

CRITERIOS Y EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS
DE INTERÉS DE DEMORA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

*CRITERIA AND EFFECTS OF THE ABUSE OF THE CLAUSES OF INTEREST
OF DELAY IN THE JURISPRUDENCE OF THE TRIBUNAL COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION AND OF THE SUPREME COURT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 238-305

Ana Isabel
BERROCAL
LANZAROT

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de marzo de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 1 de abril de 2019

RESUMEN: En relación al control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos concertados con consumidores ante la falta de previsión legal que determine el criterio aplicable para dicho control, el Tribunal Supremo ha fijado como doctrina jurisprudencial que el interés de demora no puede exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. De superar tal porcentaje, la cláusula se considera abusiva y la consecuencia es la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio. No obstante, éste seguirá devengándose por el capital pendiente de devolución. Esta doctrina jurisprudencial ha sido considerada ajustada al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13/CEE por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018 y tras dicha resolución europea ha sido de nuevo ratificada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 28 de noviembre de 2018 en relación a un préstamo hipotecario en que el interés de remuneratorio era del 4,75% y el de demora del 25%. El presente estudio se va a centrar en tal doctrina jurisprudencial y, asimismo, en la previsión legal contenida en artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

PALABRAS CLAVE: Interés de demora, interés remuneratorio, consumidor o usuario, préstamo hipotecario, préstamo personal, control de abusividad, y nulidad.

ABSTRACT: *In relation under control of consume clauses of interest of delay in the lending coordinate with consumer before the lack of legal forecast that determines the applicable for this control, the Supreme Court has fixed as jurisprudential doctrine that the interest of delay cannot exceed of two percentage points on the interest remuneratory. Of such a percentage overcomes the clause it is considered to be improper and the consequence in the total suppression of the surcharge that the interest of delay supposes respect of interest remuneratory. This doctrine jurisprudence has been considered to be conformed to the right of the European Union and especially for the judgment of the TJUE of August 7, 2018 and after the above mentioned European resolution it has been ratified again by the Supreme Court in judgment of november 28, 2018. The present study goes to centre in such jurisprudential doctrine and likewise in forecast contained on the article 25 of Law 5/2019, of March 15, regulating real estate credit contracts.*

KEY WORDS: *Interest of delay, interest remuneratory, consumer, mortgage lending, control of improper clauses, and nullity.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA.- I. La cláusula del interés de demora como condición general de la contratación -cláusula predispuesta y no negociada individualmente.- 2. Criterios para la determinación de la abusividad de una cláusula de interés de demora.- III. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA.- IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO, DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018.- V. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el contrato de simple préstamo o mutuo se pueden pactar con intereses llamados remuneratorios. Igualmente, en los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las entidades financieras es habitual pactar dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros son “los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido”¹. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Mientras que los intereses moratorios –consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital- “son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria”². No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como

- 1 MONSERRAT VALERO A.: “Los intereses garantizados por la hipoteca”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, Fasc. I, enero-marzo 1999, p. 16. Por su parte, las SSTs (Sala 1ª) 12 marzo 1991 (RJ 1991, 2219) y 13 abril 1992 (RJ 1992, 3100), los define como “aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo” y señala, además, esta última la incompatibilidad de la pena convencional con los intereses moratorios, pero no con los remuneratorios. Asimismo, la SAP Murcia (Sección 1ª) 29 noviembre 2010 (JUR 2011, 55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios “aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero”. Y, en fin, la SAP Álava (Sección 1ª) 13 abril 2011 (AC 2011, 519) afirma que el interés remuneratorio “persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo”.
- 2 ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 33; asimismo, ADÁN DOMENCH, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona 2017,

• Ana Isabel Berrocal Lanzarot

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: aiberrocalanzarot@der.ucm.es

de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones³. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que, los intereses de demora solo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado⁴.

En todo caso, se puede afirmar que, la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios que, cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos⁵. Asimismo, conviene precisar que, los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato, y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos

p. 70 dispone que “la fijación de los intereses de demora no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora”; igualmente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016”, *Cuestiones de interés jurídico*, IDIBE, junio 2016, p. 3 señala, al respecto que, los intereses moratorios “tratan, pues, de compensar el perjuicio que experimenta el acreedor, por no poder disponer de la suma de dinero, desde el mismo momento en que le debía haber sido entregada, privándole de la facultad de usarla o invertirla (el prestamista la cantidad correspondiente a los intereses remuneratorios del capital prestado, o el vendedor el precio del bien entregado)”. Por su parte, la STS (Sala 1ª, Sección 1ª), 23 noviembre 2011 (RJ 2012, 569) dispone que, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Y como establecen las sentencias de este mismo Tribunal de 18 noviembre 1996 (RJ 1996, 8361); 21 marzo 2002 (RJ 2002, 2526) y 18 julio 2008 (RJ 2008, 4719) entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. Vid., asimismo, SAP Asturias 17 febrero 1992 (AC 1992, 265); y SAP Guadalajara (Sección 1ª) 17 septiembre 2003 (JUR 2004, 47499).

3 Vid. SSTS (Sala 1ª) 2 octubre 2001 (RJ 2001, 7141); y 4 junio 2009 (RJ 2009, 4747); SAP Valencia (Sección 7ª) 18 enero 2001 (AC 2003, 1937) que, asimismo, precisa que “el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido”; y AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 11 febrero 2002 (JUR 2002, 100929). También, vid. RDGRN 14 enero 2015 (RJ 2015, 6442).

4 En esta línea, SERRANO CHAMORRO, Mª. E.: “¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?”, *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2013, p. 4 dispone que “el interés moratorio sólo opera una vez vencidos los plazos pactados. (...) En cambio, el interés de demora es el recargo sobre el tipo de interés pactado, durante el tiempo que un crédito y obligación financiera se encuentra en mora, es decir, cuando ha habido retraso en el cumplimiento de la obligación (pago)”.

5 Vid. SSTS (Sala 1ª) 12 marzo 1991 (RJ 1991, 2219); y 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360); y SAP Asturias 17 febrero 1992 (AC 1992, 265). Por su parte, la RDGRN 20 mayo 1987 señala que: “la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo- previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado”.

pactados, respondiendo a la voluntad de regular la productividad del dinero⁶; mientras que, los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario⁷.

La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013⁸, 8 de septiembre de 2014⁹, 24 de marzo¹⁰, 25 de marzo¹¹ y 29 de abril de 2015¹² han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”) –lo que resulta aplicable al interés remuneratorio como parte del precio-. Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009¹³, de 17 de junio y 1 de julio de 2010¹⁴, de 25 de noviembre de 2011¹⁵ y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012¹⁶, de 15, 17 y 18 de enero de 2013¹⁷ y 30 de junio de 2014¹⁸. El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas

6 En la RDGRN 10 febrero 2016 (BOE, jueves 10 de marzo de 2016, pp. 19240 a 19251) se ha suspendido la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección general, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinario, como ocurren en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.

7 Vid. SAP Guadalajara (Sección 1ª) 17 septiembre 2003 (JUR 2004, 47499).

8 STS (Sala 1ª) 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

9 STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4946).

10 STS (Sala 1ª) 24 marzo 2015 (RJ 2015, 845).

11 STS (Sala 1ª) 25 marzo 2015 (RJ 2015, 735).

12 STS (Sala 1ª) 29 abril 2015 (RJ 2015, 2042).

13 STS (Sala 1ª) 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703).

14 STS (Sala 1ª) 1 julio 2010 (RJ 2010, 6554).

15 STS (Sala 1ª) 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 576).

16 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

17 SSTS (Sala 1ª) 15 enero 2013 (RJ 2013, 1818); 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604).

18 STS (Sala 1ª) 30 junio 2014 (RJ 2014, 3526).

cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Sobre dicho precepto, la mencionada sentencia del Pleno, 9 de mayo de 2013, con la referencia a la anterior sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2012¹⁹ considera que el control de contenido que, puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusulas no se extiende al equilibrio de las “contraprestaciones” que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013)²⁰; y, de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013)²¹ establecen, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control²². Pero se añade en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, si una condición general define el objeto principal de un contrato y, no puede examinarse la abusividad de su contenido, esto no supone que, el sistema no las someta al doble control de transparencia. Precisamente, en la citada sentencia de 24 de marzo de 2015 se señala que, este doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación que, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, “conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 2012, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la

19 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012/8857). No cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues, éste es un elemento esencial del contrato de préstamo y está excluido por tanto del control de abusividad.

20 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105).

21 STJUE 26 febrero 2015 (TJCE 2015, 93).

22 PERTIÑEZ VILCHEZ, F. J.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013 (julio), p. 9 señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 42.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y, c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 101-102; MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 5ª) de 10 de mayo de 2001 (asunto C-144/19). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: “En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia”.

prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, continúa manifestando la citada resolución que "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que, la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" –se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015-. Por tanto que, las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución por una parte y, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC). Supone, además que, no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio²³.

23 En esta línea, la STS (Sala 1ª) 11 enero 2019 (Roj: STS 43/2019; Id. Cendoj: 28079110012019100014) señala al respecto que: "el deber de transparencia comporta que, el consumidor disponga "antes de la celebración del contrato" de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que, el control de transparencia tiene por objeto que, el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que, realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos de desarrollo del mismo. Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que, pueda permitir al consumidor adoptar una decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que, le supondrá concertar el contrato con aquellas cláusulas sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que, pueda agravarse la carga económica que, el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación pero cuya transcendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilite al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato". A lo que añade que "la información precontractual es la que permite comparar ofertas y adaptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la transcendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado". Además precisa que "el control de transparencia, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, entre otras en la STS 593/2017, de 7 de noviembre no puede ser conducido al mero control de incorporación de la cláusula predispuesta. Ni tampoco a la sola intervención del notario, pues, dicha intervención no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incide en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato

En este contexto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2016²⁴ pone de manifiesto que el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en el mismo contrato; por lo que se entiende abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que establece, precisamente, unos intereses remuneratorios superiores a los intereses moratorios. El registrador vino a suspender la inscripción por observar dos defectos. El primero se refería a que la retención de cantidades cercanas al 25% del capital concedido, para el pago de diversos gastos y comisiones, constituía una cláusula abusiva. Y, el segundo aspecto se refería al carácter abusivo del interés remuneratorio del 14,99% anual. Al respecto, el Centro Directivo establece, en primer lugar, la aplicabilidad al supuesto de hecho de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pese a que el prestamista es una persona física que no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos y ello porque concurren una serie de circunstancias que abogan por la aplicación de dicha norma. Esas circunstancias son la aportación de una oferta vinculante y una ficha de información personalizada referida específicamente al préstamo hipotecario escriturado; la intervención de una empresa de intermediación dedicada, también, a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios; la indicación expresa en la referida ficha de la aplicación al contrato de préstamo de la citada norma; la ausencia tanto en la oferta vinculante como en la ficha de toda referencia a la prestamista que firma la escritura, de tal manera que la oferta aparece realizada directamente por la empresa de intermediación, y, por último, que las estipulaciones del contrato están redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas deben presumirse predispuestas y no negociadas. A continuación la citada resolución analiza el alcance del control registral de las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, comenzando por el segundo defecto de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio del 14,99% anual. Así señala que, en principio, al constituir el interés remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial. Además, la cláusula cumple con el doble filtro de información y transparencia. Sin embargo, aclara que ello no significa que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio en los préstamos, aunque sean muy elevados, ya que pueden existir supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario de 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de “tres veces el interés legal del dinero” (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por

que, el consumidor suscribe conforme a lo declarado en las sentencias 464/2014, de 8 de junio y 593/2017, de 7 de noviembre”.

Por su parte, la SAP Barcelona (Sección 17ª) 15 febrero 2017 (AC 2018, 526) califica de abusivo el interés remuneratorio del 24,51%.

24 LA LEY 29813, 2016. Asimismo, vid. RDGRN 22 julio 2015 (RJ 2015, 3734).

definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato. Ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. En consecuencia, confirma la nota del registrador en cuanto al carácter abusivo del interés ordinario.

Por otra parte, procede señalar que, resulta compatible la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1903 de Represión de la Usura (en adelante, LRU) y la legislación protectora de consumidores. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012²⁵ que, analiza la concurrencia de la normativa sobre la usura y sobre la protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, dispone al respecto que “el juego concurrencial de ambas, no plantea cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, pues, se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables”. No obstante “aunque ambas normativas materialmente no afecten a la libertad de precios, su diferenciación en este campo axiológico resulta clara. Así frente al particularismo de la Ley de Represión de la Usura, el desarrollo de la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único”. En todo caso, la plena y completa compatibilidad o concurrencia, no impide, como precisa la citada sentencia, establecer las siguientes diferencias de ambas normativas en torno a su respectiva aplicación: “1. La configuración de la Ley de Usura como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código Civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, que presuponen una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda y a diferencia de las condiciones generales, representa un control, tanto del contenido del contrato, como de la validez estructural del consentimiento prestado. Por el contrario, la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable; 2. Mientras que, la Ley de Usura contempla como única sanción la posible nulidad del contrato realizado con la correspondiente obligación restitutoria (artículos 1 y 3), la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por no ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a elementos esenciales del mismo; 3. En cuanto a su incidencia en el

25 STS (Sala 1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012, 8857).

ámbito del tráfico patrimonial o en el derecho de la contratación, aunque la ley de Usura importa o interesa al ámbito de protección de terceros y al interés público; no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que, se pueden considerar anómalas y que se definen estrictamente como contratos usuarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad. Por el contrario, la normativa de consumo y, particularmente, la de condiciones generales de la contratación tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que, doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar” diferente de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico; y, 4. Por aplicación teleológica del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE debe entenderse que, los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, pueden ser, no obstante, objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia.

Ahora bien, como se precisa, la calificación de los intereses como usuarios no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal sino que, hay que tener en cuenta tanto lo establecido por la legislación vigente en el momento de concederse el préstamo, y la práctica y los usos mercantiles, como las circunstancias en que se desenvuelve el mercado monetario²⁶. De forma que, los intereses remuneratorios, si son excesivos, pueden declararse usuarios.

26 En el mismo sentido, la STS (Sala 1ª, Sección 1ª), 2 diciembre 2014 (RJ 2014, 6872) que señala al respecto que de forma sintética interesa destacar las siguientes diferentes técnicas en torno a su respectiva aplicación “A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, especialmente respecto de la consideración de la inmorality de los préstamos usuarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por el contrario, el control de contenido, como protección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierce exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmorality de la reglamentación predispuesta; B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación; y C) Por último, cabe resaltar que si diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumple o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada, de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como “un auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación con un régimen y presupuesto causal también propio y específico”; y, asimismo, el AAP Barcelona (Sección 3ª) 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905).

A estos efectos, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LRU), mientras que, los intereses moratorios pueden ser abusivos (artículo 82 TRLDCU) no usuarios –no se aplica la LRU-²⁷, y, la abusividad no determina la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial, si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (artículo 83 del TRLDCU)²⁸.

