

1.3. Derechos reales

Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*

The consequences of an abusive clause (unfair term) regarding mortgage loan: special reference to default interest

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profa. Dra. de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: La reciente STJUE de 21 de enero de 2015 vuelve a incidir en el —ya— repetido tema de las cláusulas abusivas del préstamo hipotecario, en relación con su ejecución. En esta sentencia se analiza la existencia y eficacia de una cláusula en la que se fija el alcance de los intereses moratorios, cuando se aprecia y declara como abusiva por el juez. En concreto, se analiza si es contrario al Derecho de la Unión lo previsto en la LEC y en la LH, reformada tras la Ley 1/2013, precisamente para dar cumplimiento a lo establecido en la STJUE de 14 de marzo de 2013, con relación al alcance máximo previsto en el 114 LH para los intereses moratorios. Pero, las posibles consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva, siempre según el TJUE, no se agotan en esas dos, sino que, de nuevo, parece que es posible la facultad del juez nacional de integrar o moderar dicha cláusula sin que se contravenga el Derecho comunitario.

¿Hay un cambio de criterio? ¿Cuál es el alcance real de la eficacia de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo hipotecario? Con esta sentencia parece introducirse nuevas posibilidades que, en cierto modo, vuelven a introducir inseguridad jurídica. Analizamos esta sentencia y sus consecuencias.

ABSTRACT: *Recent Sentence of European Court of Justice, of January 21, 2015 again stressed the repeated theme of unfair terms of the mortgage loan. This sentence analyzes the existence and effectiveness of a clause in which the scope of default interest is fixed when shown and reported as abusive by the Judge. In particular, we analyze whether it is contrary to EU law the provisions of the Spanish Ley Enjuiciamiento Civil and the Ley Hipotecaria, renovated after Law 1/2013, specifically to comply with*

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia personal», Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2013-46315DER 2013-46315-P), proyecto interdisciplinar con profesores de distintas universidades nacionales e internacionales, investigador principal: Matilde CUENA CASAS.

the provisions of the sentence of European Court of Justice of March 14, 2013, relative to the maximum extent provisions of 114.4 LH for default interest. The possible consequences of the declaration of an unfair term, again according to the European Court of Justice case law, are not confined to these two, if not, again, it seems possible the power of national courts to integrate or moderate this clause without contravenes EU law.

Is there a change in criteria? What is the real extent of the effectiveness of an unfair term in a contract of mortgage loan? With this ruling seems introduce new possibilities, in a way, reintroduced legal uncertainty. We analyze this sentence and its consequences.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas Abusivas. Préstamo Hipotecario. Intereses Moratorios. Eficacia. Procedimiento Ejecutivo.

KEY WORDS: *Unfair Contract Terms. Mortgage Loan. Default Interests. Effectiveness.*

SUMARIO: I. INTERESES DE DEMORA. 1. CONCEPTO Y CÁLCULO. 2. LÍMITES EN LOS INTERESES DE DEMORA.—II. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA EN UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015. 2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTERESES DE DEMORA

1. CONCEPTO Y CÁLCULO

El préstamo hipotecario, normalmente, es un préstamo en el que se establecen intereses. Estos intereses son los denominados remuneratorios y equivalen al precio del dinero, o lo que cuesta que el acreedor ceda el dinero (bien fructífero) al deudor; en definitiva, los frutos que deje de obtener del mismo durante ese periodo. Es decir, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (RDGRN de 20 de mayo de 1987).

Diferentes de estos, son los intereses de demora o moratorios. Estos últimos, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo esta su verdadera naturaleza, admitida, también por las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES¹, su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento.

Por lo tanto, no existen en el momento de la constitución de hipoteca, solo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas. La distinta naturaleza de uno y otro tipos de interés da

lugar a que tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada, siempre que sean a interés fijo), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía)².

Además, consideramos que el cálculo de la responsabilidad hipotecaria por estos intereses debe hacerse partiendo no del tipo de interés inicial remuneratorio, si no del tipo de interés máximo que se fija en la escritura de préstamo hipotecario para su cálculo (cuando sean a interés variable). El cálculo del máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses se venía haciendo (RRDGRN de 22 y 23 de octubre de 1987, y de 22 de julio de 1996) con base en el tipo inicial, que generalmente es el más bajo y fijo durante un periodo determinado de tiempo, porque es el único conocido y el único del que se tiene seguridad de su existencia y cuantía. Como explicaba el Registrador en la RDGRN de 22 de julio de 1996, «los futuros tipos variables pueden no llegar a tener aplicación práctica, si no se dan los presupuestos previstos para la variación o si el prestatario los rechaza y opta por la amortización anticipada», lo cual les hace no aptos para el cómputo del máximo legal de responsabilidad hipotecaria por este concepto.

Sin embargo, no me parece del todo aceptable esta postura, y considero más adecuado aplicar el tipo máximo previsto al definir la cobertura hipotecaria por intereses variables o de demora. En efecto, el desconocimiento del alcance de la cuantía de intereses variables o moratorios que puede existir, y el hecho de que estos pueden devengarse en periodos distintos del inicial, donde ya no rige ese tipo inicial, sino uno que puede ser, debería obligar a prever el máximo del que pueda responder la finca por ese concepto. Para ello lo lógico es aplicar el tipo máximo, pues solo de esta forma el acreedor podrá ver suficientemente garantizado su crédito ante una inesperada subida de los tipos de interés o una prolongada mora. Además, si se aplicase el tipo inicial para calcular intereses variables y de demora, la responsabilidad hipotecaria o garantía hipotecaria resultaría en la práctica muy baja o escasa, pues ese tipo inicial, como ya he dicho, suele ser el más bajo, con la inseguridad que eso supondría para el acreedor hipotecario que no vería suficientemente garantizado su crédito.

