determinar que norma es aplicable a cada caso, lo fundamental será saber si el firmante del contrato lo hace en calidad de consumidor, por lo que sería de aplicación el TRLGDCU, mientras que si el sujeto pasivo no es consumidor se aplicara la LCGC.

Por último, y enlazando con la siguiente norma que vamos a estudiar, la ley 7/1998 se ve complementada por los arts.80 y ss. del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007⁷ (en adelante TRLDyU). Además el estado debe velar por sus ciudadanos en las operaciones de consumo, y en nuestro caso procura hacerlo a través de las dos normas que hemos citado la LCGC y el TRLDyU.

⁶ SAP A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2017, núm. de recurso: 555/2016 y núm. de resolución: 4/2017.

⁷ BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007

2.1.3 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁸.

Este texto legislativo antes de ahondar en su clausulado establece un primer requisito de aplicación y este es que el firmante del contrato de préstamo hipotecario sea un consumidor y así lo establece su artículo segundo⁹. Esto se puede relacionar con que la Constitución Española (en adelante CE) configura la protección de los consumidores como un principio informador de nuestro ordenamiento¹⁰ convirtiendo la protección de los legítimos intereses tanto económicos como sociales de los consumidores en un principio esencial del ordenamiento jurídico. Pero esta protección de los consumidores no solo se recoge en el ordenamiento español sino también en el comunitario, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹¹.

El TRLGDC regula las cláusulas abusivas de dos formas, una genérica determinando de modo global, qué cláusulas deben considerarse abusivas, y en segundo lugar, de manera específica, determinando qué efectos, que puede sufrir el sujeto pasivo, las conceptúan como abusivas.¹²

El concepto de cláusula abusiva está previsto en el art.82.1 del presente texto que guarda estrecha relación con la definición del art.1 de la ya citada LCGC para las condiciones generales. De esta forma, el art.82.1 entiende *“que se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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”*. Además en su apartado segundo, continua diciendo que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”*.

Por tanto, lo realmente importante y en lo que debemos fijarnos es, en si el sujeto pasivo ha podido participar de forma activa en la redacción, o si ha sido el empresario quien ha impuesto las estipulaciones del contrato de forma directa o indirecta, no importando que el profesional presente diversas propuestas, si todas ellas se han redactado sin posibilidad de negociación para el usuario, ya que esto no hace desaparecer el carácter impuesto de la cláusula¹³. Tampoco haría desaparecer el carácter de impuesta que el contratante preste su consentimiento

⁸ BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁹ Art.2 TRLGDC: *“esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”*.

¹⁰ Art.51.1 CE

¹¹ El art. 169 del TFUE *“para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger (...) y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información...”*

¹² ADÁN DOMENECH, F. *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Wolters Kluwer. Barcelona, 2017, págs. 30 y ss.

¹³ STS de 9 de mayo de 2013. Núm. de recurso: 485/2012, núm. de resolución: 241/2013.

libremente ya que una cosa es la libertad de contratar y otra la negociación del contenido del contrato¹⁴.

Una vez vista la definición de cláusula abusiva, hay que enunciar qué requisitos deben cumplir las estipulaciones no negociadas individualmente para que estas sean abusivas.¹⁵ Y estos son, según concreta el art.80: *concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

Este primer párrafo ha sido completado por diversas sentencias, en los siguientes puntos, en cuanto a la concreción, claridad y sencillez, la sentencia de la Audiencia provincial de Jaén¹⁶, de 10 de febrero, establece que son contrarias a estas características, que las cláusulas se encuentren enmascaradas entre informaciones abrumadoras y exhaustivas, que dificultarían la identificación y provocarían que las cláusulas dejaran de ser claras.

Respecto a la comprensión directa, el AAP de Barcelona de 11 de febrero de 2016¹⁷, entiende que respecto a la comprensión, el consumidor debe entender tanto las consecuencias económicas como las jurídicas, y con ellas los riesgos que derivan del contrato.

Volviendo al artículo 80 del TRLGDC en su apartado “b” prosigue con lo siguiente: *accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa su lectura.*¹⁸

Por último, en la letra “c”, encontramos: *buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

Del estudio de este artículo, se puede concluir que los dos primeros apartados regulan la claridad de la forma, mientras que el apartado último, regula la claridad material.

Una vez vista cual es la regulación genérica de las cláusulas abusivas, pasamos ahora a ver la regulación específica de estas cláusulas en el TRLGD, para ello nos tenemos que ir al apartado cuarto del artículo 82 del citado texto, donde se delimitan seis aspectos concretos que nos concretan si una cláusula es abusiva, y

¹⁴ SAP Pontevedra, sección 1ª, de 31 de marzo de 2016.

¹⁵ Art.80 del TRLGDCyU

¹⁶ SAP Jaén, Sección 1ª, de 10 de febrero de 2016, núm. de recurso: 836/2015, núm. de resolución: 89/2016.

¹⁷ AAP Barcelona, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2016, núm. de recurso: 275/2015, núm. de resolución: 52/2016.

¹⁸ La reciente Sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Dos Hermanas, Sevilla o la Sentencia de Audiencia Provincial de Castellón de noviembre de 2017, son dos de las muchas sentencias que han anulado contratos bancarios o parte de ellos por estar redactados en un tamaño de letra inferior al requerido por el citado artículo.

estos son: la primera de ellas es *que vinculen el contrato a la voluntad del empresario*. En el ámbito de la contratación queda prohibido el poder unilateral de una de las partes, y esto se recoge en el art.1256 del CC¹⁹, aunque esto ha sido la realidad en la contratación bancaria en la que lo habitual han sido cláusulas impuestas por la entidad bancarias y para nada negociadas con el consumidor.

La letra b del citado título establece, *que limiten los derechos de los consumidores y usuarios*, los derechos del consumidor²⁰ deben ser respetados, en especial en la contratación bancaria, de ahí la protección frente a la inclusión de cláusulas abusivas. La letra c, establece, *que determinen la falta de reciprocidad en el contrato*. Aquí partimos de la base de que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad respecto al empresario, y de esta base parte tanto la normativa comunitaria como la nacional. En cuarto lugar, *que impongan al consumidor garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba*, en este aspecto hay que destacar la Sentencia de la Audiencia provincial de Toledo de 2016²¹, que establece que al consumidor no le corresponde acreditar que carece de los conocimientos necesarios para interpretar las cláusulas que denuncia por incomprensibles u oscuras, ni que la entidad no le facilitó la información precisa, sino que es a la entidad a quien corresponde demostrar que en todo momento actuó con diligencia, cumplió con el deber de información y comunicó las consecuencias económicas. En la letra e del artículo 82 se establece que *resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato*. Esto supone que las estipulaciones deben ser analizadas por parte de los tribunales conforme a la totalidad del contrato. Uno de los ejemplos más destacados en cuanto a la desproporcionalidad en la contratación bancaria, son determinadas cláusulas de vencimiento anticipado que permitía, que ante el incumplimiento del deudor, la entidad pudiese reclamar el total prestado. Esto ha sido limitado por la doctrina jurisprudencial del TJUE, exigiendo que los tribunales deban valorar en función de la esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato y la posibilidad del consumidor de evitar esta consecuencia, como así se estableció en la STJUE de 14 de marzo de 2013²².

Una vez vista de manera introductoria la regulación de las cláusulas generales de contratación y cuando éstas son clasificadas como cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento y a nivel europeo, pasaré ahora a analizar en profundidad las cláusulas que aquí nos suscitan, las cláusulas de interés de demora, cómo se definen y cuál es su regulación.

¹⁹ Art.1256CC: “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

²⁰ Art. 8 TRLDCyU

²¹ AAP Toledo, Sección 1ª, de 17 de noviembre de 2016, núm. de recurso: 85/2016, núm. de recurso: 202/2016

²² STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/2011.

3. LOS INTERESES MORATORIOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La importancia sobre los préstamos hipotecarios tiene una gran trascendencia tanto en la esfera de lo personal como en lo financiero, ya que la adquisición de vivienda es el acto de consumo más trascendental en la vida de las personas.

Antes de afrontar el análisis de los interés moratorios en el ámbito de la adquisición de vivienda vamos a examinar una serie de cuestiones tanto sustantivas como prácticas, pero antes de abordar estas cuestiones empezaremos por la definición de qué es un préstamo hipotecario o hipoteca: *“es el derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, y cuyo fin es garantizar el cumplimiento de la obligación de devolver el dinero prestado, si al finalizar el plazo no se satisface dicha deuda se le concede a su titular, acreedor, la facultad de llevar a cabo la realización de valor de dichos bienes mediante su enajenación forzosa a través el procedimiento legalmente establecido.”*

Y si abordamos esta definición, no de manera tan específica sino en términos más genéricos, la definición a la que nos acercáramos sería: *a través del contrato de préstamo hipotecario, una de las partes, generalmente el banco, entrega a la otra parte, particular o empresa, una cantidad de dinero con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad – capital prestado con intereses-, con garantía en el bien hipotecado, generalmente una vivienda o inmueble.*²³

Los contratos de préstamo hipotecario son contratos típicos y sus condiciones resultan innegociables para el prestatario pues vienen impuestas mediante condiciones generales por la entidad bancaria. Este tipo de contratos son contratos de adhesión, lo que supone que el prestamista plantea unas condiciones y los aceptantes se suscriben o no al mismo²⁴. Se trata de contratos en los que el consumidor, puede adherirse o no, a las condiciones prerredactadas por el profesional, pero no puede influir en el contenido de éstas, no puede negociarlas. En este tipo de situaciones, se pueden generar beneficios, valiéndose de la situación de superioridad para una de las partes, el acreedor, que marca sus condiciones, lo que entendemos como cláusulas abusivas. Por esta razón y para evitar este tipo de cláusulas, se han regulado las condiciones generales de contratación a nivel europeo en la Directiva 93/13/CEE, y en España, en la Ley 7/1998 y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que vamos a ver de manera pormenorizada a continuación.

²³ Vazquez & Apraiz y asociados, *El préstamo hipotecario*. www.tuabogadodefensor.com

²⁴ NAVARRO MENDIZÁBLA, I.A. Derecho de obligaciones y contratos. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 278

3.1 Regulación legal en España de la cláusula de intereses moratorios en la contratación con consumidores

Las normas que regulan los intereses de demora y que son de aplicación a los contratos de préstamos hipotecarios son, el Código Civil, y en particular su artículo 1108, el precepto 114.3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al margen de la normativa que regula de estos intereses en el ámbito tributario, de la seguridad social...que no entraremos a analizar.

La falta de uniformidad de estas normas genera confusión por la variabilidad de las reglas a aplicar.²⁵ Debido a esta diversificación normativa, pasaré a hacer un análisis individualizado de cada regulación.

3.1.1 Aplicación del art.1108 del Código Civil

Durante los últimos años, ha sido una práctica habitual que las entidades de crédito incluyesen cláusulas abusivas relativas a intereses de demora en sus préstamos hipotecarios, que suponían una carga económica desproporcionada para el deudor ante supuestos de impago de sus obligaciones pecuniarias.

Con carácter general, el art.1108CC fija como interés de demora, en caso de que no se haya pactado otro entre las partes, el interés legal del dinero. Por tanto, del texto de este artículo, se discierne la facultad que se concede a las partes para pactar los intereses de demora, que a su vez se relaciona con el principio de autonomía contractual²⁶, y sobre esta base, de ficticio acuerdo, se articulan los intereses desproporcionados, que en realidad son unilateralmente impuestos por las entidades bancarias, y que han sido denunciados por abusivos en los últimos años.

Todo este marco unido a la necesidad de obtener financiación para adquirir una vivienda y la crisis económica, conllevó al Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona, a declarar nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por considerarlas abusivas, y planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, mediante auto de 19 de julio de 2011, en relación con la interpretación de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, conforme a la ya citada, Directiva 93/13/CEE del Consejo. Esta cuestión se planteó en el marco de un litigio entre el Sr. Aziz y Caixa Bank Catalunya²⁷ (asunto C-415/2011), relativo a la validez de determinadas cláusulas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. En concreto en este contrato en su cláusula sexta se establecían unos intereses de demora anuales del 18,75%, automáticamente devengables respecto de las cantidades que no hubiesen sido pagadas a tiempo de su vencimiento, sin que el banco tuviese que realizar ningún tipo de reclamación.

²⁵ ADÁN DOMENECH, F, La identificación y alegación de las cláusulas en los préstamos hipotecarios. Bosch. Wolters Kluwer. Pags.71 y siguientes.

²⁶ Art 1125 del CC

²⁷ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/2011

El fallo del TJUE en el proceso entre el Sr. Aziz y CaixaCatalunya aplica la Directiva Europea 93/13/CEE en materia de protección del consumidor y permite al juez suspender una ejecución hipotecaria y examinar las cláusulas del contrato para decretar si son o no abusivas. Una vez recibido el fallo del TJUE, el juzgado de lo mercantil declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado, y fija la deuda en la suma de las cuotas impagadas, más los intereses, en lugar de la totalidad del crédito que pretendía la entidad financiera.²⁸

3.1.1.1 STJUE de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz)

La STJUE de 14 de marzo de 2013 marca un antes y un después en la regulación de la tutela judicial en materia hipotecaria. Las novedades que introduce se pueden clasificar en tres categorías:

- la nueva reglamentación de las cláusulas de vencimiento anticipado
- la posibilidad de denunciar cláusulas abusivas
- la ampliación de los motivos de oposición

Volviendo a los intereses de demora, el TJUE concede al órgano jurisdiccional elementos para la valoración de la abusividad de ciertas cláusulas, y así lo establece la citada sentencia "Aziz": *"comprobar el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos (...) y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos."* El segundo elemento a valorar es *"comprobar, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual"*.

Tras la resolución planteada por esta sentencia del Tribunal Europeo, el legislador español llevó a cabo una serie de modificaciones legislativas, lo que supuso una reforma del sistema hipotecario español, debido a esta reforma se modifican los porcentajes de los intereses moratorios, para ello a través del artículo 3.2 de la Ley 1/2013 *de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios*²⁹ se reformó el art.114 de la LH, que ahora limita los intereses

²⁸www.poderjudicial.es:http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_juez_de_Barcelona_declara_abusivas_clausulas_del_contrato_del_caso_Aziz_origen_de_la_sentencia_del_TJUE_sobre_el_sistema_de_ejecucion_hipotecaria

²⁹ Ley 1/2013 de 14 de mayo, art.3 "modificación de la Ley hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946. Apartado segundo, que añade un tercer párrafo al art 114 de la LH, quedando redactado de la siguiente manera: *"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 LEC"*.

Art.579.2 a) de la LEC: *"el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de 5 años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65% de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos*

moratorios en los préstamos hipotecarios garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, a tres veces el interés legal del dinero y la otra limitación que impone este artículo 114 de la LH es que estos intereses solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Hasta la Ley 1/2013 no existía ninguna limitación sobre los intereses de demora en los préstamos hipotecarios ni en los préstamos sin garantía real, a excepción de la Ley de represión de la Usura de 23 de julio de 1908, cuyo único límite es que no exista una “desproporción manifiesta”, lo que supone un concepto indeterminado y de libre interpretación para los tribunales.³⁰

3.1.2 Aplicación del art.114.3 de la Ley Hipotecaria

Tras la reforma que supuso en el sistema normativo español la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, y más en concreto, la entrada en vigor del apartado tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Vamos a ver las repercusiones que tuvo esta nueva redacción, que fueron el establecimiento de un sistema mixto de regulación de los intereses de demora: por un lado, el art.114.3 de la LH para las hipotecas de vivienda habitual, y por otro lado, las normas genéricas para las hipotecas sobre vivienda no familiar. De esta forma, el art.1108 del CC deja de tener aplicabilidad en los supuestos de vivienda habitual, debiéndose respetar los límites establecidos por la Ley Hipotecaria.

Estos límites en los intereses de demora provocaron que la gran mayoría de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, considerasen abusivo cualquier interés que superase ese límite y lo consideraran no aplicable. En este sentido, cabe destacar la SAP de Alicante, de 30 de mayo de 2014³¹, que sostiene que cuando una cláusula *sobre tipo de interés de demora rebasa el límite del art.114 LH y reclamándose una cantidad por este concepto que incluye intereses devengados y no satisfechos, resulta de aplicación la prohibición prevista en el art.114LH, como consecuencia de la retroactividad que le confiere la D.Tª. 2ª de la Ley 1/2013*³².