En cuanto a los intereses moratorios, hay que señalar que, la mora en que se constituye el deudor, da derecho conforme a lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil a la indemnización de los daños y perjuicios que, el propio retraso en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que, consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, el interés pactado y en su defecto, el legal²⁹. En todo caso, la hipoteca que garantiza el capital y los intereses de la deuda sin necesidad de pacto expreso, puede también garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

Además de la regulación contenida en el Código Civil, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores se refiere a los intereses de demora en varios de sus preceptos. Así el artículo 3 apartado dos añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipoteca constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso –anatocismo-, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De forma que, quedan al margen de la limitación establecida por el precepto, los préstamos o créditos otorgados sin garantías, con garantías de tipo personal, con garantías reales distintas de la hipoteca, o garantizados con una hipoteca constituida sobre otro bien inmueble. Por otra parte, en su artículo 7 apartado siete modifica el artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo en su último apartado que, en el caso que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el Tribunal expedirá certificación

27 En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios", cit., p. 3. Asimismo, vid. SAP Barcelona (Sección 14ª) 27 mayo 2009 (AC 2009, 1693).

28 En las SSTs (Sala 1ª) 14 julio 2009 (RJ 2009, 4467); y de 22 febrero 2013 (RJ 2013, 1609); y en la SAP Madrid (Sección 11ª) 15 julio 2010 (JUR 2010, 345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriidad.

29 Vid. STS (Sala 1ª) 29 noviembre 1991 (RJ 1991, 8577); SAP Málaga (Sección 4ª) 21 marzo 1996 (AC 1996, 668).

acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. En cuanto a su artículo 8, por un lado, modifica el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, estableciendo al respecto que, en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses pactados en el préstamo el 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo. Moderación de intereses que no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en tal Real Decreto-Ley 6/2012; y, por otro, modifica el Anexo del mismo en el que se contiene el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, en cuyo apartado 3 relativo a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (en concreto, la dación en pago de la vivienda habitual), prevé que el deudor, sí así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante el plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Pero durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien. Por último, en su Disposición Transitoria segunda dispone que “la limitación de intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre la vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha, no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

Sentado lo anterior y partiendo de la función indemnizatoria de los intereses de demora, existe una consolidada jurisprudencia que, excluye la aplicación a los intereses de demora y por ende, su calificación como usuarios o leoninos si exceden o no del interés legal del dinero de la LRU, pues, cuando el artículo 1 de esta Ley habla de intereses, hace referencia a los retributivos “ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa

o conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntarios, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora³⁰. Si bien, no faltan resoluciones que, mantienen que, aunque los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal están permitidos por el Código Civil, no escapan a la aplicación de la citada Ley Azcárate de 1908, pues, su artículo 1 se refiere a la estipulación de intereses sin distinguir su clase o naturaleza³¹. Igualmente, se rechaza la aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo, y en consecuencia, la limitación establecida en su artículo 20.4, pues, únicamente esta ley se aplica a los descubiertos en cuenta corriente, además de excluirse de su ámbito de aplicación los créditos hipotecarios³².

Sobre tales bases, en el presente estudio se va a centrar en el análisis del control de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, en la concreción de los criterios para determinar tal abusividad y las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora eventualmente abusiva, en especial atendiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 7 de agosto de 2018³³ y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 28 de noviembre de 2018³⁴ y de 11 de enero de 2019 (dos)³⁵, sin perjuicio de analizar jurisprudencia anterior de nuestro Alto Tribunal referida a los intereses de demora en préstamos personales y en préstamos hipotecarios –sentencias del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 22 de abril de 2015³⁶; y, de 3 de junio de 2016³⁷ entre otras-.

30 Vid. SSTS (Sala 1ª) 2 octubre 2001 (RJ 2001, 7140); 1 febrero 2002 (RJ 2002, 2879); 4 junio 2009 (RJ 2009, 4747); y 26 octubre 2011 (RJ 2012, 1126) mantienen la exclusión del régimen normativo contenido en la LGCU de 1984 a la estipulación sobre intereses moratorios al entender que no forman parte de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, ya que la entrada en juego de la estipulación depende tan solo del comportamiento incumplidor del prestatario, por lo que no cabe hablar de condición abusiva del crédito como expresión de cláusulas contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; y SAP Madrid (Sección 10ª) 8 febrero 2012 (JUR 2012, 100024); SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 septiembre 2012 (JUR 2012, 395541); y SAP Cáceres (Sección 1ª) 9 noviembre 2012 (AC 2012, 119).

31 Vid. STS (Sala 1ª) 7 mayo 2002 (RJ 2002, 4045); SAP Valencia (Sección 7ª) 8 febrero 2006 (AC 2006, 769) y AAP Barcelona (Sección 13ª) 28 diciembre 2009 (JUR 2010, 107905).

32 Vid. AAP Asturias (Sección 5ª) 30 diciembre 2004 (JUR 2005, 38302); y el AAP Sevilla (Sección 8ª) 15 octubre 2012 (JUR 2013, 145230). No obstante, la STSS (Sala 1ª, Sección 1ª) 23 septiembre 2010 (RJ 2010, 7296); y AAP Tarragona (Sección 3ª) 15 marzo 2011 (JUR 2011, 209730) consideran que esta Ley de Crédito al Consumo sirve como criterio de interpretación en caso de aplicar facultades moderadoras al fijar la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

33 STJUE (Sala 5ª) 7 agosto 2018 (JUR 2018, 282108).

34 STS (Sala 1ª) 28 noviembre 2018 (JUR 2018, 321995).

35 STS (Sala 1ª) 11 enero 2019 (Roj: STS 10/2019. Id. Cendoj: 28079110012019100009). Ponente. Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiesta; y, 11 enero 2019 (Roj: STS 43/2019. Id. Cendoj: 28079110012019100014). Ponente. Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno.

36 STS (Sala 1ª) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

37 STS (Sala 1ª) 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300).

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha vuelto a pronunciar sobre cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles y relativa a cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, más concretamente, en las escrituras de préstamos hipotecarios concertados con las entidades bancarias. Han sido dos decisiones prejudiciales, una del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona relativo a un procedimiento de ejecución de un préstamo personal que contenía una cláusula de interés de demora de un 18,50% anual (asunto C-96/16) y, otra del propio Tribunal Supremo en relación con un procedimiento declarativo en el que el deudor había solicitado la declaración de nulidad de una cláusula de intereses de demora de un préstamo hipotecario fijado en un 25% anual (asunto C-94/17). Así el Auto del Juzgado número 38 de Barcelona de 2 de febrero de 2016³⁸ expresaba, por un lado, sus dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de la práctica empresarial de cesión o compra de créditos de fondos buitres por un precio exiguo sin que exista una cláusula contractual específica en ese sentido, sin que el deudor sea informado previamente de la cesión ni dé su consentimiento a la misma y sin ofrecerle la oportunidad de recomprar su deuda reembolsando al cesionario del crédito el precio que este pagó por la cesión, más los intereses, las costas y los gastos aplicables y además teniendo presente que ese nuevo acreedor reanima el pleito de ejecución tras haber estado suspendido, en ocasiones durante varios años, por falta de actuación del acreedor primitivo y de cuya cesión y precio, no tiene conocimiento el consumidor cuando se produce extrajudicialmente. Al respecto, señala que, el artículo 1535 del Código Civil, cuyo fundamento descansa en impedir la avaricia del cesionario y en la necesidad de evitar la especulación en la venta de créditos litigioso, prevé el derecho a extinguir el crédito en caso de cesión del mismo solo cuando se trata de los denominados créditos "litigiosos", -es decir, aquellos en relación con los cuales se haya contestado a la demanda en juicio declarativo-; si bien, el citado artículo no establece la posibilidad que el deudor ejercite el mencionado derecho en el marco de un procedimiento de ejecución del crédito o de una transmisión extrajudicial del crédito, por lo que, se preguntaba el juzgador nacional si dicho artículo garantiza o no una protección adecuada de los intereses de los consumidores. Además, se indica que, los artículos 17 y 540 de la LEC no otorgan derechos ni defienden adecuadamente los intereses de los consumidores. El primero de ellos, se refiere al supuesto de cesión de crédito pendiente un juicio declarativo pero en modo alguno se informa o se evidencia que se pudiera extinguir la deuda por el consumidor con el pago del precio de la cesión, intereses, gastos y costas, ni se obliga a las partes, cedente o cesionario, a poner en conocimiento del cliente bancario que, permanece al margen de ese negocio, el precio de la cesión para ejercitar el retracto. Asimismo, se indica que, tampoco en ese precepto se plasma con claridad el retracto condicionado del

38 AJPI núm. 38 de Barcelona 2 febrero 2016 (JUR 2016, 233688).

artículo 1535 del Código Civil, y, respecto del segundo, el citado artículo 540 de la LEC -cesión de créditos pendiente de una ejecución o durante la ejecución- hay que señalar que, en todo caso basta con la acreditación de la sucesión y no le sería aplicable el retracto del artículo 1535 del Código Civil, es decir, no se reconoce derecho alguno a favor del consumidor o del cliente bancario, lo que también se aplica a los supuestos habituales de compra de crédito extrajudicialmente, en las que a lo sumo se informa de esa circunstancia al consumidor, su cliente bancario, sin darle la oportunidad del retracto. Por lo que se somete a consideración de Tribunal de Justicia también la posible vulneración de los derechos o intereses económicos del consumidor al no admitir recurso de apelación la interlocutoria del artículo 540 de la LEC, en tanto en cuanto no se le otorga la posibilidad por parte del cedente o del cesionario de poder comprar dicho crédito a los efectos de extinguir su deuda evitando así la especulación de ese crédito. Además, la no inclusión de una cláusula relativa a la cesión de créditos en fase declarativa en la que el consumidor renuncie a su derecho de retracto, ya sea en vía judicial o extrajudicial, impide su apreciación como cláusula abusiva y su consecuencia bajo el principio de equivalencia sería la posibilidad de otorgar el consumidor, en los supuestos de cesión de créditos judicial o extrajudicialmente, la extinción de su deuda con el pago del precio de la cesión, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. En base a todo ello, las cuestiones que plantea en definitiva son: 1. ¿Es conforme con el Derecho de la Unión, en concreto, con el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 2 C del Tratado de Lisboa y los artículos 4.2, 12, 169.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la práctica empresarial de cesión o compra de los créditos sin ofrecer la posibilidad al consumidor de extinguirse la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso del consumidor?; y 2. ¿Es compatible con los principios que se postulan en la Directiva 93/13/CEE y por extensión con el principio de efectividad y con sus artículos 3.1 y 7.1, dicha práctica empresarial de compra de la deuda del consumidor por un precio exiguo sin su consentimiento ni conocimiento, que omite su plasmación como condición general o cláusula abusiva impuesta en el contrato y sin darle la oportunidad de participación al consumidor en tal operación a modo de retracto?.

Asimismo, el citado Juzgado de Barcelona –y a los efectos que a nosotros interesa- se cuestiona sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos que fijan el tipo aplicable de interés de demora, así como las consecuencias o efectos que, deben derivarse de tal carácter abusivo, y pone de manifiesto sus dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de la jurisprudencia dimanante de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y de 7 y 8 de septiembre de 2015 y su vinculación, pues, de una parte en relación al criterio para fijar unos intereses de demora como abusivos: “1. Se objetiva y se omite cualquier

circunstancia relacionada con el caso; 2. No se consigue el efecto disuasorio ya que ese criterio pudiera beneficiar al empresario, al poder dejar a su potestad tanto el vencimiento anticipado del contrato como el que se devenguen esos intereses remuneratorios; y 3. Consecuencia de ambos efectos, la solución adoptada por el Tribunal Supremo no permite el restablecimiento del equilibrio real entre los derechos y las obligaciones del empresario y consumidor; y, de otra parte, referente a las consecuencias o efectos, manifiesta al respecto que, se podría quebrar los principios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativos a: 1. La interdicción a la integración contractual; 2. El efecto disuasorio de extinción de la cláusula declarada nula por abusiva y, por último 3. El de no remediar el desequilibrio entre el empresario y el consumidor cuando se reconoce una cláusula como abusiva, ya que la aplicación de un interés remuneratorio a favor del profesional sin límite y generalmente muy alto, piénsese en las operaciones de crédito rápido cuyo interés remuneratorio es superior al 20%, pudiera ser contradictorio con dichos principios". Por lo que, atendiendo a los motivos expuestos, se pregunta si es ajustado al Derecho de la Unión, y en particular a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE el fijar como criterio inequívoco la determinación que, en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores es abusiva toda cláusula no negociada que, fije un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado y, si es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo mediante Auto del Pleno de la Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2017³⁹ acuerda formular cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que se formulan las siguientes preguntas: "1. Los artículos 3, en relación con el anexo I.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?. 2. Los artículos 3, en relación con el anexo I.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la "indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones", y establece que la consecuencia de la declaración de

39 ATS (Sala 1ª) 22 febrero 2017 (JUR 2018, 3211995).

abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?. 3. En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: 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 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio 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?''.

De todas formas, conforme el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento de la Unión Europea se considera necesario que, la petición de decisión prejudicial se tramite de manera acelerada, puesto que se entiende que, los consumidores afectados son muy numerosos y son muchos los litigios existentes ante los tribunales españoles en los que se plantea el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora. Le consta, asimismo, a este Alto Tribunal que, ha sido admitida a trámite, al menos la petición de otro tribunal español (con número de procedimiento C-96/16), por lo que entiende que sería aconsejable un pronunciamiento único, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

Ciertamente, el Tribunal Supremo duda de la compatibilidad con la Directiva 93/13/CEE de su propia jurisprudencia dimanante de las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015⁴⁰, así como de las sentencias de 23 de diciembre de 2015⁴¹, 18 de febrero de 2016⁴² y, en especial, (Pleno) 3 de junio de 2016⁴³. En esta última resolución en la que se aborda la abusividad de las cláusulas de los intereses de demora en los contratos de préstamos hipotecarios celebrados con consumidores y, por ende, se juzga el carácter abusivo de un interés de demora del 19% fija la siguiente doctrina: I. Atendiendo a lo dispuesto en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato) al disponer que: "La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva, que

40 SSTS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360); 7 septiembre 2015 (RJ 2015, 3976); 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3977).

41 STS 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714).

42 STS 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619).

43 STS 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2300).

solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la LGDCU, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario". También se establece en esta resolución de 3 de junio que, resulta de aplicación la argumentación que, hacía en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta por lo que: "es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (...), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"". De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva la cláusula de interés de demora, es "el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento"; 2. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, "es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario" (sentencia 265/2015, de 22 de abril). Constituye por ello "un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el artículo 9 del TRLGDCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (artículo 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (artículo 82.2 del TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014⁴⁴, asunto C- 226/12, caso Constructora Principado, en su apartado

44 STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014, 7).

19". Y es que continúa, "el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor; lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el TRLGDCU, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente"; 3. Es abusiva la cláusula del interés de demora cuando implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 del TRLGDCU, sin que a estos efectos el límite del interés de demora previsto en el artículo 114 de la LH, garantice el control de abusividad, pues, puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo; 4. El límite objetivo a partir del cual se considera que una cláusula de interés moratorio es abusiva en los préstamos hipotecarios, al igual que los personales, es "la cifra resultante del incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal, que no supone la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones"; 5. Los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril⁴⁵, tal y como se declaró en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero⁴⁶ la nulidad de la cláusula abusiva sin dar lugar a una "reducción conservadora" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución".

