



FACULTAD DE DERECHO

EL CONTROL JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE INTERÉS ABUSIVAS

Autor: Beatriz Barreiros de Castro

Director: Dra. Ana Soler Presas

Madrid
Junio 2018

Beatriz
Barreiros
de Castro

EL CONTROL JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE INTERÉS ABUSIVAS



RESUMEN

En el contexto actual en el que nos encontramos, donde la contratación a través de condiciones generales de la contratación es la norma, y en el que la situación de crisis económica que ha vivido nuestro país ha puesto de manifiesto la existencia de numerosos abusos por parte de los bancos, resulta de gran importancia llevar a cabo una profunda reflexión acerca del contenido y límites de la necesaria protección de los consumidores. Con relación a esta protección de los consumidores, impuesta tanto por la normativa comunitaria como por la estatal, el presente trabajo, tal y como se deduce de su título, pretende abordar la cuestión relativa al control jurídico de las cláusulas de intereses abusivas, poniendo especial atención en los intereses moratorios. En este estudio se lleva a cabo un análisis de la doctrina y jurisprudencia existente hasta la actualidad, para tratar de reflexionar, fundamentalmente, acerca de dos cuestiones: cuándo es un interés abusivo y qué hacer cuando este interés es declarado abusivo.

Palabras clave:

Cláusulas abusivas, intereses, mora, condiciones generales, asimetría contractual

ABSTRACT

In the current context in which we find ourselves in, where contracting through general terms and conditions is the norm, and in which the economic crisis that our country has suffered has revealed numerous abuses performed by the banks, it is essential to carry out a deep reflection about the content and limits of the necessary consumer's protection.

Both the European Union and the Spanish State have created different laws in order to guarantee this protection to customers. In relation with this protection, the present dissertation aims to address the issue regarding the control of abusive interest clauses, with special attention to delay interests. An analysis of the current doctrine and jurisprudence is done in order to answer two main questions: when is an interest abusive and what do we have to do when an interest is declared abusive.

Keywords:

Abusive clauses, interests, delay, general terms and conditions

ÍNDICE DE CONTENIDO

1	INTRODUCCIÓN	1
2	CONCEPTO DE INTERÉS Y TIPOS.....	3
3	USURA.....	6
4	CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	10
4.1	Concepto	10
4.2	Control de incorporación y de contenido.....	11
4.3	Control de transparencia	13
5	CONTROL DE INTERESES MORATORIOS PREDISPUSTOS	18
5.1	Cuándo es un interés moratorio predispuesto abusivo	18
5.2	Qué hacer cuando un interés moratorio predispuesto es abusivo.....	27
6	CONCLUSIONES	42
7	BIBLIOGRAFÍA	45
7.1	Bibliografía y otras fuentes consultadas	45
7.2	Jurisprudencia	49
7.3	Legislación	52

1 INTRODUCCIÓN

A partir de los años setenta comienza a plantearse en Europa la necesidad de controlar ciertos abusos contractuales que venían dándose a los consumidores por parte de los empresarios. Los distintos ordenamientos jurídicos europeos respondieron de manera diferente frente a estas extralimitaciones: algunos consideraron que era necesario llevar a cabo un control de contenido de todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, otros que sólo era necesario en aquellos contratos consistentes en condiciones generales¹.

De este modo surge la Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13), una directiva de mínimos, a través de la que se pretendió armonizar ciertos aspectos relativos a esta materia.

El ordenamiento jurídico español, a la hora de enjuiciar la abusividad de una cláusula en contratos con consumidores, se encuentra con el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), por medio del cual se ha transcrito la Directiva 93/13.

En los últimos años, debido a la situación de crisis económica que se ha vivido en este país, han salido a la luz la existencia de numerosos casos de abusos contractuales. Esto ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una reflexión acerca de la exigencia de una efectiva protección del contratante débil.

A esta situación de crisis se une el hecho de que, en la actualidad, por razones de eficiencia económica, la mayor parte de la contratación se realiza a través de condiciones generales de contratación. Estas condiciones generales son predispuestas por una de las partes contratantes, sin existir posibilidad de negociación para la otra, que se limita a consentir la regulación preestablecida unilateralmente. Por ello, requieren un control especial. Este control no se da en el resto de contratos que no incluyen este tipo de cláusulas.

Ante esta realidad, surge una gran cantidad de estudios doctrinales y de jurisprudencia relativos al abuso contractual. Estos se plantean cuestiones como hasta qué punto ha de llegar la protección del consumidor, dónde se encuentra el límite frente a lo que puede

¹ ALFARO AGUILA-REAL, J.A., “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2013, pp.53-70.

considerarse o no abuso y qué debe de hacerse una vez se ha declarado que este ha existido.

Planteado el contexto frente al que nos encontramos, el presente Trabajo de Fin de Grado pretende llevar a cabo un análisis relativo al control de las cláusulas de intereses abusivas, poniendo especial atención en los intereses moratorios.

Para ello el trabajo se ha dividido en cinco apartados principales:

En el primero, se desarrolla brevemente el concepto de interés y sus principales tipos.

En el segundo, se explica la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Ley de Usura). Se describe en qué consiste la usura y se hace alusión a la posible aplicabilidad de esta ley a los intereses moratorios. Esta ley supone un límite al pacto libre de intereses, lo que guarda gran relación con el tema principal a tratar: la abusividad de los intereses, por lo que se considera importante su breve análisis.

En el tercero, se hace referencia a las condiciones generales de la contratación, consistentes en un tipo de condiciones no negociadas o predispuestas. Es importante comprender su concepto, así como los posibles controles a los que están sometidas: de incorporación, de contenido o de transparencia en el caso de tratarse de precio, ya que para que una cláusula sea considerada abusiva, el TRLCU establece que se requiere que esta no haya sido negociada.

En cuarto lugar, se desarrolla la parte fundamental del presente trabajo: el control de los intereses moratorios predispuestos. Se estudia cuándo puede considerarse un interés moratorio abusivo y se plantean distintas posibilidades ante la declaración de abusividad de las cláusulas que contienen estos intereses, tratando de reflejar los pros y los contras de estas posibilidades de la manera más objetiva posible.

Finalmente, se desarrollaran las principales conclusiones extraídas de la investigación.

Para llevar a cabo este estudio, se ha hecho uso de doctrina, legislación y jurisprudencia tanto estatal como comunitaria.

2 CONCEPTO DE INTERÉS Y TIPOS

La legislación civil española actual no contiene una definición concreta del término “interés” entendido este, desde el punto de vista económico, como el precio pagado por el uso de un capital ajeno. El artículo 313 del Código de Comercio establece que, para el caso de los préstamos mercantiles, “*se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor.*”

MARTÍNEZ DE AGUIRRE² califica como prestación de intereses la que:

generada para el acreedor por un capital consistente en dinero, es adeudada: bien a modo de precio, retribución o remuneración por razón de la utilización de un capital ajeno; bien a modo de indemnización por razón del retraso en el pago de una obligación dineraria.

Se trata, por tanto, de una obligación pecuniaria que, además, tiene carácter accesorio, ya que para su existencia requiere de una obligación preexistente, de la que depende, y que consiste en la entrega de una cantidad de dinero.

Tomando en consideración distintos parámetros, se pueden llevar a cabo numerosas y diferentes clasificaciones de intereses: intereses variables o fijos, de consumo o de producción, anticipados o pospagables...

Si se atiende a la clasificación de intereses con respecto a su función, se pueden clasificar los intereses en dos grandes grupos:

- **Intereses remuneratorios, compensatorios o retributivos**

Contraprestación por la disposición de un capital ajeno durante un determinado periodo de tiempo pactado, actúan como precio del dinero, derivado de la utilización de este³.

- **Intereses moratorios**

Intereses que se deben por el resarcimiento de los daños debidos al retraso en el cumplimiento de una obligación dineraria.