La nueva regulación hizo que las entidades bancarias tuviesen que modificar sus procedimientos en cuanto a la enunciación de los contratos, y por otro lado,

términos si, no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de 5 años, satisficiera el 80% dentro de los 10 años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

³⁰ Carballo Fidalgo, O. *La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS.*

³¹ SAP de Alicante, sección 9ª, de 30 de mayo de 2014, núm. de recurso: 713/2013, núm. de resolución: 277/2014.

³² D.T.ª 2.ª Ley 1/2013: *“la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual 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.*

respecto a la actuación del poder judicial, se presentaban la problemática de, que había escrituras públicas que se ajustaban a la limitación de los intereses de demora, y, otras que por ser anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, o por no cumplir la Ley, no se ajustaban a la norma.

La problemática que surgió tras la reforma efectuada por la Ley 1/2013 del art.114 LH fue que el legislador no aclaró varias cuestiones³³, en cuanto a los parámetros de abusividad, que analizaré a continuación y los efectos de la nulidad, que se verán en un epígrafe posterior.

En cuanto a los parámetros de la abusividad, cabe plantearse, si un tipo de interés moratorio que respetase el límite impuesto por el art.114, se podría considerar abusivo. Y por otro lado, si dentro del contrato existe una cláusula abusiva que no se aplica, si se podría determinar su nulidad o no, por no ser aplicada.

En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios, hay que plantear si se podría producir algún tipo de interés a favor del acreedor, una vez declarada esta nulidad.

Por un lado, un sector de la jurisprudencia respondió algunas de estas cuestiones antes de la aprobación de la Ley 1/2013, en las *Jornadas de 8 de mayo de 2013 sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias*. En estas jornadas, más de 20 Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil y lo Civil debatieron sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE. En las conclusiones estos afirmaron estar divididos en dos corrientes, unos entendían que procedía aplicar el art.1108 del CC, por lo que el capital impagado devengaría el interés legal del dinero, y por otro lado, estaban los que eran partidarios de aplicar el límite de tres veces el interés legal del dinero, del art.114 de la LH. El punto en común de las dos tendencias, se encuentra en la conclusión quinta, y que todos entienden que la aplicación de cualquiera de estos dos tipos de interés no constituye integración de una cláusula nula.

También se establecen los criterios que se tendrán en cuenta para determinar el carácter abusivo o no de determinadas cláusulas. En concreto, *para los intereses moratorios, los contemplados en la normativa interna, y en especial el límite del 114 LH. En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, será abusiva cuando imponga el vencimiento anticipado antes del impago de tres plazos. Se declarará la nulidad hasta producidos tres impagos. Y respecto a los intereses remuneratorios, dado que forman parte del precio no pueden declararse abusivos, limitándose al examen judicial al control de transparencia*³⁴.

³³ Carballo Fidalgo, O. *La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS*.

³⁴ Conclusión quinta de las jornadas de 8 de mayo de 2013. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/JORNADA-SOBRE-LAS-REPERCUSIONES-DE-LA-DOCTRINA-DEL-TJUE-EN-MATERIA-DE-CL%C3%81USULAS-ABUSIVAS-EN-LOS-PROCEDIMIENTOS-DE-EJECUCI%C3%93N-HIPOTECARIA.pdf>

Posteriormente, en los Acuerdos de unificación de criterio de 7 de junio de 2013 de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra³⁵ sobre cláusulas abusivas, se convino: *“en los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art.1108 CC, de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero.*

También en estos acuerdos se define que si *la entidad prestamista reclama una cantidad por los intereses moratorios en el límite del artículo 114 LH, aun cuando el contrato establezca un interés superior, no generará por sí la nulidad de la cláusula, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, por tanto no se declararía automáticamente la abusividad.*

Respecto a si se podía considerar o no que había integración de éstas cláusulas y a pesar de estos acuerdos, la jurisprudencia menor fue variando su criterio, recurriendo al artículo 1108 del CC, como ejemplo, el Auto de la Audiencia provincial de Pontevedra, de 29 de mayo³⁶ se aparta del acuerdo de unificación de 7 de junio de 2013 porque a su criterio la aplicación del art.1108 CC³⁷ supone una integración prohibida de una cláusula nula.

Optaron también por la supresión pura del tipo de interés moratorio el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, de 27 de abril de 2015³⁸, el Auto de la Audiencia provincial de Madrid de 5 de mayo de 2015³⁹ y el Auto de la Audiencia provincial de A Coruña de 26 de octubre de 2015⁴⁰.

3.1.3 Aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) fija cómo se establecen los intereses de mora procesal, los cuales habrá que diferenciar de los intereses moratorios, que por el contrario quedan definidos en el Código Civil, y de los que posteriormente hablaremos.

En el primer apartado del art.576, se establece que *desde que fuere dictada en primera instancia, toda Sentencia o Resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual*

³⁵ Acuerdos de 7 de junio de 2013 <https://www.santiagoabeigon.es/acuerdos-ap-pontevedra-sobre-clausulas-abusivas-7-de-junio-de-2013/>

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 29 de mayo, núm.: 111/2014

³⁷ De conformidad con la doctrina del TJUE, y citando la Sentencia de este tribunal de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz.

³⁸ Auto de la Audiencia provincial de Lleida, sección 2ª, de 27 de abril de 2015, núm.:71/2015

³⁹ Auto de la Audiencia provincial de Madrid, sección 10ª, de 5 de mayo de 2015, núm.:186/2015

⁴⁰ Auto de la Audiencia provincial de A Coruña, sección 4ª, de 26 de octubre de 2015, Ponente Antonio Miguel Fernández Montells.

igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la Ley.

Hay que destacar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª de 22 de abril de 2015⁴¹, la cual fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos con consumidores, que son los que aquí nos afectan, sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Así quedan definidos cuales serían las cláusulas abusivas para los contratos de adhesión con consumidores. No obstante, veremos más detalladamente ésta Sentencia, la cual sienta jurisprudencia, cuando veamos la doctrina del TS.

En su segundo apartado, habla sobre los casos de revocación parcial, y deja al arbitrio del tribunal lo que sucederá con los intereses de demora procesal.

Y por último, el tercer apartado del artículo establece que *será de aplicación para todas las resoluciones judiciales, de cualquier orden jurisdiccional, laudos arbitrales e incluso acuerdos de mediación, que impongan el pago de una cantidad líquida, quedando únicamente excluidas las Haciendas Públicas.*

Este último apartado se redactó a partir del apartado 23 de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.⁴²

No se puede continuar con el estudio de este artículo sin ver la jurisprudencia del TS en relación con los intereses moratorios a partir de la STS (pleno) de 22 de abril de 2015, la cual estudiaremos en el apartado de “Jurisprudencia del TS”.

3.1.3.1 Diferencias entre intereses moratorios y procesales

Empezando por cuál es el objetivo que persiguen estos dos tipos de intereses, hay que decir, que pretenden evitar la depreciación económica de la deuda. Y esto es, que ante el incumplimiento de la obligación de pago del deudor, el acreedor se vea perjudicado económicamente. Por tanto, ambos tipos de interés pretenden el mismo objetivo, y esta es la semejanza que comparten, ya que son muchas más sus divergencias, la primera de ellas se puede observar simplemente con profundizar sobre este objetivo que persiguen, pues los intereses moratorios pretenden reparar el daño provocado ante el retraso en el pago o el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, los intereses procesales buscan que se cumpla de manera inmediata una resolución judicial evitando que la dilación que se puede dar en el proceso a través de diferentes recursos perjudique al acreedor.⁴³

⁴¹ STS de 22 de abril de 2015, núm. de recurso: 2351/2012, núm. de resolución: 265/2015.

⁴² BOE 7 de julio, vigente a partir del 27 de julio de 2012

⁴³ Los intereses moratorios y procesales. SEVILLA CÁCERES, F. (2017) <https://www.mundojuridico.info/los-intereses-moratorios-y-procesales/>

La siguiente diferencia la encontramos en su regulación, los intereses moratorios vienen regulados en el Código Civil, artículos 1.100 y siguientes, mientras que los procesales están regulados, en el ya citado, art.576 de la LEC.

Pero si hablamos de divergencias, la diferencia fundamental está en su petición: en el caso de los intereses moratorios, para que sean reconocidos por el juzgado es imprescindible que la parte demandante, de forma expresa, solicite la condena al pago de los mismos, debiendo hacer constar dicha petición en la demanda. Sin embargo, los intereses procesales, se aplican de oficio por el juzgado, el único requisito es que exista una Sentencia que condene a su pago, esto quiere decir, que surge la obligación "ope legis", por tanto no requieren petición y producen efectos desde la sentencia de primera instancia. (SEVILLA CÁCERES, F).

En cuanto a la aplicación de los intereses moratorios, existen ciertas dudas y discrepancias entre la doctrina, que se divide en dos grupos; por un lado, un grupo doctrinal que opina que sólo se deben devengar los intereses, desde la fecha de la reclamación, si la cuantía adeudada está perfectamente establecida y la Sentencia concede una cantidad exactamente igual a la solicitada. Y por otro lado, los que se decantan por la tesis de que aunque se conceda una cantidad inferior a la solicitada, el devengo de los intereses debe tener lugar desde que se solicitaron judicial o extrajudicialmente. Esta segunda tesis parece que está cogiendo más peso, permitiendo conceder intereses desde la reclamación, extrajudicial o desde la presentación de la demanda, por lo que siguiendo esta corriente el deudor entraría en mora desde que tuvo conocimiento de la existencia de la deuda y su reclamación, momento que determina el comienzo del devengo de los intereses moratorios, tanto si la reclamación es judicial, a través de la interposición de una demanda, o si se le reclama extrajudicialmente, y así lo establece el art.1.108 del Código Civil, en relación con el art.1.100 del mismo Código.

Por tanto, para que proceda el devengo del interés moratorio de la una deuda, habrá que tener en cuenta: que debemos estar ante una deuda dineraria que haya vencido y por tanto se haya incumplido la fecha establecida para el pago. Además se tiene que haber pactado expresamente que la obligación devengará intereses, por tanto cuando se interponga la demanda se solicitará que los intereses de demora se abonen desde la fecha en la que el deudor incumplió el pago de la obligación principal. Ahora bien si no se ha pactado expresamente que la obligación devengaría interés, solo se generará interés de demora a partir del momento en que el acreedor reclame al deudor, bien lo haga judicial o extrajudicialmente y el tipo de interés, como no se había pactado, será el interés legal del dinero.

En cuanto a los intereses procesales, art.576 LEC, y para terminar esta comparativa, estos intereses solo se devengarán desde la fecha de la Sentencia y serán los que se hayan pactado por las partes, y en caso de que no haya pacto al respecto, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

3.2 Consecuencias de la declaración de abusividad

La prohibición de integración de las cláusulas abusivas, no fue aceptada de manera uniforme lo que provocó actuaciones diferentes de los órganos judiciales, que se pueden clasificar en tres grupos⁴⁴:

En el primero de ellos, se integran los casos en que la demanda hipotecaria proviene de un prestamos hipotecario que tiene un interés de demora por encima del límite permitido a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, que fija el límite primeramente en el art.114.3 de la LH en tres veces el interés legal del dinero, o posteriormente, en la norma 576 LEC, que lo fija en dos puntos. En este primer grupo, ante las cláusulas nulas no existe una actitud subsanadora o correctora por parte de la entidad, ante esta situación los tribunales actuaron, primero decretando la nulidad de la cláusula, decretándola no válida, y sin efectos en proceso judicial.⁴⁵ Pero un segundo grupo de órganos judiciales, tomaron una postura completamente contraria, una actitud garantista frente al acreedor hipotecario, admitiendo la incorrección de las cláusulas que eran abusivas pero permitiendo que la entidad subsanara las incorrecciones contractuales, o bien eran corregidas directamente por el órgano judicial. Para así, evitar la nulidad de estas cláusulas, con las consecuencias que ello supondría para la tramitación de la ejecución hipotecaria.

El segundo grupo, se caracteriza por contratos que contienen cláusulas nulas que posteriormente el banco corrige, esto es, el acreedor al conocer que entre el clausulado del contrato existen cláusulas abusivas, en la demanda no exige al deudor la cuantía referente a todos los intereses de demora sino sólo la cuantía permitida legalmente, que sería inferior a la establecida en contrato. En consecuencia, el interés de demora se recalcula conforme a la normativa vigente. Con este comportamiento la entidad bancaria trata de salvar la declaración de nulidad de la cláusula, no aplicándola, reclamando solo la cuantía permitida por ley. El acreedor acomoda la reclamación de su demanda hipotecaria a la legislación vigente.

En el caso del tercer grupo, las demandas se fundamentan en contratos hipotecarios que se ajustan a la nueva regulación, por lo quedaría justificada la ejecución hipotecaria.

Ante estos dos últimos grupos, tanto de subsanación de oficio directamente por los órganos judiciales, como el supuesto de corrección por parte de la entidad, son tres las posibles soluciones que se han aplicado a efectos de evitar la declaración de abusividad y proceder a su subsanación. La cuestión que esto plantea es que si se declara una de las cláusulas del contrato bancario como abusiva, se puede producir algún tipo de interés a favor del acreedor, aunque este sea inferior al que se establecía en la cláusula.

⁴⁴ ADÁN DOMENECH, F, La identificación y alegación de las cláusulas en los préstamos hipotecarios. Bosch. Wolters Kluwer. Págs. 81 y ss.

⁴⁵ SAP Alicante, de 30 de mayo de 2014. SAP Madrid, de 30 de abril de 2014. SAP Lleida de 4 de abril de 2014. SAP Barcelona, de 1 de abril de 2014. SAP de Barcelona, 21 de mayo de 2013.

Algunos de los órganos judiciales sostienen la irrenunciabilidad del derecho del acreedor a reclamar el pago de los intereses de demora, y permiten la reclamación de estos intereses por debajo de lo que estaba establecido en el contrato inicialmente.

Como establece Adán Domenech, existen cuatro alternativas jurídicas que permiten al acreedor recalcular la cantidad correspondiente a los intereses de demora y su reclamación, y estas son:

- Por aplicación del art.3.2 de la Ley 1/2013, la Disposición transitoria 2ª y el art.114 LH, conllevan a la imposibilidad de reclamar en las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero, pudiéndose solo devengar sobre el principal pendiente. Quedando limitado el *petitum* de la demanda.⁴⁶
- La segunda opción, es fruto de aplicar el art.1108 del CC por el que se establece que *si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriera en mora, la indemnización por daños, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*. Por tanto si se declara la nulidad de la cláusula que determina el interés de demora, se salvaguarda la facultad del acreedor para reclamar los intereses, pero limitando estos al interés legal. Esta postura es seguida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril de 2015⁴⁷, que determina que *habiendo incurrido el deudor en mora, lo procedente es que la cantidad adeudada, no habiendo pacto en contrario, y en defecto de convenio, devengue el interés legal*. Sin embargo, en la postura contraía, encontramos la SAP de Madrid de 25 de abril de 2014⁴⁸, que considera que *si un órgano judicial nacional aprecia que una determinada cláusula en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho, dicho Tribunal no puede, moderar la cláusula modificando su contenido, ni integrar el contrato dando a la cláusula nula un contenido acorde a la equidad y equilibrio entre las recíprocas prestaciones, pues según la legislación de la Unión y la interpretación del TJUE, no permite su integración en el marco de la relación contractual, siendo sancionada con su ineficacia absoluta, pues*

⁴⁶ SAP de Córdoba, sección 1ª, de 20 de junio de 2014: “determinar si tras estimarse la abusividad del interés moratorio, procede o no la integración de la cláusula declarada nula, ésta Audiencia aplica el art.114.3LH ha dictado un Auto para unificar doctrina, (haciendo uso de la facultad que establece el art.197 de la LOPJ), este auto determina que para colmar dicha laguna contractual, máxime si se aprecia una voluntad común de otorgar a la situación de morosidad un trato más desfavorable que a la situación de cumplimiento, es preciso acudir al derecho nacional y más en concreto a la Ley 1/2013 para ver que no hay inconveniente alguno para aplicarlo analógicamente a otras reclamaciones en contratos de créditos con consumidores, según permite el art.4.1 el CC.

⁴⁷ SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 30 de abril de 2014, núm. de recurso: 201/2013, núm. de resolución: 199/2014.