De ahí que, sobre la base principalmente de los últimos pronunciamientos que, son doctrina consolidada en el Tribunal Supremo, se plantea por nuestro Alto Tribunal al Tribunal Europeo la cuestión prejudicial sobre si la mencionada Directiva 93/13/CEE se opone a tal doctrina jurisprudencial que, declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de dos puntos sobre el tipo del interés remuneratorio constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se

45 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

46 STS 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619).

ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva tal cláusula, y, asimismo, si las normas europeas se oponen a la misma doctrina jurisprudencial que, establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo o si la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que establece el tipo de interés de demora debiera tener otros efectos como la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, o, en fin, el devengo del interés legal.

En el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se presentaron respecto de estos dos asuntos observaciones escritas por el Banco Santander, el Gobierno español y polaco y la Comisión europea -en el asunto C-93/16-, y por el Banco Sabadell, los Gobiernos español y polaco y la Comisión europea -en el asunto C-94/17-. Mediante resolución de 21 de noviembre de 2017 se acordó la acumulación de ambos asuntos a los efectos de la fase oral del procedimiento de la sentencia y el 10 de enero de 2018 se celebró la vista. El 22 de marzo de 2018 se presentaron las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, siendo observadas en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018⁴⁷.

47 El Abogado General Sr. Nils Wahl propone al Tribunal de Justicia en sus conclusiones que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas:

I. En el asunto C96/16, por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona: "1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no se opone a una práctica de un profesional consistente en ceder o comprar créditos, como la descrita en ese asunto, que no ofrece al consumidor la posibilidad de extinguir la deuda pagando al cesionario el precio de la cesión, más los intereses, las costas y los gastos. 2. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a un criterio jurisprudencial nacional que fija como criterio inequívoco que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un tipo de intereses de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, siempre que: a. no limite la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas que no se ajusten a ese criterio incluidas en un contrato de préstamo sin garantía real celebrado entre un consumidor y un profesional, y b. no impida que el juez deje sin aplicar dicha cláusula en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva. 3. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a que, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, a raíz de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo que fija un tipo de los intereses de demora que excede en más de dos puntos porcentuales del tipo de los intereses ordinarios pactado, la cláusula que fija el tipo de los intereses ordinarios siga aplicándose hasta el pago íntegro de la deuda".

II. En el asunto C94/17, por el Tribunal Supremo: "1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a un criterio jurisprudencial nacional que fija como criterio inequívoco que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un tipo de intereses de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, siempre: a. No limite la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas que no se ajusten a ese criterio incluidas en un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un profesional, y b. No impida que el juez deje sin aplicar dicha cláusula en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva. 2. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se oponen a que, a raíz de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo que fija un tipo de los intereses de demora que excede en más de dos puntos porcentuales del tipo de los intereses ordinarios pactado, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, la cláusula que fija el tipo de los intereses ordinarios siga aplicándose hasta el pago íntegro de la deuda. 3. No procede responder a la tercera cuestión prejudicial".

En todo caso, aunque no sea materia de nuestra investigación, señalar que, con referencia a la cuestión planteada sobre la practica bancaria de ceder los préstamos sin posibilidad de que el deudor pueda cancelarlo salvo en caso de tratarse de un crédito litigioso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado establecido en la citada sentencia de 8 de agosto de 2018 que la Directiva 93/13/CEE se aplica únicamente a las cláusulas contractuales, no a las meras prácticas, y dado que ninguna cláusula de los contratos del litigio principal prevé ni regula el derecho eventual de los deudores a extinguir la deuda mediante la compra de los créditos al tercero, es evidente que tales transmisiones de créditos se llevan a cabo con fundamento en las disposiciones pertinentes del Código Civil, por lo que la Directiva 93/13/CEE no puede ser de aplicación. Asimismo, recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, la Directiva 93/13/CEE no puede oponerse a las disposiciones nacionales que, regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos judiciales, por el hecho de que tales disposiciones pudieran no garantizar una protección suficiente de los intereses de los consumidores, ya que, según su reiterada jurisprudencia, dichas disposiciones están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 1 apartado 2), al tratarse de disposiciones de Derecho nacional. Tal exclusión se basa en la presunción de que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, *Woonhaven Antwerpen*, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). Ya en el auto de 5 de julio de 2016, *Banco Popular Español y PL Salvador* (C-7/16, no publicado, EU:C:2016:523, apartados 24 a 27). Por tanto, sobre la inexistencia del derecho de retracto en la cesión de créditos, el Tribunal de Justicia ha declarado que: “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que no es aplicable a una práctica empresarial de cesión o compra de créditos frente a un consumidor, sin que la posibilidad de tal cesión esté prevista en el contrato de préstamo celebrado con el consumidor, sin que este último haya tenido conocimiento previo de la cesión ni haya dado su consentimiento y sin que se le haya ofrecido la posibilidad de extinguir la deuda con el pago del precio, intereses, gastos y costas del proceso al cesionario. Por otra parte, la citada Directiva tampoco es aplicable a disposiciones nacionales, como las que figuran en el artículo 1535 del Código Civil y en los artículos 17 y 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la transmisión de créditos y la sustitución del cedente por el cesionario en los procedimientos en curso”.

II. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

I. La cláusula del interés de demora como condición general de la contratación –cláusula predispuesta y no negociada individualmente-

Las cláusulas de contratos de crédito o préstamos hipotecarios celebrados con entidades de crédito donde el prestatario tiene la condición de consumidor participan de las notas de predisposición, generalidad e imposición (artículo 1.1 de la LCGC)⁴⁸. Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. De ahí que, como se establece, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo⁴⁹, y 265/2015, de 22 de abril⁵⁰ hay predisposición cuando la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En

48 El artículo 3 del TRLDCU define consumidores o usuarios como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Por lo que, la normativa de protección de consumidores se aplica a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en el que el prestatario es persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo de inmueble hipotecado, siempre que se trate de una operación de consumo, esto es que, se actúen con un propósito o en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial. Al respecto, precisa, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª) de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330) asunto C-110/14 que “el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información de que dicha persona realmente disponga”. Lo importante es la naturaleza de la operación –ajena a una actividad comercial o empresarial-. De ahí que declare el Tribunal de Justicia que “el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete”. Asimismo, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6ª) de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386) asunto C-74/15 después de señalar que, asimismo, el concepto de “consumidor” tiene carácter objetivo y que debe apreciarse según un criterio funcional consistente en evaluar si la relación contractual que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, declara que “los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con el propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

Todo esto supone como precisa DIAZ FRAILE, J.Mª.: “Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 2, abril-junio 2018, p. 299 que “la legislación de protección de los consumidores será aplicable a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo de inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno en su caso a su actividad empresarial o profesional”.

49 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

50 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

particular, en el caso de los contratos de adhesión, la imposición tiene lugar cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario de tal forma que, el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación; y, generalidad cuando las cláusulas se incorporan a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que, tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. En la misma sentencia de 22 de abril de 2015 se establece que, el profesional que afirme que, una determinada cláusula ha sido negociada individualmente “asumirá la carga de la prueba de esa negociación”. Además, se indica en la citada sentencia que, para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condición general o de cláusula no negociada y se excluya el control de abusividad “es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario”.

Sobre tales bases, si la cláusula de intereses moratorios es una condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciada a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 del TRLGDCU⁵¹. Bien entendido que el mero pacto de intereses moratorios o el pacto de los mismos en cuantía superior a los intereses de naturaleza retributiva o remuneratoria no convierte sin más la estipulación en abusiva, sino que para ser calificado como tal, debe encajar en la definición de cláusula abusiva que, de la misma se contiene en el artículo 82.1 y siempre teniendo en cuenta, además que, conforme dispone el apartado tercero del citado precepto, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento

51 Vid. SAP Alicante (Sección 6ª) 11 marzo 2015 (JUR 2015, 94246); SAP Albacete (Sección 1ª) 13 marzo 2015 (AC 2015, 608); y SAP Pontevedra (Sección 1ª) 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100567) han utilizado el artículo 82 del TRLGDCU para determinar el carácter abusivo de cláusulas de interés de demora. Por su parte, la SAP Madrid (Sección 9ª) 7 mayo 2015 (JUR 2015, 156166) la cláusula de interés de demora es una cláusula contractual no negociada individualmente que causa un perjuicio al consumidor y usuario, un desequilibrio importante.

de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa; lo que obliga a evaluar la abusividad o no de la cuantía de intereses pactados por referencia al mercado en que el mismo se ha estipulado. En todo caso, para el caso de intereses moratorios se consideraran abusivos “la imposición de una indemnización desproporcionada alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones” (artículo 85.6 del TRLGDCU). No olvidemos el carácter sancionador e indemnizatorio que tienen los intereses de demora. A su vez el artículo 89 del citado cuerpo legal considera abusiva en su número 7 “la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo”. Dicho precepto no permite en los descubiertos de cuenta corriente un tipo de interés que, dé lugar a una tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero. Recordemos que, esta Ley ha sido derogada por la mencionada Ley 11/2011 que, contempla en su artículo 20.4 el mismo límite en los intereses en descubierto en cuenta. Por lo que, serán abusivos los intereses moratorios desproporcionados, teniendo como consecuencia su nulidad y que tal cláusula de interés de demora se tenga por no puesta.

Si bien, la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2015 – referida a los préstamos personales- explica que la cláusula de interés de demora es susceptible de un control de contenido de abusividad, pues, no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización y por tanto, no le alcanza la exclusión del control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE referido a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

Al respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08. Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid)⁵² señala que “no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en materia de estipulaciones contractuales reguladoras de los intereses de demora no tiene lugar la problemática relativa a si pudieran o no ser enjuiciados a la luz de la regulación de protección de consumidores, pues, es claro que no constituyen elementos esenciales del contrato. En cuanto a los criterios para determinar si una cláusula es abusiva, la sentencia del citado Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de marzo de

52 STJUE (Sala 1ª) 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162).

2013 (asunto C-415/11. Caso Ariz)⁵³ establece que, resulta necesario comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y, por otro lado, si ese desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; de forma que, podría considerarse razonablemente que éste ha aceptado la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. Por lo que este segundo criterio interpretativo que facilita la sentencia, supone valorar si el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociado. Lo que tratándose de intereses moratorios no parece probable que, hubiere aceptado aquél unos intereses de demora tales que, en la mayoría de los casos exceden en una alta proporción del interés legal del dinero. De todas formas, estos criterios abstractos de interpretación –desequilibrio y buena fe- se tienen que poner en relación con el caso y circunstancias concretas de cada supuesto, sin que pueda establecerse de forma general, correspondiendo tal labor al juez nacional, en una suerte de análisis comparativo con lo que su legislación dispone para determinar las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato; lo que, en esencia, supone un examen del sistema jurídico nacional (apartado 71)⁵⁴.

Y con respecto a la cláusula de interés de demora, se afirma, asimismo, en la mencionada sentencia que, el juzgador deberá analizar el caso concreto y comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrado con consumidores, y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (apartado 74). El Tribunal de Justicia fija, por tanto, los criterios abstractos de interpretación que se deducen del derecho de la Unión (Directiva 93/13/CEE), sin concretar un límite para los intereses de demora, pues esa labor la delega al juez nacional quien conforme a su legislación le corresponderá determinar si una cláusula de interés de demora es o no abusiva.

53 STJUE (Sala Iª) 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89).

54 La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Iª) de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4) señala, asimismo, que “(...) hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas de Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (apartado 38); y añade, además que, “(...) debe recordarse que, con arreglo al artículo 4 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, el carácter abusivo de una cláusula contractual se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. de ello se desprende que, en esta perspectiva, deben 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” (apartado 37).

La cuestión para el juez nacional reside en concretar el criterio objetivo que sirve para determinar si una determinada cláusula de interés de demora es abusiva. El artículo 85 del TRLDCU dispone que, será abusiva la cláusula de interés moratorio cuando sea desproporcionadamente alta en perjuicio del consumidor. Por tanto, como se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 lo determinante, para saber en cada caso si una cláusula de interés de demora es abusiva, es “el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento”. Y entiende –como ya lo había hecho la sentencia de 22 de abril de 2015- que, la cláusula de intereses de demora pueda tener una finalidad indemnizatoria y disuasoria; si bien, lo que no admite, es que esa indemnización y pena adicional disuasoria pueda resultar “desproporcionadamente alta”⁵⁵.

Resulta necesario ir un paso más y concretar el término jurídico indeterminado “desproporcionadamente alta”. Para ello, tenemos que tener presente una realidad constatable es que, en España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores y usuarios. Por lo que, ello obliga a los tribunales a la hora de decidir sobre la abusividad del interés de demora, a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todo ello sin perjuicio de tener presente en los préstamos hipotecarios lo que resulta del artículo 114.3 de la LH y de la doctrina que al respecto resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015⁵⁶.

2. Criterios para la determinación de la abusividad de una cláusula de interés de demora

En este contexto, sobre la base de concretar un elemento objetivo de referencia que, permita al juez determinar o no la abusividad de una cláusula de interés de demora, nuestros tribunales –sobre todo en la jurisprudencia menor- suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes: 1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (tres veces el interés legal del dinero)⁵⁷. O simplemente se toma ese límite sin referencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor tres, cuatro o cinco veces el interés legal del dinero, o se hace referencia a un tanto por ciento anual

55 Vid. SAP Álava (Sección 1ª) 1 septiembre 2016 (JUR 2016, 243691) intereses moratorios al 17,5% anual un pacto desproporcionado para las circunstancias del momento.

56 STJUE 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4).

57 Vid. SAP Alicante (Sección 9ª) 30 mayo 2014 (JUR 2014, 200660).

como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)⁵⁸; 2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios de manera que, son abusivos aquellos intereses de demora cuya diferencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales⁵⁹; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios⁶⁰; 3. Otros aluden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios; 4. En otros casos, se concretan determinados porcentajes que, ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (29% por ejemplo)⁶¹; 5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no sólo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales⁶²; 6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y, coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes⁶³; y, 7. Se entiende que, se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa⁶⁴.

Por su parte, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015⁶⁵ se hace un análisis de las posibles disposiciones legales que en nuestro ordenamiento tratan de la cuestión. Además, del artículo 1108 del

58 Vid. SAP Álava (Sección 1ª) 13 abril 2011 (AC 2011, 519); SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 4 octubre 2012 (JUR 2012, 371023); SAP Murcia (Sección 5ª) 20 marzo 2013 (JUR 2013, 162015); SAP Córdoba (Sección 1ª) 15 enero 2015 (AC 2015/409); y SAP A Coruña (Sección 5ª) 30 enero 2015 (JUR 2015, 87679) supere con creces el triple del interés legal, como del interés remuneratorio pactado; AAP Barcelona (Sección 13ª) 3 octubre 2014 (AC 2014, 1981); y AAP Barcelona (Sección 13ª) 4 mayo 2015 (AC 2015, 931).