Tanto la doctrina como el Tribunal Supremo consideran que estos intereses tienen una doble función:

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ALVÁREZ, M. y PARRA LUCÁN, M., *Curso de Derecho Civil II-Volumen (I). Teoría general de la obligación y el contrato*, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 76 y ss.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril 357/1992.

1. Indemnización: el daño que ha sido causado al acreedor debido al incumplimiento ha de ser reparado (artículo 1108 CC).
2. Pena: Se puede establecer un plus penalizador o incentivador para evitar que se de el incumplimiento, ya que este produciría un daño al acreedor.

Una segunda clasificación de intereses posible consiste en la distinción entre intereses legales y convencionales:

- **Intereses legales**

Los intereses legales son aquellos cuya prestación está establecida por la ley. Dentro de esta categoría se incluyen los intereses moratorios, consistentes en el interés legal del dinero, que devengan desde el momento en que se incurre en mora sin la necesidad de que las partes los hayan convenido, aunque cabe pacto en contrario (artículo 1108 CC).

- **Intereses convencionales**

Aquellos intereses cuya obligación de pago responde a la existencia de un pacto entre las partes contratantes con respecto a los mismos. Los intereses retributivos pertenecen a esta categoría, así como los moratorios pactados.

El artículo 1755 CC establece que *“No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.”*

El pacto de interés al que se refiere este artículo, puede encuadrarse dentro del artículo 1255 CC, en el cual se hace referencia al principio de la autonomía de la voluntad. El pacto de intereses en principio es libre, las partes pueden establecer aquellos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público.

Algunos de los principios fundamentales de nuestro derecho contractual son: la eficacia vinculante de los contratos, la libertad de pactos o el respeto y protección legal a los acuerdos celebrados entre particulares. Estos principios nacen por el hecho de que los ciudadanos contratan para lograr aquellos intercambios que les permitan la consecución de sus fines vitales. Esto implica que las posibles intervenciones del estado pueda realizar con respecto a la libertad contenida en el artículo 1255 CC, de establecer las partes aquellos pactos que consideren, han de estar justificadas y de ser proporcionadas, ya que

de otro modo se atacaría al derecho de todo ciudadano al “*libre desarrollo de la personalidad*” (art. 10 CE)⁴.

Los apartados posteriores analizarán los límites que la ley ha establecido para el pacto libre de intereses al que estamos aludiendo.

⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J.A., “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2013, pp.53-70.

3 USURA

Tal y como se ha explicado, el pacto de intereses es libre con carácter general, encontrando como límites aquellos contenidos en el artículo 1255 CC: la ley, la moral y el orden público.

Como límite a este pacto, la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura (LRU), establece que los intereses no podrán ser usurarios. El artículo primero de esta ley hace referencia a qué se considera interés usurario. La jurisprudencia y la doctrina no se encuentran de acuerdo con respecto a la interpretación de este precepto.

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria interpretan este artículo en sentido amplio y consideran que existen tres tipos de préstamos usurarios⁵:

1. Préstamos en los que el interés pactado es “*notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.*”

En cuanto a los préstamos en los que se da este presupuesto objetivo el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (4810/2015), recalca que lo relevante no es si el tipo de interés resulta adecuado con respecto al riesgo que ha asumido el prestamista, sino si este es “notablemente superior” al “normal”. El Tribunal considera que esta comparación puede realizarse analizando la diferencia entre el TAE del préstamo que se está valorando y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en la que fue concertado el préstamo. La comparación con el interés medio es sencilla, puesto que el Banco de España publica los tipos de interés medios de mercado practicados por las entidades financieras en función de su duración y riesgo asociado. De este modo, el Tribunal permite evitar la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales.

En cuanto a los intereses considerados “manifiestamente desproporcionados”, los tribunales españoles suelen entender que son desproporcionados aquellos que superen el doble de los tipos medios del mercado.⁶

⁵ UREÑA MARTÍNEZ, M., “Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 12, 2004, pp.25-48. Recuperado de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf>

⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Usura e intereses abusivos (II)», Post en *Blog Derecho Mercantil*, 3 de junio de 2014. (Consultado: 14/06/2018). Disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-ii.html>

2. Pactados “*en condiciones tales que resulte aquél 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.*”

Estas "circunstancias angustiosas" han de entenderse como “estado de necesidad”. Dentro de la limitación de las facultades mentales no se incluye la contratación con incapaces, ya que estos contratos no requieren una norma específica para ser declarados nulos. Dentro de este tipo se incluye la contratación en los casos de limitación transitoria de capacidad y los de personas con una inteligencia muy escasa⁷.

3. Contratos de préstamo en los que “*se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.*”

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, aunque minoritaria, ha entendido que existen sólo dos causas para considerar el préstamo como usurario: la primera, consistente en que concurren las circunstancias expresadas en el apartado primero del artículo: los préstamos son usurarios por concurrir en su celebración tanto circunstancias objetivas (interés notablemente superior al normal), como subjetivas (circunstancias angustiosas o limitación de las facultades mentales del prestatario). Y, la segunda, consistente en que se den las circunstancias del apartado segundo de este artículo: Contratos de préstamo en los que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.⁸

Un tercer grupo de sentencias presume que los préstamos cuyo interés es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso sólo han podido ser aceptados debido a que el prestatario se encontraba en situaciones angustiosas. Esta es la línea de pensamiento defendida por ALFARO⁹.

Las consecuencias jurídicas de que un préstamo sea considerado usurario es la nulidad del mismo, tal y como establece el artículo 1 de la LRU. Además, una vez declarada la nulidad del préstamo, el prestamista, en el momento de la restitución de prestaciones, no

⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «Usura e intereses abusivos (II)», Post en *Blog Derecho Mercantil*, 3 de junio de 2014. (Consultado: 14/06/2018). Disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-ii.html>

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1931 (RJ 1931/ 1980), 13 octubre de 1934 (RJ 1934/ 1461) y 10 de junio de 1940 (RJ 1940,/518), entre otras.

⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «Usura e intereses abusivos (I)», Post en *Blog Derecho Mercantil*, 3 de junio de 2014. (Consultado: 14/06/2018). Disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-i.html>

sólo tendrá que devolver el interés remuneratorio que hubiera percibido, sino también cualquier otro interés que hubiera recibido, incluyéndose entre estos los moratorios, tal y como establece el artículo 3 de la LRU.

Que un préstamo sea considerado usurario conlleva un reproche de inmoralidad del préstamo que recae en circunstancias subjetivas de la contratación. Se considera que la usura presenta especial gravedad, ya que es contraria a los principios más básicos de la ética social que cualquier persona se aproveche del estado de necesidad de otra para imponerle condiciones desproporcionadamente onerosas. Es por ello por lo que la sanción establecida va a ser la más grave, la nulidad¹⁰.

En cuanto a la aplicación de la ley de Usura a los intereses moratorios excesivos que han sido negociados individualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas.

Algunos autores¹¹, como UREÑA MARTÍNEZ¹², entienden que esta ley no es aplicable a los intereses moratorios. Estos autores consideran que la finalidad de esta es controlar los elementos esenciales del contrato, y no aquellas prestaciones accesorias establecidas para el caso de un incumplimiento, como pueden ser los intereses remuneratorios. Por ello, los intereses remuneratorios sí que estarían sometidos al control establecido por la ley de usura, pero los moratorios, a pesar de que puedan tener un carácter excesivo en ocasiones, no.

Otro argumento empleado es que, en el caso de aplicarse la ley de usura a los intereses moratorios, ante unos intereses moratorios excesivos, se declararía la nulidad del contrato, estando el deudor obligado a la restitución del capital prestado a pesar de que los intereses remuneratorios (precio) no resultaban excesivos, lo cual supone una situación en cierta medida injusta para el deudor.

