

LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA CON CONSUMIDORES: regulación legal y jurisprudencia actual del TJUE y el TS. 1.- Introducción. De conformidad con el mandato de no vinculación al consumidor contenido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGDCU) ordena la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. El precepto limita la sanción de nulidad de pleno derecho a la cláusula o cláusulas afectadas de abusividad, preservando la conservación del contrato en los mismos términos pactados, si ésta fuere posible. Sólo cuando éste no pueda subsistir, por generar una situación no equitativa en la posición de consumidor y empresario o afectar a los elementos esenciales del contrato, deberá el juez decretar la nulidad del mismo.

Antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo la norma no ordenaba al juez la declaración de nulidad, siendo dicha declaración facultativa. Con la reforma meritada, desapareció de la norma tanto el mandato de integración judicial del contrato parcialmente nulo como la concesión al juez de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes. Con esta supresión, el legislador adoptó la normativa interna a la doctrina contenida en la celeberrima Sentencia de 14 de junio de 2012, (Banesto-Man Garabito), en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara por vez primera contraria a derecho comunitario la facultad judicial de recomponer el contrato parcialmente nulo mediante la modificación de la cláusula abusiva para reconducirla a los límites tolerados por la buena fe. El tribunal entiende que tal facultad vulnera tanto el artículo 6 de la directiva, que no otorga al juez más facultad que la de dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, como la finalidad disuasoria que ha de cumplir la disciplina en materia de cláusulas abusivas, cláusulas que un empresario no dejará de utilizar cuando sabe que, en el peor de los escenarios, el juez las reconducirá al límite que la cláusula predispuesta nunca debió rebasar (apartados 69 a 73).

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del derecho dispositivo en materia de cláusulas abusivas iniciada con la Sentencia de 14 de junio de 2012 se consolidó con las Sentencias de 30 de abril de 2014, (Árpád Kásler y Káslerné Rábai), y muy especialmente con la Sentencia de 21 de enero de 2015 (Unicaja Banco, Caixa Bank y otros) y el Auto de 11 de junio de 2015 (BBVA y Quintano). La recepción de dicha jurisprudencia -especialmente relevante para el análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses moratorios- por los tribunales españoles, tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales, ha sido desigual y controvertida, como se estudiará a continuación.

2.- Regulación legal en España de la cláusula de intereses moratorios en la contratación con consumidores.

El punto de partida para el examen de esta cláusula es el artículo 85.6 del TRLGDCU, en cuya virtud son abusivas las cláusulas " que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

El legislador hace referencia a la imposición por parte de las entidades de un interés moratorio -distinto del remuneratorio, que constituye el "precio" del préstamo-, que se devenga en caso de incumplimiento de la obligación y precisamente a causa de su incumplimiento, con la naturaleza jurídica de una cláusula penal, lo que justificaría que su tipo sea superior al previsto para los intereses remuneratorios. Hasta la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios no existía ninguna limitación de carácter cuantitativo para los intereses de demora en los préstamos hipotecarios ni tampoco en los préstamos sin garantía real, siendo el único límite que no existiese una "desproporción manifiesta", de conformidad con la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908, aún vigente[i]. La "desproporción manifiesta" constituye un concepto jurídico indeterminado, y, como tal, ha sido objeto de libre interpretación por parte de jueces y tribunales.

La Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas de protección de deudores hipotecarios, modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) añadiendo un tercer párrafo en virtud del cual "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 legislador no aclaró sin embargo tres cuestiones que hicieron correr ríos de tinta para doctrina y jurisprudencia. Las dos primeras cuestiones se refieren a los parámetros de abusividad, y la tercera, a los efectos de la nulidad:

-¿Puede interpretarse el artículo 114 de la LH en el sentido de que el interés moratorio que respete este límite -el triple del interés legal del dinero -no es abusivo?

-¿Si la cláusula es abusiva por su redacción pero no se aplica, debe acordarse igualmente su nulidad?

- ¿Si se declara la nulidad de la cláusula, puede producir algún tipo de interés a favor del acreedor, aunque no sea el pactado?