59 Vid. SAP Cantabria (Sección 4ª) 27 octubre 2015 (JUR 2016, 35105); SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 marzo 2018 (JUR 2018, 92070) adicionar diez puntos porcentuales el interés remuneratorio; y, la SAP Cantabria (Sección 4ª) 13 marzo 2018 (JUR 2018, 2037409) interés moratorio resultante de adicionar seis puntos el interés remuneratorio.

60 Vid. SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) 27 junio 2011 (JUR 2011, 405556); SAP Barcelona (Sección 14ª) 9 mayo 2012 (JUR 2012, 220994); y SAP Madrid (Sección 21ª) 22 abril 2014 (JUR 2014, 162282).

61 Vid. SAP Asturias (Sección 5ª) 26 enero 2005 (AC 2005, 158) (29%); SAP Madrid (Sección 9ª) 10 mayo 2013 (JUR 2013, 210035) (24%); AAP Barcelona (Sección 17ª) 14 abril 2010 (JUR 2010, 292111) (29%); y AAP Madrid (Sección 10ª) 5 mayo 2015 (AC 2015, 934) interés al 14,70% que supera el límite establecido en el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

62 Vid. SAP A Coruña (Sección 4ª) 28 junio 2011 (JUR 2011, 277465); SAP Ciudad Real (Sección 1ª) 13 junio 2013 (AC 2013, 1503); AAP Álava (Sección 1ª) 9 enero 2014 (AC 2014, 3); AAP Madrid (Sección 13ª) 30 junio 2014 (AC 2014, 1580) carácter abusivo del interés moratorio. Un interés de demora del 22,5% anual cuando el interés legal vigente al tiempo de celebrar el contrato era del 5,5% anual; AAP Vizcaya (Sección 3ª) 23 marzo 2015 (JUR 2015, 132353) 20% anual; AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 6 junio 2018 (JUR 2018, 238655) 20,50% anual; y AAP Barcelona (Sección 15ª) 25 junio 2018 (JUR 2018, 199350) interés moratorio del 20,5%.

63 Vid. SAP Murcia (Sección 4ª) 7 mayo 2013 (AC 2013, 2241).

64 Vid. SAP Barcelona (Sección 1ª) 30 septiembre 2013 (JUR 2013, 353022); y AAP Madrid (Sección 9ª) 16 mayo 2014 (AC 2014, 2018).

65 STS (Sala 1ª) 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360).

Código Civil que, establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal; se examinan otros preceptos, así en materia de crédito al consumo el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo) que, 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; también el nuevo párrafo tercero del artículo 114 de la LH, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo que prevé que “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”; el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro que, prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual; el artículo 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; y, por último, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero. Sobre tales bases legales, la Sala considera que “el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no supongan la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones”. Precisamente, se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada y asimismo, contiene un factor disuasorio para que el consumidor no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. Además, la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales señala, supone “un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia”. En consecuencia, con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo “un interés de demora que suponga un incremento de más

de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal". Por lo que, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto de litigio es claramente abusivo al consistir en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%". Se reitera esta doctrina en la sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 2015⁶⁶ en la que, después de indicar que, en el caso de los préstamos personales el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era del 8,87% TAE), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que, la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Asimismo, entiende que, el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que persiguen las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe. Por lo que, considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal. En consecuencia, el interés de demora establecido en el contrato de financiación a comprador de un bien inmueble objeto de litigio es abusivo porque consiste en la adición de más de quince puntos porcentuales al interés remuneratorio. También en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2015⁶⁷ con los mismos argumentos considera que, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es abusivo porque consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al interés remuneratorio aplicable en cada momento, por lo que inicialmente suponía un interés de demora del 29% anual y tras la primera revisión, un interés de demora superior al 30% anual.

⁶⁶ STS (Sala 1ª) 7 septiembre 2015 (RJ 2015, 3976).

⁶⁷ STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3977).

Asimismo, en esta línea la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015⁶⁸ dispone al respecto que "... el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicable en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal". Por estas razones concluye que "el artículo 114.3 de la 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. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado". En fin, en igual sentido –siendo una constante jurisprudencia-, se pronuncia las sentencias ya citadas del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016⁶⁹ y de 3 de junio de 2016, precisamente, en esta última resolución se excluye la aplicación como límite objetivo del artículo 1108 del Código Civil y, también, el artículo 114 de la LH. Precisamente, esta regla legal en virtud de la disposición transitoria 2ª de la Ley se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

De todas formas, en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y en el Auto de 11 de junio de

68 STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2015 (RJ 2015, 5714). Con voto particular del Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

69 STS (Sala 1ª) 18 febrero 2016 (RJ 2016, 619). Con voto particular del Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

2015 (caso BBVA) se indica que: “el artículo 114.3 de la LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la “imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”, en los términos del artículo 85.6 del TRLGDCU. [...]. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución –Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según se resalta también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino, como hemos señalado, fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal”. El Tribunal de Justicia volvió a incidir en esta idea, en su Auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja): “(...) los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora (...) quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (...) (apartado 33)”.

Y respecto al criterio objetivo de considerar abusivo “el interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”, adopta este criterio objetivo, señalando la mencionada sentencia de 3 de junio de 2016 que: “En realidad, y en lo que ahora interesa, en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre que el límite previsto en el artículo 114.3 de la LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en

la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios. (...) En este momento, si partimos del presupuesto condicionante que el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales". Por lo que, establece como límite máximo de intereses moratorios para los préstamos hipotecario la de dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado. Con ello el Tribunal Supremo, en la sentencia de 3 de junio aplica el mismo criterio tanto para préstamos hipotecarios y préstamos personales⁷⁰. Si bien, conviene recordar que, ese mismo Alto Tribunal en sentencia de 22 de abril de 2015 señalaba que dicho límite se aplicaba solo a los préstamos personales, pues, se explicitaba que, no podía aplicar a los préstamos hipotecarios al tener un "tratamiento distinto y presentar una problemas específicos como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del artículo 114 de la LH añadido por la Ley 1/2013" y, además en los préstamos personales el tipo de interés ordinario es de por sí mucho más elevado que el de los préstamos hipotecario.

Para justificar tal unificación, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 3 de junio de 2016 señala que "El artículo 114.3 de la 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. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado" (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero)⁷¹.

70 En esta línea, *vid.* SAP Cantabria (Sección 4ª) 27 octubre 2015 (JUR 2016, 35105) superación en más de dos puntos; SAP Málaga (Sección 4ª) 20 marzo 2017 (JUR 2017, 236587) por suponer un incremento en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal; SAP Pontevedra (Sección 6ª) 31 mayo 2017 (AC 2017, 937) interés fijado en 19% anual era manifiestamente superior al interés remuneratorio en dos puntos; y SAP Cáceres (Sección 1ª) 8 noviembre 2017 (JUR 2018, 342) interés fijado en 18% anual, resulta abusivo en tanto supere notoriamente en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio (9,5%).

71 Para DÍAZ FRAILE J.Mª.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios", *cit.*, p. 304 con esto se salva una aparente doctrina contradictoria. Por su parte, AGÜERO ORTIZ, A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016, p. 214 critica esta forma de proceder del Tribunal Supremo fijando un "criterio objetivo de abusividad", pues con ello "no sólo excede su función de complemento del ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil), sino que además lo hace vulnerando el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, por lo que los jueces y tribunales deberán apreciar la abusividad de la cláusula "teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias

De todas formas, también en esta sentencia se declara abusivo en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del artículo 114.3 de la LH.

Precisamente, el límite del mencionado artículo 114.3 de la LH representa, como, señala una parte de la doctrina a la que me adhiero, más un límite legal que, de control de abusividad, lo que no impide que, cumpliendo la cláusula interés de demora con el criterio que se indica, pueda ser considerada abusiva, si impone una desproporción alta al consumidor⁷² y, ciertamente operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, en concreto para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos. Esto es, para los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, y garantizados con la misma en los que se había negociado la cláusula de intereses moratorios, y, para los préstamos hipotecarios entre particulares para la adquisición de vivienda habitual, y garantizados con la misma⁷³.

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 da un paso más que, la sentencia de este mismo Tribunal de 23 de diciembre de 2015⁷⁴,

que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Igualmente, SOLER SOLÉ G.: "Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía", *Diario La Ley, número 8805, sección Tribuna, 18 de junio de 2016*, p. 3 señala al respecto que "fijar un criterio general, autosuficiente y excluyente de abusividad para préstamos personales e hipotecarios únicamente parece explicarse por la comodidad de disponer de un criterio que, al mismo tiempo sea general y esté recogido en un precepto positivo". Y añade "de seguirse el criterio del artículo 576 de la LC sería necesario apreciar nulidades en supuestos carentes de desproporción y desequilibrio. Es en este sentido que tal vez la propuesta del TS pudiera desatender excesivamente el análisis de las circunstancias del caso concreto y pudiera implicar, en ciertos casos, que la aplicación del criterio general, lleve a declarar la nulidad de las cláusulas que, en sentido estricto, no son desproporcionadas ni generan desequilibrios, esencia ésta de la materia de abusividad". Por su parte, GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS. A.E.: "La desviación del valor nominal de los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de vivienda tras la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, Febrero 2017, p. 6 (versión digital) señala al respecto que "lo que parece claro es que la extensión del límite fijado en la sentencia de 22 de abril de 2015 a cualesquiera contratos sin tener en cuenta su duración puede resultar cuando menor perturbador", y añade "(...) lo propio es adecuarlos al caso concreto enjuiciado y atemperar los intereses devengados en atención a las circunstancias particulares del adquirente, teniendo particularmente en cuenta la duración del contrato. Así frente a la pretensión de uniformidad de nuestro alto tribunal, lo cierto es que las fórmulas empleada en otros países de nuestro entorno prevén fórmulas mucha más flexibles".

72 Vid., por todos, AGÜERO ORTIZ A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", cit., p. 214. Asimismo, *vid.*, la RDGRN 14 enero 2015 (RJ) 2015, 6442).

73 DE VERDA y BEAMONTE J.R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios", cit., p. 7; AGÜERO ORTIZ A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", cit., p. 214.

74 STS 23 diciembre 2015 (RJ) 2015, 5714). En su *Fundamento de Derecho Quinto* –recurso de casación del "BBVA, S.A"- dispone al respecto que "(...) el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que, el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no

pues, aunque esta última considera que, el artículo 114.3 de la LH no es la única norma de referencia para calificar un interés de abusivo o no, pues, el juez debe valerse de más criterios, consideraciones y circunstancias que rodean a cada caso y que, pueda darse el caso que el interés conforme al citado artículo 114.3 de la LH pueda ser considerada abusiva, no concreta, sin embargo, cual podría ser el criterio objetivo de aplicación en sustitución del artículo 114.3 de la LH, lo que si hace la sentencia de 3 de junio de 2016 –el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC en la línea de una constante jurisprudencia-

Por lo que, fijar un criterio objetivo, como el expuesto, no impide que para determinar la abusividad de una cláusula, el juez pueda apreciar conforme al artículo 4 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, todas las circunstancias del caso concreto según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 caso Aziz. Efectivamente, los artículos 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.3 del TRLGDCU establecen claramente que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios, además de todas las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, las demás cláusulas del contrato, y cualesquiera otras circunstancias que, considere pertinentes y sean apreciada por el juez nacional. Éste habrá de ponderar si el profesional podría estimar razonable que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, y no le impone al consumidor una indemnización desproporcionada.

En este contexto, también nos encontramos resoluciones que, optan por el carácter no abusivo de los intereses de demora en base a los siguientes argumentos:

1. No generan posición de desequilibrio por no ser desproporcionado en relación con los intereses de demora existentes en la época en que se firmó el contrato⁷⁵; o, lo que representa el promedio habitual en la práctica bancaria o financiera, o la existente en el mercado⁷⁶. O simplemente, se atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se concertó el contrato o las relativas al caso⁷⁷;
2. Aplicando estrictamente la normativa del Código Civil, y, obviando, en consecuencia, la normativa de consumidores, se señala que, no resultan abusivos

tiene como función servir de pauta de control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en la que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal”.

Vid., un análisis de los artículos 114.3 de la LH y 576 de la LEC y de las citadas resoluciones, ADÁN DOMENECH, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, cit., p. 77.

75 Vid. AAP Madrid (Sección 9ª) 27 noviembre 2014 (JUR 2015, 18979).

76 Vid. SAP Murcia (Sección 1ª) 10 septiembre 2013 (JUR 2013, 313505)

77 Vid. SAP Islas Baleares (Sección 5ª) 8 marzo 2002 (JUR 2002, 127963); SAP Madrid (Sección 14ª) 29 junio 2011 (JUR 2011, 331822); SAP Murcia (Sección 1ª) 23 marzo 2012 (JUR 2012, 141041); SAP Madrid (Sección 14ª) 25 septiembre 2012 (JUR 2012, 371707); y AAP Murcia (Sección 5ª) 3 julio 2007 (JUR 2008, 52679) y 12 noviembre 2009 (JUR 2010, 52679).

ni desproporcionados –aunque puedan ser elevados- al ser la finalidad de estos intereses moratorios el añadir un *plus* de onerosidad para la otra parte que no cumple las obligaciones contractuales asumidas, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que supone. Asimismo, sobre tales bases, se considera que estamos ante un interés no contrario a las exigencias de la buena fe⁷⁸; 3. Enlazando con lo anterior se indica que, en este supuesto rige el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo que las partes han pactado, pues, lo que se sanciona con los intereses moratorios es la falta de pago imputable al deudor, esto es, se indemniza por los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Además se trata de intereses libremente pactados por las partes⁷⁹; 4. O en fin, se considera no abusivo en un análisis comparativo con el interés remuneratorio⁸⁰.

III. EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

Apreciado el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios, la sanción será la nulidad de tal cláusula, y, podría integrarse el vacío dejado por la misma con arreglo a lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil. Si bien, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (asunto C-680/10) tal forma de proceder no sería posible, pues, como se dispone en la misma, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma (párrafo número 65), y añade esta sentencia en su apartado 89 que “el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho

78 Vid. SAP Lleida (Sección 2ª) 25 octubre 2003 (JUR 2004, 26422); SAP Asturias (Sección 6ª) 7 marzo 2005 (AC 2005, 480); SAP Zaragoza (Sección 5ª) 9 noviembre 2010 (AC 2010, 1840); SAP Asturias (Sección 7ª) 20 abril 2011 (JUR 2011, 215250); SAP Murcia (Sección 4ª) 31 julio 2012 (AC 2012, 1536); SAP Barcelona (Sección 1ª) 9 noviembre 2012 (JUR 2013, 22553); SAP Madrid (Sección 25ª) 15 marzo 2013 (JUR 2013, 158538); y AAP Álava (Sección 1ª) 24 septiembre 2014 (JUR 2014, 255268).