⁴⁸ SAP Madrid, sección 13ª, de 25 de abril de 2014, núm. de recurso: 78/2013, núm. de resolución: 142/2014.

acudir a los mecanismos supletorios de la voluntad de los contratantes, como señala el previsto en el art.1108 del CC, equivaldría a modificar el contenido de la cláusula, sin que sea análogo el supuesto de omisión del pacto de un interés de demora a aquel en que su inclusión en el contrato se realiza con un carácter marcadamente abusivo en perjuicio del consumidor. Actuación que no puede ser suplida con una intervención integradora por el órgano judicial, sino sancionada con la ineficacia absoluta por abusividad. Esta misma tesis la sostiene la SAP de Cádiz de 28 de marzo de 2014.⁴⁹

- En tercer lugar, sería de aplicación el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Entre las medidas que establece para favorecer a los deudores en su art.4 se limitan los intereses a reclamar, afirmando que en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5% sobre el capital pendiente de préstamo. De acuerdo con esta reglamentación, se ajusta la reclamación a las cantidades dichas.
- Por último, *tras la equiparación, por parte de TS, de los baremos permisibles a los intereses de demora, tanto para los préstamos personales, como para los de garantía hipotecaria, la subsanación se pretendía con la aplicación del art.576 LEC. Sin embargo, todas estas actuaciones han resultado ser superadas, pues conforme a la doctrina del TJUE, se prohíbe la integración de las cláusulas abusivas (Adán Domenech, F, págs. 83 y 84).*

Tras declarar una cláusula como abusiva, la regla general establece que ésta no vinculará al consumidor, según el art.6.1 de la Directiva 93/13/CEE⁵⁰, que ya se analizó en el presente trabajo cuando se estudió la normativa comunitaria aplicable a las cláusulas abusivas.

Por tanto, hay que partir de la base de que una vez decretada la nulidad de una cláusula de interés de demora y sabiendo que queda prohibida su integración, la cual quedó vedada con la STJUE de 21 de enero 2015⁵¹, que posteriormente

⁴⁹ SAP de Cádiz, sección 2ª, de 28 de marzo de 2014, núm. de recurso: 109/2014, núm. de resolución 65/2014.

⁵⁰ Art.6.1: *“los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.*

⁵¹ Para adelantar lo que posteriormente se analizará con más profundidad, la STJUE de 21 de enero de 2015, establece que *en los procedimientos de ejecución hipotecaria la anulación de las cláusulas que fijan unos intereses de demora excesivos no podían acarrear consecuencias negativas para el consumidor, y esto era el único motivo que se podría tener para querer que se integrasen en el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de derecho dispositivo, y así evitar la nulidad total del contrato.*

analizaremos con la jurisprudencia del TJUE, y que tampoco se permite sustitución por una norma de derecho nacional interno, en cuanto a esto último, el TS prohíbe expresamente la posibilidad de acudir a normas de derecho supletorio que pudieran ser aplicables, porque esto mermaría el objetivo final de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, *estas consecuencias pasan por la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada*⁵².

Una vez dicho esto, debemos concretar cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula en los contratos hipotecarios. Se puede afirmar que la consecuencia de decretar la nulidad de una cláusula supone la prohibición de que el consumidor soporte los efectos que supondría su incorporación al contrato, y por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de los intereses moratorios, por encima del interés remuneratorio, aquí hay que aclarar que el TS diferencia el devengo de los intereses de demora de los remuneratorios y manifiesta que, el interés remuneratorio⁵³ se seguirá devengando debido a que persiste la causa que lo motivó, por tanto, a los intereses remuneratorios no les afecta la abusividad de los intereses de demora. Pero continua diciendo el TS en la sentencia de 22 de abril de 2015, que el incremento del tipo de interés que afecta a los intereses moratorios tiene que ser suprimido completamente, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan la abusividad⁵⁴. Tampoco es posible, según el TS, la modificación de la cláusula por aplicación del interés legal, pues este extremo, constituiría una integración de la cláusula abusiva.

⁵² AAP Barcelona, sección 14^a, de 14 de diciembre de 2016, núm. de recurso: 222/2015, núm. de resolución : 444/2016.

⁵³ *Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero, en tanto retribución o contraprestación por la entrega del capital prestado. Los intereses moratorios constituyen una sanción o indemnización por el retraso en el pago, anunciando un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto. Dada la distinta naturaleza, régimen y origen de ambos tipos de interés, por exigencias del principio de especialidad (art.12 LH) es necesario que se precise en qué medida están cubiertos por la garantía hipotecaria, no pudiéndose entender incluidos los intereses moratorios en la genérica cobertura real de intereses, sino que han de establecerse diferencialmente.* ACHÓN BRUÑÉN M, J. *La problemática de los intereses remuneratorios y moratorios en las escrituras de hipoteca.* 2014.

⁵⁴ STS de 22 de abril de 2015, núm. de recurso: 2351/2012, núm. de resolución: 265/2015. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 265/2015.

4. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El pasado mes de Noviembre de 2017 el Gobierno aprobó a través del Consejo de Ministros remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario, el cual está llamado a trasponer la Directiva 2014/17/UE⁵⁵ sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Por tanto, el primer objetivo, como ya se ha dicho, es la trasposición de la normativa europea, pero ya de la lectura de la exposición de motivos se desprende que pretende ir más allá, y que la finalidad última es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria. En cuanto al ámbito subjetivo, hay que destacar que este Proyecto amplía la protección de los consumidores, a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores, siempre que estemos ante préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles de uso residencial.

Este proyecto de Ley aporta importantes novedades en relación a la normativa hipotecaria en vigor, el primero de ellos, la regulación que hace de los intereses moratorios, la cual se encuentra en el artículo 23 y expone: *“En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. Y en su apartado segundo añade: *“Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”*.

Como se puede observar de la lectura de este artículo se puede subrayar que es un artículo semejante al que se encuentra ya en nuestro ordenamiento en la Ley Hipotecaria (114.3 de la Ley Hipotecaria). Según DÍAZ FRAILE, JM⁵⁶., con este precepto se trata de salir al paso de la situación creada por la falta de una norma en nuestro Ordenamiento que permita objetivar los límites de la abusividad en

⁵⁵ El Diario Oficial de la Unión Europea del día 28 de febrero de 2014 publicó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuya finalidad era, *“facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable”*.

⁵⁶ DÍAZ FRAILE, Juan María, *Intereses de demora en los préstamos hipotecarios*. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/intereses-demora-prestamos-hipotecarios-jurisprudencia-tribunal-supremo-y-compatibilidad-con-derecho-comunitario/#intereses>

esta materia, salvando la situación que, en defecto de tal norma de Derecho positivo vigente, trató de cubrir, en cuanto a la necesidad de un patrón objetivo de abusividad, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016. Según este mismo autor, resulta conveniente la adopción de una norma que determine un criterio legal de fijación del interés moratorio, evitando así la indeterminación sobre la abusividad que existe sobre este tipo de intereses.

En este sentido hay que recordar que la Directiva de 2014 prevé en su artículo 28.2 sobre los recargos al consumidor en caso de impago no podrán exceder de *lo necesario para compensar al prestamista de los costes que acarrea el impago*, lo que supondría una cifra por debajo de lo que establece el citado art.23 del Proyecto de Ley. Pero el artículo 28 continúa en su apartado 3 *se podrán imponer recargos adicionales, debiendo fijarse el valor máximo de los mismos*. Por tanto, el primer recargo, tiene un fin indemnizatorio, mientras que el segundo es de tipo punitivo.

Sin embargo el proyecto de ley fija el interés de demora en el tiple del interés legal del dinero, excluyendo la posibilidad de pactar una reducción, ya que se establece a través de una norma de carácter imperativo y además excluye la posibilidad del pacto en contrario. Esta imperatividad tiene como inconveniente la rigidez que introduce en la contratación, pero al mismo tiempo tiene como parte positiva la seguridad jurídica que introduce frente al control de abusividad, esta imperatividad introducida por el ya citado artículo 1.2 de la Directiva, supone que *las cláusulas contractuales imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva*, y por tanto tampoco al control de abusividad.

A juicio de DÍAZ FRAILE, es falso considerar que es necesario excluir la posibilidad de pacto para obtener dicha seguridad jurídica. Esto no es así, pues como se señala en la propia Directiva *“disposiciones legales o reglamentarias imperativas” incluye también las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes, cuando no exista ningún otro acuerdo*. Y así se desprende de numerosas sentencias del TJUE, por ejemplo de la de 26 de enero de 2017, o la más conocida, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, conforme a la cual *“para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si y, en su caso, en qué medida el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”*.

Por tanto, siguiendo de nuevo los planteamiento del citado autor, la norma proyectada en este Proyecto de ley, quizás debería configurarse como dispositiva, aplicable en defecto de pacto y sin perjuicio de éste, permitiendo así que pueda pactarse una cifra inferior en beneficio del deudor y de la competencia entre las entidades financieras, pues si nos fijamos en el artículo 7.1 de la Directiva comunitaria, corresponde a los Estados miembros velar por el interés de los consumidores y competidores profesionales y hacer por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas.

A parte, del art.23 referente a los intereses moratorios, también hay que hacer mención a la Disposición transitoria primera, sobre los contratos preexistentes y como abordar esta problemática, ya que la mayoría de contratos hipotecarios que contienen cláusulas abusivas son anteriores a la entrada en vigor de esta norma.

Según el proyecto presentado por el Gobierno *esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor*. No obstante, en el apartado segundo, matiza que las previsiones de esta Ley resultarán de *aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor*. Y que será el prestamista quien *deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 12 sobre normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente*. En el apartado tercero de esta disposición, se hace referencia al derecho de reembolso del prestatario de la siguiente manera, *Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 21⁵⁷*. Y por último, concluye con que los contratos de préstamos que tengan un vencimiento anticipado, que tengan lugar tras la entrada en vigor de esta norma, quedarán regulados por esta Ley, y añade *aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto*.

Sin embargo todo este articulado referente a los intereses de demora no ha quedado libre de controversia, como se verá en las múltiples e importantes enmiendas que se han hecho por parte de todos los grupos parlamentarios, y que veremos en el siguiente epígrafe.

Antes de entrar en las enmiendas a este proyecto de ley, veremos otras novedades introducidas por el Proyecto de Ley;

La primera de ellas, es la intención del legislador por dar una mayor transparencia a toda la fase precontractual. Para ello introduce una serie de medidas con el objetivo de aumentar las garantías para el prestatario, entre ellas que la entidad deba entregar al cliente, la ficha europea de información normalizada (FEIN) donde consten las condiciones básicas del préstamo, sobre esta ficha, el resto de partidos han introducido en sus enmiendas incluso un

⁵⁷ *En caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo.*

ejemplo detallado sobre todo lo que esta debería contener. A parte de ella, también se debería entregar una ficha específica donde se recojan aquellas cláusulas contractuales que puedan resultar de mayor complejidad o relevancia, y la información sobre las variaciones en los tipos de interés y cuál puede ser su efecto en las hipotecas de interés variable. También debe contener información sobre los posibles límites mínimos en el tipo de interés aplicable.

La segunda novedad trata de reforzar el control por parte de notarios y registradores. El notario pasa a tener una doble función, por un lado l asesoramiento y por otro la obligación de verificar toda la documentación certificando la comprensión y aceptación de las cláusulas del contrato por parte del prestatario. En cuanto a las funciones que deben asumir los registradores de la propiedad están obligados a denegar la inscripción de aquellas cláusulas contrarias a normas imperativas o declaradas nulas por sentencia judicial.

Otras de las medidas que introduce este proyecto de ley es que trata de incentivar las hipotecas de tipo fijo, y la conversión de las que sean de tipo variable a tipo fijo, ya que estas últimas suponen una mayor seguridad para el prestatario ante posibles subidas de los tipos de interés. En cuanto a las variaciones del tipo de interés, no se podrá modificar en perjuicio del prestatario durante el contrato, salvo acuerdo de las partes y siendo siempre ajustado a la alza o a la baja de un índice de referencia objetivo. Y en el caso de que el interés sea variable, el prestamista podrá utilizar como tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable, aquel que cumpla las siguientes características: *claro, accesible, objetivo y verificable. Que pueda calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el prestamista y por último, que los datos sirvan de base al índice sean agregados a través de procedimiento matemático objetivo.*

Como norma general, no se podrá cobrar ninguna comisión cuando se trata de préstamos hipotecarios a interés variable, si bien se admite que pueda pactarse una de estas dos opciones; *o bien una comisión máxima del 0'5% del capital reembolsado anticipadamente si este reembolso se produce durante los tres primeros años de vigencia del contrato, o bien un máximo de un 0'25% durante los primeros cinco años. En el caso de préstamos a tipo fijo esta comisión será como máximo de un 4% durante los primeros diez años y posteriormente de un 3%.*

Por último, el Proyecto de Ley identifica cuando cabe vencimiento anticipado del préstamo, la regulación anterior permitía ésta posibilidad a partir del impago de tres cuotas mensuales si así se hubiera pactado, aspecto muy discutido por los tribunales. El nuevo proyecto de ley distingue según el momento en el que se produce el impago y el número de cuotas vencidas y no satisfechas. Y establece dos requisitos que se deben dar conjuntamente, el primero, *que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.* Y en el segundo requisito, hace la ley una distinción, la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas, debe equivaler al menos: Durante la primera mitad de la existencia del préstamo se debe producir el impago de como mínimo 9 cuotas mensuales o bien que éstas representen al menos el 2% del capital concedido. A partir de ese momento, es decir, en la segunda mitad de la duración del préstamo, será necesario el impago de 12 plazos mensuales, o un número de

cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a 12 meses, o bien que éstas superen el 4% del capital concedido.

A modo de conclusión, cabe decir, que los intereses moratorios, que es lo que aquí nos compete, se establece el límite en el tiple del interés legal del dinero, lo que está muy por encima de lo fijado hasta ahora por el TS, que los limita a dos puntos por encima del interés remuneratorio y del resto de límites que se han impuesto hasta la actualidad, por lo que ha sido objeto de una importante crítica por parte del Consejo General del Poder Judicial, que veremos más adelante. Por lo que se prevén numerosos litigios en este aspecto, al igual que en otros muchos que este proyecto de ley deja al arbitrio de los tribunales. De todas formas, habrá que esperar al texto definitivo tras las enmiendas a la totalidad que se han hecho por todos los partidos políticos a este Anteproyecto de Ley. Enmiendas que vamos a ver a continuación, en lo referente a los intereses moratorios.

4.1 ENMIENDAS AL PROYECTO DE LEY

En este epígrafe realizaré un estudio de las enmiendas realizadas por los diferentes grupos parlamentarios al Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en concreto sobre el artículo 23 referente a los intereses de demora y la Disposición Transitoria Primera. Una vez vista la justificación que cada uno de ellos hace, realizaré a modo aclaratorio, un cuadro resumen con las diferentes propuestas de cada partido.

Siguiendo el orden que aparece en el BOE, comenzaré por las propuestas hechas por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la enmienda número 50, este partido propone un texto de sustitución para el art.23, estableciendo que los intereses de demora serán en todo caso de dos puntos sobre el interés remuneratorio, si lo hubiera. Por tanto sigue la doctrina tanto del TJUE (Sentencia de 14 de marzo de 2013; de 26 de enero de 2017 y la de 21 de enero de 2015) y la del TS (Sentencia de 22 de abril de 2015), que en su fundamento jurídico segundo, establece que *“el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar el interés de demora”* en esta sentencia se refiere a los préstamos personales concertados con consumidores.

Esto evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, pero a su vez, indemniza proporcionalmente a prestamista por los daños por el retraso del condenado en el cumplimiento de su obligación. Y continúa diciendo que *“la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales”*.

Además, según lo visto en esta sentencia el artículo 114.3.h) para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, por tanto no hay razones para separarse del criterio adoptado por la sentencia de 22 de abril de 2015 del TS, para los préstamos personales.

En cuanto a los efectos de debe tener la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios abusivos, *por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado*. Si existiendo una cláusula similar como es la del artículo 114 LH introducida por la Ley 1/2013, el Tribunal Supremo en su labor de complemento del ordenamiento jurídico debería moderar dicha cláusula en la nueva Ley, por lo que mejor fijar ese criterio directamente.

Por lo tanto, según este partido político, *por seguridad jurídica mejor aplicar directamente el razonamiento del Tribunal Supremo y fijar los intereses de demora en 2 puntos sobre el interés remuneratorio de cada cuota vencida y no pagada, no del total préstamo pendiente máxime cuando no se sabe cuál es el afán de fijar el tipo de demora en el triple de interés del dinero cuando actualmente el precio del dinero es 0% de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada (daños reales del prestamista) no excederán mucho de tal tipo (0%)*.