¹⁰ AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del tribunal supremo respecto a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros”, *Notas jurisprudenciales Cesco*, 20 de abril de 2015. Recuperado de: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/163.pdf>

¹¹ SABATER BAYLE, E., “Validez nulidad de una cláusula de estabilización en un contrato de préstamo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1997.” *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp.485-504; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La prestación de intereses”, *Tesis doctoral Universidad de Alicante*, 1998, p. 275 y ss.; AGÜERO ORTIZ, A., “¿Cambio de doctrina del tribunal supremo...” cit.

¹² UREÑA MARTÍNEZ, M., “Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa”, Cit. p. 14 y ss.

Otros autores defienden la aplicabilidad de la Ley de Usura ante intereses moratorios excesivos. Así lo afirmaron tanto RUIZ-RICO RUIZ¹³ como ORDÁS ALONSO¹⁴. En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ defiende que la ley no hace distinción con respecto a si es aplicable a los intereses remuneratorios o moratorios, lo que implica que puede ser aplicada a ambos, ya que la denominación de “interés” se empleo durante muchos años para ambos tipos aplicándoseles el mismo régimen jurídico. Estos autores entienden que puede existir una remuneración (pactada) “injusta” y, que en caso de cumplirse los requisitos comprendidos en el artículo 1 de la LRU en cuanto a los intereses moratorios, el contrato ha de ser declarado nulo.

La Jurisprudencia tampoco mantiene una postura firme a este respecto. La STS de 2 de octubre 7141/2001 o la de 17 de marzo 1351/1998 argumentan en contra de la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, ya que no debe olvidarse que estos se devengan debido al incumplimiento del deudor, conducta jurídicamente censurable, por lo que no tienen naturaleza real, sino sancionadora, lo que hace que no deba considerarse si exceden o no el interés normal del dinero, ni calificarlos como leoninos.

Por otro lado, existen sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 4045/2002 o la de 2 de diciembre de 6872/2014 que si que entienden aplicable la ley de usura al caso de los intereses moratorios pactados, ya que el artículo 1 de la LRU no distingue entre la clase y naturaleza de estos intereses.

¹³ RUIZ RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir., M., ALBALADEJO, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pág. 825.

¹⁴ ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Aranzadi, Madrid, 2004, p.106 y ss.

4 CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

4.1 Concepto

El artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación define las mismas de la siguiente manera:

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Del análisis de este artículo la doctrina ha identificado una serie de requisitos que se dan en toda condición general de contratación:¹⁵

- a) Contractualidad: no existe una norma imperativa que obligue a su inserción en el contrato, sino que se tratan de “cláusulas contractuales”.
- b) Predisposición: la cláusula no surge como consecuencia de las negociaciones entre el predisponente y adherente, es decir, no nace del consenso alcanzado como resultado de un proceso de tratos previos, sino que esta preestablecida ya sea por el propio empresario o por terceros.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. La incorporación de las condiciones generales se produce por iniciativa exclusiva del predisponente y, ante estas cláusulas, el adherente sólo puede aceptarlas o rechazarlas sin negociar ni debatir nada. De esta forma, el bien o servicio sobre el que versa el contrato solamente puede obtenerse mediante la aceptación de la inclusión en el mismo de la cláusula. Es decir, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. No se equipara negociación con la posibilidad de que se pueda escoger entre distintas ofertas de contrato sometidas a condiciones generales de contratación.
- d) Generalidad: las cláusulas han sido creadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones

¹⁵ DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Sistema de derecho civil, Vol. II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 70 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ALVÁREZ, M. y PARRA LUCÁN, M., *Curso de Derecho Civil...*, cit., pp. 406 y ss.

negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

La calificación de una cláusula como condición general de la contratación supone que se cumplan estos requisitos, siendo irrelevante que se refieran al objeto principal del contrato o no, o que el adherente sea un comercial o consumidor.

4.2 Control de incorporación y de contenido

La imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no supone de por sí que estas sean ilícitas. Sin embargo, al estar las condiciones generales predispuestas por una de las partes, limitándose la otra a consentir la regulación preestablecida unilateralmente, se requiere que existan unos especiales controles que no tienen que superar los contratos que no incluyan este tipo de cláusulas.¹⁶

Nuestro ordenamiento jurídico regula la contratación con condiciones generales en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Además, prevé a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLDCU) una especial protección para el caso de que la contratación se dé con consumidores, estableciendo un especial control de contenido y un régimen de nulidad de cláusulas abusivas. Control de contenido que ha sido excluido por la LCGC para el caso de la contratación con condiciones generales entre empresarios.

Tanto la LCGC como el TRLDCU hacen referencia a dos tipos de controles: por un lado, un control de incorporación o inclusión que ha de superar toda condición general y, por otro lado, un control de contenido que se ha de superar por aquellas cláusulas existentes en los contratos en los que una de las partes es un consumidor. Serán consideradas cláusulas abusivas aquellas condiciones generales que no superen el control de contenido establecido por la ley.

En la LCGC existen varios preceptos que hacen referencia al control de incorporación relativo a las condiciones generales:

Artículo 5.5: *“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.”*

¹⁶ Vid. DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, S.L. Civitas ediciones, Madrid, 1996.

Artículo 7:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En cuanto a los contratos con consumidores el TRLCU establece en su artículo 80.1 lo siguiente:

En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad¹⁷ y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

En cuanto al control de contenido de estas cláusulas, el cual como ya se ha indicado procede únicamente cuando una de las partes contratantes se trata de un consumidor, este supone analizar si la cláusula traspasa un control de legalidad que comprueba la validez de la misma, tal y como señala MIQUEL¹⁸, siendo una cláusula abusiva si no lo traspasa.

Este control de contenido viene establecido en el artículo 82 del TRLDCU¹⁹, según el cual:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las

¹⁷ Respecto al alcance del requisito de accesibilidad el art. 5 LCGC contiene las condiciones que han de darse en los siguientes tres supuestos: contratos en forma escrita, contratos en forma no escrita y contratación telefónica o electrónica.

¹⁸ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios a la DA 1ª de la LCGC”, en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 911 y ss

¹⁹ Transposición del artículo 3.1 de la directiva 13/93.

exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

De este artículo se deduce que son tres las notas características de las cláusulas abusivas:

- Se trata de cláusulas no negociadas individualmente.
- Van en contra de las exigencias de la buena fe.
- Causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Cabe aclarar que no toda cláusula abusiva va a consistir en una condición general. En este sentido, la LCGC puntualiza en su exposición de motivos:

Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Con relación a esto, MARTÍNEZ DE AGUIRRE²⁰ entiende que las condiciones generales se tratan de un tipo concreto de cláusulas no negociadas, consistiendo las consideradas cláusulas no negociadas individualmente una categoría más amplia. En ellas coinciden las notas de contractualidad, predisposición e imposición, pero no la de generalidad, la cual es exclusiva de las condiciones generales y ambas pueden ser consideradas abusivas si no superan el control de legalidad que les corresponde.

La consecuencia que conlleva que las condiciones generales o cláusulas predispuestas o no negociadas no superen los controles de incorporación y de contenido es la misma: la ineficacia de las mismas.²¹ Aquellas que no superen el control de incorporación se considera que no han accedido al contrato y las cláusulas declaradas abusivas se consideran nulas de pleno derecho, teniéndose también por no puestas.

4.3 Control de transparencia

En los últimos años se ha venido desarrollando un tercer control, distinto de los controles

²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Colex, 4ªed., Madrid, 2014, p. 432.

²¹ Ineficacia regulada en los arts. 7 a 10 LCGC y 83 TRLDCU.

de incorporación y de contenido ya vistos, propios de la contratación con condiciones generales, este control es el denominado control de transparencia.

Según el artículo 4.2 directiva 13/93:

La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

En primer lugar, cabe definir a que se refiere el artículo en cuanto a “*objeto principal del contrato*” y a “*la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra*”.