79 Vid. SAP Tarragona (Sección 3ª) 4 abril 2005 (JUR 2005, 172720); SAP Valencia (Sección 8ª) 28 diciembre 2007 (AC 2008, 575); AAP Cáceres (Sección 1ª) 10 noviembre 2010 (JUR 2011, 46831); AAP Vizcaya (Sección 3ª) 19 mayo 2011 (JUR 2011, 301029); AAP Madrid (Sección 8ª) 22 octubre 2012 (JUR 2012, 381590); y AAP Sevilla (Sección 5ª) 16 diciembre 2014 (AC 2015, 403).

80 Vid. SAP Barcelona (Sección 16ª) 6 septiembre 2013 (AC 2013, 1832); SAP Asturias (Sección 6ª) 3 febrero 2014 (JUR 2014, 70679); SAP Burgos (Sección 3ª) 12 enero 2015 (AC 2015, 5); SAP Barcelona (Sección 15ª) 16 marzo 2017 (JUR 2017, 104636); SAP Madrid (Sección 9ª) 11 junio 2015 (JUR 2015, 186061); SAP Alicante (Sección 8ª) 20 noviembre 2015 (JUR 2016, 12897); y SAP Cáceres (Sección 1ª) 12 enero 2018 (AC 2018, 110).

contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva". Además, acertadamente manifiesta que "si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 13/93/CEE. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales" (apartado 69).

Por lo que, en los términos expuestos por el Tribunal de Justicia no procede la integración, ni la moderación del interés de demora abusivo⁸¹. La única consecuencia que, permite la Directiva 93/13/CEE es la nulidad radical y absoluta de la cláusula, y, por ende, su no aplicación. De ahí que, tras la citada sentencia del Tribunal de Justicia, la Ley 3/2014, de 27 de marzo haya procedido a suprimir el apartado 3 del artículo 83 y, por tanto, la facultad del juez de integrar el contenido del contrato a favor del predisponente por medio de la modificación del contenido de la cláusula declarada nula por abusiva; debiendo ahora limitarse a dejarla sin efecto, sin aplicación frente al consumidor. Por lo que, ante una eventual declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios en ningún caso cabe la aplicación de mecanismo o alternativas subsidiarias –equivalente a la moderación de la cláusula abusiva o a la integración contractual- que supusieran una merma del efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE, esencialmente dirigida a prevenir el uso de cláusulas presumiblemente abusivas.

En este contexto, nos encontramos con órganos judiciales que declaran nula la cláusula de interés de demora y la excluyen sin más del contrato, considerando inaplicable cualquier tipo de interés⁸²; incluso con la anterior redacción del artículo 83 del TRLGCU mantienen este mismo criterio, al considerar que los contratos obligan no sólo a lo pactado, sino también a sus consecuencias, siempre que sean conformes a la buena fe, y, siendo que los intereses moratorios abusivos son contrarios a la buena fe, no procede integración alguna, sino simplemente tener por no puesta la cláusula⁸³.

Si bien, no faltan también resoluciones –sobre todo en la jurisprudencia menor que: I. Alegan que la cláusula contractual relativa a los intereses de demora, cuando se aplican al total del préstamo vencido, tienen naturaleza de cláusula

81 Vid. SAP Burgos (Sección 3ª) 1 febrero 2018 (JUR 2018, 68539).

82 Vid. SAP Barcelona (Sección 17ª) 14 febrero 2013 (JUR 2013, 172291); y SAP Valencia (Sección 11ª) 30 septiembre 2013 (AC 2013, 1850).

83 Vid. SAP Cantabria (Sección 4ª) 8 octubre 2012.

penal, y por tanto, pueden ser susceptibles de moderación judicial de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil⁸⁴; 2. O simplemente hacen caso omiso de la doctrina europea y proceden a moderar la cuantía de los intereses moratorios⁸⁵; 3. O plantean la posibilidad de recurrir a la opción del recalcu, reduciéndolo su cuantía simplemente⁸⁶, o tomando para ello como base normativa lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013⁸⁷. El problema de esta Disposición es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino los supuestos en que a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 114.3 de la LH, se hubiese fijado la cantidad por la que se solicita el despacho; 4. O después de afirmar que, la nulidad comporta la exclusión de la cláusula, se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a los efectos dos opciones: las que defienden la aplicación del Código Civil (artículo 1108)⁸⁸; o las que sostienen la aplicación de la Ley Hipotecaria (artículo 114.3)⁸⁹; 5. Aplicar el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo –tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero-⁹⁰; 6. Se considera que en caso de declarar abusivos los intereses de demora se debe aplicar el interés del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal aumentado en dos puntos desde que

-
- 84 Vid. STS (Sala 1ª) 23 septiembre 2010 (RJ 2010, 7296); SAP Barcelona (Sección 13ª) 30 diciembre 2004 (JUR 2005, 55652); SAP Las Palmas (Sección 4ª) 22 febrero 2010; y SAP Barcelona (Sección 19ª) 13 mayo 2011 (JUR 2011, 294043).
- 85 Vid. SAP Asturias 14 marzo 1995 (AC 1995, 422); SAP Murcia (Sección 4ª) 21 octubre 2002 (JUR 2002, 284743); SAP Tarragona (Sección 3ª) 10 julio 2003 (JUR 2003, 256305); SAP Asturias (Sección 5ª) 30 mayo 2011 (AC 2011, 1338); SAP Granada (Sección 4ª) 31 enero 2014 (AC 2014, 214); SAP Alicante (Sección 5ª) 5 febrero 2014 (JUR 2014, 103411); y SAP Córdoba (Sección 1ª) 27 octubre 2014 (JUR 2015, 32203). Y, asimismo, el AAP Córdoba (Sección 1ª) 29 abril 2014 (AC 2014, 1108).
- 86 Vid. SAP Tarragona (Sección 3ª) 23 noviembre 2010 (JUR 2011, 79571); AAP Valencia (Sección 9ª) 22 diciembre 2014 (AC 2015, 270) recalcu al 12%; AAP Jaén (Sección 1ª) 19 enero 2015 (JUR 2015, 82303); y AAP Madrid (Sección 12ª) 13 marzo 2015 (JUR 2015, 131727) reducción del interés de demora anual del 17% al 12% en aplicación de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013.
- 87 Vid. AAP Sevilla (Sección 6ª) 17 septiembre 2014 (JUR 2015, 4214). Por su parte, el AAP Barcelona (Sección 17ª) 21 mayo 2014 (JUR 2014, 178499) señala que no es posible acudir al artículo 114 LH ni a la DT. 2ª de la Ley 1/2013 para reducir el interés moratorio.
- 88 Vid. SAP Girona (Sección 2ª) 15 septiembre 2000 (JUR 2001, 17125); SAP Albacete (Sección 2ª) 12 mayo 2014 (AC 2014, 1013); SAP Pontevedra (Sección 1ª) 14 octubre 2014 (JUR 2015, 8226); SAP Madrid (Sección 8ª) 12 mayo 2017 (AC 2017, 1709); AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) 5 noviembre 2014 (AC 2015, 222); AAP Jaén (Sección 1ª) 6 mayo 2015 (AC 2015, 1233); AAP Barcelona (Sección 11ª) 27 marzo 2015 (AC 2015, 732). Por su parte, señala la SAP Madrid (Sección 13ª) 30 junio 2014 (AC 2014, 1580) no procede aplicar el artículo 1108 del CC, pues, supone integrar el contrato. En esta línea, REDONDO TRIGO, F.: “Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, septiembre-octubre 2015, p. 3023.
- 89 Vid. ATS (Sala 1ª, Sección 1ª) 30 marzo 2016 (JUR 2016, 71811); SAP Alicante (Sección 6ª) 15 enero 2014 (JUR 2014, 103462); y AAP Barcelona (Sección 19ª) 27 marzo 2014 (JUR 2014, 114707); y AAP Cádiz (Sección 8ª) 18 julio 2014 (JUR 2015, 127218). No obstante, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en sus sentencias de 23 de diciembre y de 18 de febrero de 2016 ha considerado que el artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de los intereses moratorios puesto que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, no en su caso resulten inscritas.
- 90 SAP Murcia (Sección 1ª) 27 abril 2015 (JUR 2015, 131014).

se dicte la resolución de condena⁹¹; 7. O las que se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora supone el tener por no puesta la cláusula, su no aplicación; de modo que, no pueden ser trasladados al acreedor la cláusula de intereses moratorios para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que prevé la Disposición Transitoria segunda, sino que las cantidades reclamadas por dichos conceptos deben excluirse sin más⁹²; máxime si se tiene en cuenta que a raíz de la reforma del artículo 83, el texto de la citada Disposición no puede interpretarse como permisivo del recalcu – reducción- de los intereses moratorios, sino por su exclusión de la contratación⁹³; y la imposición expresamente de la obligación de establecer que tales cláusulas no vincularan al consumidor⁹⁴; 8. O, en fin, se opta por la aplicación del interés remuneratorio. Esta es, precisamente, la posición de nuestro Tribunal Supremo. Así, como se razonó en la sentencia de 22 de abril de 2015 el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y reiterada por el Auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja) no da lugar a una “reducción conservadora” del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición de dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Por lo que concluye que “por consiguiente (...), la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser (...) la moderación

91 Vid. AAP Valencia (Sección 9ª) 20 noviembre 2013.

92 En este sentido, BALLUGERA GÓMEZ, C.: “Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general”, *Diario La Ley*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio de 2014, p. 9. Asimismo, *vid.*, la SAP Alicante (Sección 9ª) 9 julio 2012 (JUR 2012, 312405); la SAP Castellón (Sección 3ª) 18 diciembre 2013 (AC 2013, 2097); y, la SAP Pontevedra (Sección 1ª) 27 febrero 2014 (AC 2014, 459). Y AJPI núm. 5 de Cáceres 23 enero 2015 (LA LEY 137, 2015).

93 Vid. SAP Alicante (Sección 9ª) 7 septiembre 2012 (JUR 2012, 366222); SAP Cantabria (Sección 4ª) 18 octubre 2012 (JUR 2012, 391860); SAP Castellón (Sección 3ª) 15 enero 2013 (JUR 2013, 152811); SAP Guadalajara (Sección 1ª) 13 marzo 2014 (JUR 2014, 91722); la SAP Madrid (Sección 11ª) 15 julio 2014 (JUR 2014, 234763); SAP Burgos (Sección 3ª) 12 enero 2015 (AC 2015/5); AAP Islas Baleares (Sección 5ª) 21 marzo 2014 (AC 2014, 618); AAP Castellón (Sección 3ª) 7 julio 2014 (AC 2014, 2033), no procede la aplicación de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, que establece el recalcu de intereses, pues, hay una primacía del Derecho comunitario, y de la interpretación del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE; AAP Barcelona (Sección 13ª) 2 octubre 2014 (AC 2014, 1864) y (Sección 1ª) 3 marzo 2015 (JUR 2015, 112557); AAP Cantabria (Sección 2ª) 17 marzo 2015 (JUR 2015, 274638); AAP Madrid (Sección 10ª) 5 mayo 2015 (AC 2015, 934); AAP Cádiz (Sección 8ª) 26 octubre 2015 (JUR 2015/293344); y AAP Sevilla (Sección 6ª) 30 diciembre 2015 (JUR 2016, 58364).

94 Vid. SAP Valencia (Sección 11ª) 12 noviembre 2014 (JUR 2015, 97589); SAP Lleida (Sección 2ª) 27 abril 2015 (JUR 2015, 157705).

de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”. Este mismo efecto de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo es aplicable a los préstamos hipotecarios como establece la sentencia de 3 de junio de 2016 por lo que “de este modo estima el recurso de casación (...) mantiene la nulidad del interés de demora pactado del 19% decretada en primera instancia, y declara que procede la aplicación del interés remuneratorio pactado”⁹⁵. De todas formas, conviene recordar que, la naturaleza de los intereses ordinarios son el precio del dinero prestado y se devengan únicamente a lo largo del préstamo, no una vez finalizado el mismo por su vencimiento anticipado o por el transcurso del tiempo pactado; no obstante, el Tribunal Supremo en los términos reseñados permite que se sigan devengando sobre el capital pendiente; lo que para algunos constituye una suerte de moderación o integración⁹⁶.

95 En este sentido, *vid.*, las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 para los préstamos personales. En relación a los préstamos hipotecarios en esta línea unificadora, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de septiembre 2015 (La Ley 125944, 2015) señala que “la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”) ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese de devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada...”. En igual sentido, se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencias de 8 de septiembre de 2015 pues “lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo de interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución”; de 23 de diciembre y 18 de febrero de 2016 que declaran que respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado. Asimismo, la SAP Vizcaya (Sección 4ª) 23 marzo 2017 (JUR 2017, 136676) supresión del incremento del interés que supone el interés de demora pactado; la SAP Madrid (Sección 11ª) 30 septiembre 2016 (JUR 2016, 252383) que continúe devengándose el remuneratorio hasta el reintegro de la suma pactada; la SAP Salamanca (Sección 1ª) 19 junio 2015 (AC 2015, 1335); la SAP Murcia (Sección 4ª) 4 febrero 2016 (AC 2016, 372) interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada; la SAP Alicante (Sección 8ª) 28 octubre 2016 (JUR 2016, 196925) interés remuneratorio hasta el completo pago; y la SAP Barcelona (Sección 19ª) 12 marzo 2018 (JUR 2018, 92070) hasta el reintegro de la suma pactada devenga el interés remuneratorio.