En cuanto a la enmienda que este grupo parlamentario hace de la disposición transitoria primera, es una enmienda de gran trascendencia pues establece todo lo contrario a la propuesta del Gobierno. En la enmienda número 66, el grupo parlamentario de Podemos establece que esta ley debería ser aplicable también a los préstamos hipotecarios anteriores a su entrada en vigor. Ya que de nada serviría esta regulación sino para toda la problemática suscita, ya que la mayoría de estos contratos ya están firmados, además, de no ser así, habría una discriminación entre consumidores. Por tanto deberían revisarse los contratos preexistentes, y continúa el precepto diciendo que esta revisión deberá ser a instancia del prestatario, para adaptar su contrato a la nueva norma. Y por último matiza, que los contratos que ya hayan sido objeto de reclamación judicial pero estén pendientes de resolución, podrán también acogerse a esta regulación, solicitando la suspensión del procedimiento. Los únicos que quedan a salvo, *son las acciones judiciales derivadas de los contratos cuyos importes provengan de la aplicación al prestatario de las cláusulas limitativas de los derechos de interés a la baja o cláusulas suelo, índice IRPH, la de interés de demora por encima de los 2 puntos sobre el remuneratorio pactado, la de gastos de constitución y formalización del crédito o préstamo hipotecario, comisiones, vencimiento anticipado, y cualquier otra que se declare abusiva, para instar reclamación judicial pertinente*.

Seguimos ahora por las enmiendas pretendidas por el Grupo Socialista, que propone la modificación del artículo 23, quedando de la siguiente manera redactado en cuanto a los intereses moratorios, *el interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible, más 2 puntos. Los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación*.

Entiende este grupo que este tipo de interés de demora es coherente con el establecido por el TS en cuanto al criterio que señala en diversas sentencias sobre que serán abusivos los intereses de demora cuando superen en 2 puntos el interés remuneratorio. También lo consideran coherente en referencia al artículo 576 LEC para la mora procesal y al criterio establecido por el TJUE en cuanto a que el

interés de demora debe ser el suficiente para no incentivar a los deudores a incumplir sus pagos pero a su vez ser proporcional al gasto y también al perjuicio causado al prestamista.

Respecto de la disposición transitoria primera, el grupo parlamentario socialista propone un texto de modificación del apartado cuarto, en este caso, este grupo opta por la implantación de un régimen transitorio para los contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, y establece dos supuestos dependiendo de si se ha declarado o no la nulidad de la cláusula judicialmente; el primer caso, cuando sí se haya declarado la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, esta nulidad estipula que el prestamista ni pueda instar otro procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales contra el deudor. El segundo caso que contempla esta disposición regula el caso en el que no hay declaración judicial de nulidad, en estos contratos, aunque se hayan celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, se aplicará el régimen previsto del artículo 22,⁵⁸ referente al vencimiento anticipado.

Siguiendo con el orden propuesto por el BOE, continuamos ahora con las enmiendas propuestas por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana en una primera enmienda sobre el apartado uno del artículo 23, propone un texto modificativo, suprimiendo la palabra concluido (préstamo concluido) debido a que a su parecer conduce a error, por entenderse que se refiere a los casos en los que la entidad financiera ha ejercido el vencimiento anticipado. Lo siguiente que proponen variar es que este artículo se aplique a préstamos que se hayan declarado vencidos anticipadamente por la entidad prestamista por la existencia de cuotas de amortización impagadas. En esta primera enmienda que proponen, el interés de demora que fijan es el mismo que el propuesto por el proyecto del gobierno, el triple del interés legal del dinero que sólo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago. En cuanto a la capitalización tampoco hacen, en este primer momento, ninguna modificación en esta enmienda sobre el texto del gobierno.

⁵⁸ «Artículo 22 Propuesto por el grupo parlamentario socialista. *En los contratos de préstamo cuyo prestatario sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir la propiedad sobre terrenos o inmuebles para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al 5% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 9 plazos mensuales (...). ii. Al 10% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales (...). c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos 15 días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. 2. No se admitirá pacto en contrario, salvo que este sea más beneficioso para el consumidor.»*

A continuación en la enmienda núm. 172 este grupo parlamentario propone una nueva modificación del artículo, esta vez sobre el tipo de interés, proponiendo que no podrá ser superior a dos puntos sobre el interés remuneratorio y no podrán ser capitalizados en ningún caso. En cuanto a la justificación que hacen de esta propuesta, se basan en la jurisprudencia del TS y más en concreto en las sentencias de 22 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. En las que el TS afronta el asunto de cuáles deben ser los parámetros para considerar abusiva una cláusula de interés de demora y los efectos de la declaración de abusividad.

Pero las modificaciones que propone Esquerra Republicana no se quedan solo aquí, sino que proponen también la modificación del segundo apartado del artículo 23, dejando de la siguiente manera *“las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo admitirán pacto en contrario siempre y cuando sea para establecer el mismo por debajo de límite de 2 puntos sobre el remuneratorio pactado y como máximo el triple del interés legal del dinero”*.

Ulteriormente a la modificación legislativa del artículo 114 de la LH, desde la reforma que hizo la ley 1/2013 de 14 de mayo, la jurisprudencia del TS referente a los intereses de demora puso su límite en 2 puntos por encima del remuneratorio pactado. En su justificación Esquerra republicana argumenta que hay que tener en cuenta que en estos contratos y sobretodo en los que se fija un interés variable, el tipo de interés remuneratorio que se pacta suele estar compuesto como índice de referencia por el EURIBOR en un 90% y por el IRPH en el otro 10%, más un margen diferencial, que suele situar dichos tipos de interés remuneratorio más el margen por debajo o al mismo nivel que el interés legal establecido por ley en cada momento. La presente norma lo que hace es instaurar el triple del interés de demora que actualmente los prestatarios soportan y no superaría el filtro de abusividad por ninguno de nuestros tribunales en la inmensa mayoría de casos de casos. Asimismo el artículo 114 de la LH establece el triple del interés legal con carácter de tope máximo, por lo que no puede fijarse uno superior, pero sí, por pacto entre las partes, uno inferior, lo que quedaría anulado por este proyecto de ley, al establecer en su artículo 23 que no se admite pacto en contrario, por lo que el proyecto de ley del gobierno convierte este triple del interés legal del dinero en una norma de obligado cumplimiento para ambas partes. Y para aclararlo el grupo parlamentario Esquerra Republicana que introduce esta enmienda *para permitir pactos en contrario siempre y cuando sea para establecer tipos por debajo del límite de 2 puntos sobre el remuneratorio y como máximo el triple del interés legal del dinero*, pone un ejemplo aclaratorio de la situación que podría llegarse a dar según las estipulaciones establecidas por el Gobierno en su proyecto de ley, puede que un préstamo obtenido a un 5% fijo tenga que soportar un tipo de interés de demora de un 7%, resultado de sumar 5+2puntos, y por tanto inferior al 9% que sería el triple del interés legal del dinero.

Respecto a la enmienda que este mismo grupo parlamentario hace de la Disposición transitoria Primera respectiva a los contratos preexistentes, se propone la modificación de esta disposición en cuanto a que esta ley no será de aplicación a los contratos anteriores salvo voluntad del prestatario que así lo

expresé y solo respecto a las disposiciones que resulten más favorables que las estipuladas en su contrato. Se propone también, la eliminación del segundo párrafo de esta enmienda referente a la novación y subrogación. Y se introduce en el tercer párrafo *que cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 21 (novación del tipo de interés o subrogación por tercero..)*. Y por último introducen una novedad en el apartado cuarto, dejando a voluntad del prestatario acogerse a la regulación de esta ley en cuanto al vencimiento anticipado para los nuevos préstamos, y para los ya existentes. Y se introduce como frase final: *“Esta norma tendrá carácter dispositivo para el prestatario e imperativo y de obligado cumplimiento para el prestamista”*.

Esta última frase denota que para este grupo parlamentario sino se atenta contra el principio básico de irretroactividad de las normas menos favorables, aquí para el prestatario y por eso eliminan el segundo párrafo de esta disposición transitoria del gobierno ya que abre la puerta a que una vez haya novación o subrogación en un préstamo ya existente, toda la presente normativa le resulte de aplicación. Y esto generaría una situación en la que los prestamistas tratarían de hacer novaciones en el préstamo con pequeñas concesiones a cambio de que todo el contrato de préstamos se regulase por la presente norma que resulta más beneficiosa a los prestamistas.

Por tanto, si ya es grave que esta norma no entre a solucionar muchos de los problemas ya existentes, más grave es aun, que provoque la aplicación de normas más perjudiciales con carácter retroactivo. Y a esto, se une la situación que crea para los vencimientos anticipados que será de inmediata aplicación para todos los contratos tanto preexistentes como los nuevos, incluso aunque tuvieran estipulaciones al respecto.

Pasamos ahora a las enmiendas introducidas por el Grupo Parlamentario Ciudadanos al artículo 23, en este caso para los préstamos concluidos por un consumidor el interés de demora será como máximo de dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado. Y se introduce en un segundo párrafo, *que todo pacto que contravenga las reglas prevista en el apartado anterior, en perjuicio del consumidor, será nulo de pleno derecho y no producirá efectos, suponiendo, en todo caso, la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses moratorios*.

Esta modificación está bajo el paraguas del criterio de protección de los consumidores dictado por el TS en numerosas sentencias. Y consideran que el criterio del art.576 de la LEC, sobre los intereses de mora procesal, es el más idóneo para fijar los intereses de demora. Además tiene un ámbito de aplicación general que evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, y así indemnizar al prestamista y disuadir al prestatario a excederse en el impago.

Por otro lado, este grupo parlamentario introduce dos nuevos artículos, el artículo 23 bis y ter. El primero de ellos referente a los gastos derivados del préstamo, considerando de forma general que cuando el prestatario sea consumidor, se considerara nula la cláusula que le atribuya todos los gastos y esto según la Sentencia del TS 705/2015, de 23 de diciembre.

En el artículo 23 ter introduce un texto nuevo referente a los límites a la variación a la baja del tipo de interés. Referente a que cuando estemos ante un consumidor, será nula la cláusula que fije un límite a la variación a la baja del tipo de interés y tengan al menos una de estas características: *a) que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a la subida. b) que el límite a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50% del valor del índice de referencia, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1%.*

Este grupo parlamentario no hace enmiendas a la disposición transitoria primera.

Por último, vamos a ver la enmienda establecida por el Grupo Parlamentario Mixto al artículo 23, el cual fija el interés de demora que será como máximo el doble del tipo de interés legal del dinero. La justificación de este tipo la hacen en función de la jurisprudencia del TS que va esta dirección, por lo tanto para evitar más confusión sobre este tema se debería seguir el límite propuesto por el TS y se debería analizar la conveniencia de reformar el art.114 de la LH.

Tras el análisis pormenorizado de las enmiendas propuestas por los diferentes Grupos Parlamentarios sobre los intereses moratorios que se deberían fijar y sobre qué créditos debería entrar en juego esta nueva normativa, haré dos cuadros resumen con todo lo visto tanto del artículo 23, como de la Disposición Transitoria primera.

Tabla 1: Cuadro Comparativo; Enmiendas al art.23 referente a los intereses moratorios⁵⁹

	Proyecto del Gobierno	Unidos Podemos.	Grupo Socialista	Ciudadanos	Esquerra Republicana	Grupo Parlamentario Mixto
Art.23 Intereses de demora	<p>Prestamos concluido por p. Física, garantizado con hipoteca sobre inmuebles de uso residencial.</p> <p>El triple del interés legal del dinero vigente durante el periodo exigible.</p> <p>Solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.</p> <p>No pueden ser capitalizados excepto, art.579.2 a) LEC.</p> <p>No admite pacto en contrario</p>	<p>Será en todo caso 2 puntos sobre el interés remuneratorio, si lo hubiera.</p> <p>Solo podrán devengarse sobre las cuotas pendientes de pago.</p> <p>No pueden ser capitalizados en ningún caso.</p> <p>No admite pacto en contrario</p>	<p>El interés legal del dinero vigente en el periodo exigible más 2 puntos.</p> <p>Solo podrán devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación.</p> <p>No podrán ser capitalizados, excepto art.579.2 a) LEC.</p> <p>No admite pacto en contrario</p>	<p>Máximo 2 puntos sobre el interés remuneratorio pactado.</p> <p>Solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.</p> <p>No podrán ser capitalizados, excepto art.579.2 a) LEC.</p> <p>Todo pacto que contravenga, en perjuicio del consumidor, será nulo de pleno derecho y no producirá efectos, suponiendo la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses moratorios.</p>	<p>Para préstamos vencidos anticipadamente por la existencia de cuotas de amortización impagadas y otorgada por persona física, garantizado con hipoteca sobre inmuebles para uso residencial.</p> <p>No superior a 2 puntos sobre el remuneratorio</p> <p>No capitalización en ningún caso</p> <p>Admitirán pacto en contrario cuando establezcan el interés demora por debajo del límite de 2 puntos sobre el remuneratorio pactado y como máximo el triple del i legal</p>	<p>Como máximo el doble del tipo de interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo exigible.</p> <p>Solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y no podrán ser capitalizados, salvo 579.2 a) LEC.</p>

⁵⁹ Fuente: Elaboración propia

Tabla 2: Cuadro Comparativo; Enmiendas a la Disposición Transitoria Primera, referente a los contratos preexistentes.⁶⁰

	Proyecto del Gobierno	Unidos Podemos	Grupo Socialista	Esquerra Republicana
Disposición Transitoria Primera: Contratos Preexistentes	<p>No aplicación a los préstamos anteriores a la entrada en vigor, salvo novación o subrogación posterior.</p> <p>El prestamista deberá informar de las modificaciones.</p> <p>El prestatario derecho de reembolso anticipado ante novación del tipo de interés o subrogación de tercero.</p> <p>Regulados por esta Ley los vencimientos anticipados incluso de los contratos anteriores, o con estipulación al respecto.</p>	<p>Aplicación a los contratos de préstamos anteriores a la entrada en vigor.</p> <p>Revisión a instancia del prestatario de las condiciones del contrato, para adaptarlo.</p> <p>Contratos objeto de reclamación judicial pendientes de resolverse podrán acogerse a esta ley. Se obliga al prestamista a adaptarse a la nueva normativa.</p> <p>No para acciones judiciales derivadas de contratos cuyos importes provengan de la aplicación de cláusulas limitativas de derechos de interés:</p> <ul style="list-style-type: none"> -a la baja o cláusula suelo -índice IRPH -interés de demora superior a 2 pts sobre remuneratorio -gastos de constitución -comisiones -vencimiento anticipado -otra que inste reclamación judicial pertinente 	<p>Régimen transitorio para contratos anteriores a la entrada en vigor:</p> <p>En caso de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, el prestamista no puede instar procedimiento de ejecución de títulos extrajudiciales contra el deudor.</p> <p>Si no hay declaración judicial de nulidad, aunque sean anteriores a la entrada en vigor se aplica esta Ley (art.22)</p>	<p>No será de aplicación salvo voluntad expresa del prestatario y solo respecto de las disposiciones más favorables respecto a su contrato.</p> <p>Eliminación del párrafo 2º.</p> <p>El prestatario derecho de reembolso anticipado ante novación en el tipo de interés o subrogación de tercero.</p> <p>Si fuera voluntad del prestatario, queda regulado por esta ley el vencimiento anticipado, aunque el contrato fuese anterior o estipulación al respecto. Esta norma será dispositiva para el prestatario e imperativa y de obligado cumplimiento para el prestamista.</p>

⁶⁰ Fuente: Elaboración propia.

5. INFORME DEL CONSEJO DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La norma sobre intereses de demora ha sufrido una importante crítica por parte del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en su informe de 5 de mayo de 2017, que analizaremos en las siguientes líneas, así como por el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de septiembre de 2017.

Ante la diversidad de criterios sobre el tema que aquí nos concierne, el Consejo del Poder Judicial y persiguiendo la efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales.

El anteproyecto de ley (AL) que se somete a informe tiene por objeto *la incorporación al ordenamiento español del régimen de protección previsto en la 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*. En resumen, se trata de incorporar al ordenamiento interno el régimen de protección que establece Europa a los consumidores, y más en concreto a los deudores o garantes de préstamos o créditos hipotecarios.

La importancia que aquí radica se debe al interés público que subyace detrás de los contratos de rédito inmobiliario, como se pudo comprobar durante la crisis financiera, agravado por el comportamiento de las entidades crediticias, todo ello puso en riesgo los cimientos del sistema financiero y tuvo graves consecuencias sociales y económicas.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe es crítico, por entender que la cuantía en que se fijan los intereses de demora excede de todas las pautas que actualmente se pueden tomar como orientación. En concreto excede con mucho del criterio del artículo 1.108 del Código civil (interés legal del dinero), del interés de demora a favor de la Hacienda pública (125% del interés legal, es decir, un 3,75%), del interés de demora procesal (interés legal del dinero incrementado en dos puntos), y del interés de demora que fijado por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2016 (dos puntos por encima del interés ordinario), que es el actualmente aplicado de forma generalizada en los préstamos hipotecarios. Por tanto, la Directiva, que se configura como una directiva de mínimos persigue establecer un marco jurídico armonizado que garantice una protección adecuada a los consumidores.