Y si hablamos solo de los intereses moratorios, la determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto con base en el tipo establecido para los remuneratorios, podría producir situaciones cuanto menos anómalas, sino injustas. Por ejemplo, si el tipo remuneratorio fuera muy bajo, también lo sería el de demora, contraviniendo así su finalidad de cláusula penal impuesta al deudor por el incumplimiento de la obligación, o si no existieran intereses del capital, tampoco habría moratorios dando lugar a una situación patentemente injusta para el acreedor.

Este criterio resultó confirmado por la DGRN y en la RDGRN de 18 de diciembre de 1999, afirmó que para el cálculo de la cobertura hipotecaria de los intereses moratorios debe tenerse en cuenta «el tipo máximo pactado al definir la respectiva cobertura hipotecaria, toda vez que los intereses efectivamente impagados que pretendan acogerse a dicha garantía pueden corresponder a periodos distintos del inicial, en los que puede regir aquel tipo máximo pactado para la cobertura de intereses moratorios —o uno superior incluso—».

Pues bien, cuál debe ser ese tipo máximo de responsabilidad hipotecaria en un préstamo garantizado con el derecho real, es parte del objeto de este trabajo, pues según cómo se establezca y calcule puede resultar abusivo, y si fuera así, debemos analizar después, cuáles serían las consecuencias de que esa cláusula

de intereses moratorios fuera nula, para el contrato de préstamo hipotecario y su ejecución.

2. LÍMITES EN LOS INTERESES DE DEMORA

Hasta la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el legislador no estableció ningún límite concreto sobre la cuantía de los intereses moratorios en un préstamo hipotecario, dejando siempre como concepto indeterminado, y al arbitrio y acuerdo de las partes su cuantía, respetando el único límite de que no podrían ser considerados como usurarios.

La Ley contra la Usura no define, en concreto, cuándo los intereses adoptan tal carácter, remitiéndose a una regla general, en la que se determina que un préstamo es nulo cuando los intereses, según las circunstancias del caso concreto, sean exagerados. Subrayamos, no obstante, que ya establece la nulidad de todo el contrato de préstamo cuyo interés sea desproporcionado, usurero³.

La Ley Hipotecaria se limitaba a establecer en el artículo 114, que la responsabilidad hipotecaria por intereses frente a terceros no podría superar un máximo de 5 anualidades en ningún caso, pero no delimitaba o daba indicios de cuándo esos intereses eran abusivos y cuando no, prevaleciendo la libertad individual de contratación en este aspecto, y derivando la declaración de abusividad a criterios de equidad (en el caso concreto)⁴.

Sin embargo, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a instancias de la ya famosa STJUE 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), introdujo en la LH un nuevo párrafo al artículo 114, del que sí parece (y digo parece porque la última sentencia europea que se va a comentar, lo contradice), que se establecen unos criterios objetivos para saber cuándo esos intereses son excesivos (abusivos) y cuando no.

En efecto, el nuevo artículo 114.4 LH dice lo siguiente: «*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 solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

Esta disposición, establece un límite a los intereses de demora de los préstamos hipotecarios, y estos deberán calcularse o recalcularse conforme a lo que aquí se dispone, tal y como entiende la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, en las hipotecas contratadas a partir de la entrada en vigor de dicha ley, o aquellas en las que ya se hubieran contratado pero cuyos intereses se devenguen con posterioridad a la misma, o cuya ejecución tuviera lugar a partir de esa entrada en vigor, obligándose a recalcular conforme a esa limite los intereses moratorios. El propio legislador utiliza la palabra «limitación» en esta Disposición Transitoria segunda, dando tal naturaleza a lo dispuesto en el 114.4 LH⁵.

A partir de esta reforma de la Ley 1/2013, parece, entonces, que el legislador quiere establecer un límite, sobrepasado el cual los intereses moratorios son abusivos. En el momento actual, si el interés legal del dinero se sitúa para el año 2015 en 3,5%, cualquier interés moratorio superior a 10,5% sería considerado abusivo.

Además, nos planteamos, justo la situación contraria, si el tipo de demora establecido en un contrato de préstamo hipotecario no supera tres veces el interés

legal del dinero ¿podría considerarse abusivo en el caso concreto, o esa regla del 114.4 LH es un límite cuantitativo nítido, en cuyo caso, todo interés moratorio que no lo superase nunca podría considerarse abusivo? A esto responde claramente la sentencia del pasado enero del Tribunal Europeo que se va a analizar.

Por otra parte, entendemos que si existe un interés abusivo, la cláusula que lo contiene sería, desde luego, nula (por contener un interés moratorio abusivo), pero, ¿podría afectar a todo el préstamo? ¿Debería simplemente excluirse del contrato? ¿Podría moderarse por el Juez para evitar consecuencias peores —nulidad del contrato entero—?

Estos son los objetivos de este estudio: determinar el alcance de la eficacia de una cláusula declarada nula por abusiva en el préstamo hipotecario y averiguar si el límite establecido en el nuevo artículo 114 LH es un límite de mínimos y máximos, o solo de máximos, a la luz de la doctrina jurisprudencial europea.

II. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA EN UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

Tras la famosa STJUE de 14 de marzo de 2013, el legislador español modificó varios preceptos legales con el fin de acompañar la legislación nacional con el Derecho de la Unión, en varios y diversos temas en relación con el proceso de ejecución hipotecaria, y sobre todo la apreciación de las cláusulas abusivas en estos contratos de préstamos hipotecario, como consecuencia de la necesaria protección al consumidor, establecida en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

A los efectos que nos interesa resaltar en este trabajo, se modificó la LEC para permitir que el Juez apreciara de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, suspendiéndose la ejecución del procedimiento sumario hipotecario ya iniciado. Pero, asimismo, se introdujeron novedades sobre qué cláusulas eran abusivas, y qué debía ocurrir una vez que esas cláusulas se declaraban como tales.

En este sentido, se reformaron los artículos 695 LEC y 561 LEC.