96 Así BALLUGUERA GÓMEZ, C.: “Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general”, cit., p. 8; SOLER SOLÉ G.: “Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía”, cit., p. 9 para quien “acudir al interés remuneratorio tras la declaración de abusividad del de demora, además de poder ir en la dirección contraria a la finalidad de la normativa de consumo establecida por el TJUE (disuadir del uso de cláusulas abusivas), podría suponer una integración o moderación del contrato, igualmente prohibida por el mismo TJUE”. Por su parte, OLIVERA ROMERO, A.: “Consecuencias erróneas en la abusividad del interés de demora”, *Diario La Ley*, núm. 9018, sección Tribuna, de 11 de julio de 2017, p. 4 pone de manifiesto que, en la práctica de nuestros tribunales se viene aplicando de forma errónea el criterio consistente en la continuación del devengo de interés ordinarios, conforme a lo establecido en el préstamo hasta la completa satisfacción del capital prestado, puesto que desde el primer impago hasta el vencimiento del préstamos se realiza. “O bien una moderación del interés moratorio, al calcularlo exactamente igual al ordinario; o un claro anatocismo,

Ciertamente, no hay ninguna duda que, el artículo 83 del TRLGCU, tras la declaración de abusividad de una cláusula, impide la denominada reducción conservadora de la validez, esto es, la posibilidad que el juez modere o reduzca el contenido del pacto hasta el límite de lo razonable. Por lo que el juez no podrá reducir la cuantía de los intereses de demora hasta los límites permitidos. Ahora bien, cabe plantearse si el citado artículo 83 interpretado a la luz de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deja margen a la integración contractual de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil y 64 del TRLGCU y en concreto, para la aplicación del derecho dispositivo en las que el contrato pueda quedar subsistiendo sin la cláusula nula, pero dicha nulidad parcial pueda producir un desequilibrio contractual. Se consideraba posible integrar la laguna con la aplicación del artículo 1108 del Código Civil. En los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vienen a impedir la aplicación de la tesis que, el juez, tras la apreciación de la abusividad de la cláusula, sustituya la regulación convencional que ha sido declarada nula por una norma de Derecho dispositivo que hubiera sido de aplicación de no existir tal cláusula, salvo que ello sea necesario para la subsistencia del contrato –que no pueda subsistir por la falta de sus elementos esenciales- y siempre que esa subsistencia sea beneficiosa para el consumidor, es decir que, le resulte más perjudicial que el contrato deje de existir. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013. Caso Kásler y Káslerné Rábai, referido al derecho húngaro)⁹⁷ declara que “no se opone a la Directiva 93/13/CEE que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional” (párrafo número 86 apartado 3), siempre que esta sustitución se ajuste al objeto del artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representarían para éste una penalización (apartados 82 a 84). Lo que en clave de nuestro ordenamiento jurídico parece que, no impide el juicio de eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. En todo caso, la integración que admite esta sentencia es solo en provecho y beneficio de la persona consumidora, cuestión que quedó abierta en la sentencia de este mismo Tribunal de 14 de junio de 2012 que, prohíbe la integración *pro predisponente*⁹⁸. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de 21 de enero de 2015 (asuntos

al calcular dos veces el interés ordinario. Una en la columna interés ordinario y otra en la columna de interés de demora, cuando según el supremo, el único que debe existir es el interés ordinario, ya calculado debidamente en la columna del cierre dedicada a dicho concepto”.

97 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2015, 4).

98 BALLUGUERA GÓMEZ C.: “Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general”, cit., p. 2.

acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13)⁹⁹ ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor;

En la misma línea el Auto del Tribunal, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13)¹⁰⁰ no admite que, una vez declarada la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado artículo 114.3 de la LH, por lo que reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que va en contra de la Directiva 93/13/CEE, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puesto. Es más, el Tribunal declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no, a cuyo efecto proclama que: “Los artículos 6 apartado 1 y 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que 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, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación del carácter “abusivo” de la cláusula sobre los intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicha contrato; y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión que es “abusiva” en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la citada Directiva. Y, asimismo, la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” –en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la propia Directiva 93/13/CEE- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí

99 STJUE 21 enero 2015 (TJCE 2015, 4). Los litigios principales se refieren a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47.000 euros y 249.000 euros. En el asunto C-482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo de 18%, el cual podía aumentar si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara el tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo de 25% nominal anual. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5%. Asimismo, todos los contratos de préstamo a los que se refieren los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. Mediante auto el Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ordenó la acumulación de los asuntos C-482/13 a C-487/13 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia; y, asimismo, mediante autos de 13 de marzo y 3 de octubre 2014 ordenó separar del presente procedimiento los asuntos C-486/13 y C-483/13, al haberse procedido al archivo de los mismos.

100 STJUE (Sala 6ª) 11 junio 2015 (TJCE 2015, 224).

sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”. Si bien también añade que “es cierto que, el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6 apartado 1, de la Directiva 93/13, y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representarían para éste una penalización”.

Así las cosas, la doctrina general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las resoluciones citadas se traduce en que la Directiva 93/13/CEE se opone a que una norma de derecho nacional permita al juez, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva, integrar dicho contrato modificando su contenido de cualquier manera. En consecuencia, tras la declaración de abusividad, el juez no puede ni reducir la cláusula hasta lo que considera no abusivo, ni aplicar una norma nacional supletoriamente. Lo señalado tiene el límite que fue fijado en la citada sentencia de 30 de abril de 2014 y que la de 21 de enero 2015 reitera, la posibilidad que el juez nacional subsane la nulidad de cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del derecho nacional que, solo podrá tener lugar, si el contrato no puede subsistir tras la eliminación de la cláusula abusiva, no ante cualquier otra laguna, siempre que la integración opere a favor del consumidor. Lo que también reitera las sentencias del Tribunal Supremo citadas respecto, como hemos analizado, a los criterios y efectos de la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusividad.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto la ineficacia resultante de la declaración de abusividad encuentra su fundamento en el concepto de “no vinculación” que contempla el artículo 6 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7 de la misma.

Atendiendo a lo dispuesto en los apartados precedentes y de las cuestiones relativas a los criterios y efectos, procede ahora concretar que, posición adopta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 ante las cuestiones prejudiciales planteadas, y la posición del Tribunal Supremo en la última sentencia del Pleno, de 28 de noviembre de 2018.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 7 DE AGOSTO DE 2018 Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2018

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo -en sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre- y recuerda que, el Alto Tribunal declaró que, ante la falta de criterios legales que establecieran pautas seguras para la apreciación de la abusividad de las cláusulas sobre intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, los tribunales españoles de primera y segunda instancia aplicaban criterios dispares, lo que generaba una gran inseguridad jurídica y producía una diferencia arbitraria de trato para los consumidores en función del tribunal donde se siguiera el litigio. También se producían divergencias importantes a la hora de determinar las consecuencias del carácter abusivo de tales cláusulas. Por consiguiente, el Tribunal Supremo consideró que, a fin de poner término a la referida situación de inseguridad jurídica y a las mencionadas disparidades, resultaba necesario definir los criterios para determinar el eventual carácter abusivo de tales cláusulas y las consecuencias del mismo. A tal efecto, el Tribunal Supremo, por una parte, declaró que, en virtud del artículo 85.6 del TRLGDCU son abusivas las cláusulas que, imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. Por otra parte, examinó las normas nacionales aplicables, en caso de mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo entre las partes del contrato sobre diversos puntos, así como el tipo de interés de demora generalmente previsto en los contratos de préstamo que son objeto de una negociación individual con los consumidores. A resultas del referido examen, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión que procedía declarar abusivas las cláusulas no negociadas de los contratos de préstamo personal celebrados con los consumidores relativas a los intereses de demora cuando tales cláusulas respondan al criterio que el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato. En efecto, el Tribunal Supremo expuso que, la fijación del mencionado tipo de interés de demora no conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que establecen las normas nacionales aplicables en caso de mora del deudor mencionadas –artículo 85.6 del TRLGDCU-, y que un profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, una cláusula que estipulara semejante tipo de interés de demora.

Y, en fin, en cuanto a las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, observó que, el Tribunal Supremo en los asuntos de los que conoce, el tipo de interés de demora fijado por dichas cláusulas consistía en un recargo de varios puntos porcentuales sobre el tipo del interés remuneratorio. De ello dedujo que, en el supuesto que se declararan abusivas tales cláusulas, lo procedente sería la supresión total del recargo que el interés de demora representa en relación con el interés remuneratorio, de modo que tan solo se siguiera devengando este último interés. En efecto, el Tribunal Supremo consideró que no procedía suprimir asimismo el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo su función de retribuir la entrega de dinero en préstamo.

Igualmente, la solución recogida en las sentencias de 22 de abril y 7 y 8 de septiembre de 2015 se ha hecho extensiva por este Alto Tribunal a los contratos de préstamos hipotecarios en virtud de las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero; y 364/2016, de 3 de junio unificando doctrina para ambos supuestos.

Sobre tales bases jurisprudenciales, y contestando ambas cuestiones prejudiciales establece, por una parte, respecto a fijación de criterios objetivos para determinar la abusividad de una cláusula de interés de demora que, el Tribunal Supremo procede a concretar como criterio objetivo de abusividad que, el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato, por lo que considera este Tribunal de Justicia que, con esta forma de actuar, el citado Alto Tribunal se atiene a las exigencias recordadas especialmente en la sentencia de 14 de marzo de 2013. Respecto a determinar, si la Directiva 93/13/CEE se opone a la aplicación de este criterio jurisprudencial, en la medida en que tal criterio implica una presunción *iuris et de iure* por lo que, será abusiva toda cláusula contractual que responda al mismo, recuerda que la citada Directiva se basa en la idea que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia de 21 de diciembre de 2016, B. p. "Partner", C-119/15, EU:C:2016:987, apartado 28 y jurisprudencia citada). Por lo que, habida cuenta de semejante situación de inferioridad, la Directiva 93/13/CEE en su artículo 3, apartado 1 establece la prohibición de aquellas cláusulas tipo que, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE V., C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 42). Además, recuerda que, sobre la base del artículo 6, apartado 1, y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, esta Directiva se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida

al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio, examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 28 a 42) (apartados 62 a 67). Operando sobre tales términos legales y en aras de la protección de consumidor establece en su apartado 61, precisamente que, no parece que dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo prive al juez nacional de la posibilidad de declarar, al examinar una cláusula de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que, no responda a ese criterio, -a saber, una cláusula que establezca un tipo de interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado en el contrato-, que tal cláusula es, no obstante, abusiva y, en su caso, de dejar de aplicarla, extremo que incumbe verificar a los órganos jurisdiccionales remitentes. No se debe olvidar que, corresponde al juez nacional determinar si deben considerarse abusivas las cláusulas contractuales de las que conoce, teniendo en cuenta en principio, conforme al artículo 4 apartado 1 de la citada Directiva, todas las circunstancias del caso concreto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, A., C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 71).

Además, recuerda el Tribunal de Justicia en el apartado 68 de la sentencia, respecto a la posición jerárquica del Tribunal Supremo que, tal como el Abogado General ha manifestado en lo sustancial en el punto 60 de sus conclusiones, no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro -como es el Tribunal Supremo- estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de la cláusulas contractuales. De este modo, añade que, si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal no parece formar parte de las disposiciones más rigurosas que los Estados miembros pueden adoptar a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, puesto que -según el Gobierno español expuso ante el Tribunal de Justicia en la vista- la referida jurisprudencia no parece tener fuerza de ley ni constituir una fuente del Derecho, no es menos verdad que la elaboración de un criterio jurisprudencial -como el definido por el Tribunal Supremo en este caso- responde al objetivo de protección de los consumidores que persigue la citada Directiva. En efecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y de la concepción general de la misma se desprende que la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores (apartado 69).

Por lo que, de lo anterior se deduce que la Directiva 93/13 no se opone a que se establezca tal criterio. Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que “la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato” (apartado 71 y punto 2 del fallo).

Por otro lado, respecto a la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato el Tribunal de Justicia ha utilizado, en lo fundamental, los siguientes razonamientos para fijar su doctrina al respecto de tal efecto o consecuencia: “73. (...) Procede recordar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71 y jurisprudencia citada). 74. Aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización. Tal como ha declarado en lo sustancial el Tribunal de Justicia, en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34). 75. Por lo demás, la Directiva 93/13/CEE no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En

efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jorös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 32). 76. En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma. 77. Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la Directiva 93/13 es que este se anule". Por lo que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, responde a esta cuestión y por ende, a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que: "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato" (apartado 79 y punto 3 del fallo).

En este contexto, después que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018 respaldara la consolidada doctrina

jurisprudencial de Sala Primera sobre la abusividad de interés de demora en préstamos concertados con consumidores, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 2018¹⁰¹ aborda, de nuevo, esta materia después del pronunciamiento del Tribunal de Justicia. El recurso de casación que ahora se resuelve versa sobre un préstamo hipotecario en el que el interés remuneratorio es del 4,75% y el de demora del 25%. La sentencia del Pleno confirma la abusividad de este último interés. Para ello argumenta que: ya en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, este tribunal abordó la cuestión del control de

101 Los hechos sobre los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes: El 11 de enero de 1999, Caja de Ahorros del Mediterráneo (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) concedió a D. Adrián un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir su vivienda familiar, por importe de 17.633,70 €, que el prestatario debía devolver en veinte años mediante el pago de cuotas mensuales. El tipo de interés remuneratorio inicialmente pactado fue del 5,5% anual, sujeto a variación a partir del primer año. Cuando el prestatario dejó de pagar las cuotas del préstamo e incurrió en mora, el interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75% anual. La cláusula sexta del contrato establecía que las cuotas del préstamo que no se pagaran a su vencimiento devengarían un interés de demora del 25% anual. El consumidor prestatario interpuso una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaba que se declararan nulas, por ser abusivas, las cláusulas del contrato de préstamo que establecían el redondeo del tipo de interés remuneratorio y los límites a su variabilidad, la comisión por impago de cada cuota, el vencimiento anticipado por impago y el tipo del interés de demora. Tanto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2, de Alicante, de 13 de enero de 2014, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) de 18 de septiembre de 2014 declararon que la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva y, asimismo, acordaron que el tipo del interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 de la LH.

El Sr. Adrián interpuso recurso de casación al considerar que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y sostiene que el préstamo no debe devengar interés alguno desde que el prestatario incurrió en mora. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación, votación y fallo de Pleno el día 1 de febrero de 2017.

En la deliberación convocada para la votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo, previa audiencia de las partes, acordó plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por lo que, asimismo, se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear tal petición. La recurrida, Banco de Sabadell S.A., no realizó alegaciones relativas a la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial. Aunque manifestó “allanarse” a la acción de nulidad, solicitó que se desestimara el recurso de casación interpuesto, y que se aplicara el interés remuneratorio. El recurrente, D. Adrián, presentó escrito en el que se mostraba favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial y manifestaba su apoyo a la tesis mantenida en su recurso, en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula de interés de demora, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés. Se dictó auto que declaró la improcedencia de tener por allanado a Banco de Sabadell S.A. puesto que no aceptaba la pretensión del recurrente, y acordó continuar la tramitación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El 22 de febrero de 2017 se dictó auto en el que se formuló cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre dos aspectos de su doctrina jurisprudencial –ya analizados– cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea estaba siendo cuestionada, incluso mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se pretendía que se declarara que tal jurisprudencia no era conforme al Derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia el 7 de agosto de 2018. En su fallo, recordamos, dispuso:“(…) 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio. 3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato”.

Una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial que le fue planteada por esta Sala y ha declarado que nuestra jurisprudencia se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión, y en concreto de la Directiva 93/13, se procedió a resolver el recurso de casación.

abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores y las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, trataron esta misma cuestión respecto de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores.

En dichas sentencias, este tribunal consideró que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

Por lo que, la aplicación de dicho criterio -cuya conformidad con el Derecho de la Unión Europea ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 7 de agosto de 2018- al supuesto objeto del recurso confirma la corrección de la declaración de nulidad, por abusiva, que ha realizado la Audiencia Provincial de la cláusula que establece el interés de demora en el préstamo objeto de este recurso, puesto que supera en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio (en realidad, lo supera en más de veinte puntos porcentuales).