Como acabamos de poner de manifiesto, la regulación de los intereses es dispersa y asistemática, por lo que hubiera sido preferible, una Ley que no solo traspusiese la Directiva 2014/17, sino que hubiese armonizado y ordenado la regulación existente.

La disposición final decimocuarta del AL contiene una habilitación general al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la ley, y para el desarrollo por Real Decreto de las disposiciones relativas a:

- Información precontractual
- Transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de préstamos
- Establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria

Pasaremos ahora a hacer un análisis más pormenorizado del informe; Empezando por la necesidad de este informe debido a la diversa y contradictoria jurisprudencia de los tribunales en esta materia, el legislador ha ido adaptando progresivamente la legislación procesal a lo que marcaba el TJUE en cuanto a protección de los consumidores y en la aplicación de la ya muy citada Directiva 93/13. A pesar de este intento por apartarse a los criterios marcados por la jurisprudencia europea, la armonización en los procedimientos nacionales es escasa, y es mayor cuando hablamos de aplicación de la Directiva, ya que entramos en el ámbito de la autonomía procesal que corresponde a cada estado. Por ello, y tratando de dar un paso más en la homogenización, el TJUE ha marcado que las normas procesales deben cumplir dos condiciones: No deben ser menos favorables y no deben suponer la imposibilidad del ejercicio de los derechos conferidos por la unión. La primera condición se correspondería con el principio de equivalencia y la segunda con el principio de efectividad.

Cuando el TJUE ha evaluado nuestro sistema procesal en relación a estos dos principios el resultado ha sido desfavorable, por lo que el legislador español ha tenido que ir introduciendo las modificaciones exigidas por el Tribunal de justicia, en dos aspectos fundamentalmente; en la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas tanto en procesos monitorios como de ejecución así como en lo referente al derecho de los deudores a interponer un recurso cuando se desestimen su oposición a la ejecución. Estos aspectos sobre los que incide el TJUE los vamos a poder ver sentencia por sentencia en el siguiente epígrafe de este TFG.

En cuanto a las consideraciones del otro tribunal que aquí entra en juego, el Tribunal Supremo, se ha pronunciado sobre la abusividad de este tipo de cláusulas en la STS 364/2016 examina el control de contenido de la cláusula de intereses atendiendo a los criterios fijados por la jurisprudencia europea para determinar en qué circunstancias existe un desequilibrio entre derechos y obligaciones, y detectar cláusulas abusivas en base a la aplicación de la Directiva 93/13 y la normativa protectora de los derechos de los consumidores. Esta sentencia tuvo a la vista el nuevo artículo 114.3⁶¹ introducido por la Ley 1/2013 concluyendo que este límite no garantiza el control de abusividad, y no excluye el control sobre los intereses moratorios que puedan implicar una indemnización desproporcionadamente alta. Por tanto, se deben establecer otro parámetro de referencia para determinar el límite de estos intereses y donde se marca la línea de la abusividad. Tal y como señala la jurisprudencia nacional y europea este artículo tampoco puede usarse como derecho supletorio cuando se declare abusiva la

⁶¹ Los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo se devengarán sobre el principal pendiente de pago.

cláusula sobre intereses moratorios, pues la cláusula declarada abusiva no puede ser integrada mediante la aplicación del derecho nacional.

Debido a esto es necesario fijar un nuevo parámetro que marque cuando los intereses moratorios pasan a ser abusivos, para ello el Alto tribunal se fija en el criterio seguido por la STS 265/2015 de 22 de abril, que a su vez establece como límite el fijado en el art.576 de la LEC, por tanto, el límite a la abusividad quedaría fijado en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

La sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, reitera el criterio establecido en anteriores sentencias y se centra también en como examinar si una cláusula relativa al cálculo de intereses ordinarios es abusiva, el órgano jurisdiccional deberá comparar el modo de cálculo del tipo de interés ordinario previsto en la cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en el momento que se celebró el contrato.

Otro de los aspectos cruciales en el informe es el control de la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamos hipotecarios, ya que para ser declaradas abusivas deben cumplir con las condiciones marcadas por el TJUE. En la STJUE de 26 de enero de 2017, se concluye que la Directiva 93/13 se opone al artículo 693.2 de la LEC, *que prohíbe al juez nacional que ha determinado el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de derecho nacional.* De este modo, se declara abusiva y por tanto nula una cláusula de vencimiento anticipado cuando el prestamista, pese a constar un pacto que le autorizaría a declarar vencida anticipadamente la obligación, no lo hubiese hecho y hubiese esperado a que se dieran los supuestos del art.693.3 LEC, el cual no sirve como referente para declarar la abusividad, ni es supletorio para integrar cláusulas nulas por abusividad.

Por último, y no menos importante, debe destacarse otro de los problemas que afecta a los tribunales civiles, y es el relativo a la imposición al prestatario del pago de todos los gastos, incluidos los tributarios. El problema viene en determinar un criterio de imputación de estos gastos, este problema viene cuando este problema se magnifica debido a la cantidad de hipotecas que afecta y con ello a la multitud de consumidores, volviendo así al tema principal la protección de los consumidores y así al objeto de la ley de establecer unas normas de protección de los consumidores.

6. NUEVA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El pasado 16 de marzo se publicó finalmente y tras mucho debate la nueva Ley 5/2019 para la trasposición de la ya citada directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del consejo y su primordial objetivo es crear un clima de seguridad jurídica en los contratos de crédito hipotecario, para así restablecer la confianza y el equilibrio entre las partes, tanto para los adquirientes de una vivienda como para las entidades crediticias.

La regulación que hace la ley se puede separar en tres categorías, primero se centra en las normas de transparencia y conducta que tratan de imponer obligaciones a los prestamistas, entre ellas la evaluación de previa de la solvencia del deudor o el establecimiento de normas de conducta para los prestamistas. En segundo lugar, regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y, por último, establece un régimen sancionador para cuando se produzcan incumplimientos de las obligaciones contenidas en la ley. Pero esta ley va un paso más allá de lo fijado por la Directiva buscando mayores garantías y proponiendo mecanismos de solución de conflictos además extiende su régimen de protección a todas las personas físicas, y no solo a los consumidores. El objetivo final que busca esta nueva ley es una regulación más clara y sencilla que evite dudas interpretativas y refuerce las garantías de los prestatarios, *estableciendo normas de protección de los deudores y/o garantes de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial*, para así llegar a evitar la ejecución judicial y la pérdida de la vivienda, ya que al final estamos tratando de un derecho fundamental.

La estructura de la Ley se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos aborda las disposiciones generales, el segundo establece las normas de transparencia y conducta para la concesión responsable y transparente de préstamos hipotecarios buscando un mercado único europeo, este capítulo recoge también las normas de conducta que tanto los prestamistas como los intermediarios de crédito inmobiliario deben cumplir durante todo el proceso de contratación, con esto la ley pretende que el prestatario reciba toda la información, que como se puso de manifiesto a raíz de la crisis económica, no era lo que sucedía, ya que muchas veces, los deudores no sabían lo que llegaban a firmar. La ley en cuanto a estos aspectos establece que los prestamistas deben actuar de manera honesta y transparente respetando siempre los derechos e intereses de los prestatarios desde la concesión de los créditos hasta la ejecución de los contratos de préstamo, siempre cumpliendo con los deberes de información al prestatario, tanto es así, que esta ley fija un artículo específico para la información básica que debe contener la publicidad de los préstamos inmobiliarios (art.6), otro sobre la información general de los préstamos inmobiliarios (art.9) y una sección entera sobre las normas de conducta (sección 2ª), esta sección acaba con el art.21 sobre las variaciones en el tipo de interés, en cuanto a ello, no se permite la modificación del tipo de interés en perjuicio del prestatario durante la duración del contrato, excepto que exista un acuerdo entre las partes por escrito. Cuando estemos en un préstamo de interés variable, la nueva ley establece que se podrán utilizar como tipos para calcular el interés aplicable aquellos que sean

claros objetivos y verificables tanto para las partes como para las autoridades, como podemos observar esta primera condición es bastante abierta, por lo que el artículo continúa diciendo que deberán calcularse a coste de mercado y que los datos que sirvan de base sean obtenidos a través de procedimientos matemáticos objetivos. Y, por último, no se podrán fijar intereses variables con un límite a la baja, quedando así prohibidas las famosas clausulas suelo.

En cuanto a la fijación del interés remuneratorio, este mismo artículo 21, establece que no podrá ser nunca negativo.

En la sección tercera de este segundo capítulo se aborda la regulación de las clausulas de vencimiento anticipado y, la materia que aquí más nos concierne, la fijación de los intereses de demora (artículo 25⁶²), el carácter que toma aquí la ley es marcadamente imperativo eliminando el hasta ahora grado de autonomía que tenían “las partes”, por no decir la entidad financiera, a la hora de fijar estas clausulas en los prestamos hipotecarios, estableciendo así un mayor grado de seguridad jurídica en estos contratos. En cuanto a los intereses moratorios, sustituye el régimen existente hasta el momento, que únicamente marcaba el límite máximo, creando un criterio inequívoco para su determinación, estableciéndolos tres puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio, y prohibiendo que pueda existir pacto en contrario sobre esta materia en el contrato. Prosiguiendo con la estructura de la Ley, los dos siguientes capítulos abordan el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y el régimen sancionador de los intermediarios de crédito, respectivamente.

La Ley acaba con las disposiciones adicionales y finales, que regulan ámbitos específicos y bastante variopintos vinculados con el régimen jurídico de los contratos de crédito inmobiliario, en estas disposiciones, y enumeraré a continuación únicamente las que más nos afectan a la materia estudiada, dejando a un lado aspectos como la educación financiera a los consumidores, se establece el carácter no retroactivo general de las disposiciones, excluyendo el vencimiento anticipado de los contratos que tengan lugar a partir de la entrada en vigor, aunque el contrato se haya celebrado con anterioridad, excepto que lo ya previsto sea más favorable para el prestatario.

En cuanto a las disposiciones finales, la primera de las dieciséis sobre la modificación de la Ley Hipotecaria para integrar en ella las mejoras a la protección de los prestatarios en cuanto a los intereses moratorios y el vencimiento anticipado, por lo que se modifica el párrafo tercero del artículo 114 de la LH⁶³ y el

⁶² 1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

⁶³ El párrafo tercero del artículo 114 queda redactado de la siguiente forma:

«En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel

en cuanto al vencimiento anticipado se añade un nuevo artículo 129 bis⁶⁴ a la LH, que hace una distinción entre si el vencimiento se da en la primera mitad de la duración del préstamo o en el tramo final. También la disposición final decima que modifica el Real Decreto-Ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos con el objetivo de que el código de buenas prácticas acabe siendo obligatorio y se vean beneficiados aquellos deudores más vulnerables, en el umbral de exclusión.

Por tanto, vemos como esta ley trata de dar una mayor seguridad jurídica, transparencia y hacer mas accesibles los contratos de préstamo hipotecario no solo a los prestatarios, también a los fiadores y garantes de estos contratos, ampliando así el ámbito de protección a todas las personas físicas y buscando, al final, el tan ansiado equilibrio entre las partes. Hemos visto como con la aprobación de esta nueva ley la regulación actual se modifica sustancialmente y que no solo traspone la Directiva europea, sino que va un poco más allá.

resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario.»

⁶⁴ Tratándose de un préstamo concluido por persona física y garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (...), perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo.

Las reglas contenidas en este apartado no admitirán pacto en contrario.»

7. JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Desde la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), la cual ya hemos comentado en epígrafes pasados, y por tanto solo pasaremos por ella, sin entrar en detalles. Esta sentencia declara que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria, en concreto arts.695 y 698 LEC, es contrario a la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la obligación que impone al consumidor de acudir a un ulterior proceso declarativo para discutir sobre la abusividad de las cláusulas del contrato de crédito hipotecario. Yendo esto contra el fin de la directiva que es establecer un régimen de protección a los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas no negociadas individualmente entre comerciantes y consumidores, sobre la base de que el consumidor se encuentra en una posición inferior. Sobre estos aspectos se han dictado toda una serie de sentencias tanto comunitarias, como de nuestro TS, que ponen en duda determinados aspectos del ordenamiento español referentes a las cláusulas abusivas, su tratamiento y consecuencias a lo largo de la ejecución hipotecaria.

Sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Asbeek Brusse, de Man Garabito.

En esta sentencia se examina la declaración de oficio de este tipo de cláusulas y la interpretación de la Directiva 93/13 en las funciones que le corresponden al juez nacional en el marco de los contratos de arrendamiento de vivienda entre un arrendador de carácter profesional y un arrendatario particular.

Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, caso Unicaja, Caixabank.

En esta sentencia el tribunal europeo, que se dictó tras la interposición de una cuestión prejudicial por parte del juzgado, núm. 2 de Marchena, se pronuncia sobre las facultades de los tribunales nacionales para la apreciación de la abusividad en las cláusulas que fijan el interés moratorio y sobre las consecuencias de la declaración de nulidad, más en concreto sobre si el juez nacional puede recalcular el interés.

“El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

-No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

-no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3.1 de la citada Directiva.”

En cuanto a la posible integración de estas cláusulas, esta sentencia defiende que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria la anulación de las cláusulas que fijan el interés de demora *no podía acarrear consecuencias negativas*

para el consumidor, que es la única posible razón que justificaría que se integrasen mediante normas supletorias de derecho dispositivo, para así evitar la nulidad del contrato.

A tenor de la doctrina del TJUE se ha implantado la tesis de que existe un deber para los tribunales de apreciar de oficio la abusividad en las cláusulas de los créditos hipotecarios. Según GILI SALDAÑA⁶⁵ este deber tendría un efecto disuasorio en la utilización de cláusulas abusivas por parte de las entidades, a la vez que permitiría restablecer el carácter justo y equilibrado de los contratos de adhesión, compensando el desequilibrio existente entre las partes. Recopila la mencionada autora las directrices europeas más destacadas sobre la posible apreciación de oficio de las cláusulas abusivas, que a continuación citaré:

- El juez nacional puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando examine la admisibilidad de una demanda ante los tribunales ordinarios. (STJCE 27 de junio de 2000; Caso Océano Grupo Editorial S.A. y otros contra Rocío Murciano Quintero y otros).
- El juez nacional debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y debe abstenerse de aplicarla si considera que es abusiva, salvo que el consumidor se oponga. (STJCE de 4 de junio de 2009). (STJUE 14 de junio de 2010; Caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino).
- El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco de un procedimiento de cesación y, si declara abusiva, debe extender los efectos de la sentencia a cualquier consumidor, aunque no haya formado parte del procedimiento. Asimismo, debe aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado contratos a los cuales les sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por la cláusula abusiva. (STJUE 26 de abril de 2012; Caso Nemzeti Fogyasztó-védelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt).
- Es contraria a la Directiva 93/13/CEE una normativa que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. (STJUE 14 de marzo de 2013; Caso Mohamed Aziz contra Caixa de Catalunya, Tarragona i Manresa).

⁶⁵ GILI SALDAÑA, M. *Los efectos de la declaración de abusividad tras la aprobación de la Ley 3/14 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU. La Ley mercantil, núm. 10, 2015, LA LEY.*

- El juez nacional que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de una cláusula contractual incluida en un contrato entre un profesional y un consumidor, y que está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad y para recalificar en su caso el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esa cláusula, debe apreciar, de oficio, el carácter abusivo de la misma, debe deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nazcan de esa constatación y debe apreciar si el contrato afectado puede subsistir sin la cláusula nula. (*STJUE 30 de mayo de 2013; Caso Erika Joros contra Aegon Magyarorszá Hítel Zrt*).

8. JURISPRUDENCIA DEL TS

La abusividad de los intereses moratorios ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por lo que en los últimos años se ha ido creando un abundante cuerpo jurisprudencial en materia de protección de los consumidores y usuarios. Esto ha venido motivado por los dictámenes del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 93/2013/CEE tras las cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales españoles, que han ido orientando la doctrina de la Sala Primera del TS, creándose así, una doctrina acorde a los nuevos tiempos.

