

2. DERECHO MERCANTIL

Crónica de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE sobre vencimiento anticipado e intereses moratorios

Chronicle of References for Preliminary Rulings Submitted to the CJEU by the Supreme Court Regarding Acceleration and Default Interest

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en sendos Autos de 8 de febrero y 22 de febrero de 2017, plantea cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la correcta interpretación para su adecuación al Derecho de la Unión Europea de las consecuencias que se han de seguir en los casos de nulidad por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses de demora.

ABSTRACT: *In an order of 8 February 2017 and another of 22 February 2017, the Supreme Court asked the Court of Justice of the European Union for preliminary rulings on the correct interpretation of the consequences ensuing in cases of acceleration clauses and default interest clauses held to be abusive, to ensure that said consequences conform to European Union law.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Nulidad. Cláusulas de vencimiento anticipado. Intereses moratorios.

KEY WORDS: *Contract law. Nullity. Acceleration clauses. Default interest.*

SUMARIO: I. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—II. LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota y la ejecución hipotecaria por impago de cuatro cuotas, fue resuelta

(entre otras) por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) núm. 175/2014 de 14 de mayo de (*JUR* 2014, 145294), con el siguiente razonamiento:

«La falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización.

La jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el artículo 1255 del Código Civil, por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTs de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008).

El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de treinta años.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea estudia esta cuestión en la repetida Sentencia de 14 de marzo de 2013 y en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Precisamente, con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de (RCL 2013, 718), dio nueva redacción al artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuyo apartado 2.º dice: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

La entidad recurrente afirma que se ha limitado a resolver el contrato ante el incumplimiento reiterado por parte del prestatario, y, más concretamente, ante el impago de cuatro cuotas, las que se devengaron desde junio a septiembre de 2012, por lo que no se aprecia ninguna aplicación abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, a lo que se añade que la ejecutada tiene a su alcance la posibilidad que le brinda el artículo 693.2 LEC, para liberar el bien mediante la consignación de las cantidades adeudadas.

Sin embargo, ni la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera purifica el eventual carácter abusivo de la cláusula, ni en todo caso la aplicación que efectivamente ha realizado la entidad «NCG Banco, S.A.» respeta el control de abusividad.

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la Resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 del Código Civil).

Mas en el caso enjuiciado esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad de la prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del periodo contractual o más avanzado el mismo...

De este modo, no es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLCU y artículo 3 de la Directiva 93/13).

Esta conclusión no queda desvirtuada ni por el hecho de que el artículo 693.2 LEC, en su actual redacción, exija un mínimo de gravedad al incumplimiento, ni porque la entidad financiera haya aguardado, en el caso concreto, a que el deudor dejara de abonar cuatro cuotas mensuales.

Es más, la misma reforma legal, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

A mayor abundamiento, en el presente caso nos encontramos con que, ascendiendo el importe del préstamo a 100.000 euros y fijándose un periodo de devolución de treinta años, en 360 cuotas mensuales, el prestatario fue atendiendo el pago de las sucesivas cuotas desde la primera, vencida el 1 de julio de 2008, hasta la correspondiente al mes de mayo de 2012, inclusive, desatendiendo los vencimientos de junio, julio, de agosto de y septiembre, momento en que, con fecha 18 del citado mes, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, es decir, después de que se pagaran 47 cuotas y se dejaran de pagar 4 cuotas, de un total de 360 cuotas.

Es más, las 4 cuotas insatisfechas importaban un capital de 1.285,34 euros y unos intereses ordinarios de 2.444,43 euros, frente al total del préstamo, ascendente a 100.000 euros, lo que supone un incumplimiento relativo de la obligación del 1,28% en lo que se refiere al principal.

En estas condiciones la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista».

Anteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), en Auto de 15 de septiembre de 2015, razonó en idéntico sentido:

«En el supuesto presente, la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el contrato con el impago de ocho cuotas, si bien la redacción de la cláusula sexta bis permitía el vencimiento anticipado por el impago, en todo o en parte, de una cuota de capital o intereses.