En este sentido, la jurisprudencia de TJUE ha establecido cómo han de interpretarse los términos “*objeto principal del contrato*”:

El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13, por lo que dicha disposición debe ser objeto de interpretación estricta(...). Por otra parte, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», que figuran en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, normalmente deben ser objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (...). En lo que respecta a la categoría de cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha declarado que esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (...). En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», a efectos de la citada disposición (...).²²

Planteadas estas consideraciones, cabe afirmar que las cláusulas que fijan los intereses remuneratorios forman parte del considerado “*objeto principal del contrato*”, por lo que, en principio, no cabría realizar un control de abusividad con respecto a estas cláusulas. Sin embargo, las cláusulas que fijan los intereses moratorios son consideradas accesorias cabiendo el control de su abusividad tal y como se explicará en apartados posteriores.

Con respecto al artículo 4.2 de la directiva 13/93, el TJUE manifestó que esta directiva establece unos mínimos de protección a los consumidores y que se permite que los estados

²² STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16).

miembros impongan una protección más intensa. A este respecto, la STJUE 3 de junio de 2010, asunto C-484-/08, Caja Madrid, responde a la cuestión tercera planteada ante este tribunal que los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Es por ello por lo que, ante la falta de una correcta transcripción del artículo 4.2 de la directiva en nuestro ordenamiento, algunos, aunque una escasa minoría, entendieron que al ser la ley española más protectora hacia los consumidores, sí que cabría un control del objeto principal del contrato, es decir, un control de precios. Cuando algunas sentencias españolas controlaron los precios, el tribunal europeo lo aceptó, ya que entendió que España, aparentemente, había decidido conceder a los consumidores una protección más intensa.

Sin embargo, esto es rechazado por la mayor parte de la doctrina y queda claro con la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013 (Sobre las cláusulas suelo). En esta Sentencia el Tribunal Supremo español aclaró que en el Ordenamiento Jurídico español no se ha instaurado el control de contenido relativo al objeto principal del contrato, aunque quepa esta posibilidad según lo afirmado por el TJUE. Esta Sentencia critica, además, que la citada STJUE realiza una interpretación de manera indebida del ordenamiento interno español.

Ahora bien, el Tribunal Supremo español señala que se excluye la posibilidad de controlar el objeto principal del contrato *“siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”*

Con relación a la falta de claridad de estas cláusulas, en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013, se introduce en España el denominado “doble filtro de transparencia” en los contratos con consumidores: un primer control de transparencia documental aplicable a las condiciones generales, que superado permite su incorporación al contrato. Y un control de transparencia reforzado para los elementos esenciales del contrato que permita que el consumidor conozca tanto la “carga económica” del contrato (el “precio” que debe abonar), como la “carga jurídica” del

mismo (la distribución de los riesgos que de él derivan).²³

Según el Tribunal Supremo, el control de transparencia

supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.²⁴

Es decir, las cláusulas, aunque cumplan con los requisitos de incorporación, pueden ser consideradas nulas por falta de transparencia. Esto sucede cuando los consumidores no pueden deducir de las mismas el real escenario de precios en los que se van a mover debido a que la información proporcionada por el empresario no es suficiente, lo que conlleva que no se pueda llevar a cabo una adecuada comparación con otras ofertas de entidades existentes en el mercado.

El control de transparencia sólo procede cuando la cláusula se refiere a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Como ejemplo, la sentencia 138/2017, del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona, de 31 de mayo de 2017 establece que:

hay que empezar por señalar que a la cláusula suelo, por constituir el objeto principal del contrato, le es de aplicación el control de transparencia y, a las demás cláusulas que no constituyen el objeto principal del contrato, les es de aplicación el control de abusividad en sentido estricto.

Aunque un amplio sector de la doctrina manifestó no entender (ni compartir) cómo es posible sostener en nuestro sistema un control de transparencia que sea algo distinto y vaya más allá del control de incorporación y las exigencias que éste impone, el Tribunal Supremo introduce, como a medio camino entre incorporación y contenido, un control de

²³ MARÍN LÓPEZ M. J., “Control de transparencia, normas de transparencia en el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario y “validez” de las cláusulas suelo y de gastos”, *Publicaciones jurídicas Cesco*, 15 de noviembre de 2017. Recuperado de: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Control de transparencia en el Proyecto de Ley de contratos de credito inmobiliario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Control%20de%20transparencia%20en%20el%20Proyecto%20de%20Ley%20de%20contratos%20de%20credito%20inmobiliario.pdf)

²⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio 3526/ 2014, 8 de septiembre 4660/2014, 24 de marzo 845/2015, 25 de marzo 735/ 2015, 29 de abril 2042/2015 y 23 de diciembre 5714/2015.

transparencia, pero que desemboca en la posibilidad de someter la cláusula a control de contenido, y declararla abusiva: si no se cumple el requisito de la necesaria transparencia, parece entender el TS, si lo que es una estipulación relativa al precio se coloca en el momento de la formulación y conclusión del contrato sin la claridad necesaria, deja de ser, por así decir, precio, y pasa a convertirse en una cláusula secundaria, de las que, en contratación con consumidores, son susceptibles de declararse abusivas.

Y como el abuso no puede referirse ya a la transparencia en sí misma, pues tiene que ver con el contenido material del contrato, el equilibrio o desequilibrio en derechos y obligaciones, el TS vincula este carácter abusivo, con la imposibilidad de comparar ofertas, y la aceptación para el contrato de unas condiciones, más onerosas (y más lucrativas para el predisponente) que las que habría aceptado de tener un conocimiento diáfano del juego de la cláusula.

5 CONTROL DE INTERESES MORATORIOS PREDISPUUESTOS

5.1 Cuándo es un interés moratorio predispuesto abusivo

El TRLCU siguiendo lo establecido en la directiva 13/93²⁵ incluye como ejemplo de cláusula abusiva la imposición de unos intereses moratorios abusivos. Según el artículo 85.6 TRLCU:

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

La inserción de este artículo en nuestro ordenamiento jurídico, así como la directiva 13/93, nos obliga a llevar a cabo un análisis que permita enjuiciar si una cláusula es razonable o, por lo contrario, abusiva. Será necesario realizar un juicio de valor construyendo un conjunto de argumentos a través de los cuales podamos diferenciar cuando una cláusula es adecuada y cuando no.

En nuestro ordenamiento jurídico carecemos de criterios legales seguros que nos permitan apreciar la abusividad de los intereses moratorios, sabemos que lo serán cuando sean “desproporcionadamente altos” pero: ¿Cuál es la cuantía exacta? Por ello, nos planteamos una primera problemática: **¿Cuándo son desproporcionados, y por lo tanto abusivos, unos intereses moratorios?**

Los jueces y tribunales han empleado diferentes criterios a la hora de juzgar el carácter desproporcionado y por lo tanto abusivo de las cláusulas de intereses moratorios. Ello ha generado una gran inseguridad jurídica y riesgo de arbitrariedad, ya que para un mismo caso las soluciones adoptadas podrían ser muy dispares dependiendo del tribunal que enjuiciara el caso.

En un primer momento, durante los años 90 y principios de los años 2000, los intereses que se declaraban abusivos eran aquellos que podríamos llegar hoy a calificar incluso como usurarios²⁶, o al menos se encuentran cercanos a esta calificación. Como ejemplo,

²⁵ ANEXO 1: “CLAUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTICULO 3 1. (cláusulas que se considerarán abusivas) “Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.”

²⁶ Que sea calificado como usurario no quiere decir que esté sometido al control de la Ley de Usura como hemos visto en un apartado anterior y como explica AGÜERO ORTIZ, A., “¿Cambio en la doctrina del

la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 15 de abril de 1998 que anula un interés moratorio del 29%.

A partir de sentencias como la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) y de los comentarios de ciertos autores y doctrina los excesos que se estaban dando se ven limitados.