Un sector de la jurisprudencia había ofrecido respuesta a alguna de estas cuestiones incluso antes de la publicación de la Ley 1/2013, en las Jornadas de 8 de mayo de 2013 sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias. En dichas Jornadas, más de veinte Magistrados de Juzgados de lo Mercantil, Primera Instancia, de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo debatieron sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Jornada fue dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol Ríos, y moderada por los Vocales del Consejo General del Poder Judicial D. Manuel Almenar Belenguer y D. Ramón Camp i Batalla. En su conclusión ocho, los magistrados asistentes afirmaron estar divididos "mayoritariamente" entre los que entendían que procedía aplicar el artículo 1108 del Código Civil -en adelante, CC- (esto es, que el capital impagado devengaría el interés legal del dinero) y los que entendían que había que aplicar el interés llevado al límite del artículo 114 de la LH. Eso sí, de la conclusión quinta de estas Jornadas resulta que los Magistrados entienden que la aplicación de cualquiera de estos dos tipos de interés no constituye integración de una cláusula nula. Respecto a la segunda pregunta, es decir, si cualquier interés que respete ese límite es abusivo, parece dar a entender que no, cuando indica que "uno" de los criterios para valorar la abusividad de la cláusula es el artículo 114 de la LH.

Del mismo modo, en los Acuerdos de 7 de junio de 2013 de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra sobre cláusulas abusivas, se convino: "En los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art. 1.108 CC, de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero". Se acordó asimismo que si el prestamista respetaba el límite máximo, aun cuando la redacción de la cláusula fuese abusiva, no se declararía automáticamente la abusividad, debiendo ponderarse el resto de circunstancias del caso.

Sin embargo, pronto comenzó la jurisprudencia menor a variar su criterio en cuanto a si verdaderamente podía sostenerse que no había integración de la cláusula abusiva recurriendo a la aplicación del artículo 1108 del CC. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, número 111/2014, de 29 de mayo, razona que se aparta del Acuerdo de unificación de criterios de 7 de junio de 2013 porque entiende que la aplicación del artículo 1108 del CC, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz) supone una integración prohibida de una cláusula nula.

Optaron también por la supresión pura del tipo de interés moratorio el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, número 71/2015, de 27 de abril de 2015, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, número 186/2015, de 5 de mayo y el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña Sección 4ª, de 26 de octubre de 2015, Ponente Antonio Miguel Fernández Montells.

3.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta la Sentencia de 21 de enero de 2015 (Unicaja, Caixabank y otros), en la que niega 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 su apartado 40 sostiene que "no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva".

Cinco meses más tarde, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 junio de 2015 (BBVA), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado artículo 114.3 de la LH, y niega la posibilidad de que dicho precepto pueda ser tomado como única referencia para ponderar la abusividad[iii]. La misma resolución reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya 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 puestos. Y dando un paso más, 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: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— 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 sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, insiste en la dirección ya apuntada por las resoluciones anteriores: el control de abusividad de un cláusula de interés moratorio no puede limitarse a los criterios definidos en el artículo 114.3 de la LH.

4.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo nos brindó su primer pronunciamiento al respecto con la Sentencia 265/2015, de 22 de abril de 2015, en que fue ponente D. Rafael Saraza Jimena. Se trataba de un juicio ordinario promovido por el prestamista, y se cuestionaba la legalidad de la cláusula que fijaba el interés moratorio en diez puntos superior al moratorio, y que resultaba ser del 21,80% nominal anual.

La Sentencia razona cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido un criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe, que consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 marzo 2013, Mohamed Aziz, párrafo 69). Y en base a dicho criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo.

La Sentencia examina pormenorizadamente los intereses de demora previstos en distintos ámbitos normativos: el interés legal del artículo 1108 del CC, el del artículo 20.4 de la Ley de crédito al consumo, el del párrafo tercero del artículo 114 de la LH, el del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, el del 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, y el del artículo 576

de la LEC, para terminar decantándose por la utilización de este último artículo como parámetro de abusividad: "La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia. 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." Para sostener su argumentación, también declara 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 la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado de por sí.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad, y tras recordar que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es posible tras la declaración de nulidad de una cláusula su integración con una norma supletoria de derecho nacional salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor[iii], resuelve que procede, sin embargo, el devengo de interés remuneratorio sobre el capital pendiente de pago aunque se haya procedido a la declaración de vencimiento anticipado, sin que el devengo de este interés suponga integración de la cláusula nula: "La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su

abusividad. No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (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. En tanto que esta solución es más favorable a Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial, ha de considerarse que el recurso de casación ha sido estimado en parte, a efectos del pronunciamiento sobre costas y depósito."