Partiendo pues de lo anteriormente expuesto, hemos de modificar el criterio que hasta ahora hemos venido manteniendo, en el sentido de que si la cláusula, en su redacción, es nula, y así debe predicarse de la anteriormente transcrita, en abstracto, puesto que el mero impago, aun parcial, por capital o intereses, faculta al vencimiento anticipado de todo el préstamo, aunque se haya ajustado el ejercicio del derecho a la norma legal hoy vigente (art. 693.2 LEC) tal derecho se apoya en una cláusula nula, por abusiva, con independencia de su aplicación o no, por lo que no ha de prosperar la ejecución, y procede, en definitiva, el sobreseimiento del presente procedimiento de ejecución hipotecaria y la confirmación de la Resolución recurrida. No podrá hacerse uso de tal cláusula, declarada nula, en orden a la declaración de vencimiento anticipado de la totalidad de lo debido, sin perjuicio, obviamente, de las demás vías de reclamación que resulten pertinentes, que no impliquen la aplicación de dicha cláusula».

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 asunto C-421/14, en reiteración de la doctrina del Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, ha venido recientemente a manifestar lo siguiente:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

En realidad, se ha afirmado que el TJUE no dio respuesta en su Auto de 11 de junio de 2015 a lo que motivó la cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, a saber, si el hecho de que el Banco esperara al impago de cuatro cuotas supusiera que el Juez debería declarar indebidamente resuelto el contrato por el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado que claramente preveía el mismo ante el impago de una sola cuota¹, entendiéndose por ello que el TJUE no sienta doctrina consis-

tente en que el Juez no tenga que despachar ejecución o haya de sobreseer una ejecución ante la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado en el condicionado general².

En palabras de MARTÍN FABA (*vid., op. cit.*): «Lo más importante es que no se malinterprete esta Sentencia, porque el TJUE no está diciendo que el juez tiene la obligación de no despachar ejecución o sobreseerla porque la escritura contenga una cláusula de vencimiento anticipado por un impago, solo afirma que el hecho de que *“el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula”*. Y es que se debe tener en cuenta que los mecanismos de ejecución forzosa forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Cuestión distinta es que el TJUE hubiera resuelto la cuestiones prejudiciales interpuestas por el JPI núm. 1 de Fuenlabrada (Auto de 8 de febrero de 2016 [AJPI 1/2016 ECLI: ES: JPI: 2016:1.^a] o por el JPI núm. 2 de Santander (Auto de 8 de marzo de 2016 [JUR 2016, 54641]), que sí preguntan de manera tajante si la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 es contraria la Directiva de cláusulas abusivas.

Con todo, creo que la STJUE de 26 de enero de 2017, al igual que el ATJUE de 11 de junio de 2015, servirá a muchos Juzgados y Audiencias para reforzar su postura de sobreseer procedimientos de ejecución o inadmitir despachos de ejecución en los que las escrituras prevén una cláusula de vencimiento anticipado por un impago, aunque el ejecutante en la práctica aguarde para vencer y demandar a una falta de pago que evidencie la morosidad manifiesta del deudor».

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Auto de 8 de febrero de 2017) ha razonado al respecto que en las Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 y 79/2016, de 18 de febrero de 2016, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

Igualmente, dicho Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, razona que tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

Al hilo de lo anterior, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Auto de 8 de febrero de 2017), en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección primera, de 14 de mayo de 2014, en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió dar traslado a las partes sobre el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, al amparo del artículo 4bis LOPJ. Tras las alegaciones de las partes, la sala ha resuelto plantear la cuestión prejudicial de interpretación conforme al artículo 267 TFUE.

En este contexto, las preguntas que formula el Tribunal Supremo al TJUE son, sintéticamente, las siguientes:

«1. Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la Sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

2. Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una Sentencia firme en un juicio declarativo».

En palabras del propio Tribunal Supremo, la duda, pues, consiste en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der klausel o blue pencil test*). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

Así dice el Tribunal Supremo que no tiene constancia de que esta cuestión haya sido resuelta por el TJUE y, por tanto, resultaría procedente que se pronunciara sobre la conformidad al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre la posibilidad de que un tribunal nacional, como este Tribunal Supremo, pueda, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, circunscribir el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula. Tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez «tachadas» las partes ineficaces; y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que es válido y eficaz.