Desde este momento comienza a consolidarse un nuevo modo de ver las cosas, a partir de un conjunto de ideas que no eran en absoluto nuevas, pues se deducen de la normativa, se venían apuntando por diversos autores y estaban presentes en la argumentación de algunas resoluciones judiciales, pero se amplía su impacto con un nuevo vigor: es preciso aceptar la idea de que hay que comparar los intereses con lo que sería una indemnización razonable y que hay que tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan, rodean y acompañan a la relación contractual en que esos intereses se imponen: el tipo de préstamo de que se trate, los intereses de mercado, los que se pactaron como remuneratorios, las garantías que refuerzan la posición del acreedor en cada caso, etc. Por ejemplo, en el caso de deudores con garantía hipotecaria no será necesario imponer cláusulas que penalicen el incumplimiento del deudor con particular onerosidad, ya que la existencia de la garantía asegura al acreedor el cobro. Si el deudor no paga exponiéndose con ello a ver ejecutada la garantía parece claro que ello se deberá a una verdadera imposibilidad, por lo que en este caso los intereses no van a cumplir la función de incentivar al deudor a que cumpla.

Al generalizarse las controversias sobre el carácter abusivo de estipulaciones predispuestas en contratos de préstamo, entre las que se encuentra la que estamos tratando de los intereses moratorios, y en un momento en que impactó en el sistema la sentencia Aziz, y se introdujeron reformas legales, como la del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, algunos jueces y magistrados adoptaron acuerdos sobre la valoración de la cláusula de interés moratorio, donde establecieron criterios comunes cuya observancia era voluntaria

tribunal supremo respecto a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) num. 677/2014 de 2 de diciembre (RJ/2014/6872)", *Notas jurisprudenciales Centro de Estudios de Consumo*, 20 de abril de 2015. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cesco/files/2015/04/Cambio-de-doctrina-del-Tribunal-Supremo-respecto-a-la-aplicaci%C3%B3n-de-la-Ley-de-la-usura-.pdf>

y estaba limitada a ámbitos territoriales concretos²⁷. Entre estos acuerdos se encuentran los siguientes:

- La Sala de Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra alcanzó el acuerdo el 7 de junio de 2013 de que se considerarán abusivos los intereses superiores a tres veces el interés remuneratorio o el 20% en préstamos personales sin garantía.
- La Junta de Unificación de Criterios de Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid adoptó un acuerdo el 27 de septiembre de 2013 por el que se establecen como abusivos los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero.
- La Audiencia Provincial de Barcelona sigue el criterio de poner el límite en dos veces y media la TAE si esta no es superior al doble del interés legal del dinero o una vez y media la TAE cuando esta sea superior al doble del interés legal del dinero.
- La Audiencia Provincial de Lleida establece como límite dos veces y media el interés remuneratorio.

Como se ha señalado anteriormente, se trata de criterios dispares que dan lugar a distintas soluciones según el tribunal que enjuicie el caso generándose una gran dosis de incertidumbre.

Por otro lado, cabe destacar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de ciertos límites imperativos a partir de los cuales los intereses han de ser declarados nulos, como son los artículos 20.4 de la ley de contratos de crédito al consumo y el 114 de la ley hipotecaria.

En el caso de los préstamos con consumidores, intentando hacer uso de estos datos legales para tener algún parámetro fijo al que agarrarse, uno de los criterios más utilizados por los jueces ha sido la aplicación del límite establecido en el artículo 20.4 de LCC:

En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

²⁷ AGÜERO ORTIZ, A. “Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 14, 2015. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/806> [última consulta: 28 de mayo de 2018].

La doctrina no se ha mostrado pacífica en cuanto a la aplicación de este límite a todo préstamo o crédito. Algunos defienden que su aplicación se ciñe exclusivamente al caso de descubierto bancario²⁸, mientras que otros consideran que la norma sí que debiera ser aplicable a todo contrato de préstamo o crédito por razones de analogía y de equidad²⁹.

Esta última postura es la que mantiene MIQUEL según refleja su posición Alfaro en el blog *Almacén de Derecho*³⁰. Para argumentarlo realiza una interpretación del artículo 89.7 del TRLCU: “*En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: (...) La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 (actual 20.4) de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo*”, cuya redacción considera extraña por varios motivos.

MIQUEL entiende que el artículo 89.7 TRLCU no supone una regulación repetida del límite para los descubiertos en cuenta corriente, sino que remite al límite marcado en el artículo 20.4 LCC para que este se aplique a todos los créditos. Esto lo justifica fundamentalmente de dos maneras:

En primer lugar, considera que la ausencia de comillas en “para los descubiertos en cuenta de crédito” puede indicar que no está ubicada adecuadamente, debiéndose entender la lectura del artículo de la siguiente manera: “*La imposición de condiciones de crédito que superen los límites que se contienen en el artículo 20.4 de la ley 16/ 2011 de 24 de junio, de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente.*” Así se entendería que lo que se busca es que se aplique a todos los contratos de crédito el límite marcado para los descubiertos en cuenta de crédito por el artículo al que se remite.

²⁸ SANCHEZ SANCHEZ, M.P., “Aspectos económicos de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 17, 1995, págs. 269-270, para quien el límite del artículo 19.4 LCC rige para los descubiertos y “no para los intereses remuneratorios y los de demora”; MARÍN LÓPEZ, J. J., “La Ley de crédito al consumo: ámbito de aplicación”, *Estudios de Derecho judicial*, 3, 1996, págs. 63-144; MÚRTULA LAFUENTE, V., “La prestación de intereses”, *Tesis Doctoral Universidad de Alicante*, 1997, pág. 279.

²⁹ RAPOSO FERNÁNDEZ, “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, *La Ley*, 1996, pág. 1531.

³⁰ Comentario al post: PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacenderecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

En segundo lugar,

es muy extraño que la Ley General (TRLUC) vuelva a regular lo que ya regula la ley especial (LCC) y más aún que no regule otra cosa. Hay que sospechar, por tanto, que el art. 89.7 regula las condiciones de crédito por remisión al límite que, para el supuesto de descubiertos en cuenta corriente, establece la ley de Crédito al Consumo, pero que no vuelve a regular lo que ya está regulado en esta ley.

Por otro lado, la Ley 1/2013 modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria introduciendo el siguiente párrafo:

Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta reforma es muy criticable ya que, si entendemos que el límite marcado por el artículo 20.4 LCC se refiere, tal y como se ha argumentado, a todos los créditos, el nuevo artículo 114 LH deja en una peor posición a aquellos deudores garantizados con hipotecas sobre su propia vivienda habitual, los cuales son dignos de una mayor protección. Para estos deudores con garantía hipotecaria no será necesario imponer penas muy fuertes, ya que la existencia de la garantía asegura al acreedor el cobro. Si el deudor no paga se deberá a una verdadera imposibilidad, por lo que el límite a partir del cual se consideran los intereses abusivos debería de estar por debajo que en el resto de casos al contrario de lo que parece que sucede.

Siguiendo la doctrina del TJUE³¹, el Tribunal Supremo³² entiende que el ordenamiento jurídico español puede incluir artículos como los referidos que marquen un límite a partir del cual los intereses moratorios pueden ser considerados abusivos ya que esto no es contrario a la directiva 13/93, siempre y cuando se permita a los jueces declarar abusivos intereses que supongan una indemnización desproporcionada sin la necesidad de que lleguen a ese límite.

³¹ Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015; Auto del TJUE de 11 de junio de 2015; Auto del TJUE de 17 de marzo 2016.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015; de 18 de febrero de 2016: de 3 de junio de 2016.

A este respecto las recientes conclusiones publicadas el 22 de marzo de 2018 del Abogado General Wahl³³ afirman lo siguiente:

... debe admitirse que una presunción, incluso iuris et de iure, según la cual es abusiva una cláusula que fija el tipo de los intereses de demora por encima de un determinado umbral, es conforme con el objetivo de la Directiva 93/13, que consiste, recordemos, en evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato (véase el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva³⁴) en detrimento del consumidor y, en definitiva, en la protección de los consumidores. El hecho de que un juez nacional esté obligado a declarar abusiva una cláusula contractual que fija el tipo de los intereses de demora en un nivel superior a un umbral determinado no plantea problemas desde el punto de vista de la consecución de esos objetivos, incluso aunque pueda plantearlos desde el punto de vista del equilibrio contractual global contemplado en abstracto...