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, del mismo ponente que la anterior, D. Pedro José Vela Torres, en que se enjuicia la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora en el 19% nominal anual, incide en que el límite cuantitativo del artículo 114.3 la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas[iv], y reproduce la doctrina de la Sentencia 265/2015, de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, extendiendo su aplicación a los préstamos hipotecarios, de modo que se considerará abusiva una cláusula que supere en dos puntos el tipo de interés remuneratorio, y la nulidad afectará igualmente al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

La Sentencia del Tribunal Supremo 79/2016 de 18 de febrero de 2016, ponente D. Pedro José Vela Torres, y la Sentencia del Tribunal Supremo 364/2016 de 3 de junio de 2016, ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, en los dos casos con la misma cláusula que fijaba el interés moratorio en el 19% nominal anual, consolidan la doctrina anterior.

5.- Convergencias y divergencias entre la postura del TJUE y el Tribunal Supremo Español

Estas son, pues, las respuestas a nuestras preguntas según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo:

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- ¿Puede interpretarse el artículo 114 LH en el sentido de que el interés moratorio que respete este límite -el triple del interés legal del dinero -no es abusivo? No. Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 y Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016.
- ¿Si la cláusula es abusiva por su redacción pero no se aplica, debe acordarse igualmente su nulidad? Sí. Auto del TJUE de 11 de junio de 2015.
- ¿Si se declara la nulidad de la cláusula, puede producir algún tipo de interés a favor del acreedor, aunque no sea el pactado? No. Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, Auto del TJUE de 11 de junio de 2015.

TRIBUNAL SUPREMO

-¿Puede interpretarse el artículo 114 LH en el sentido de que cualquier interés que respete este límite -el triple del interés legal del dinero -no es abusivo? No (STS de 23 de diciembre de 2015, STS de 18 de febrero de 2016, STS de 3 de junio de 2016).

- ¿Si la cláusula es abusiva por su redacción pero no se aplica, debe acordarse igualmente su nulidad? Si. Las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 no se pronuncian expresamente sobre este aspecto -tampoco deben hacerlo porque son acciones de control abstracto-, pero obiter dicta citan textualmente el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, en la parte en la que esta resolución motiva que la circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por si sola a que se considere abusiva.

- ¿Si se declara la nulidad de la cláusula, puede producir algún tipo de interés a favor del acreedor, aunque no sea el pactado? Sí, el remuneratorio (STS de 22 de abril de 2015, STS de 23 de diciembre de 2015, STS de 18 de febrero de 2016, STS de 3 de junio de 2016).

La jurisprudencia menor española ha acogido mayoritariamente la doctrina del Tribunal Supremo. Así, la han aplicado las siguientes resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, de fecha 28 de enero de 2016, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, de 25 de junio de 2015, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, de 21 de mayo de 2015, Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, de 19 de junio de 2015, Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, de 22 de julio de 2015, Sentencia del Juzgado Mercantil número Uno de Murcia de 8 de junio de 2015, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 1 de septiembre de 2015, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, de 28 de septiembre de 2015 y de 23 de septiembre de 2015, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5, de 10 de Mayo de 2016, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3, de 13 de Octubre de 2016, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1, de 14 de julio de 2016. Existe, no obstante, una corriente minoritaria que mantiene, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declarada la nulidad de la cláusula, no procede el devengo de interés alguno, por cuanto supondría la integración prohibida de una cláusula nula. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, de 4 de mayo de 2016.

Como hemos visto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo -y con éste la jurisprudencia menor mayoritaria- mantienen criterios distintos respecto a los efectos de la nulidad. El tiempo dirá si el Tribunal Supremo cambia su criterio para amoldarse al del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como es su obligación ex artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a jueces y tribunales la aplicación del Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.