Hasta que se despejen tales dudas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la actualidad, a nuestro juicio, si bien es cierto que no existe una gran claridad en los razonamientos del TJUE sobre el particular antes descri-

to, entendemos que la cuestión podría resolverse —en interpretación de dichos pronunciamientos del TJUE— en orden de no atender el despacho de ejecución solicitado o sobreseer la ejecución en curso en el caso de la existencia de una cláusula que prevea la posibilidad de vencimiento anticipado por el mero impago de una cuota, aunque no es menos cierto que en realidad y en puridad la solución debería venir dada precisamente por la aplicación del derecho supletorio al respecto, es decir, por la esencialidad del incumplimiento que ha de fundamentar el vencimiento anticipado del préstamo con independencia del formalismo de la redacción del clausulado que pueda prever la posibilidad ante el impago de una sola cuota.

Sinceramente, estimamos que la respuesta que ofrezca el TJUE a las cuestiones prejudiciales que sobre el vencimiento anticipado plantea el Tribunal Supremo en su meritado Auto de la Sala del Pleno de 8 de febrero de 2017 deberían arrojar luz a la cuestión relativa a si puede iniciarse o proseguir una ejecución en los supuestos en que en el condicionado general exista la posibilidad de vencimiento anticipado por el solo hecho del impago de una cuota aunque en realidad la entidad ejecutante se haya aquietado en su actuación hasta la consideración de esencialidad en el incumplimiento para justificar su actuación.

Hasta la aclaración de lo anterior por parte del TJUE, entendemos adecuado el criterio que se está siguiendo en bastantes juzgados suspendiendo la ejecución en cuestión. A estos efectos, consideramos aplicable la doctrina de Tribunal Constitucional, en ocasiones similares, en los supuestos en que la ejecución conlleva el embargo y adjudicación a un tercero de buena fe de ciertos bienes inmuebles o el desalojo de viviendas o locales de negocio y, en general, la transmisión del dominio sobre aquellos, con la consiguiente consolidación de una posición jurídicamente inatacable o de muy difícil y costoso restablecimiento, ha admitido la viabilidad de *«suspender la ejecución de aquellas Resoluciones judiciales que impliquen la continuación de la vía de apremio con la consiguiente subasta judicial en ciertos supuestos excepcionales, cuando conlleven la desposesión de bienes embargados y su adquisición por un tercero puede producir situaciones irreversibles o de muy difícil vuelta a la situación anterior»* (así, por todos, en AATC 220/2008, de 14 de julio, FJ 2; 64/2009, de 23 de febrero, FJ 2, entre otros).

II. LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360):

«...se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado...».

Ahora bien, para llegar a la fijación de dicha doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo razona las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo

1. El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071), que los jueces na-

cionales 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.

Así lo ha afirmado en las Sentencias de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C-485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar 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 dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, 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. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 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, de 16 de noviembre de (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

2. En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el Juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus Sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3. El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la Sentencia que resolvió esta cuestión, la 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, párrafo 29, con cita de la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al Juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho positivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del 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.

4. La conclusión que se extrae de las Sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el Juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Este criterio fue seguido por las Sentencias del Tribunal Supremo 79/2016, de 18 de febrero de 2016, y 364/2016, de 3 de junio de 2016³.

A causa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360) ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en su momento⁴ concluyendo lo siguiente: «En función de lo expuesto, no estimamos adecuada la solución a la que llega la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 ya que efectúa un recálculo de intereses moratorios considerados abusivos a partir del concepto del interés remuneratorio.

En nuestra opinión, la actuación correcta en este tipo de situaciones es el recurso a la aplicación del derecho supletorio nacional que nos ofrece el artículo 1108 del Código Civil, a saber, el interés legal del dinero, en defecto de pacto de intereses moratorios por ambas partes, solución integradora que ha de prevalecer sobre una interpretación integradora del contrato en la que se basa

dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, debido al carácter imperativo que asume el derecho dispositivo en contratación con consumidores y usuarios. Esta actuación no la consideramos contraria a Derecho, ya que ni hace prejuzgar al Juez nacional sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni implica que pueda dejar sin efecto a la misma.

Otras cuestiones serían las reflexiones que se pudieran realizar sobre el propio carácter del interés legal del dinero, el desincentivo a la introducción de cláusulas abusivas sobre intereses moratorios y las actuaciones de contratación propias del sector al que pertenecen normalmente este tipo de cláusulas, que sin duda deberían llevar a nuestro legislador a reconsiderar todos estos tipos de intereses a los que hace referencia la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y como no, el propio interés legal del dinero, pero *Qui prodest?*».