En cuanto al primero de ellos, se añadió en el artículo 695 LEC una nueva causa de oposición a la ejecución de bienes hipotecados: la existencia de una cláusula abusiva en el préstamo hipotecario, que constituyera el fundamento de la ejecución o hubiera determinado la cantidad exigible, suspendiéndose la ejecución mientras se dirima. Si se estima esa causa de oposición, el Juez podrá acordar el sobreseimiento de la ejecución, si es que la cláusula fuera el fundamento de la misma, o, si no fuera así, podrá continuarse la ejecución con la inaplicación de dicha cláusula, nada más; se suprime o elimina la misma del contrato⁶. Dos son por tanto las posibles consecuencias de la apreciación de una cláusula abusiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria: o inaplicarla y tenerla por no puesta, cuando no fuera determinante de la ejecución, o bien, sobreseer dicho procedimiento cuando la cláusula declarada abusiva fuera fundamento de la misma. Es decir, podría resumirse en que la eficacia de dicha cláusula abusiva puede ser doble: o la nulidad de todo el contrato que la recoge, o bien su eliminación del contrato, manteniendo el resto.

En un sentido muy parecido se manifiesta el artículo 561 LEC cuando afirma que en un procedimiento ejecutivo, cuando se hubiera formulado oposición por existir

una cláusula abusiva en el contrato, el Tribunal puede decidir la no procedencia de la ejecución o bien continuar adelante sin aplicar dicha cláusula: «cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas».

Por último, la Disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, obliga al ejecutante a recalcular los intereses moratorios de las hipotecas que se encuentren en ejecución a la entrada en vigor de esta Ley, cuando ya se hubiera fijado la cantidad por la que se ha despachado ejecución. En este caso, sin embargo, solo se pone una obligación al ejecutante de recalcular dicha cantidad para conformarla a los intereses no abusivos, y poder mantener el procedimiento ejecutivo en marcha. Entendemos que si esto no se hiciera, la cláusula podría considerarse abusiva, debiendo decidir el Juez si se continúa con la ejecución o no, en los términos que se acaban de decir.

Según estos artículos, parece que la consecuencia normal cuando haya una cláusula abusiva por contener un tipo de interés moratorio excesivo (que supere ese porcentaje de 3 veces superior al interés legal del dinero) es que la cláusula sea, por supuesto, nula⁷; pero además, parece desprenderse que la consecuencia de la nulidad de esa cláusula es: a) tenerla por no puesta y eliminarla del contrato b) si fuera esencial para el mismo, podría dar lugar incluso a la nulidad de todo el contrato, lo que le invalidaría, por ejemplo, el título ejecutivo, haciendo nula la ejecución, c) obligación de recalcular los intereses de demora para que no superen los límites legales establecidos.

Esto es lo que se ha considerado hasta ahora, lo que se dedujo de la STJUE de 14 de marzo de 2013, y lo que interpretó entre otros la doctrina y los propios jueces.

En efecto, no podemos olvidar que estos cambios legislativos se debieron a la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013, que afirmaba la necesidad de adecuar el procedimiento ejecutivo hipotecario español al Derecho de la Unión, en el sentido de que el Juez pudiera apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva en la hipoteca ejecutada, y suspender el procedimiento de ejecución mientras se dirime la abusividad o no de la cláusula. Sin embargo, el TJUE en esta sentencia, no abordó directamente las consecuencias que para el contrato de hipoteca y el ejecutivo hipotecario tendría la apreciación de la cláusula abusiva: ¿debe anularse todo el procedimiento, por ser nulo por completo el contrato préstamo hipotecario? ¿Debe moderar el juez la cláusula? ¿Debe simplemente eliminarse y tenerse por un puesto?

Los jueces españoles abordaron estas cuestiones no resueltas expresamente por la doctrina del Tribunal Europeo, pero sí implícitamente planteadas e indicadas, puesto que, a raíz de esa sentencia, los tribunales españoles empezaron a dictar resoluciones contradictorias en cuanto a los efectos de la ineficacia de la cláusula abusiva hipotecaria. De este modo, el Consejo General del Poder Judicial, en las conclusiones que hizo públicas, tras la celebración de la «Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio», y sobre el tema que nos atañe concluyó lo siguiente:

- a) Para determinar cuándo una cláusula es abusiva, y al igual que planteaba la STJUE, deberá atenderse, además de a la naturaleza y al objeto del contrato, a las circunstancias del momento de la contratación, al resto de cláusulas y a las normas de derecho interno, en particular a la nueva Ley 1/2013.

Y en concreto con respecto a la cláusula de intereses moratorios se determinó que habrá que comparar el que se haya establecido con los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular el que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (redacción Ley1/2013), que establece como tope máximo de los mismos tres veces el interés legal de los mismos.

- b) Y sobre el alcance de la ineficacia de una cláusula abusiva, y los efectos de su declaración de nulidad, entienden, con carácter general, que el Juez no puede integrar ni moderar dicha cláusula en el contrato, sino que debe limitarse a tenerla por no puesta, no puede aplicar dicha cláusula, y según la naturaleza del contrato y las circunstancias, al inaplicar la cláusula, el Juez deberá optar por continuar la ejecución sin la misma, o no despachar la ejecución pues esa cláusula formaba parte del objeto principal del contrato, título que origina dicha ejecución.

Y, además, descienden a determinar las consecuencias de la ineficacia de la cláusula abusiva de los intereses de demora, afirmando que «la nulidad comportará la exclusión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (art. 1108), o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria» (interés del nuevo 114, que es superar tres veces el interés legal).

En palabras de los jueces españoles, cuando una cláusula de un préstamo hipotecario contenga unos intereses de demora abusivos (entendemos que superan los límites del 114.4 LH), se tiene por no puesta esa cláusula y se aplican los intereses legales [hoy un 3,5%, o el máximo previsto por el nuevo 114.4 LH (10,5%)].

Entiendo que lo lógico en esta disyuntiva es aplicar el límite máximo que establece el 114.4 LH (tres veces el interés legal), pues esta solución casa mucho más con la propia naturaleza de un interés moratorio que es sancionatoria, ya que funcionan a modo de cláusula penal ante el incumplimiento voluntario del deudor, no siendo suficiente que se aplique el interés legal del dinero, más adecuado para unos intereses remuneratorios.