Según MADRID RODRIGUEZ⁶⁶, la respuesta que venían dando los tribunales españoles a la abusividad de los intereses moratorios ha ido evolucionando desde el punto estrictamente contractual hasta un estado de máxima intervención y declaración de oficio de su nulidad radical.⁶⁷

Según las Directrices europeas, los tribunales deben examinar y declarar de oficio las cláusulas abusivas y para ello hay que abordar la cuestión de qué proporción debe usarse para determinar si nos encontramos ante un interés abusivo o no y qué efectos tiene la declaración de esta abusividad. Estas cuestiones son las que aborda la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 22 de abril de 2015, que veremos a continuación, y que trata sobre el la abusividad del interés de demora en un préstamo personal y los efectos de la declaración de nulidad.

La **STS de 22 de abril de 2015**⁶⁸ fija la doctrina jurisprudencial en cuanto a que *en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio*

⁶⁶ MADRID RODRIGUEZ, F. *El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia*. Derecho de los Negocios. La Ley, 2013.

⁶⁷ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*. Pags.237 y ss.

⁶⁸ STS de 22 de abril de 2015, núm. de recurso: 2351/2012, núm. de resolución: 265/2015

pactado. Poniendo así en tela de juicio el art.114.3 LH para los préstamos de carácter personal, y no hipotecario.

Antecedentes de hecho: el Banco Santander S.A. interpone una demanda en reclamación de cantidad por impago de préstamo de 12.729,61€, documentado en póliza de fecha 26 de noviembre de 2007 y con vencimiento el 26 de noviembre de 2012. El préstamo devengaba un interés anual del 11,80% y un interés de demora del 21,80% anual. En la demanda se alegaba que el demandado había dejado de abonar las cuotas desde abril de 2008. Por lo que se le reclamaba 16.473,76€ más otros 4.942,13€ referentes a los intereses de demora pactados. La parte demandada alegó que los intereses moratorios eran excesivos, instando la moderación de los mismos hasta el límite de 2,5 veces más del interés legal del dinero.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y respecto a los intereses de demora considera que aunque puedan parecer elevados, no pueden ser declarados abusivos. Contra esta sentencia se interpuso un recurso de apelación por la parte demandada dictándose sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de fecha 29 de junio de 2012, la cual estimó el recurso de apelación revocando la sentencia anterior y declarando que se absolvía al demandado de pagar la cantidad referente a los intereses de demora, declarando nula dicha cláusula y teniéndola por no puesta. Esto se debe a que se aprecia por parte de la Audiencia un interés superior en más de cuatro veces el interés del dinero, por lo que lo considera abusivo y teniendo en cuenta la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, entiende este tribunal que no procede la moderación del tipo pactado sino la declaración de nulidad de la cláusula abusiva.

Posteriormente, recurrió en casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo la entidad bancaria en la que se plantean tres cuestiones: *a) no puede realizarse el control de abusividad aplicable a una cláusula no negociada individualmente en un contrato concertado con un consumidor, porque la cláusula del interés de demora fue negociada y el demandado no es consumidor; b) incluso aceptar que pudiera controlarse la abusividad de la cláusula, el interés de demora fijado en la póliza de préstamo no es abusivo; c) si la cláusula fuera abusiva, el contrato habría de integrarse mediante la moderación del interés de demora, pero no suprimirlo.*

Comienza la sentencia recordando la doctrina en materia de contratación bajo condiciones generales, en estos contratos además del consentimiento del adherente, el profesional en la configuración del contrato que contenga cláusulas no negociadas debe respetar las exigencias de la buena fe y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Con esto se quiere decir, que tratándose de cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no impide que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando se cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre

los derechos y obligaciones de las partes⁶⁹. Por tanto, no es solo posible, sino necesario, el control de oficio de estas cláusulas, que pasa a ser una cuestión de interés general, y no solo del particular interés del preciso consumidor y que, incluso, afirma la Sala, “entronca con el orden público comunitario”.

En cuanto al supuesto carácter negociado de la cláusula que contiene el interés de demora, la Sala desecha esa posibilidad disponiendo que para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse no negociada y por tanto, le sea aplicable la Directiva 93/13/CEE y la normativa nacional basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Y continua diciendo que para que el control de abusividad quede excluido es preciso que el empresario justifique adecuadamente la negociación concreta con ese consumidor. También queda rechazada la posición de no consumidor del contratante.

En cuanto al control de la abusividad y los parámetros a tener en cuenta, la sentencia sienta el principio de que la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, en cuanto a su transparencia, respeto a de la buena fe y en si se causa perjuicio del consumidor, es decir un control sobre si se causan desequilibrios importantes entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Respecto, cuándo una cláusula establece un interés de demora abusivo, la tarea no es sencilla ya que hay que armonizar, por un lado los derechos de los consumidores y por otro, la sanción para el que no cumple con la obligación. Otro de los problemas a los que se debía enfrentar el tribunal es que en España no existe una limitación legal de los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este Tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE. La presente resolución del TS hace un pormenorizado estudio de diferentes textos normativos que contienen reglas relativas a intereses de demora, con el objetivo de efectuar un análisis comparativo, a efectos de determinar si realmente los contenidos en el préstamo personal pueden calificarse de abusivos o no. La lista que efectúa el TS es la siguiente:

- *El art.1108 del CC establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal.*
- *En materia de crédito al consumo, el art.20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo, establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual.*
- *El párrafo tercero del art.114 de la LH, prevé que los interés de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no*

⁶⁹ Art.3.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.1 del TRLGDCU

podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

- *El art.20 de la Ley del contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un 50% el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.*
- *El art.7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.*
- *El art.576 de la LEC, a falta de pacto por las partes o de disposición especial de la Ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.*

Vistas las diferentes normas y sus ámbitos de aplicación, el TS argumenta en esta sentencia *que se considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art.576 LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cual es el interés de demora en los préstamos personales con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda jurídicamente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.*

Tras la doctrina asentada por la Sentencia 22 de abril de 2015, se considera abusiva cualquier cláusula que fije un interés de demora que sobrepase los dos puntos porcentuales del art.576 LEC, *por suponer un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.*

Nos encontramos por tanto, con un criterio objetivo y que ha de servir para solucionar todos los problemas que se plantean en el futuro.

Una vez concretada la abusividad, la consecuencia de esta declaración, según las sentencias del TJUE, y como precisa esta sentencia es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea y sin que pueda integrarse en el contrato, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas referentes a los interés de demora, cuya supresión solo minoraría la cantidad que debe el deudor.

Concluye la Sentencia, *que una vez apreciada la abusividad del interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que el Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora*

no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable, pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

La doctrina de la resolución de 22 de abril de 2015 es mantenida por varias sentencias posteriores, en primer lugar se aplica a las sentencias de 7 de septiembre de 2015⁷⁰ y 8 de septiembre de 2015⁷¹ se declara abusiva la cláusula referente a los intereses de demora y por tanto se declara la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta el reintegro del préstamo.

Queda por matizar, como antes se ha avanzado, que estas tres resoluciones se refieren solo a los préstamos personales sin garantía real, por lo que el art.114.3 de la LH mantiene su vigencia para los préstamos hipotecarios pero con ciertas dudas. Veremos a continuación, como esto fue evolucionando con las siguientes sentencias del Alto Tribunal.

La **STS de 23 de diciembre de 2015**⁷² conoce del recurso de casación procedente de la demanda interpuesta por la Organización de Consumidores y usuarios (en adelante OCU) contra el Banco Popular y banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), en la que se ejercitaba una acción para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores relativa a condiciones generales de la contratación y se solicitaba, en concreto la supresión de cláusulas utilizadas por estas entidades bancarias por resultar abusivas.

La presente sentencia tras un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE, se centra en el Auto de 11 de junio de 2015, que distingue entre las normas específicas para los préstamos hipotecarios, Ley 1/2013, y la norma general del art.1.108 CC. Pero esta sentencia mantiene como válidos los parámetros del art.114.3 LH (triplo del interés legal del dinero) para las hipotecas de vivienda, pero que este no puede ser la única referencia para la determinación del límite de los intereses moratorios, sino que solo es un referente más, que debe tener en cuenta el juez para la determinación de si una cláusula es abusiva o no, pues según se vio ya en la anterior sentencia de 22 de abril de 2015, *son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado la cláusula en una negociación individual, entre otras posibles.*

De tal manera que el límite cuantitativo del 114.3 LH no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar un criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso

⁷⁰ STS de 7 de septiembre de 2015, núm. de recurso: 455/2013

⁷¹ STS de 8 de septiembre de 2015, núm. de recurso:1687/2013

⁷² STS de 23 de diciembre de 2015, núm. de recurso: 2658/2013, núm. de resolución: 705/2015.

al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado en el tipo legal.

La STS de 23 de diciembre de 2015, introduce tres reglas, para la posible calificación de una cláusula de intereses moratorios de abusiva⁷³:

- 1) Que el art.114.3 no es la única norma de referencia para calificar un interés de abusivo.
- 2) La abusividad de un interés se efectuara conforme a la globalidad del ordenamiento jurídico, y con base en la situación de desigualdad en que se coloca al consumidor
- 3) La concreción del interés de demora conforme a las reglas del precepto 114.3 LH no significa que ese interés no pueda ser abusivo.

Con todo lo anterior, concluye la Sala que el art.114.3 LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores, debiendo mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia de 22 de abril de 2015 antes examinada para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado. Esta doctrina se reitera en la sentencia de 18 de febrero de 2016⁷⁴.

La línea jurisprudencial de la sentencia de 23 de diciembre de 2015, se completa con la **STS de 3 de junio de 2016**⁷⁵ que examina también la cláusula de intereses de demora en los préstamos hipotecarios del BBVA que los fijaba en un 19%. Esta sentencia se remite en este aspecto a las anteriores del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 pero da un paso más en cuanto al alcance del art.114.3 LH, ya que las anteriores no determinaban cual debía ser la regla de aplicación que sustituyera el citado artículo de la LH, y ésta sí lo hace al manifestar *si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art.114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del criterio de la resolución 265/201*⁷⁶, para los préstamos personales, esto supone considerar el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art.576 LEC, para la fijación del interés de mora procesal, como el criterio legal más idóneo para fijar cual es el interés de demora en los préstamos personales con garantía hipotecaria de vivienda habitual concertados con consumidores. En consecuencia, el marco de referencia objetivo, para los préstamos personales tanto en los que existe garantía hipotecaria como en los que no se efectúe tal garantía, debe ser el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, es decir, el art.576.1 LEC.

⁷³ ADÁN DOMENECH, F. La identificación (...) en los préstamos hipotecarios.

⁷⁴ STS de 18 de febrero de 2016, núm. de recurso. 2211/2014.

⁷⁵ STS de 3 de junio de 2016, núm. de recurso: 2499/2014, núm. de resolución: 364/2016

⁷⁶ STS de 22 de abril de 2015, núm. de resolución: 265/2015

La unificación en la aplicación del art.576 LEC para todos los contratos de préstamo se refleja en la SAP Burgos, de 29 de septiembre de 2016⁷⁷.

La conclusión que se deriva de esta sentencia es que se aplica la misma tesis de la Sala respecto a los préstamos personales, lo que supone dejar sin contenido el art.114.3 LH, quedando este como un control residual sobre el interés de demora siendo un límite máximo que no puede ser nunca superado, pero un interés que estuviese por encima de los dos puntos porcentuales respecto al remuneratorio sería ya abusivo, según la doctrina del TS y, por tanto, susceptible de revisión incluso de oficio. Lo duda que queda sin resolver es sobre qué tipo de interés remuneratorio se deberían adicionar los dos puntos, en los casos de interés variable, si sobre el interés inicial del préstamo o sobre el interés vigente en el momento en el que se aprecie la abusividad, que generalmente coincide con el inicio de la ejecución hipotecaria.

9. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA POSTURA DEL TJUE Y EL TS

A continuación, a modo de ilustración y para una mayor comprensión del asunto, se define de forma breve la cláusula de vencimiento anticipado, *“la establecida en un préstamo hipotecario que permite al prestamista, considerar vencido el préstamo otorgado, antes del plazo previamente establecido”*. Desde el momento en que el deudor incumple la obligación del pago, bien de una parte del capital o de los intereses devengados del préstamo⁷⁸. El ordenamiento jurídico español cuenta con la Ley 1/2013 del 14 de mayo, promulgada con la intención de fortalecer la protección a los deudores hipotecarios, en la que se estableció el plazo de un mes para que las personas que hayan constituido una hipoteca y se encuentren con un procedimiento judicial iniciado en el que no se haya producido el lanzamiento, puedan alegar cláusulas abusivas en los tribunales. Sobre la operatividad de esta cláusula cabe decir que el resultado obtenido no ha sido el esperado.

A raíz de esta ley, fue dictada una sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de marzo de 2013, que decretó que en los procedimientos de ejecución de hipoteca en las que la persona afectada no tiene la probabilidad de hacer oposición a la ejecución invocando el carácter abusivo de una cláusula contractual que, compone la base del título ejecutivo, se presume la vulnerabilidad de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993⁷⁹. Tras esto y el análisis de las diferentes sentencias emitidas por uno y otro tribunal pasamos a continuación a hacer un pequeño análisis sobre las convergencias y divergencias entre una y otra jurisprudencia.

⁷⁷ SAP Burgos, Sección 3ª, de 29 de septiembre de 2016. Núm. de recurso: 262/2016 núm. de resolución: 335/2016.

⁷⁸ Cfr. BRUÑEN, M^o JOSE ACHON, Las reclamaciones por cláusulas de suelo y otras cláusulas abusivas. Dialnet. Universidad de Deusto, R.E.D.S. núm. 11. España. Pag. 45

⁷⁹ Cfr. SARIOT, MARIA JOSE ARCAS, La cláusula de vencimiento anticipado. Publicado por Mundo Jurídico en 2014.

Convergencias Y Divergencias Entre Las Sentencias Del TS Y Las Sentencias Del TJUE

Entre las sentencias de ambos tribunales existen algunos matices en donde los criterios parecen concordar. Pero igualmente otros muchos donde se evidencian algunas discrepancias.

A continuación, se tratarán de plasmar de forma clara y sencilla⁸⁰.

Una de las preguntas que habría que formular es si existe la posibilidad de interpretar el artículo 114 LH de manera que los intereses moratorios que respeten el límite del triple del interés legal es o no abusivo. De acuerdo a lo establecido en la “*Sentencia del TJUE del 21 de enero de 2015, Auto del TJUE del 11 de junio de 2015 y Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016*” este límite no es considerado como abusivo.

Al respecto el Tribunal Supremo concuerda con este criterio y afirma que no pueden ser considerados abusivos los intereses moratorios que respetan el límite legal; así se evidencia en el fallo de la “*sentencia de 23 de diciembre de 2015 y la sentencia del 18 de febrero de 2016 y la del 3 de junio del 2016*”.

También se observa afinidad de criterios en cuanto al hecho de dejar claro que, deberá ser aplicada la nulidad de la cláusula, cuando la abusividad es precisada en su redacción, sin importar que ésta sea aplicada o no.

En cuanto al criterio seguido por el TJUE dictamina que igualmente hay que decretar su nulidad. Como pudo ser apreciado en el “*Auto del TJUE de 11 de junio de 2015*”.

El Tribunal Supremo en las ya citadas sentencias de 23 de diciembre de 2015 y la de 18 de febrero de 2016, no se pronuncia explícitamente sobre este punto en específico, pero es que no debía hacerlo pues son acciones de control abstracto, pero sin embargo, el Auto del TJUE del 11 de junio de 2015⁸¹ (asunto C-602/13), que se planteó tras la petición de decisión prejudicial con arreglo al art.267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santander y una vez oído el Abogado General, sobre la interpretación del art.6 de la directiva 93/13 y sobre las consecuencias de declarar la cláusula referida a los intereses moratorios abusiva en cuanto a las implicaciones y obligaciones que tendría para el Tribunal nacional su declaración. Se pide al tribunal que esclarezca si los arts 6 y 7 de la citada Directiva deben interpretarse como que se oponen a las normas nacionales por las que le juez nacional esta obligado a “realizar un nuevo cálculo de las cantidades que corresponda pagar en aplicación de la clausula sobre intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario”. Pero si nos vamos al art.6.1 de la Directiva este nos dice que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la clausula contractual abusiva, para que no produzca efectos vinculantes al consumidor, pero no están facultados para modificar el contenido de esta. El contrato debe subsistir sin más modificaciones que la supresión de las

⁸⁰ Cfr. OLALLA CARBALLO FIDALGO La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS. Publicado por Noticias Jurídicas. 2017.