Igualmente, expusimos las opiniones doctrinales existentes al respecto: «Una primera postura aboga por sostener que eliminada la cláusula abusiva de los intereses moratorios (causante de un desequilibrio importante para el consumidor, en los términos del artículo 82.1 del TRLGDCU), la laguna aparecida debe colmarse mediante la aplicación del interés legal del dinero, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1108 y 316 del Código de Comercio, mientras que la otra opinión sostiene que dicha laguna contractual se salva mediante la aplicación de los intereses remuneratorios pactados, dado que reflejan mejor la voluntad de las partes, acudiendo para ello a la conocida interpretación integradora del contrato⁵.

La discusión se plantea en primer lugar sobre la interpretación del artículo 1108 del Código Civil, como norma de derecho supletorio, sobre si esta se refiere o requiere la existencia de un pacto específico sobre los intereses moratorios (MIQUEL GONZÁLEZ), o bien, si se refiere a que el pacto específico requerido no es solo el de los intereses moratorios sino también puede ser el de los intereses remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO)».

Las soluciones que se venían dando en la práctica por nuestros Juzgados, antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360), venían siendo las siguientes, en palabras del propio Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017:

Algunos acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

Otros tribunales acordaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia.

Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Pues bien, la Sala de Pleno del Tribunal Supremo en su Auto de fecha 22 de febrero de 2017, plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el particular, en los siguientes términos:

1.^a Los artículos 3, en relación con el anexo 1.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.^a Los artículos 3, en relación con el anexo 1.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 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.^a En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: 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?

El criterio del Tribunal Supremo que se deduce en este Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 en el planteamiento de esta cuestión prejudicial sobre el asunto de los intereses moratorios es que ante la abusividad de la cláusula de intereses de demora han de fijarse los mismos mediante la adición de dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios existentes no es contrario al Derecho de la Unión Europea; que los intereses remuneratorios han de pagarse al tener causa distinta de los moratorios para no incentivar la falta de cumplimiento de los deudores y que no es aplicable el interés legal del dinero.

De nuevo, habremos de estar —una vez más— a la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder clarificar este asunto relativo a los intereses moratorios.

III. EPÍLOGO

A nadie se le escapa que nuestro legislador debería afrontar una severa reforma legislativa de nuestro Ordenamiento Jurídico para adecuar, de una vez por todas, el mismo al acervo comunitario en materia de consumo, siendo por otro lado responsabilidad de nuestros Juzgados y Tribunales hacer también, de una vez por todas, una interpretación y aplicación de las normas jurídicas de conformidad con dicho acervo comunitario en materia de consumo, puesto que hemos tenido oportunidad de comprobar que en muchas ocasiones nuestro sistema judicial no termina con nuestro Tribunal Supremo, sino que hemos de mirar siempre al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien recientemente se está convirtiendo en auténtico garante de los derechos de los consumidores no reconocidos en la aplicación normativa en cuestión que se viene haciendo por nuestros Juzgados y Tribunales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ. Comentario a la STS Pleno de 3 de junio de 2016. «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios». www.uclm.es/centro/cesco.
- ÁLFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/>, pueden encontrarse en: <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> y <http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>
- MARTÍN FABA. Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017. <https://www.uclm.es/>
- REDONDO TRIGO. 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, de septiembre de 2015.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto del Tribunal Constitucional 220/2008, de 14 de julio de 2008
- Auto del Tribunal Constitucional 64/2009, de 23 de febrero de 2009
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017
- Auto del TJUE de 11 de junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016
- Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017
- Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) núm. 175/2014 de 14 de mayo
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a) de 15 de septiembre de 2015

NOTAS

¹ *Vid.*, ÁLFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/>

² *Vid.*, MARTÍN FABA. Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017. <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/38/19.pdf>

³ *Vid.*, AGÜERO ORTIZ. Comentario a la STS Pleno de 3 de junio de 2016. «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios». www.uclm.es/centro/cesco.

⁴ REDONDO TRIGO. 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, de septiembre de 2015.

⁵ La exposición de estas posturas expuestas por los Profesores MIQUEL GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL, pueden encontrarse en: <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> y <http://almacenederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>