Y eso a pesar de la previsión legal del 1108 del Código Civil, pues esto hay que entenderlo como mínimo indemnizatorio, que procedería incluso en los casos de retraso por caso fortuito, y que tiene más sentido cuando no se hayan pactado ningún tipo de interés moratorio (1108 CC literal). Pero que, habiéndose pactado unos intereses de demora superiores, aunque luego se determinen excesivos y en consecuencia se inaplique la cláusula que los contiene, como si no se hubiera puesto, la voluntad de las partes inicialmente pactada es que estos intereses de demora fueran mayores, y por eso, entiendo más ajustado que se apliquen los intereses con el límite máximo del 114.4 LH.

Así, las cosas, parece que ante un interés moratorio abusivo, la cláusula que lo contiene no debe aplicarse, se tiene por no puesta, y se aplicaría el interés pactado en la Ley (a mi modo de entender el previsto en 114.4 LH).

Pero, creo que no determinaría la nulidad de todo el contrato, y en consecuencia de la ejecución, haciendo que se devenguen nuevos intereses de demora. Estamos de acuerdo con esta consecuencia de la ineficacia de la cláusula abusiva de intereses moratorios, pues esta eficacia menor (el tener la cláusula por no puesta), casa mejor con la propia naturaleza y función de los intereses moratorios en el préstamo hipotecario, donde no son elementos esenciales, si no obligación accesoria en el contrato. Por lo tanto, declarar la nulidad de todo el contrato por la nulidad de esta cláusula que contiene obligaciones no principales, nos parece

una consecuencia excesiva. Creemos que las resoluciones judiciales deben ir en este sentido, y no proclamar la nulidad de todo el contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, como han hecho algunas⁸.

En consecuencia, ante las dos posibles efectos que se ofrecen como posibles cuando exista una cláusula con intereses moratorios abusivos —tenerla por no puesta, o declarar nulo todo el contrato— optamos por la primera de ellas, tal y como aboga el Consejo General del Poder Judicial, y parece más razonable por el propio carácter de estos intereses.

En principio la tercera opción, consecuencia de la ineficacia de una cláusula abusiva, la moderación o integración judicial de la misma no cabe porque es contradictoria con el Derecho de la Unión como se ha encargado de repetir el Tribunal Europeo. En concreto, es contrario al artículo 6 Directiva 93/13/CEE que sostiene que los «Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». De este modo, la eficacia de una cláusula abusiva declarada como tal y por tanto nula es que no produzca efectos, no vincula al consumidor, y se debe tener por no puesta, subsistiendo en lo demás el contrato que la contiene. En este sentido se ha manifestado el TJUE en sentencias: 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito C-618/10, EU:C:2010), 14 de marzo de 2013 (caso Aziz, C-415/11 EU:C: 2013), 30 de mayo de 2013 (C-604/11, EU:C:2013), 30 de abril de 2013 (Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014) y 17 de julio de 2014 (C-169/14, EU:C:2014). Sirva por todas ellas, lo que recoge esta última en su párrafo 23 que afirma que: «Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 40 y jurisprudencia citada)». El fundamento del artículo 6 Directiva 93/13/CEE es reemplazar de oficio el equilibrio real que deberían tener las partes en los contratos, a pie de igualdad.

La jurisprudencia española ha seguido este criterio, y, por ejemplo, la justificación concreta para que el juez tenga por no puesta la cláusula nula por abusiva de intereses moratorios, nos la da el AAP Castellón de 18 de diciembre de 2013, afirmando que si se permitiera la moderación o integración, o rebaja, por el Juez de los intereses moratorios excesivos, se estaría favoreciendo al prestamista, a quien no importaría poner elevados intereses de demora, pues sabe que, después, si se consideran abusivos se van a moderar por el Juez, no teniendo nada que perder por intentarlo, impidiendo o dificultando el objetivo que se plantea el artículo 7 Directiva 93/13/CEE: el cese del uso de cláusulas abusivas por los predisponentes. Mientras que si la cláusula se tiene por no puesta, y se extrae del contrato, a falta de intereses moratorios, se establecerá el legal, y por lo tanto, el prestamista, recibirá una menor cantidad por este concepto⁹.

Con tal justificada fundamentación, el Auto citado resuelve en contra de la posibilidad de moderación o integración por parte del Juez de la cláusula abusiva de intereses moratorios, afirmando que «no cabe aplicar un interés inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada (Disposición Transitoria Segunda Ley1/2013)».

Entiende, por tanto, que no es aplicable tal disposición que parece permitir la moderación por los Tribunales de los intereses moratorios, ajustándolos al límite del 114.4 LH. Esto sería contrario al derecho y a la jurisprudencia de la Unión (art. 6 Directiva 93/13/CEE), en la medida que esa Disposición transitoria segunda permite la integración de la cláusula de intereses abusivos y por lo tanto, concluye, dicha disposición debe ser inaplicable por el Tribunal.

Con posterioridad, la SAP de Zamora de 4 de junio de 2014 resuelve en un sentido muy parecido al del Auto citado de Castellón. Después de analizar esta sentencia los criterios que en el caso concreto deben examinarse para saber si un interés moratorio es abusivo o no (a saber: si existen garantías, hipotecarias o no del crédito; la relación entre el interés remuneratorio y el moratorio; comparar con el tipo de interés interbancario, el interés legal del dinero, o el EURIBOR; y la apreciación de los tribunales en el caso concreto), concluye que el interés de demora del 19% del préstamo hipotecario es excesivo y abusivo. Y entiende que las consecuencias de que esa cláusula que lo contiene sea abusiva, son: la nulidad de la cláusula en concreto, y la no aplicación de la misma, con la subsistencia del contrato sin aquella, «sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva», todo ello con base en la jurisprudencia y derecho comunitario, pues así ha de interpretarse el artículo 6 en conexión con el 7 de la Directiva 93/13/CEE.