Respecto de las consecuencias o efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de interés de demora, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial optaron por sustituir el interés de demora previsto en la cláusula anulada, que era del 25%, por el previsto en el artículo 114.3 de la LH, que es el triple del interés legal. Para el recurrente, la solución debía ser que, una vez anulada la cláusula que fijaba un interés de demora abusivo, el préstamo deje de devengar interés alguno cuando el prestatario haya incurrido en mora.

El Tribunal Supremo considera nula de pleno derecho y se tiene por no puesta la cláusula de interés de demora, pues, no es posible su integración. Efectivamente, señala que, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. Al respecto, señalan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva

1993/13/CEE que, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

Por tal razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, como hemos señalado en líneas precedentes, solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor; para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor; ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Por lo que, el juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor; no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor; pues debe excluir plenamente su aplicación.

En cuanto a la posibilidad de mantener el devengo del interés remuneratorio, pese a la nulidad del interés de demora. De nuevo, recuerda el Tribunal Supremo que, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de

febrero, y 364/2016, de 3 de junio se declaró que, suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 del TRLDCU y artículo 3 y anexo I.e de la Directiva 93/13/CEE). Asimismo, se concluyó que, lo que procede era anular y suprimir completamente la cláusula de interés de demora, privándola de su carácter vinculante, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Además, señala el Alto Tribunal que, el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a “cerrar la cuenta” del préstamo. Por lo que, carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución.

La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, y 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia. Por lo que, de acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el artículo 114.3 de la LH como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno.

La solución, conforme a la Directiva 93/13/CEE y que protege el interés del consumidor es que, declarada la nulidad de la cláusula que, establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

De todo lo expuesto se considera doctrina jurisprudencial consolidada¹⁰²:

1. El interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva.

2. Que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

3. Que la solución, conforme a la Directiva 93/13/CEE y que protege el interés del consumidor es que, declarada la nulidad de la cláusula que, establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018, reitera de nuevo la doctrina expuesta en relación la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula de los intereses de demora en un préstamo concertado con consumidores, en dos sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 11 de enero de 2019 señalando la primera de ellas cuyo ponente es Javier Orduña Moreno que, en relación a la aplicación del control de abusividad a los intereses de demora en préstamos concertados por las entidades financieras y sus clientes, así como sobre los efectos derivados de su declaración de abusividad, ya se ha pronunciado recientemente esta Sala en la sentencia del Pleno 671/2018, de 28 de noviembre, todo ello de acuerdo con la jurisprudencial del TJUE. En relación a la primera cuestión planteada en el recurso de casación, esto es, relacionada con la aplicación del control de abusividad de los intereses de demora nos recuerda que, ya ha sido abordado en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, y de 8 de septiembre, 705/2015 en relación con los contratos de préstamos personales concertados con consumidores y en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y, 364/2016, de 3 de junio respecto a los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. En todas ellas se consideró que, ante una falta de previsión legal

¹⁰² En esta línea, *vid.* SAP Málaga (Sección 5ª) 8 febrero 2018 (JUR 2018, 290157); SAP León (Sección 1ª) 27 febrero 2018 (AC 2018, 924); SAP Barcelona (Sección 19ª) 13 marzo 2018 (JUR 2018, 92070); y SAP León (Sección 2ª) 9 julio 2018 (JUR 2018, 264273).

que fijase de forma imperativa el criterio aplicable para el control de abusividad, el interés de demora debía consistir para no resultar abusivo en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora era fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva. De lo que, no cabe duda es la adecuación de este criterio jurisprudencial con el Derecho de la Unión Europea al ser confirmado por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, y reiterado en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2018. Por lo que, en el presente caso, se entiende que, el interés de demora establecido en el 18% al ser manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, resulta abusivo. En relación a la segunda cuestión planteada en el recurso de casación, esto es, las consecuencias o efectos de la declaración de abusividad de la cláusula del interés de demora, lo procedente es, conforme a la doctrina jurisprudencial fijada en las citadas resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo, declarar la nulidad de la cláusula de interés de demora, y, suprimirla completamente, al constituir una indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo de interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio que, sigue cumpliendo la función de retribuir al disposición de dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Además añade al respecto que “carece de toda lógica que, el interés remuneratorio deje de devengarse cuando transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista, de modo que, anulada la cláusula abusiva el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución”. La consecuencia de lo expuesto, procede aplicar la doctrina jurisprudencial tantas veces mencionada y en consecuencia, declarada la nulidad de la cláusula de interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora, el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

En cuanto la segunda resolución de la misma fecha de 11 de enero de 2019 cuyo ponente es Francisco Javier Arroyo Fiesta y en relación con un préstamo también con garantía real, refiriéndose solo a los efectos de abusividad de la declaración de nulidad de los intereses moratorios señala que “la desproporción entre los intereses nominales y los de demora (su abusividad y retroactividad) como en este caso, ya ha tenido una respuesta reiterada y uniforme por parte de esta sala, en sentencias 671/2018, de 28 de noviembre y 364/2016, de 3 de junio. Este criterio ha recibido el referendo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos C-96/16 y C-94/17), en virtud de lo cual la abusividad genera la desaparición de la cláusula controvertida, sin posibilidad de integrarla, con los correspondientes efectos retroactivos. En este

caso, se ha provocado un notorio desequilibrio no justificado por el loable deseo de incentivar el cumplimiento, dada la insoportable carga económica producida". En cualquier caso, concluye "esta declaración de abusividad no impide que se siga devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago del préstamo".

V. LOS INTERESES DE DEMORA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 25

La Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario¹⁰³, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 16 de junio de 2019¹⁰⁴, tiene por objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 y se regulan tres aspectos diferenciados: 1. Contiene normas de transferencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o crédito hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 2. Regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios; y, 3. Establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la misma.

Esta Ley tiene un total de 49 artículos y se estructura en cuatro Capítulos, doce disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales, así como dos Anexos, el primero referente a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el segundo al Cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE). El Capítulo I se refiere al ámbito de aplicación de esta Ley, en concreto, se dispone en el artículo 2 que "1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin construir vivienda como tal cumplen una función doméstica; b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos e inmuebles construidos,

¹⁰³ BOE, número 65, 16 de marzo de 2019, pp. 26329 a 26399.

¹⁰⁴ Disposición Final decimosexta.

siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado I.

3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.

4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo: a) concedidos por un empresario a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado y que no se ofrezca al público en general; b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo, c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes, d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral o en un procedimiento de conciliación o mediación, e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o f) hipoteca inversa en que el prestamista: (i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y (ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo”.

Dentro del Capítulo II sección tercera se aborda la nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existe cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Así, se sustituye en relación con los intereses de demora el anterior régimen en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio fijo para su determinación. Así el artículo 25 establece que “I. En 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”.

Este precepto tiene la misma redacción que el artículo 114.3 de la LH, pues, el legislador ha optado por unificar la redacción de ambos y, así en la Disposición final primera ha modificado de nuevo la redacción del artículo 114.3 de la LH¹⁰⁵.

Lo cierto es que, ambos preceptos se aplican a los préstamos garantizados con hipoteca, siempre que la misma recaiga sobre bienes inmuebles de uso residencial –sea o no este inmueble la vivienda habitual- e independientemente que lo adquiera con el dinero del préstamo. En todo caso, el porcentaje que se establece de “el interés remuneratoria más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible” opera como límite máximo y mínimo, pues, se le dota de carácter imperativo¹⁰⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, refrendado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado, recordemos, como criterio objetivo adecuado, que a falta de normas dispositivas relativas a la aplicación del interés de demora que permitieran concretarlo, el resultante de incrementar en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio del dinero y que el artículo 114.3 de la LH constituye un límite legal de carácter general en la contratación de préstamos hipotecarios, pero no un canon de abusividad, pues, esta debería ser apreciada en cada caso por el juez teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y las circunstancias del caso concreto, con el objeto de concretar si la cláusula de interés de demora es o no “desproporcionadamente alta”, por lo que, resulta necesario en cada caso –aun operando sobre la cifra señalada- analizar “la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento”. Lo que no se acoge en la actual regulación ni antes –cuanto se presentó el Proyecto al Congreso para su tramitación-, pese a que se recomendó en los diversos informes que se elaboraron en relación con el Anteproyecto de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

105 El párrafo tercero del artículo 114 de la LH 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 resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en los supuestos 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”.

Sin embargo, en relación con la redacción del artículo 23 del Proyecto inicial existía una diferencia en la redacción, mientras que éste solo hacía referencia al contrato de préstamo, el artículo 114.3 de la LH se refiere tanto antes como ahora, al contrato de préstamo o crédito hipotecario.

106 En esta línea, DÍAZ FRAILE, J.M^a: “Interés de demora en los préstamos hipotecarios”, cit., p. 318.

Así en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de fecha 5 de mayo de 2017 se establecía que, para la valoración de este precepto habría de tenerse en cuenta los antecedentes concurrentes. En este sentido, se decía, la delimitación de la legalidad de los intereses de demora contenidos en las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria que, obviamente sirven para definir la cantidad adeudada cuyo impago desencadena el proceso de realización de valor de la garantía, resulta especialmente conflictiva en el ámbito de nuestros tribunales civiles al haber incidido sobre ellos múltiples declaraciones jurisdiccionales de abusividad. Por lo que ante esta disparidad existente entre ellas y la falta de una norma que regulara con carácter imperativo la cuestión, llevó al Tribunal Supremo, en las sentencias ya analizadas, a aplicar como límite de abusividad dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Sin embargo, una vez más señala, persisten las dudas en nuestros Tribunales de cómo integrar, en su caso, la declaración de abusividad de los intereses moratorios, existiendo diversas posturas que van desde la imposibilidad de percibir interés alguno, ni tan siquiera remuneratorios, a la de percibir éstos o incluso a la poderse reclamar el 2% adicional considerado no abusivo. Tal disparidad, nos recuerda ha determinado el planteamiento por el Tribunal Supremo, de una cuestión prejudicial. En cuanto, a la opción elegida por el legislador para regular los intereses de demora, apunta que, a diferencia de lo que ocurre a propósito de vencimiento anticipado, la Directiva sí contiene ciertas pautas sobre el particular en su artículo 28 referido a las "demoras y ejecución hipotecaria" al establecer en su apartado 2 que "los Estados miembros podrá exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de impago, esos recargo no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago". Adicionalmente, el apartado 3 establece que "3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos". Los apartados transcritos responden a dos lógicas diferenciadas. El apartado 2, insiste el informe, contempla la lógica indemnizatoria del interés de demora, atendiendo al perjuicio real que se causa al prestamista por el incumplimiento, mientras que, el apartado 3 obedece a una lógica disuasoria o punitiva permitiendo recargos adicionales que, con tal finalidad disuasoria, excedan el perjuicio económico del prestamista, si bien delimitando el valor máximo de tales recargos; de ahí que, la norma analizada carece de toda justificación en su alcance, pues fija el triple del interés legal y sin argumento o explicación alguna para justificar la falta de adecuada trasposición del mandato contenido en los referidos apartados 2 y 3 del artículo 28, sanciona con carácter imperativo un criterio que excede todas las pautas que actualmente pudieran servir como orientación sobre la materia. Y recuerda, igualmente, la existencia del tope legal que estableció el artículo 114.3 de la LH, similar al contenido en el Anteproyecto, no excluía el potencial carácter abusivo de aquellos intereses moratorios que respetaran tal limitación, pues, en definitiva,

podría resultar desproporcionadamente alto para el consumidor. El Anteproyecto veda tal posibilidad, pues sanciona con carácter imperativo y por ende, imposibilita su puesta en cuestión por el consumidor, porque la citada jurisprudencia apoyada en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideraba que pudiera resultar abusivo. En este sentido, continúa manifestando que, no se expone ni se alcanza a comprender cuál sea la razón en función de la cual el perjuicio económico causado a la entidad de crédito con la demora se sitúe en el límite que fija el Anteproyecto. Máxime teniendo en cuenta que en el actual precio del dinero ronda el 0%, de forma que los costes de refinanciación de la deuda impagada –con los que *a priori* se pueden identificar los daños reales del prestamista- no excederán en mucho tal porcentaje. Por otro lado, una de las regulaciones de los intereses moratorios que forman por base el interés legal y no el remuneratorio pactado, es el de la demora a favor de la Hacienda Pública que, está fijado en el 125% de dicho interés legal, es decir, en la actualizad el 3,75%. Interés muy lejano al del 300% que contiene la norma del Anteproyecto. Por lo que, en definitiva, concluye debe reconducirse la norma apuntada bien a las pautas establecidas por el Tribunal Supremo en la jurisprudencia citada, bien a otros criterios que, en todo caso, deberán justificar razonadamente, tal como exige la Directiva, el componente indemnizatorio y el componente punitivo que en ellas se contenga¹⁰⁷.

Por su parte, el Consejo de Estado en su Dictamen de 14 de septiembre de 2017 coincide con las consideraciones realizadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, afirmando que, la posición adoptada por el legislador se aparta de la línea jurisprudencial fijada en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y de 3 de junio de 2016, sin que se conozcan cuáles han sido las razones que han llevado a concluir que el perjuicio causado al prestamista se sitúa en el límite del triple del interés legal del dinero, que considera “a todas las luces resulta excesivo”, especialmente si se tienen en cuenta que, la modificación del artículo 114.3 de la LH que, se aborda en la Disposición Final primera establece la referencia al triple del interés legal del dinero como un límite superior y no como porcentaje a aplicar en todo caso, solución que parece más razonable. Por ello, entiende el Consejo de Estado que, lo correcto es fijar el límite en los términos cómo en la jurisprudencia se venía haciendo y se recoge habitualmente en las escrituras de préstamo hipotecario –dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado-; de no optarse por esta solución, al menos fijar un tope máximo al interés de demora –en el sentido del vigente artículo 114 de la LH-, o, en fin, de proceder a su determinación, distinguiendo entre un componente indemnizatorio –al que se refiere el artículo 28.2 de la Directiva que se pretende trasponer que, exige que los recargos al consumidor en caso de impago no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes

¹⁰⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial de 5 de mayo de 2017, apartados 177 a 191, pp. 62-65.

que le acarree el impago-, y un componente punitivo –que admite el apartado 3 del mismo artículo 28 que, admite recargos adicionales, siempre que los Estados miembros establezcan su valor máximo¹⁰⁸.

Durante la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados se plantearon al texto presentado al Congreso de los Diputados el 14 de noviembre de 2017 un total de siete enmiendas por los diferentes Grupos Parlamentarios del Congreso¹⁰⁹. En todas ellas, se proponía o bien fijar en dos puntos sobre el interés remuneratorio y que se devengue sobre el principal vencido y pendiente de pago, o bien suprimir el carácter imperativo de la norma¹¹⁰. En el Informe de la

108 Dictamen del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2017, p. 29.

109 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-1, pp. 1-41.