El TJUE en su auto de 11 de junio de 2015 afirma que la existencia de estos límites (en el caso analizado se refiere al contenido en el artículo 114 LH) **“no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas”**, aunque respeten ese límite, si suponen **“una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor”**. También indica criterios a tener en cuenta cuando se juzgue si un interés es excesivo: habrá que comparar el tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo y evaluar si ese tipo se hubiera aceptado en una negociación individual.

Otro de los criterios empleados por los tribunales para juzgar la abusividad de un interés moratorio consiste en tomar como punto de referencia el interés remuneratorio pactado. Este es el criterio que utiliza el Tribunal Supremo. Cuando en casación se le plantea la cuestión de cuándo un interés se considera abusivo, el Tribunal señala la necesidad de establecer un único criterio a fin de evitar la arbitrariedad e inseguridad jurídica que se estaba produciendo.

La Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril, establece que **“será abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”**. Para fijar este límite el Tribunal parte de los criterios establecidos por el TJUE mencionados anteriormente: habrá que comparar el tipo pactado con las normas nacionales aplicables

³³ Conclusiones del abogado general sr. Nils Wahl presentadas el 22 de marzo de 2018, Asuntos acumulados C-96/16 Y C-94/17. Banco Santander, S.A., contra Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet y Rafael Ramón Escobedo Cortés contra Banco de Sabadell, S.A.

³⁴ Artículo 3.1 directiva 13/93: **“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”**

en defecto de acuerdo y evaluar si ese tipo se hubiera aceptado en una negociación individual.

Concluye que el límite ha de encontrarse dos puntos porcentuales por encima del remuneratorio por dos motivos. Por un lado, un porcentaje mayor supone alejarse en exceso de modo injustificado de los porcentajes fijados por la legislación española para los casos en los que haya ausencia de pacto³⁵, considerando como mejor referencia la del interés de demora procesal contenido en el artículo 576 de la LEC³⁶. Por otro lado, tras analizar que en los contratos de préstamo celebrados por negociación el interés de demora suele establecerse añadiendo algún punto porcentual sobre el remuneratorio pactado, considera que no puede estimarse que de forma razonable el consumidor, si hubiera sido tratado de manera leal y equitativa, hubiera aceptado en el marco de una negociación individual un interés moratorio **que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales del remuneratorio**.

Este límite también es adoptado para el caso de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios en la Sentencia del Tribunal Supremo 364/2016 de 3 de junio, reiterando la doctrina de la sentencia señalada anteriormente para el caso de los préstamos personales PANTALEÓN³⁷ considera que sería más razonable situar este límite en un 125% de los intereses remuneratorios, *“ya que el tipo legal de los intereses moratorios de las deudas tributarias es hoy el 4,375%, igual al 125% del tipo del interés legal del dinero.”*

El Juzgado de primera instancia nº 38 de Barcelona y el Tribunal supremo plantearon una cuestión prejudicial en la que se consultaba la compatibilidad de este límite con la Directiva 93/13 ya que entienden que si este límite se aplica de manera automática el juez no puede tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto. Las mencionadas conclusiones del abogado general Wahl señalan:

³⁵ artículo 1108 del Código Civil, diversos tipos de interés fijados para supuestos específicos en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley Hipotecaria, Ley del Contrato de Seguro, Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, interés de demora procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁶ *“Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.”*

³⁷ PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

que la Directiva 93/13 no se opone a un criterio jurisprudencial nacional que fija como criterio inequívoco que, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un tipo de intereses de demora que suponga un incremento superior a dos puntos porcentuales respecto del tipo de los intereses ordinarios fijado, siempre que: (i) no limite la facultad de apreciación del juez nacional en lo referente a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas que no se ajusten a ese criterio incluidas en un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un profesional, y (ii) no impida que el juez deje sin aplicar dicha cláusula en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

Anteriormente, el abogado General Wahl ya había declarado que no existe una regla fija que permita apreciar la abusividad de una cláusula que fija los intereses moratorios :

No existe un criterio infalible que permita apreciar automáticamente si una cláusula de intereses moratorios es abusiva. Los tipos máximos de interés fijados en un ámbito particular del Derecho nacional no son sino un factor más que debe tomarse en consideración.³⁸

Por ello, hemos de entender que no existe una solución estándar para todo crédito o préstamo, sino que será necesario realizar un análisis de las circunstancias que los rodeen tal y como se deduce del artículo 4.1 de la directiva 13/93:

Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

La idea clave es la no existencia de una regla fija. Los intereses deberán asemejarse a aquellos que remuneren adecuadamente, aunque sea una previsión amplia y generosa. Lo que se separe claramente por encima de esto, es abusivo, en contratación con consumidores. Para valorar esto es cuando entra en juego considerar todas las circunstancias, parámetros y criterios que los tipos de interés, la realidad, el mercado, y los datos normativos nos proporcionen.

Como ya hemos visto, los intereses de demora constituyen la indemnización de los daños y perjuicios causados por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (artículo 1108 CC). Tanto el TS como la doctrina consideran que los intereses moratorios son a la vez pena e indemnización, entendiendo que la pena cumple una función

³⁸ Conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Unicaja Banco y Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2014:229)

liquidatoria del daño, refleja las consecuencias pecuniarias que para el deudor va a tener el incumplimiento. En principio las partes pueden fijar la indemnización y la pena que tengan por conveniente, preocupándose el acreedor de incluir en el interés los daños que le pueda causar el incumplimiento más un plus penalizador o incentivador.

Al ser posible en nuestro derecho que los intereses indemnizatorios incluyan un plus coercitivo habrá que calibrar cuándo este entra dentro lo razonable, no suponiendo una “*indemnización desproporcionada*”. Este plus coercitivo deberá consistir en una “*moderada compulsión*” la cual parece que debería ser considerada abusiva cuando en la cantidad establecida como interés moratorio destaca sobre la parte que se pueda encuadrar como porción indemnizatoria.

Para delimitar el contenido puramente indemnizatorio del préstamo podría tomarse como punto de referencia la llamada por BASOZÁBAL “*franja indemnizatoria*” compuesta por el interés legal, contractual y de mercado:

Parece razonable que si el interés moratorio inferior al interés legal, contractual o de mercado incentiva el incumplimiento (con independencia de que en algún punto por encima del coste de refinanciación haya dejado de ser estrictamente indemnizatorio) esta triple referencia sirva para delimitar el ámbito en que aquel cumple una función indemnizatoria.³⁹

Más allá habrá que presumir su función punitiva.

Para determinar la abusividad del interés moratorio, habrá que analizar las circunstancias concretas del préstamo y estudiar si el plus penal en el caso concreto cumple con la finalidad de incentivar el cumplimiento del deudor de manera proporcionada al sacrificio que se le exige al deudor por aplicación del interés en caso de incumplimiento.

Por último, cabe destacar que la abusividad de una cláusula puede controlarse de oficio, independientemente del tipo de proceso del que se trate, cuando el juez disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, es una obligación para los jueces llevar a cabo este control así como aplicar la normativa comunitaria de protección de los consumidores.⁴⁰

En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 afirma que:

³⁹ BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 91 y 101

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000; de 26 de octubre de 2006; de 4 de junio de 2009; de 6 de octubre de 2009; de 9 de noviembre de 2010; de 14 de junio de 2012; de 21 de febrero de 2013; de 14 de marzo de 2013; de 21 de marzo de 2013; de 30 de mayo de 2013.

el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia, no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión

Cuando existan indicios de que una cláusula es abusiva el juez deberá acordar la práctica de la prueba. Este tiene la obligación de garantizar el derecho de defensa de la otra parte, de modo que ha de dar audiencia a todas las partes del proceso para que realicen las alegaciones que deseen con respecto al carácter abusivo de la cláusula, para así garantizar el principio de contradicción⁴¹.