En concreto afirma que «de ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula... el artículo 6 Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional...limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta en esa cláusula al consumidor como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

De forma indirecta, esta vez, el AAP Girona, de 22 de diciembre de 2014, coincide con las resoluciones citadas, considera abusivo un interés moratorio del 19%, y afirma que no puede moderarse por el Juez, y que la Disposición Transitoria segunda Ley 1/2013, que parece contemplar dicha posibilidad, es contraria al Derecho comunitario, no pudiendo, en consecuencia, aplicarse la moderación allí prevista por la primacía del Derecho de la Unión.

Parece que tras todos estos pronunciamientos jurisprudenciales queda claro que la eficacia de una cláusula abusiva de intereses moratorios es tenerla por no puesta, y subsistencia del resto del contrato, si es posible. No cabe integración o moderación de los mismos. Esta posibilidad prevista en la Disposición transitoria segunda contradice el Derecho comunitario, y por tanto, debe inaplicarse esta disposición normativa de la Ley nacional española.

Sin embargo, otras dos resoluciones de los Tribunales menores (SAP Córdoba 20 de junio de 2014, SAP Alicante 11 de septiembre de 2014), parece que afirman lo contrario. De ellas parece deducirse que cabe la moderación o rebaja de los intereses moratorios hasta el máximo legalmente permitido, cuando estos sean abusivos; por otra parte, en línea con lo dispuesto en el ordenamiento patrio anterior, y el actual, según lo que establece la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013: El juez puede moderar una cláusula abusiva por intereses moratorios excesivos.

Esta consecuencia tampoco es ajena, como acabamos de subrayar, a nuestro ordenamiento. Si los intereses moratorios funcionan como pena al incumpli-

miento del deudor; a modo de cláusula penal, el juez español siempre ha podido moderar dicha cláusula conforme al artículo 1154 del Código Civil. En efecto, tal y como afirma la SAP Córdoba de 20 de junio de 2014, los intereses moratorios tienen una naturaleza disuasoria del incumplimiento e indemnizatoria del mismo, y por eso son más elevados que los intereses remuneratorios, pero esto no puede significar «un cheque en blanco» para el acreedor y que se puedan establecer unos intereses exagerados y desproporcionados, tal y como confirma la legislación de protección al consumidor. Hay que atender a las circunstancias particulares del contrato para determinar si esos intereses son abusivos o no, y compararlos con los índices legales establecidos. Por ello, considera que en el supuesto de hecho concreto de esta sentencia, los intereses del 18% anual, en un préstamo al consumo, son abusivos, pues deben compararse por analogía con el límite máximo del 114.4 LH, de tres veces el interés legal del dinero (5% en el momento del contrato). Por ello concluye que «determinada la abusividad del tipo porcentual de los intereses moratorios reclamados, el mismo, como regla general, no puede ser superior al equivalente al triple del interés legal en la fecha de celebración del contrato. Por lo expuesto la actora deberá presentar una nueva liquidación en la que se apliquen los intereses moratorios al 15%».

Es decir, hay que rebajar esos intereses, y se encarga dicha facultad al acreedor, por orden del Juez. En su argumentación recoge los argumentos de las SSAP Madrid de 7 de febrero de 2014 y Barcelona de 12 de diciembre de 2013, que declaran abusivos unos intereses moratorios muy por encima de los límites legales, y en concreto la primera de ellas afirma que sí cabe la moderación de estos cuando ha habido un pago parcial, afirmando lo siguiente: «ha de reputarse abusivo en atención a los parámetros usuales considerados al efecto y puesto que excede con mucho de 2,5 veces el interés legal del dinero a la fecha de la contratación en cuanto establecido en el 5%, intereses que son susceptibles de moderación en uso de alguna de las facultades previstas en los artículos 1103 y 1154 del Código Civil y ello porque aunque la doctrina mayoritaria es contraria a la posibilidad de revisión de las penas que puedan entenderse excesivas, cuando el incumplimiento es total, se admite el ejercicio de la facultad de moderación en ocasiones, en aras de la equidad y orillando el posible enriquecimiento de una de las partes, únicamente, cuando el incumplimiento es parcial o irregular como en este caso sucede, ya que, según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, solo es posible el ejercicio de la facultad de moderación cuando la obligación principal hubiera sido «en parte o irregularmente cumplida» por el deudor (Sentencias del TS de 19 de diciembre de 1991 y 12 de febrero de 1993) dependiendo la facultad de moderación del cumplimiento parcial, no de la buena o mala fe del deudor; o de que la pena resulte desproporcionada o abusiva».

Por su parte, la SAP Alicante de 11 de septiembre de 2014, en un caso también, de crédito al consumo (una tarjeta de crédito), considera abusivo el interés de demora establecido, por imponer una indemnización desproporcionada en perjuicio del consumidor, pues esa cantidad pactada supera la que debería resultar de aplicar 2,5 veces el interés legal del dinero del momento¹⁰; es decir, supera los límites legales que deberían aplicarse y con quien deben compararse para determinar si los intereses establecidos son o no abusivos. Pero lejos de inaplicar o prescindir de tal cláusula por abusiva y nula, considera el Juez que deben recalcularse esos intereses, sin que se exceda de la cantidad máxima resultante de aplicar el 2,5% al interés legal del dinero. Concluye afirmando que «la consecuencia derivada de la nulidad es que esta solo afecta a la parte sancionadora o punitiva del interés de demora pero no a la parte resarcitoria del daño cierto causado a la entidad

financiera ante el retraso en el pago de las cuotas de amortización de manera que procede recalcular el interés de demora aplicando el que legalmente más se asimila como es el tipo equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero previsto en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo».

Es decir, parece que la tercera de las posibles consecuencias de una cláusula declarada como abusiva, que parecía desechada tras la reciente jurisprudencia europea y nacional, en aras al efecto directo y primacía del Derecho comunitario sobre el interno, vuelve a «ponerse sobre la mesa», como opción posible, a pesar de que la jurisprudencia europea rechaza esa posibilidad y entiende no ajustado al Derecho comunitario la Disposición transitoria segunda Ley 1/2013, al igual que la mayoría de la jurisprudencia española como hemos visto.