⁸¹Auto del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 2015.

cláusulas abusivas, siempre que sea jurídicamente posible su continuidad.⁸² Por tanto, no puede interpretarse este artículo como una facultad para el juez de poder reducir el importe que suponen estos intereses moratorios, sino que debe excluir la cláusula que los fija, ya que, si no se pondría en peligro la protección de los consumidores, tal y como se desprende del art.7 de la misma Directiva, llegándose a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre las entidades de crédito la inaplicación de las cláusulas abusivas. Esta es la razón por la que se deben prever medios adecuados y eficaces para que el cese de la cláusula abusiva sea efectivo en los contratos celebrados entre profesionales y particulares.

Por todo esto, el Tribunal de Justicia primeramente se decanta por la teoría de que el art.6.1 de la Directiva *se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*. Aunque también reconoce este Tribunal la facultad al juez nacional de sustituir la cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, *siempre que se ajuste al objetivo del art.6.1 de la Directiva 93/13*.

Continuando con el análisis del razonamiento del Tribunal, nos queda analizar la segunda pata de la ecuación que entra en juego aquí, la Ley 1/2013 la cual establece la limitación de los intereses de demora, por la que en los procedimientos de ejecución iniciados y *no concluidos cuando entra en vigor la citada ley (15 de mayo de 2013) y en los que ya se haya fijado la cantidad por la que se realiza la ejecución, tal cantidad deberá ser recalculada aplicando un interés de demora calculado a partir de un tipo no superior a 3 veces el interés legal del dinero cuando el tipo de interés de demora fijado en el contrato de prestamos hipotecario exceda de ese límite*.

Volviendo a la Directiva 93/13 cabe recordar que con arreglo al art.4.1 *el carácter abusivo de una cláusula se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en el momento de su celebración. De ello se desprende que deban apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional*.

Por todo lo planteado hasta aquí, hay que considerar que en la medida que las normas nacionales no impiden que el juez nacional cumpla su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva no se opone a la aplicación de las normas nacionales.

La conclusión final del tribunal es por tanto la siguiente, los art.6.1 y 7 de la directiva 93/13 no se oponen a las normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, aquí vemos que la conclusión final es totalmente contraria a la que en principio planteaba en Tribunal, y por tanto añade unas condiciones para que esto sea así; siempre que la aplicación de las normas nacionales: no preestablezca el carácter abusivo de la cláusula y no impida que el juez deje sin aplicar la cláusula cuando llegue a la conclusión de que es abusiva en el sentido del art.3.1 de la Directiva 93/13.

⁸² Sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

Otro matiz en que se observó afinidad de ambas jurisprudencias es en el caso que, si es decretada la nulidad de la cláusula, esta pueda o no generar alguna clase de intereses en beneficio del acreedor, a pesar de que no haya sido acordado por las partes. Al respecto el TJUE manifestó que no es posible generar intereses a favor del acreedor, tal como se observa en la decisión emanada el *“21 de enero de 2015, Auto del TJUE del 11 de junio de 2015”*.

En cambio, el Tribunal Supremo no concuerda con este criterio y manifestó que sí se pueden generar intereses en beneficio del acreedor, y son los remuneratorios. Lo observamos a través de las sentencias del *“22 de abril de 2015, la del 23 de diciembre de 2015, la del 18 de febrero de 2016, y la del 3 de junio de 2016”*.

Por su parte, la mayoría de la jurisprudencia española adoptó el criterio del Tribunal Supremo aplicando esta doctrina en las resoluciones.

De esta manera se ha dejado en evidencia como ambos tribunales y la jurisprudencia española sostienen puntos de vista diferentes en relación a los efectos de la nulidad. Solo la experiencia y el devenir del tiempo harán saber si el *“Tribunal Supremo modificará su criterio para adaptarse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal como se lo impone la normativa contenida en el “artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, que obliga a los jueces y órganos jurisdiccionales aplicar el “Derecho de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*.⁸³

10. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El día 22 de marzo del presente año 2018 el Abogado general el Sr. Nils Wahl presentó sus conclusiones sobre el procedimiento seguido ante el TJUE y las cuestiones prejudiciales que se plantearon, en relación a los asuntos C-96/16, presentado por el juzgado de 1ª instancia de Barcelona nº38 y C-94/17, presentado por el Tribunal Supremo, Banco Santander S.A contra Mahamadou Demba, Mercedes Godoy B. y Rafael Ramón Escobedo C. contra Banco Sabadell S.A. acerca de la compatibilidad entre el Derecho Comunitario y la jurisprudencia emitida por nuestro TS en relación a las cláusulas de intereses de demora que se incluyen en los contratos de préstamo con consumidores tanto con garantía como sin garantía hipotecaria en el marco de la Directiva 93/13.

⁸³ Art.4 bis LOPJ: *“1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes. Artículo 4 bis introducido por el apartado dos del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio). Vigencia: 1 octubre 2015*

Ambas peticiones han sido presentadas en el marco de litigios entre entidades bancarias y consumidores en relación con la ejecución de contratos de préstamo. Y se refieren, en concreto, a la compatibilidad de la normativa 93/13/CEE con el criterio jurisprudencial nacional, según el cual, se presumen abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos de préstamo que fijan un tipo de interés de demora que excede en más de dos puntos sobre el remuneratorio y, por otra parte, deben extraerse determinados efectos de esa declaración tanto para los préstamos con y sin garantía real. Este es el criterio jurisprudencial del TS que ha fijado en diferentes sentencias posteriores al pronunciamiento del TJUE sobre el caso Aziz.

El abogado general comienza estas conclusiones con el examen de la Directiva 93/13, y haciendo especial inciso en el artículo 4.1, sobre la apreciación de la abusividad de las cláusulas contractuales ya que se deberá hacer analizando la naturaleza y todas las circunstancias y cláusulas que concurran al contrato, debido a la importancia que este artículo tendrá a la hora de emitir su valoración el abogado general.

Posteriormente, pasa a analizar la normativa nacional relativa a las cláusulas abusivas, y por tanto el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, sobre qué se consideran cláusulas abusivas y que aquellas que sean así consideradas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

A continuación, el abogado general se refiere a las disposiciones relativas a la cesión del crédito, para así tener la base legal para dar respuesta a la primera cuestión que se le plantea en el asunto C-96/16, para ello alude al artículo 1535 del Código civil, que regula el derecho del deudor a recomprar su deuda en caso de cesión de crédito. Y a los artículos, 17 para los procesos declarativos y al 540 para los procedimientos ejecutivos, de la LEC, referentes ambos a la sustitución del cedente por el cesionario de un crédito en los procedimientos judiciales.

Por último, se hace referencia a las disposiciones relativas a la fijación de los intereses de demora, en concreto a los ya muy mencionados artículos 1108 del CC y 114 de la LH.

Pasaré a continuación a hacer una breve sinopsis de los dos litigios principales sobre los que versan estas conclusiones debido a las cuestiones prejudiciales que han planteado.

En primer lugar, el asunto C-96/16 versa sobre la cesión de los créditos que tenían la Sra. Godoy y el Sr. Demba con el Banco Santander, el cual fue cedido por el Banco Santander a un tercero por un importe de 3.215€, ante la falta de pago de los titulares, y esto, aunque no estaba previsto en las condiciones generales. Ante esto el Juzgado de primera instancia nº38 de Barcelona tenía dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13 y con el derecho de la Unión, la cesión de créditos por un importe ínfimo sin ofrecer la posibilidad al deudor de recomprar su deuda por el importe de la cesión, más los gastos accesorios aplicables. Y una segunda cuestión prejudicial sobre si es conforme a la Directiva 93/13 y al derecho de la

unión el criterio de fijar como abusiva una cláusula no negociada que fije un interés de demora de más de 2 puntos respecto al interés remuneratorio.

El segundo litigio al que se refiere el abogado general en sus conclusiones es el asunto C-94/17, en el que el SR. Rafael Ramón Escobedo celebraba un contrato hipotecario para la adquisición de vivienda, el cual tenía un interés del 5,5% anual y un interés de demora del 25% anual. El Sr. Escobedo incurrió en mora e interpuso una demanda contra el Banco Sabadell para que se declarase nula la cláusula del interés de demora por entenderla abusiva. El órgano jurisdiccional le dio la razón declarando nulo el interés del 25% y reduciéndolo al triple del interés legal. Pero el Sr. Escobedo interpuso recurso de casación al considerar la sentencia contraria a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13. El Tribunal Supremo al tener dudas acerca de la interpretación de la Directiva, suspendió el procedimiento y planteó las siguientes cuestiones prejudiciales;

La primera de ellas es si los artículos 3 y 4 de la Directiva se oponen a la doctrina jurisprudencial que declara abusiva las cláusulas que supongan más de un 2% de recargo sobre el tipo de interés ordinario.

La segunda sobre si los artículos 3, y 4 de la directiva se oponen a una doctrina jurisprudencial que fija como objeto de control de la abusividad el recargo que el interés de demora supone respecto al interés ordinario por constituir la “indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones”, y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés ordinario hasta la devolución del préstamo?

En caso de que esto fuera así la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto ordinario como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?»

A continuación, haré un análisis de las conclusiones del Abogado general sobre los procedimientos seguidos ante el TJUE y las cuestiones prejudiciales que acabamos de comentar.

En las contrataciones bancarias para excluir el control de abusividad se necesita que el empresario acredite o demuestre los motivos excepcionales que le condujeron a realizar una negociación individual con el consumidor, y además, deberá ser él quien tenga que probar que realmente se produjo dicha negociación y las compensaciones obtenidas por el consumidor.

En relación al contenido de la cláusula de intereses de demora, estas deben ser susceptibles de control de abusividad pues no precisan el objeto principal del contrato. Se dice que es abusiva una cláusula de intereses de demora cuando es exageradamente elevada, sin que pueda ser determinada o justificada la existencia de tal desproporción. Siendo los posibles límites el expresado en el art.114 de la LH, el cual fija el triple del interés legal del dinero o el importe que resulta de aplicar dos puntos porcentuales sobre el

interés remuneratorio acordado, criterio adoptado en ya visto artículo 576 de la LEC.

De ahí que una de las consecuencias de declarar la abusividad de una cláusula de intereses moratorio sea la nulidad absoluta sin que exista ninguna posibilidad de mesura judicial, ni tampoco el aplicar los intereses que se habían previsto, pero la declaración de esta nulidad y la eliminación de la cláusula no afecta a la validez de la cláusula que establece los intereses ordinarios que continuarían devengándose durante todo el periodo que se produzca la mora, ya que estos no son una cláusula indemnizatoria, sino remunerativa que se establecen por la disposición por parte del deudor del capital prestado hasta su devolución.

De modo que, tanto el límite considerado abusivo como las consecuencias de la declaración de abusividad, han sido los dos puntos más discutidos de estas conclusiones, tanto por su compatibilidad con el derecho comunitario, específicamente en lo que se refiere a las exigencias procedente de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

Sobre estos dos puntos nos vamos a adentrar en las próximas líneas;

9.1 Sobre el incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio:

De la lectura de las referidas conclusiones se observa que el abogado general emite un razonamiento propicio con respecto al reconocimiento de “compatibilidad” de la jurisprudencia del TS con el derecho comunitario, con ciertas puntualidades interpretativas que supedita el juicio de compatibilidad.

De modo que, para comprender los criterios planteados es necesario mencionar ciertas observaciones preliminares expuestas por el Abogado general sobre el argumento fijado por el TS; el primer punto que debería ser analizado son los inconvenientes de aceptar la compatibilidad con la disposición contenida en el art.4.1 de la Directiva 93/13 , sobre el criterio generalizado de la abusividad aplicado sistemáticamente e impidiendo que el juez que conoce de la práctica abusiva pudiera tener en cuenta todas las condiciones del caso específico, cuando la norma de rango superior mencionada ha previsto que para valorar si una cláusula es o no abusiva deberán ser consideradas todas las circunstancias que concurran en la suscripción del contrato; además hay que tener en cuenta que las entidades bancarias que forman parte de este proceso creen que el criterio jurisprudencial examinado donde se fija un interés de demora superior en dos puntos al interés ordinario, no es aplicado de forma automática y que tampoco es vinculante, sino que más bien se trata de una especie de patrón para el juez nacional, que tendría la libertad de utilizarlo o no, conforme sea el caso.

Este criterio no es aceptado por el abogado general manifestando en estas conclusiones que los términos utilizados por el TS en su sentencia de 22 de abril de 2015 (anterior a la de 3 de junio de 2016) se evidencia que el órgano judicial ha establecido una presunción iuris et de iure según la cual

es abusiva una cláusula contractual que fija una clase de interés de demora que supera en más de dos puntos porcentuales el interés ordinario del préstamo; apreciando que definitivamente dicho criterio jurisprudencial es vinculante en relación con los tribunales españoles de rango inferior, los que quedarían obligados a declarar la abusividad de una cláusula contractual que fije un interés de demora superior a dos puntos respecto del interés ordinario.

El abogo general con esta afirmación hizo referencia al punto de vista del gobierno español sosteniendo que, aunque esta jurisprudencia no tenga fuerza de ley, as sentencias de los órganos jurisdiccionales inferiores que estén al margen del criterio emitido por el TS, si tienen fuerza de ejemplaridad y podrán ser censurados en casación. Este criterio se ajusta más al ordenamiento español, donde una jurisprudencia distinta de la emitida por el TJUE no es vinculante, como así establece la LEC en su exposición de motivos al señalar que en un régimen jurídico como el español, donde los antecedentes no tienen fuerza vinculante (solo atribuida a la ley y demás fuentes del derecho objetivo), no carece ni debe carecer de un interés la eficacia ejemplar de la doctrina unida al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.

De modo que la aseveración con respecto al carácter vinculante razonado por el TS, fue realizado pensando en la posibilidad de considerar o no, la enunciación de una “cláusula negra” nueva, fundada en la potestad de los estados parte de conformidad con el art.8 de la Directiva 93/13 para decretar normas restrictivas con la finalidad de asegurar al consumidor la mayor protección, siendo posible aplicar de tal previsión, la de extender el listado de cláusulas abusivas, la cual es aplicable exclusivamente “por el legislador nacional o las autoridades con potestades reglamentarias o administrativas”. Es por ello que el abogado general le resta valor a la posibilidad de que el criterio jurisprudencial se convierta en una cláusula negra nueva pensando que en realidad es un criterio jurisprudencial del TS, cuyo principal objetivo es que, a falta de normas concretas para fijar la clase de interés de demora, brindar orientación específica a los tribunales nacionales para establecer los casis donde deben declarar la abusividad de una cláusula contractual que fija la clase de estos intereses.

Después de ver el objetivo orientador del criterio jurisprudencial, se observa como el Abogado general explica la actuación del TS recordando que, aunque en otros Estados parte la situación es diferente. España no tiene establecido límite legal en cuanto al modo de fijar el interés de demora en las contrataciones de préstamos personales hipotecarios, en los cuales no se cumplan los requisitos conforme al art 114.3 de la LH, obligando de esta forma a los tribunales a ponderar. En este sentido el TS estimó necesario “no limitarse a recordar unos principios generales, sino r más allá y fijar una regla más precisa para evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos jurisdiccionales inferiores, situación que generaría arbitrariedad e inseguridad jurídica”.

Sin embargo, el Abogado general afirma que; “la Directiva 93/13 es contraria al criterio que ha definido la abusividad en el caso de que impida

que el juez nacional que debe pronunciarse sobre una cláusula que no se ajusta a ese criterio aprecie el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula, y en su caso, la anule”. Esta manifestación ha gozado de la aceptación de las partes en el proceso, compartiendo el hecho de que el juez en España aún puede decretar la abusividad de las cláusulas que establecen un interés que no supere más de dos puntos al interés ordinario tomando en cuenta la situación para el momento en que fuera suscrito el contrato. Por ende, el insistente criterio jurisprudencial del TS no corresponde a una norma autoritaria o absoluta que absolvería de control de abusividad a la cláusula que se ajustara a sus términos.

Igualmente, la Directiva no contraviene la aplicación de este criterio por parte del juez nacional, siempre y cuando la cláusula que se pretenda declarar abusiva se ajuste a este criterio, sin necesidad de que sean tomadas en cuenta las circunstancias específicas del caso en particular. De tal manera que por el hecho de que los jueces nacionales estén en la obligación de decretar la abusividad de una cláusula contractual porque ha fijado intereses de demora en un porcentaje superior al ya establecido, no quiere decir que este planteado inconveniente para cumplir con los objetivos intrínsecos a la directiva, inclusive, a pesar de que pudieran ser planteados bajo el criterio del “equilibrio contractual global”

9.2 Efecto que tiene la eliminación del recargo indemnizatorio y el efecto que tiene el mantenimiento del devengo de intereses.