Además, en caso de que el consumidor, habiendo sido informado del posible carácter abusivo de la cláusula, manifiesta que no tiene la intención de invocar su carácter abusivo, el juez no podrá apreciarla de oficio, ya que no puede imponer su tutela contra su voluntad.

5.2 Qué hacer cuando un interés moratorio predispuesto es abusivo

Una vez declarado abusivo el interés moratorio surge una segunda problemática consistente en determinar **qué hacer en el caso de que los intereses moratorios sean abusivos**.

Al igual que ocurre con los criterios que los tribunales españoles emplean para determinar el carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios, son también diferentes los criterios que los distintos tribunales han empleado para establecer los efectos de tal abusividad. En el presente apartado se van a desarrollar las posibles soluciones que se plantean a la hora de concretar las consecuencias que se derivan de la calificación de la cláusula de intereses moratorios como abusiva, juicio que muchas veces se produce precisamente en el momento en que, ante un incumplimiento del deudor, el acreedor predisponente pretende cobrar esos intereses.

la cláusula será nula y por tanto ineficaz, pero resulta que en la jurisprudencia se han mostrado diferentes soluciones a la hora de delimitar esta ineficacia, cuestión que se conecta también con la denominada integración por parte del juez de la reglamentación contractual. veamos varias opciones:

⁴¹ GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., 2014. “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor.” *Revista de derecho de la Unión Europea*, 26, 2014, pp.313-328.

a) Reducción de las cláusulas de intereses moratorios abusivos.

Lo primero que hemos de recordar es que, en aplicación de la Directiva 93/13, una vez que se identifica en un contrato una cláusula de intereses moratorios con carácter abusivo, esta es nula, por lo que se tendrá por no puesta⁴².

Durante los años 90 y a inicios de los 2000 existen numerosas resoluciones judiciales en las que los jueces cuando los intereses moratorios les resultaban excesivos los moderaban, aplicando la regla del cumplimiento parcial contenida en el artículo 1154 CC: *“El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.”* Así, los jueces españoles, frente a la carencia en nuestro ordenamiento de una regla específica de reducción por exceso manifiesto de las penalidades o indemnizaciones convencionalmente prefijadas, utilizaron en ocasiones la regla del cumplimiento parcial modificando las penas cuando estas les resultaron excesivas. Este modo de enfocar la cuestión, vinculando el problema a la facultad moderadora que los jueces pueden tener respecto a indemnizaciones, penas, o consecuencias del incumplimiento (trayendo a veces a colación incluso el art. 1103 CC), llevó probablemente a que las cláusulas de interés moratorio, una vez juzgadas abusivas, se mantuvieran por encima de lo razonable.

Así, la SAP Toledo 1 septiembre 2006 (JUR 2006/258468), a la vez que se refiere a un interés moratorio abusivo o desproporcionado, hace uso del artículo 1154 CC para moderar los intereses moratorios contractuales. Esta sentencia señala que el deudor ha devuelto el principal y parte de los intereses, por lo que pueden moderarse los intereses cuando *“habiéndose cumplido parcialmente la obligación lo considere la equidad...”*. Este argumento se repite en varias sentencias de esta época.

Más adelante, en esta misma línea pero utilizando un nuevo argumento, abogados y tribunales españoles hicieron uso del artículo 83 TRLCU para justificar que, cuando una cláusula de intereses es nula por abusiva, el juez, en función de sus facultades de integración y de moderación del contrato, podría reducirla.

⁴² TRLCU Artículo 83: *“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.”*

Este artículo antes de la reforma llevada a cabo en 2014 establecía lo siguiente:

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 1.258 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.

Sólo 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.

El artículo 83 del TRLCU se modifica por el artículo único de la ley 3/2014, de 24 de marzo:

Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

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.

Lo fundamental de esta reforma es que se suprime la mención a la integración del contrato conforme al artículo 1258 CC y a la buena fe objetiva así como el mandato del juez a integrar el contrato y la mención a sus facultades moderadoras.

Esta modificación se produce a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, la cual recoge las conclusiones de la cuestión prejudicial planteada previamente por la Audiencia Provincial de Barcelona.

El caso trata de una demanda presentada por el Banco Banesto, el cual había dado un crédito al consumo a un cliente. Al no devolver el préstamo el deudor, el banco reclama el principal, los intereses remuneratorios y los intereses moratorios de acuerdo con las cláusulas predispuestas incluidas en el contrato. Los intereses moratorios eran del 29 %, el Juez pretende rebajarlos al 19 % y hacerlo de oficio porque el consumidor no se opuso a la demanda monitoria. Antes de hacerlo, pregunta al Tribunal de Justicia si puede o si viene obligado a hacerlo.

Entre las cuestiones planteadas la Audiencia Provincial de Barcelona solicita conocer cómo ha de ser interpretado el art. 83 del TRLCU conforme al artículo 6.1 de la directiva 13/93, así como el alcance de este último:

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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Caben destacar entre las conclusiones de la Abogado General Trstenjak las siguientes:

84. *En primer lugar, es preciso hacer constar que la Directiva 93/13 no prevé expresamente ni una «sustitución» de las cláusulas abusivas ni la facultad judicial correspondiente para hacerlo. En su lugar, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva se limita a establecer la consecuencia jurídica de que tales cláusulas «no vincularán» al consumidor...*

85. *Además, debe señalarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva preceptúa que, una vez declarado el carácter no vinculante de una cláusula abusiva, el contrato «[seguirá] siendo obligatorio para las partes en los mismos términos», si puede subsistir sin las cláusulas abusivas. El vigesimoprimer considerando establece, en este sentido, que «el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos». Por tanto, la norma del artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe entenderse en el sentido de que el contrato, una vez eliminadas las cláusulas abusivas, debe subsistir con las cláusulas restantes en los mismos términos, siempre que ello sea jurídicamente posible, **lo cual conceptualmente ya excluye toda sustitución de cláusulas o integración del contrato.***

El profesor ALFARO⁴³ entiende que las conclusiones de la Abogado General no están bien formuladas ya que

*La Directiva 13/93 no se opone a que el Juez integre el contrato una vez declarada nula una cláusula predispuesta por abusiva. Se opone a que sustituya la cláusula declarada nula por otra que se aproxime lo más posible a la declarada nula pero esté dentro de la legalidad. O sea, es contraria a la Directiva – y lo era ya al Derecho español y al Derecho alemán, por lo menos – la llamada **reducción conservadora de la validez.***

Cuando un juez declara nula una cláusula predispuesta por su carácter abusivo, lo que ha de hacer es decidir sobre el asunto que se ha traído a su conocimiento como si la cláusula no existiese. Lo que es contrario a la directiva, es que los jueces tras declarar abusiva una cláusula la sustituyan por una regulación que no siendo abusiva sea más favorable al predisponente, lo que no quita que una vez la cláusula haya sido declarada abusiva se

⁴³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La arriesgada vida de una abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la directiva 13/93», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2012. (Consultado: 28/03/2018). Disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/02/la-arriesgada-vida-de-una-abogado.html>

pueda integrar el contrato aplicando, en lugar de la cláusula abusiva, la regulación que resulte de derecho supletorio, de los usos o de la buena fe.

Hay que tener en cuenta que la integración del contrato es beneficiosa para el consumidor. Lo que trata la moderna teoría de la nulidad parcial es mantener el contrato todo lo posible, eliminando únicamente aquellas cláusulas que puedan suponer un desequilibrio para el consumidor. Por ello, si el contrato por la manera en la que está formulado requiere ser ajustado el juez debería poder realizarlo.