Un paso más, no sabemos si aclaratorio o no, sobre las consecuencias que debe tener una cláusula abusiva respecto de los intereses moratorios, se da a raíz de la STJUE de 21 de enero de 2015.

2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

Como ya hemos puesto de relieve, debemos insistir en que la facultad de moderar o integrar una cláusula abusiva por el Juez era una consecuencia normal que preveía nuestro ordenamiento. De este modo, la anterior LGDCU así lo preveía en el artículo 83¹¹, (y el 10 bis) y la propia LCGC también en el artículo 10¹².

Fue después de la Directiva 93/13/CEE, y su tardía trasposición, y más tardía aplicación en nuestro ordenamiento (después de la STJUE 14 de marzo de 2013), cuando se debe optar por la declaración de nulidad de todo el contrato en el que se inserte, o bien, tener por no puesta la cláusula, subsistiendo el mismo por entero sin aquella¹³, como se acaba de exponer. Esta interpretación es la que ha recogido la propia doctrina del TJUE, así como el TS, por ejemplo STS de 9 de mayo de 2014, y tuvo como consecuencia entre otras cosas la reforma de la LGDCU, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

Sin embargo, la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 vuelve a poner de manifiesto la posibilidad o la facultad de integrar el contrato y moderar la cláusula (en este caso los intereses moratorios) por parte del Juez que la aprecia. Se trata de una sentencia que aborda la cuestión que aquí estamos tratando de forma expresa y clara, pues se plantea, como ahora veremos, una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo precisamente para que se aclaren cuáles deben ser las consecuencias que deben extraerse del carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios exagerados en un préstamo hipotecario.

Los hechos son los siguientes:

Se inician varios procedimientos de ejecución hipotecaria por las entidades Unicaja Banco y Caixabank, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena (Sevilla), aplicando los tipos de interés de demora pactados (18% que podría aumentarse hasta un máximo del 25%, y 22,5% en otro caso). En ambos contratos de préstamo hipotecario se establecía una cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento del mismo, exigiendo el acreedor la totalidad de la cantidad pendiente, más los intereses, los intereses moratorios, comisiones, costas y gastos.

El Juez español se plantea el carácter abusivo de dichos intereses de demora, y tiene dudas sobre las consecuencias que deben extraerse del carácter abusivo

de dichas cláusulas, por lo que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, ya que según el artículo 114.4 LH debería ordenar que se recalculasen los intereses de demora cuyo tipo fuera tres veces superior al interés legal del dinero, aplicándose el tipo resultante de esa operación, que sería el límite máximo que se permite.

Sin embargo, pregunta:

- a) Si esta es la solución que debe adoptar, o si, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, cuando el Juez nacional aprecie una cláusula abusiva relativa a intereses moratorios en el préstamo hipotecario, debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula, su carácter no vinculante, inaplicándola, y eliminándola del contrato, o por el contrario debe moderar esa cláusula, ordenando al acreedor que recalcule los intereses según el límite legal establecido en el artículo 114.4 LH.
- b) Si la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013 no supone una limitación clara a la protección de los intereses del consumidor, pues impone implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar la cláusula de los intereses moratorios, recalculándolos; manteniendo por tanto la vigencia de una cláusula abusiva en lugar de declarar su nulidad y no vinculación.
- c) Si, en consecuencia, esa Disposición Transitoria segunda se opone al Derecho de la Unión, en concreto al artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor, y evitar la sanción de nulidad y no vinculación de la cláusula abusiva.

Pues bien, el TSJUE, en su sentencia de 21 de enero de 2015 afirma lo siguiente:

1. Recuerda que «en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, la redacción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculante para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido del mismo». Pues, si el juez pudiera moderar o modificar el contenido de dichas cláusulas abusivas, se pondría en peligro el objetivo previsto en el artículo 7 Directiva. Esa posibilidad «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 tales cláusulas 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 (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79)».
2. Con estas consideraciones, según recoge en el párrafo 32 de la sentencia, se afirma que el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE se opone a la norma nacional que permite al Juez, cuando declara la nulidad de una cláusula abusiva concreta, integrar dicho contrato, modificando esa cláusula.

3. Sin embargo, y dicho esto, continúa afirmando la sentencia que no se puede olvidar que la declaración como abusiva de una cláusula debe hacerse atendiendo a las circunstancias concretas en que se contrató, y a la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato; y también debe atenderse a estas circunstancias para apreciar las consecuencias que tal cláusula abusiva va a producir, conforme al marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.
4. Por eso, no hay que olvidar que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 no está pensada solo para contratos entre consumidores y profesionales, siendo aplicable también en los contratos de préstamo hipotecario de cualquier clase, también entre particulares, a los que debe aplicarse, en este caso, solamente la ley nacional. Y de ello, debe deducirse que superar el límite que allí se establece junto con el artículo 114.4 LH respecto de los intereses de demora, «no debe prejuzgar en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora»¹⁴.
5. En estas circunstancias, nada impide al Juez nacional que resuelva conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda, siempre que no se le impida, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 Directiva, apartar o no aplicar la cláusula abusiva por intereses moratorios. En concreto afirma que «por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13/CEE no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

No se opone por tanto esta Disposición al Derecho de la Unión; puede aplicarse, siempre que «no prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

En definitiva, el Juez nacional sí puede moderar los intereses moratorios siempre que pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva, y esta opción no le impida optar por dejar sin aplicar y poder extraer del contrato la cláusula abusiva conforme al Derecho comunitario.

Por eso, es importante subrayar que, de las afirmaciones de esta sentencia europea, también cabe como consecuencia de la existencia de una cláusula abusiva de intereses moratorios su moderación por el Juez nacional, cuando así corresponda, a la luz y sin vulnerar el Derecho de la Unión.