Tal y como se observó en los asuntos C-96/16 y C-94/17 le fue solicitado al TJUE que interpretara si la normativa de la Directiva 93/13 se oponía a la propuesta planteada en las sentencias del TS, a través de la cual el efecto de apreciar el “carácter de abusividad de una cláusula contractual de préstamo hipotecario que establece la clase de interés de demora con lleva la eliminación de dicho interés, pero sin evitar que siga devengando intereses ordinarios”. De ser afirmativa la respuesta, el TS exige saber cuáles serían los efectos que originarían tal apreciación, y particularmente aclarar si una de las consecuencias sería la anulación de los intereses de demora y los intereses ordinarios preestablecidos en el contrato, o bien en el devengo de intereses con arreglo al tipo legal.

El abogado general para dilucidar el tema toma en consideración dos antecedentes fijados por la jurisprudencia del TJUE. En primer término, hace referencia al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en el cual se establece que el consumidor no será vinculado con las condiciones señaladas en su derecho nacional, “las cláusulas abusivas contenidas en un contrato suscrito entre el consumidor y el profesional, las cláusulas establecidas en dicho contrato deberán continuar siendo de carácter obligatorio para ambas partes en los mismos términos si este puede subsistir en los términos sin la cláusula abusiva”. Cuando se hace referencia a “en los términos preestablecidos” quiere decir que, el juez nacional debe de forma imperante, dejar sin efecto la cláusula abusiva contractual, con el objeto de que no genere consecuencias vinculantes al consumidor, manifestando de manera precisa, que los jueces nacionales no tienen la potestad para

cambiar su contenido. En consecuencia, el contrato deberá mantenerse en vigor para las partes, inicialmente, sin ningún otro cambio que no sea la eliminación de la cláusula abusiva, siempre y cuando las disposiciones del Derecho nacional permitan legalmente que el contrato siga vigente.

Bajo estas premisas ha concluido el Abogado General que la Directiva 93/13 no contraviene la solución acogida por el TS, siempre y cuando la solución planteada implique que los jueces nacionales, ante una cláusula abusiva sobre intereses moratorios dejen sin efecto la cláusula pero mantengan la vigencia del resto de cláusulas del contrato, esto viene especialmente relacionado con el interés ordinario, y además, que se le otorgue al juez la potestad de sustituir la cláusula decretada abusiva por otros preceptos legales supletorios, particularmente los que establecen los intereses moratorios legales, que son aplicables cuando las partes no lo hayan acordado.

Pues de esta manera, los jueces nacionales no tienen la posibilidad de disminuir el coste de la penalidad que le haya sido impuesta al consumidor, es decir: el recargo por incumplimiento, resultando, además, que el resto de las cláusulas contractuales, inclusive la de intereses ordinarios, deberán mantenerse y continuar produciendo los efectos que se esperaban. De manera que dado el caso en que los intereses de demora resulten ser un aumento de los intereses ordinarios lo único que proceda sea la anulación del aumento del interés. Y para que no se genere incertidumbre al respecto, el Abogado General refutó explícitamente la teoría de que esa interpretación pudiera ser asumida como una incorporación del contrato, negada por la jurisprudencia del TJUE, sino que simplemente deje de aplicarse solo la cláusula decretada abusiva.

No obstante, el Abogado General blindó sus conclusiones arguyendo dos puntos más. En primer lugar, manifestó que; bajo el criterio finalista, se ha asegurado que el hecho de privar de efectos la cláusula que fija el tipo de interés ordinario, a pesar de no haber sido declarada abusiva, iría mucho más allá de las consecuencias relativas a la efectividad de la protección conferida por la Directiva 93/13. Y, en segundo lugar, haciendo alusión al caso específico de los préstamos, fortalece sus conclusiones debido a que el interés ordinario y el moratorio tienen diferencias notorias, porque el interés ordinario busca retribuir al prestamista una cantidad de dinero hasta que le sea devuelto íntegramente el préstamo, mientras que el objetivo perseguido por el interés moratorio es aplicar una “sanción” al deudor por incumplimiento de los plazos acordados. Es por esto que, las cláusulas de intereses ordinarios son parte fundamental del objeto del contrato y de esa manera, el objeto, queda fuera del control de los jueces nacionales por mandato de la Directiva 93/13. Manifestando igualmente que sus argumentos se ven reflejados en el Auto del Tribunal Supremo de elevación de la cuestión prejudicial de 22 de febrero de 2017.

De este modo, las conclusiones emitidas por el Abogado General confirmaron la jurisprudencia fijada por el TS en sus sentencias 265/2015, de 22 de abril para los préstamos personales, y 364/2016, de 3 de junio para los préstamos hipotecarios, de la Sala Primera del TS, tanto en lo que se refiere al criterio objetivo de declaración de abusividad de las cláusulas

de intereses de demora en los préstamos contratados con consumidores (con o sin garantía hipotecaria), como en lo relativo al mantenimiento de la cláusula de los intereses ordinarios en los mismos términos que figuren en el contrato, que continuaran devengándose hasta que se produzca el reembolso del capital prestado, conforme a la naturaleza propia de su función remuneradora de la disponibilidad por el prestatario de tal capital.

11. CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este trabajo, puede deducirse que, durante muchos años la legislación de nuestro país, así como el sistema jurídico y normativo existente para los contratos hipotecarios y, sobre todo, en lo referente a los intereses moratorios ha sido y se puede decir que sigue siendo disperso y poco definitorio.

Uno de los grandes problemas que tiene la jurisdicción es cómo proceder ante la multitud de peticiones de declaración de nulidad de las cláusulas de intereses moratorios en los créditos hipotecarios, y la necesidad de seguir un criterio común desde todas las instancias judiciales, partiendo de las Audiencias Provinciales hasta el Tribunal Supremo, pasando por seguir el criterio marcado por Europa, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muchas veces contraria a lo dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Durante este trabajo hemos analizado el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario el cual traspone la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores, que buscaba una mayor protección de los consumidores y prevé fijar un límite para los intereses moratorios, en este caso el triple del interés legal del dinero, límite que ha sido criticado por el informe del Consejo del Poder Judicial, por considerar que excedía todos los límites marcados hasta el momento en España, tanto el marcado en el citado artículo 1.108 de nuestro Código Civil, así como, lo marcado por la Sentencia del TS de 3 de junio de 2016, el interés de demora a favor de la Hacienda Pública, el interés de demora procesal...dicho informe también ha sido analizado en uno de los epígrafes del presente TFG.

Este proyecto de Ley era necesario para determinar un criterio a la hora de fijar el límite legal de los intereses moratorios, y así evitar la indeterminación que existía y la dispersión de criterios, el razonamiento que se siguió fue seguir la línea del art.114 de la Ley Hipotecaria, pero el camino hasta aquí no ha sido fácil ya que este proyecto de ley ha sido objeto de múltiples enmiendas, que hemos analizado pormenorizadamente en los epígrafes anteriores viendo que las opciones eran múltiples y poco análogas.

Pero en los últimos meses, la materia de la que aquí tratamos se ha visto poco a poco esclarecida, sobre todo a partir de la sentencia del TS 249/2019, de 24 de abril, la cual confirma la doctrina de la Sentencia 671/2018, y sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la cual traspone la citada Directiva 2014/17/UE.

La necesidad de esta Ley viene por la falta de criterio de la legislación, ya que por un lado el Tribunal Supremo ha considerado que el interés de demora no puede exceder de dos puntos sobre el interés remuneratorio y el otro aspecto más importante; que en caso de ser declara la abusividad de una de estas cláusulas la consecuencia debe ser su eliminación, por lo que no se deja una vía intermedia para que el juez actúe. Mientras que el TJUE por su parte estableció el límite de la abusividad en tres veces el interés legal del dinero, siguiendo el ya muy citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria y estima que se deberá decretar la nulidad de la cláusula que supere este límite, por considerarla abusiva.

Pero el criterio del TJUE a partir de la sentencia de 7 de agosto de 2018 ratifica la jurisprudencia del TS, resolviendo además la problemática que suscitaba la integración de las cláusulas declaradas nulas debido a su abusividad, por lo que cuando se declare abusivo un interés, por superar en dos puntos el interés remuneratorio, no se procederá a su integración, pues esto supondría un perjuicio para el consumidor. Por tanto, el proceder que se debe llevar a cabo es la eliminación de dicha estipulación sin que el juez pueda aplicar una norma supletoria del derecho nacional, siempre que el contrato pueda mantener su vigencia. Producto de lo que hemos ido analizando en las diferentes posturas de la jurisprudencia tanto del TS como del TJUE, ha quedado evidenciado que una vez precisada la cláusula abusiva y decretada su nulidad, el contrato debe mantener la vigencia entre las partes, sin que resulte necesario modificarlo, más allá de la eliminación de la cláusula abusiva. Además, los jueces no quedan facultados para disminuir el coste de la penalidad convencional que le haya sido impuesta al consumidor por el incumplimiento de lo establecido en los términos del contrato en cuanto a la devolución del importe fijado. Ya que, si los jueces nacionales tuvieran la potestad de modificar el contenido de la cláusula, se pondría en peligro la finalidad perseguida por el artículo 7 de la Directiva 93/13 y el efecto disuasorio que esto podría generar sobre los entes crediticios sería menor ya que existiría la posibilidad de decretar nulas las cláusulas pero que el contrato pudiera ser incorporado por los jueces en lo que fuera necesario para garantizar de alguna manera, los intereses de estas entidades, poniéndose en riesgo la protección de los consumidores.

Volviendo a la sentencia del TS y uniendo con lo anterior, el tribunal también concluye diciendo que la declaración de abusividad de un interés moratorio no debe suponer el pago de un recargo, sino que lo único que debe pagarse es el interés remuneratorio fijado, que normalmente suele establecerse en base al Euribor más cierto porcentaje o variable, ya que este interés remuneratorio serviría como retribución al prestamista por el retraso en la devolución de lo prestado y le retribuiría hasta la devolución del préstamo.

Por tanto, la solución que tenemos en la actualidad y siguiendo la pauta del Tribunal Supremo es que cuando se declare la abusividad de una cláusula que fija el tipo de interés de demora, el capital pendiente en ese momento seguirá devengando el interés remuneratorio establecido en el contrato de préstamo.

Por todo esto, parece que vamos avanzando y esclareciendo el criterio a seguir por la jurisprudencia ante un tema tan controvertido y de gran importancia ya que nos encontramos ante un consumidor que tiene en juego el mantenimiento de su vivienda habitual, por lo que no podemos permitirnos un juicio tan difuso y cambiante. Ya se ha visto el peligro que esto supone cuando el sistema financiero se tambalea y las graves consecuencias tanto sociales como económicas que supone. Por este motivo, la nueva Ley 5/2019 y más en concreto, el artículo 25, precepto clave para el tema que nos compete, van más allá de la declaración de abusividad y lo que hacen es fijar un límite único; *el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo exigible*, sin que pueda existir pacto en contrario y siempre devengándose exclusivamente sobre el principal pendiente de pago que ya haya vencido y no pudiendo ser capitalizados los intereses. No hay que perder de vista que el fin último de esta nueva ley, ya anticipada por el proyecto de ley reguladora de los contratos de

crédito inmobiliario, es la protección de los consumidores y tratan de equilibrar la balanza de las dicotómicas posiciones que tienen prestamista y prestatario.

La regulación de los contratos de crédito inmobiliario desempeña un papel relevante en la estabilidad económica y es un instrumento de cohesión social. El sistema hipotecario español y, en particular, el régimen de concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria, ha hecho posible que numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad y que lo hagan en una proporción superior a la de muchos países de nuestro entorno. Garantizar un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz, que proteja este tipo de operaciones es una exigencia que deriva no sólo de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea, sino de los indudables beneficios que supone para la economía de un país. Tanto la protección de las transacciones como la seguridad jurídica generan crédito para los individuos, lo que redundará en el crecimiento de la economía. Así mismo, el acceso a la propiedad consolida la libertad y responsabilidad de los individuos como ciudadanos. En este proceso el acceso al crédito hipotecario es un elemento clave en el éxito del régimen de propiedad de España

12. BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMENECH, Federico. *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Wolters Kluwer. Barcelona, 2017.

CARBALLO FIDALGO, Olaya. *La abusividad de la cláusula de intereses moratorios en la contratación bancaria con consumidores: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS*. 02/06/2017. Artículo.

CARRASCO PERERA, A. *Interés remuneratorio y límites de abusividad en intereses moratorios al consumo. Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo*. Publicaciones del Centro de Estudios de Consumo de la UCLM, 21 de diciembre de 2015. Artículo. http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/12/Inter%C3%A9s-remuneratorio-y-l%C3%ADmites-de-abusividad-en-intereses-moratorios-al-consumo_Cr%C3%ADtica-de-la-doctrina-del-Tribunal-Supremo.pdf

DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier. *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018.

GILI SALDAÑA, Marian. *Los efectos de la declaración de abusividad tras la aprobación de la Ley 3/14 de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU. La Ley mercantil, núm. 10*, 2015, LA LEY.

MADRID RODRIGUEZ, Fernando. *El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia*. Derecho de los Negocios. La Ley, 2013.

MEDINA CRESPO, Mariano. *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*. Bosch. Barcelona, 2010.

MORENO TRAPIELLA, Prudencio C. *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*. Wolters Kluwer. Madrid, 2017.

PAZOS CASTRO, Ricardo. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2017.

VÁZQUEZ GARCÍA, David. *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*. Bosch. Wolters Kluwer. Barcelona, 2017.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/intereses-demora-prestamos-hipotecarios-jurisprudencia-tribunal-supremo-y-compatibilidad-con-derecho-comunitario/>

(Consulta 01/09/2018)

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_juez_d_e_Barcelona_declara_abusivas_clausulas_del_contrato_del_caso_Aziz_origen_de_la_sentencia_del_TJUE_sobre_el_sistema_de_ejecucion_hipotecaria

(consulta 28/08/2018)

<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/clausulas-abusivas-intereses-moratorios-591862830> (consulta 10/09/2018)

<https://www.mundojuridico.info/los-intereses-moratorios-y-procesales/>
(consulta 02/09/2018)

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/JORNADA-SOBRE-LAS-REPERCUSIONES-DE-LA-DOCTRINA-DEL-TJUE-EN-MATERIA-DE-CL%C3%81USULAS-ABUSIVAS-EN-LOS-PROCEDIMIENTOS-DE-EJECUCI%C3%93N-HIPOTECARIA.pdf>
(consulta 10/09/2018)

Conclusiones del Abogado General Sr. N. Wahl, presentadas el 21 de marzo de 2018.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62017CC0109>

Informe sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario>

Un análisis de las novedades del Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario. Javier Sanguino, 6 de marzo de 2018.

http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/inmobiliario_y_construccion/un-analisis-de-las-novedades-del-proyecto-de-ley-de-credito-inmobiliario

Cuando solicitar la nulidad de las cláusulas de intereses moratorios.

<https://www.navascusi.com/cuando-solicitar-la-nulidad-de-la-clausula-de-intereses-moratorios/>

JURISPRUDENCIA

STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/2011

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, núm. de recurso: 485/2012, núm. de resolución: 241/2013

STJUE de 21 de enero de 2015, asunto C-482/2013

Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de 22 de abril de 2015, núm. de recurso: 2351/2012, y núm. de resolución: 265/2015

SAP Jaén, Sección 1ª, de 10 de febrero de 2016, núm. de recurso:836/2015, núm. de resolución: 89/2016.

AAP Barcelona, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2016, núm. de recurso: 275/2015, núm. de resolución: 52/2016.

SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 31 de marzo de 2016.

AAP Toledo, Sección 1ª, de 17 de noviembre de 2016, núm. de recurso: 85/2016, núm. de recurso: 202/2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, de 11 de enero de 2017, núm. de recurso: 555/2016 y núm. de resolución: 4/2017

Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015.
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165105&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=520726>

LEGISLACIÓN

Código Civil 1889. Boletín oficial del Estado. BOE-A-1889-4763.

Constitución Española 1978. Boletín Oficial del Estado. BOE-A-1978-31229.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario oficial de la Unión Europea (DOUE). DOUE-L-1993-80526.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Boletín oficial del Estado (BOE). BOE-A-1998-8789.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Boletín oficial del Estado (BOE). BOE-A-2008-2487.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. (BOE). BOE-A-2013-5073.

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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. (BOE)

Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. 17 de noviembre de 2017. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 121/000012

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.