110 En la enmienda número 50 presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos- En Comú Podem- En Marea propone como redacción del artículo 23 el siguiente texto: "1. En el caso de préstamo celebrado por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles, para uso residencial, el interés de demora será en todo caso de dos puntos sobre el interés remuneratorio, si lo hubiera. Los intereses de demora sólo podrán devengarse sobre las cuotas pendientes de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario". Justificación: se opera en la línea con lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentuales de interés de demora que, resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se han hecho referencia. En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en 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 y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer el criterio objetivo, no encontramos razones para la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales. Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que, en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente en mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que varíemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y, de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de interés de demora, ya advertimos en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 que "resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicará un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio actual. Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta Sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, ni impide que se siga aplicando el interés remuneratorio pactado". Por lo tanto, fijar los intereses de demora en 2 puntos sobre el interés remuneratorio de cada cuota vencida y no pagada, no del total del préstamo pendiente máxime cuando no se sabe cuál es el afán de fijar el tipo de demora en el triple del 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 excedan mucho del tipo (0%)" (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 137-139); la enmienda número 110 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista propone que la redacción del artículo 23 sea que "1. (...) el interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible en más de dos puntos. Los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago en el momento de la reclamación. Motivación: es coherente con lo establecido por el TS en diversas sentencias y con la previsión del artículo 576 de la LEC, así como el TJUE que indica que, el interés de demora debe ser disuasorio de forma que no incentive al deudor a incumplir, pero proporcional al gasto y perjuicio efectivo que se causa al prestamista (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 204-205); la enmienda números 171, 172 y 173 del Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana propone en la primera modificar el apartado I del artículo 23 y poner que: "1. En el caso de préstamo que se haya declarado vencido anticipadamente por la entidad prestamista por la existencia de cuotas de amortización impagadas y que ha sido otorgado por un persona física..". Justificación: se propone la supresión de la expresión concluido que induce a error por cuanto se refiere a los casos en que la entidad financiera haya ejercitado la facultad de vencimiento anticipado, asimismo no existe razón alguna para que el citado interés de demora se aplique sobre la totalidad del capital pendiente de amortización del préstamo, sino solo sobre la totalidad del importe de las cuotas de amortización impagadas; en el enmienda 172 propone modificar, de nuevo el apartado I del artículo 23 suprimiendo la referencia al triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo....

Ponencia se aprobó por mayoría la enmienda transaccional número 24 procedente de las enmiendas 110 del Grupo Parlamentario Socialista y la número 229 del Sr. Campuzano i Canadés (GMx)¹¹¹; y en el Dictamen emitido por la Comisión de Economía Empresa se modificó el número del artículo, ahora corresponde al número 25¹¹², y se propuso en los términos aprobados por la Ponencia como redacción del citado precepto la siguiente: “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 periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá 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”¹¹³.

En su tramitación en el Senado se presentaron un total de cinco enmiendas al citado artículo 25. Si bien, mientras Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en su enmienda número 38 proponía, en línea con el texto aprobado por el Congreso, el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible¹¹⁴; y, asimismo, solicitaba la supresión de la necesidad de que el préstamo o crédito estuviera concluido; sin embargo, en la enmienda número 73 de Don Carles Mulet García y Don Jordi Navarrete Pla, pertenecientes al Grupo Mixto, se proponía añadir un punto 3 al artículo 25 en el que se concretase que el “interés de demora será igual al interés remuneratorio o

Justificación: de acuerdo con la jurisprudencia del TS; y, en la enmienda número 174 se modifica el apartado 2 del artículo 23 optando por suprimir la imperatividad. Así se propone la siguiente redacción “2. 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” (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 258-260); la enmienda número 194 del Grupo Parlamentario Ciudadanos propone como nuevo texto el siguiente: “1. En el caso de préstamos concluido por un consumidor que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será como máximo, de dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado (...). 2. Todo pacto que contravenga las reglas previstas 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 prestatario al cobro de los intereses moratorios”. Justificación: se acoge el criterio de protección de los consumidores sentado por la Sala Primera del TS (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, p. 289; y, la enmienda número 229 del Grupo Parlamentario Mixto –Carlos Campuzano i Canadés– se propone sustituir el triple por será como máximo el doble. Justificación: en línea con la jurisprudencia del TS (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 12-3, 23 de marzo de 2018, pp. 318-319).

111 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-4, 11 de diciembre de 2018, p. 21.

112 BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-5, 19 de diciembre de 2018, pp. 1-71.

113 La Disposición Final Primera se modifica de nuevo el artículo 114.3 de la LH, dándole la misma redacción que al artículo 25.

114 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 97. Asimismo, este Grupo Parlamentario proponía en su enmienda número 39 la modificación del apartado 2 disponiendo al efecto que, las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo si admitieran pacto en contrato siempre y cuando sea para establecer el mismo pro debajo del límite de 2 puntos sobre el remuneratorio pactado y como máximo el triple del interés legal del dinero (BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, pp. 97-98).

al interés legal del dinero, sin añadidos¹¹⁵; y, Don Francisco Javier Alegre Buxeda, Don Luis Crisol Lafront, Don Tomás Marcos Arias y Doña Lorena Roldán Suárez, todos pertenecientes también al Grupo Mixto en su enmienda número 53¹¹⁶, al igual que, el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en su enmienda número 99 seguían manteniendo el interés de demora en dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado, si lo hubiera –añadía el Grupo de Unidos Podemos–, en la línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las enmiendas propuestas por este mismo Grupo Parlamentario Unidos Podemos durante su tramitación en el Congreso de los Diputados¹¹⁷. Ni en el Informe de la Ponencia¹¹⁸ ni en el Dictamen de la Comisión¹¹⁹ se varía el texto del artículo 25, no admitiéndose ninguna de las enmiendas propuestas.

Se establece importante modificaciones respecto de tal inicial redacción del artículo 25 –antiguo artículo 23-¹²⁰:

1. La aplicación de este precepto alcanza a los créditos y préstamos hipotecarios concluidos, antes solo a éstos últimos. Con ello alcanza a ambos instrumentos crediticios –lo que no hace de forma tan completa en otros apartados del articulado del Proyecto–.

2. Como referencia para determinar la abusividad del interés de demora en lugar de utilizar el criterio objetivo “del triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible”, ahora “el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible”. Se sustituye el interés legal por el interés remuneratorio y en vez de optar por los dos puntos porcentuales que fija el Tribunal Supremo en las sentencias analizadas y ratificado por el Tribunal de

115 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 136.

116 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 118.

117 BOCG, Senado, número 331, 22 de enero de 2019, p. 164.

118 BOCG, Senado, número 335, 4 de febrero de 2019, pp. 1-74 (en particular, p. 34).

119 BOCG, Senado, número 331, 5 de febrero de 2019, pp. 1-68 (en particular, p. 27).

120 El artículo 23 dispone: “1. 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; 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”.

Por su parte, el artículo 251.6 de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio de Código de consumo de Cataluña para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo establece: “4. En los contratos de crédito y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Los que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato”.

Coinciden ambos en la fijación del triple del interés legal del dinero; si bien, como diferencia entre ambas legislaciones, es que, para el Código de consumo catalán ha de tratarse del interés legal que esté vigente en el momento de la firma del contrato, en lugar de como establece la normativa estatal, que ha de tratarse el interés legal vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible.

Justicia de la Unión Europea en sentencia de 7 de agosto de 2018, se concreta en tres. Se asume en parte la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En todo caso, el límite de tres puntos porcentuales representa un límite máximo, y no un límite máximo y mínimo –esto es no tiene ese doble carácter-, por lo que es posible pactar, en la línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, un interés de demora de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Ciertamente, si es posible acordar con la entidad financiera la no fijación de un interés de demora, porque no puede ser también posible pactar un interés por debajo de los mencionados tres puntos porcentuales, sin que se considere tal acuerdo abusivo, atendiendo a que el límite dispuesto en el artículo 25 actúa como límite máximo.

3. Siendo abusivo el interés de demora, y por tanto, se entiende nulo y la cláusula se tiene por no puesta. En la línea del Tribunal Supremo se sigue devengando el interés remuneratorio, sin embargo, se modifica el criterio de devengo respecto de la inicial redacción del Proyecto, antes “los intereses de demora solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”, ahora se dispone que “el interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago”, con lo que se reduce la cantidad sobre el que se aplica el interés remuneratorio, favoreciendo al consumidor. No abarca la totalidad del interés pendiente de pagar y aún no vencido, ahora se impone doble exigencia: vencimiento y pendiente de pago. Por lo que, si el prestamista ha hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, y aunque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista; sin embargo, conforme a tal regulación anulada la cláusula abusiva el interés remuneratorio continúa solo devengándose respecto del capital vencido y pendiente de devolución, no por todo el capital pendiente de devolución.

De todas formas, conviene señalar que, el vencimiento anticipado también opera sobre cuotas vencidas y no pagadas. Así el artículo 24 dispone que, para que tenga lugar el vencimiento anticipado resulta necesario que 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 adeudado del préstamo.

4. A efectos terminológicos se opta por el singular en vez del plural para referirse a los intereses moratorios

5. Coinciden ambas regulaciones en imponer el carácter imperativo a la norma, al disponer que “Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”. No obstante, resulta redundante esta referencia a su carácter imperativo, pues, ya nos dice el artículo 3.1 que las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes, salvo que la norma establezca expresamente lo contrario. Quizá el legislador español cuando determinó el carácter imperativo de las normas en esta Ley tenía en mente el artículo 1.2 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 establece que: “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones y los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son partes, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”.

Por otra parte, conviene recordar que, el apartado 2 del artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE establece que: “los Estados miembros podrá exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago”; y, el apartado 3: “3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos”. El primer recargo tiene una lógica indemnizatoria, en tanto que, el segundo otra distinta de tipo punitivo o disuasorio¹²¹. Sobre tal base legal, lo que hace el artículo 25 es, por un lado, establecer a través de una norma imperativa que, el interés de demora será “el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a los largo del periodo en que aquel resulte exigible”, excluyendo con ello la posibilidad de pactar una cifra menor; y que solo podrán devengarse el interés remuneratorio sobre el principal

121 DIAZ FRAILE J.M.: “Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario”, cit., p. 318.

vencido y pendiente de pago –no como en la inicial redacción por el principal pendiente de pago- cuando se declare nula y por no puesta la cláusula de interés de demora declarada abusiva; por otro lado, se impide el control de abusividad de tales cláusulas de interés moratorios al contenerse en norma imperativa, pues, el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE establece al respecto que “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva” y, en consecuencia, se podría dar el caso que, aun cumpliendo con el límite legal fijado para los intereses de demora o, incluso, fijando una cantidad menor, se causase, sin embargo, un “desequilibrio importante” al consumidor, no pudiendo declararse abusivas tales cláusulas; y, en fin, se puede autorizar imponer al prestamista por las legislaciones de los Estados miembros recargos adicionales tal como establece la Directiva 2014/17/UE, si bien, aquéllas deben limitarse a establecer “el valor máximo de tales recargos” que, podrán acordarse cuando las partes lo convengan de mutuo acuerdo en el supuesto mora o retraso en el cumplimiento de la obligación en el máximo legal establecido. Por lo que pueden pactarse o no tales recargos por mora. Sin embargo, el legislador opta por fijarlos ya de antemano, sin dejar margen al acuerdo y, además, determina su cuantía máxima. Lo que resulta criticable, pues, como señala TRUJILLO CABRERA “si la norma priva a las partes de la posibilidad de elegir no establecer recargos para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación, flaco favor está haciendo a la tutela del prestatario que debe recordarse es la finalidad de una Directiva que pretende “implantar, de cara al futuro, mercados responsables y fiables y restablecer la confianza de los consumidores”¹²². Por lo que, coincidiendo con DÍAZ FRAILE quizás “debería configurarse la norma 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”¹²³.

6. A diferencia de la unificación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues, se aplica el mismo límite máximo de intereses de demora de dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado tanto a los préstamos hipotecarios como a los préstamos personales, en esta Ley el interés de demora se aplica a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como

122 TRUJILLO CABRERA C.: “Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales* (coords. por R. Sánchez Lería y L. Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid, 2018, p. 242.

123 DÍAZ FRAILE J.M., “Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario”, cit., p. 318.

trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin construir vivienda como tal cumplen una función doméstica; b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos e inmuebles construidos, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor. Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora. Esto se aplica a los consumidores y al empresario persona física, además de al fiador o garante persona física.

7. Se ha unificado la redacción del artículo 25 y del artículo 114.3 de la LH. De todas formas, recordemos que, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, refrendada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que el artículo 114.3 de la LH constituye un límite legal de carácter general en la contratación de préstamos hipotecarios, pero no un canon de abusividad, pues, esta debería ser apreciada en cada caso por el juez teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y las circunstancias del caso concreto, con el objeto de concretar si la cláusula de interés de demora es o no “desproporcionadamente alta”, por lo que, resulta necesario en cada caso –aun operando sobre la cifra señalada- analizar “la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento”. Lo que no se acoge en la actual regulación.

Ciertamente con la aprobación de la Ley no se ha optado por la línea con la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que no impide que se pueda aplicar, no siendo por ello abusiva dicha cláusula de interés de demora, ni por la naturaleza dispositiva de la norma. En el fondo, con la imperatividad impuesta en esta Ley se quiere reducir al máximo la litigiosidad.

BIBLIOGRAFÍA

ADÁN DOMENCH, F.: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona 2017.

AGÜERO ORTIZ, A.: "Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19, 2016, pp. 209-2016.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991.

BALLUGERA GÓMEZ, C.: "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", *LA LEY*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio de 2014, pp. 1-10.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Nueva doctrina jurisprudencial sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 3 de junio de 2016", *Cuestiones de interés jurídico*, IDIBE, junio 2016, pp. 1-10.

DÍAZ FRAILE, J.M^a.: "Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 2, abril-junio 2018, pp. 293-320.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E.: "La desviación del valor nominal de los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de vivienda tras la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016", *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, febrero 2017 (versión digital), pp. 1-22.

MONSERRAT VALERO, A.: "Los intereses garantizados por la hipoteca", *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, fasc. I, enero-marzo, 1999.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.

OLIVERA ROMERO, A.: "Consecuencias erróneas en la abusividad del interés de demora", *Diario La Ley*, número 9018, sección Tribuna, de 11 de julio de 2017, pp. 1-5.

ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F. J.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013 (julio), pp. 1-28.

REDONDO TRIGO F.: “Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, septiembre-octubre 2015, pp. 3018-3028.

RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M.: “El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios prevista por la Ley 1/2013”, *Diario La Ley*, núm. 8498, sección Tribuna, de 11 de marzo de 2015, pp. 1-5.

SERRANO CHAMORRO, M^a. E.: “¿Cómo valoramos los intereses de demora por el impago de la hipoteca?”, *Actualidad Civil*, número 10, octubre 2013, pp. 1-19.

SOLER SOLÉ, G.: “Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía”, *Diario La Ley*, número 8805, sección Tribuna, 18 de junio de 2016, pp. 1-9.

TRUJILLO CABRERA, C.: “Los intereses de demora en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, (coords. por R. Sánchez Lería y L. Vázquez Pastor Jiménez), Reus, Madrid 2018.