Es más, la STJUE, en los párrafos siguientes, concluye admitiendo que es posible que la existencia de un interés de demora inferior a los límites de los artículos 114.4 LH y de la Disposición Transitoria 2.^a nacional mencionada, pueda ser también considerado abusivo por el Juez nacional, en el sentido del artículo 3 Directiva 93/13/CEE. El hecho de que sea inferior a los límites establecidos no implica su licitud. Sin embargo, si los intereses son superiores a los límites legales, sí serán considerados como abusivos.

En consecuencia, «los límites» del 114.4 LH en relación con la Disposición Transitoria segunda, lo son solo como topes máximos y no mínimos. Son parámetros, pero el no superarlos no siempre implica licitud. En definitiva, la abusividad de una cláusula hay que declararla en el caso concreto y atendiendo a todas las circunstancias que rodearon la contratación.

Y si se declara una cláusula de intereses de demora nula por abusiva, sus consecuencias son diversas, pues atendiendo a la ley que se deba aplicar, y siempre que se respete el Derecho comunitario, debe caber tanto la eliminación y no aplicación de la misma, como su moderación judicial.

Esta es la novedad que, a mi juicio, introduce esta sentencia, que debe tenerse en cuenta, y no debe denostarse, sin más, la facultad moderadora del Juez en este caso concreto. Es una consecuencia más y posible de la cláusula de intereses moratorios abusivos, si así corresponde según las circunstancias y tipo de préstamo hipotecario en la que se inserte.

La doctrina que establece esta sentencia puede interpretarse solamente en el sentido de que la Disposición transitoria 2.^a no es contraria a la Directiva 93/13/CEE, pero que el Juez debe inaplicar la cláusula abusiva, puesto que la sentencia dice que esa facultad no puede impedírsela al Juez¹⁵. Yo la entiendo en el sentido de que, además de que debe respetarse la facultad del Juez de no aplicar la cláusula nula como dice la Directiva mencionada, puede también moderarse esos intereses moratorios cuando se trate de un préstamo hipotecario que no se haya contratado entre un profesional y un consumidor, donde cabe aplicar la legislación nacional.

En este sentido vuelve a reabrirse la posibilidad de moderación de los intereses, si bien, en un principio limitado a los préstamos hipotecarios en los que no interviene un consumidor, el hecho de que incluso se aplique por analogía la legislación prevista para préstamos hipotecarios, a otro tipo de préstamos al consumo¹⁶, puede hacernos pensar que nada obsta que también por analogía, y mucho más cercana, podría aplicarse la legislación europea a préstamos hipotecarios en los que no haya consumidor, en cuyo caso no cabría la moderación... es decir, considero que con esta interpretación que hago de la STJUE de 21 de enero de 2015, se abre de nuevo la puerta a cierta arbitrariedad, aplicación analógica, y por tanto, cierta inseguridad jurídica, al no quedar claro, de nuevo, cuáles son las consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva por intereses moratorios.

III. CONCLUSIONES

I. La cláusula de los intereses de demora en el préstamo hipotecario tiene una especial naturaleza, cercana a la cláusula penal, que pretende sancionar al deudor que incumple el pago del préstamo. Por eso su cuantía es más elevada que la de los intereses remuneratorios.

II. Pero el hecho de que sean mas elevados no significa que puedan establecerse de una forma desproporcionada o desorbitada en el préstamo hipotecario, pues de lo contrario, serían abusivos.

III. El artículo 114.4 LH introducido por la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario y su Disposición Transitoria 2.^a establecen unos límites máximos de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de la vivienda habitual: no pueden superar tres veces el interés legal del dinero.

IV. Los intereses moratorios que superen dicho límite son abusivos, y por lo tanto la cláusula debe apreciarse y declararse nula por el Juez. El problema es determinar las consecuencias de la cláusula abusiva. Tres son las opciones: moderar la cláusula, recalculando los intereses, e integrar el contrato por el Juez; no aplicar la cláusula y subsistencia del resto del contrato; o no aplicar la cláusula y si fuera esencial, declarar la nulidad de todo el contrato.

V. La cláusula de intereses moratorios no es esencial, así que declarada su nulidad, se eliminaría del contrato que sigue produciendo sus efectos, por lo que la tercera de las consecuencias no procede en este caso. La duda es si cabe tanto la moderación como la inaplicación de dicha cláusula.

VI. El artículo 6.1 Directiva 93/13/ CEE junto con el 7 de la misma determinan que la consecuencia de la existencia de una cláusula abusiva en el préstamo hipotecario es su inaplicación, mientras que de los artículos 114.4 LH y la Disposición transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 se deduce la posibilidad de moderar la cláusula abusiva de intereses de demora por el Juez.

VII. La jurisprudencia europea y española mayoritariamente ha rechazado la posibilidad de recalcular los intereses moratorios y de moderar la cláusula, optando en virtud del Derecho de la Unión, por la no aplicación de la misma en el contrato.

VIII. Sin embargo de la STJU de 21 enero 2015 parece admitirse asimismo la posibilidad de moderación de los intereses de demora por el Juez en el préstamo hipotecario. Pues esta sentencia afirma que esta Disposición Transitoria no se opone al derecho de la Unión, puede aplicarse, siempre que «no prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

IX. Luego, debemos concluir, que la eficacia de una cláusula abusiva por contener intereses de demora abusivos en un préstamo hipotecario puede ser tanto su no aplicación, como su moderación, recalculando los mismos para que no superen los límites máximos establecidos, cuando así sea posible por la legislación aplicable y las circunstancias del préstamo hipotecario.

X. Vuelve a reabrirse la posibilidad de admitir la moderación de los intereses, si bien, en un principio limitado a los préstamos hipotecarios en los que no interviene un consumidor; y de este modo, se abre de nuevo la puerta a cierta arbitrariedad, aplicación analógica, y por tanto, cierta inseguridad jurídica, al no quedar claro, de nuevo, cuáles son las consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva por intereses moratorios.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SSTJUE):

- 14 de junio de 2012
- 14 de marzo de 2013
- 30 de abril de 2013
- 30 de mayo de 2013
- 17 de julio de 2014
- 21 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO (SSTS):

- 5 de julio de 1982
- 19 de diciembre de 1991
- 12 de febrero de 1993

- 7 de mayo de 2002
- 31 de enero de 2008
- 18 de junio de 2012
- 22 de febrero de 2013
- 12 de septiembre de 2014

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RRDGRN):

- 20 de mayo de 1987
- 23 de octubre de 1987
- 26 de octubre de 1987
- 22 de julio de 1996
- 22 de julio de 1996
- 18 de diciembre de 1999
- 17 de marzo de 2000

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SSAP, AAP):

- SAP Castellón, 26 de febrero de 2013
- SAP Barcelona, 12 de diciembre de 2013
- SSAP Madrid, 7 de febrero de 2014
- SAP de Zamora, 4 de junio de 2014
- SAP Córdoba, 20 de junio de 2014
- SAP Alicante, 11 de septiembre de 2014
- AAP Castellón, 12 de julio de 2012
- AAP Castellón, 18 de diciembre de 2013
- AAP Girona, 22 de diciembre de 2014

PRIMERA INSTANCIA (SSTPI):

- STPI núm. 3 de Arrecife, 8 de abril de 2013
- SJPIEI de Cáceres, 23 de enero de 2015

V. BIBLIOGRAFÍA

YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, núm. 34/35, 1-19.

NOTAS

¹ YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, núm. 34/35, p. 3.

² De este modo, sostenemos también que por el mismo principio de especialidad no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente, ni que puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería

congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si por su distinta naturaleza deben garantizarse de forma separada, y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH. Esta tesis fue admitida y confirmada por la propia DGRN en resoluciones 18 de diciembre de 1999 y 17 de marzo de 2000 entre otras.

³ Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura. Artículo 1: Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

⁴ Artículo 114 LH, antes reforma Ley 1/2013: Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

⁵ Disposición transitoria 2.ª Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

⁶ Artículo 695.3 LEC, tras reforma Ley 1/2013: El auto que estime la oposición basada en las causas 1.ª y 3.ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreeser la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.ª fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreesimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

⁷ De esto no cabe ninguna duda pues es la consecuencia normal de toda cláusula abusiva, según el artículo 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el artículo 83 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (art. 83 redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la (BOE 28 de marzo): Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

⁸ Sentencia del Tribunal de primera Instancia núm. 3 de Arrecife, de 8 de abril de 2013, que suspende el procedimiento ejecutivo ante la existencia de una cláusula abusiva de intereses moratorios, que al final declara nula, y con ella todo el préstamo, la garantía y el procedimiento y recoge la doctrina de STS 22 de febrero de 2013 que, a su vez, repite la de las SSTS 5 de julio de 1982, 7 de mayo de 2002, 31 de enero de 2008 y 18 de junio de 2012. En estas sentencias se aboga por la nulidad de la garantía hipotecaria, cuando el préstamo que garantiza es declarado nulo, por razones de su accesoriedad. Y considera que el préstamo es nulo en su totalidad cuando contiene una cláusula abusiva por ser usuraria (19% interés de demora), ya que: En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento

de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario. Por todo lo expuesto, entendiendo que el tipo fijado para los intereses moratorios del préstamo hipotecario que dio origen al presente procedimiento del 19% es abusivo y usurario, y en cumplimiento de la doctrina jurisprudencia expuesta en los dos primeros fundamentos jurídicos de esta resolución, debo decretar y decreto la nulidad del referido préstamo, así como de la hipoteca que lo garantiza y, en consecuencia, debo decretar la nulidad del presente procedimiento hipotecario, y de todas las actuaciones practicadas en el mismo.

⁹ Véase AAP Castellón, 18 de diciembre de 2013: En el Auto de esta Sala núm. 134, de fecha 12 de julio de 2012 y en nuestra Sentencia de esta Sala núm. 92, de fecha 26 de febrero de 2013, entre otros, al referirnos a esta cuestión ya dijimos que: La consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas mencionadas es la de su no aplicación, no estando facultado el tribunal para integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusulas abusivas, como así resolvió el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, de fecha 14 de junio de 2012, para los intereses de demora ya que dicha facultad integradora, es decir, aplicando un tipo de interés de demora inferior al pactado, se opone al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La razón de ello es que el ejercicio de la facultad integradora y moderadora podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, ya que 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. La consecuencia de la aplicación de dicho criterio al caso es que, eliminada del contrato la cláusula de interés moratorio y prohibida la integración del contrato en esta vertiente, la mora del deudor no puede devengar interés alguno, lo que consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en el contrato y contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el tribunal comunitario.

¹⁰ Tal y como establece el artículo 20.4 Ley 16/2011 de Contratos de crédito al consumo, que fija el tope máximo de los intereses moratorios en el 2,5 veces el interés legal en estas operaciones.

¹¹ Anterior artículo 83 LGDCU, antes reforma 2014: Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. La Sentencia TS, Sala 1.ª de 12 de septiembre de 2014, rec. 1460/2013, fija como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

¹² Artículo 10 LCGC: 1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

¹³ Artículo 6.1 Directiva 1993/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. 1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

¹⁴ El párrafo 36 recoge estas ideas: Tal como señalaron tanto el Gobierno español en sus escritos y en la vista, como el Abogado General en los puntos 38 y 39 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

¹⁵ Este es el sentir y la interpretación, a mi juicio, simplista que recoge la reciente SJPIEI de Cáceres, de 23 de enero de 2015, justo después de publicada la sentencia europea que se comenta. Esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia entiende que no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo recalcular los intereses abusivos que contiene. Si se acuerda que es abusiva hay que dejar de aplicar la cláusula, y no recalcularla.

¹⁶ Véase lo ya expuesto en el SAP de Córdoba 20 de junio de 2014. Notas de urgencia sobre el derecho de transmisión. Una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014.