Este asunto queda claro en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de abril de 2014, donde se reflejan las consecuencias del abogado general Wahl en las que afirma la posibilidad de integrar el contrato cuando exista una laguna en el contrato una vez la cláusula ha sido declarada nula por abusiva:

En mi opinión, en principio nada obsta a que el órgano jurisdiccional nacional elimine el carácter abusivo de una cláusula sustituyéndola por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en aplicación de los principios del Derecho de los contratos. En efecto, considero que la sustitución por una disposición de este tipo, que se supone que no contiene cláusulas abusivas, al permitir que el contrato siga existiendo a pesar de eliminar la cláusula objeto de litigio y que continúe siendo vinculante para las partes, se inscribe en los objetivos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

Por tanto, tras la reforma y las citadas sentencias del Tribunal de Justicia, lo que se prohíbe es la integración pro predisponente, no siendo posible una integración que busque un contenido equilibrado del contrato a favor del predisponente⁴⁴, ya que de otro modo se eliminaría el efecto disuasorio que la directiva pretende ejercer sobre los profesionales a la hora de impedir la imposición de cláusulas abusivas por parte de los mismos. Lo que será posible es la integración pro adherente, la cual es un derecho.

- b) Aplicar el límite máximo de intereses de demora en el caso de préstamos con garantía hipotecaria de tres veces el interés legal del dinero contenido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

El ámbito de aplicación del artículo 114 LH es limitado, ya que se requiere que se trate de préstamos para la adquisición de vivienda habitual y que esté garantizado con hipoteca sobre la misma vivienda para la que se pretende adquirir. Este artículo no contiene una

⁴⁴ MARTINEZ ESPÍN, P., “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014, 76-84.

solución para el caso de que se pacte un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero en los casos señalados, tomándose en consideración como interés legal del dinero el existente en el momento en el que se produce el impago y, por tanto, en el momento en el que “nacen” los intereses moratorios.

Como posible solución, se sugiere la reducción de los intereses al límite máximo marcado en el artículo 114 LH⁴⁵. Se entiende que esta reducción no operaría en todo caso, ya que esto supondría una reducción conservadora de la validez del interés moratorio declarado abusivo, lo que es del todo contrario a la directiva 93/13 y a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, tal y como se ha indicado en el apartado a).

MARÍN LÓPEZ entiende que la reducción cabría en los casos en los que la cláusula haya sido negociada con el consumidor, no siendo una cláusula predispuesta, o en aquellos casos en los que los intereses superan tres veces el interés legal del dinero sin llegar a ser desproporcionadamente altos, siendo los intereses “ilegales” y no abusivos.

Sin embargo, me parece más razonable considerar que son abusivos por definición todos los intereses que sobrepasen el límite fijado por el artículo 114 LH y que, por tanto, todo aquel que lo sobrepase ha de ser nulo por abusivo, tal y como se desprende de las resoluciones del TJUE.

Otra cuestión sería que en un primer momento los intereses moratorios fueran razonables y que con el paso del tiempo devinieran excesivos. Esto puede deberse, por ejemplo, a una bajada del tipo de interés del dinero, dándose por efecto y no por objeto un resultado excesivo. En estas situaciones marginales quizá cabría la reducción que se ha señalado inicialmente, ya que no existía en el momento en el que se establecieron los intereses un abuso.⁴⁶

- c) Aplicar el Límite del artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo el cual consiste en dos veces y media el interés legal del dinero.

El límite de dos veces y media el interés legal ha sido simultáneamente utilizado por la jurisprudencia tanto para declarar abusiva una cláusula, como para reducir el interés al

⁴⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la ley 1/2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 7, 2013, 184-194.

⁴⁶ DE CASTRO VÍTORES, G., “Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 746, 2827-2862.

nivel máximo aceptable como indemnizatorio⁴⁷. Esto llega a soluciones dispares, ya que en casos empleando esta regla se llega a intereses por encima del remuneratorio pactado y en ocasiones a intereses inferiores.

Este límite se trata de un “máximo”, al igual que ocurre con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por ello, podemos argumentar en contra de la aplicación de esta cuantía a la hora de integrar el contrato que al hacerlo lo que se está haciendo es moderar la pena en vez de declararla nula lo que, como hemos visto, es contrario al derecho de la Unión Europea.

ALFARO⁴⁸ siguiendo a MIQUEL considera que el artículo 20.4 LCC no tiene la consideración de modelo de regulación a la hora de determinar el efecto que puede conllevar la declaración de nulidad de un tipo de interés moratorio abusivo. Considera que esta función corresponde al derecho supletorio, en este caso al artículo 1108 del Código Civil, tal y como se explicará más adelante, porque es este el que contiene normalmente una ponderación equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes.

d) No aplicar ningún interés

Algunos autores como BALLUGUERA⁴⁹ y cierta “jurisprudencia menor”⁵⁰ defienden la postura más radical, argumentando que en caso de que un interés sea declarado abusivo, no cabe la posibilidad de integrar el contrato con ningún tipo de interés de demora.

Uno de los argumentos a favor de esta postura se basa en el principio de interpretación de las normas pro adherente y pro persona consumidora. En aplicación de este principio, se considera que en caso de declararse la cláusula de intereses abusiva la única integración posible es aquella que beneficia a la persona consumidora, conforme a los artículos 61 y 65 TRLCU. Al ser lo más favorable para el consumidor el que no se devengue ningún interés no cabrá integración de la cláusula.

Por otro lado, se interpreta que la STJUE de 14 de marzo de 2013 mencionada anteriormente impide que, una vez un interés ha sido declarado nulo, pueda devengarse

⁴⁷ Entre otras Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 18 de marzo 138/ 2003

⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2012. (Consultado: 28/03/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios/>

⁴⁹ BALLUGUERA GÓMEZ, C., “Tope máximo de intereses de demora”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2014, 103-120.

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de mayo 180/2016

algún interés moratorio, ya que esto supondría una “reducción conservadora de la validez” contraria a la directiva 13/93 y a la finalidad disuasoria que la misma pretende ejercer sobre aquellos que establecen cláusulas abusivas.

Según esta interpretación sólo se podía sustituir la cláusula abusiva, tal y como afirma el Tribunal de Justicia en su auto de 11 de junio de 2015 donde responde a una cuestión prejudicial formulada por un juzgado de Santander, en “

...los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización...

Esta postura es criticada tal y como se ha aclarado en el apartado a), referido a la reducción de las cláusulas de intereses moratorios abusivos, ya que lo que es contrario a la directiva es que los jueces tras declarar abusiva una cláusula la sustituyan por una regulación que no siendo abusiva sea más favorable al predisponente. Esto no quita, siguiendo las conclusiones del Abogado General Wahl, que una vez la cláusula haya sido declarada abusiva y que, por tanto, exista una laguna en la reglamentación contractual, se pueda integrar el contrato aplicando en lugar de la cláusula abusiva la regulación que resulte de derecho supletorio, de los usos o de la buena fe.

e) Aplicar el interés legal del dinero (artículo 1108 CC).

Una vez declarada nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios ciertos autores como MIQUEL⁵¹, así como gran parte de la “jurisprudencia menor”⁵² hasta el año 2015, defienden que la laguna generada por la eliminación de los intereses abusivos ha de ser colmada por el interés legal en virtud del artículo 1108 CC.

Según el artículo 1108 CC

⁵¹ Ver comentarios en el blog Almacén de derecho: PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> Aunque MIQUEL en previamente ha defendido otra postura: “si existen intereses remuneratorios no serán aplicables los legales, porque parece evidente que los intereses retributivos o remuneratorios también se siguen debiendo, como mínimo, en caso de mora”. MIQUEL, “Comentario a la Disposición Adicional 1ª, apartado 3: art. 10 bis LGDCU” en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dir., por MENÉNDEZ/DÍEZ PICAZO, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2002, pp. 947-948.

⁵² Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de abril 124/2015

Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra⁵³ resuelve:

...en los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art. 1108 CC , de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero.

Esta postura entiende que el banco ha de ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por el hecho de que el acreedor no haya pagado a tiempo. En el contrato ya no existe una cláusula que determine cual ha de ser el importe de esta indemnización, ya que la cláusula que preveía los intereses moratorios ha sido declarada nula y por ello eliminada del contrato. Al eliminarse la cláusula se entiende que se produce el mismo efecto que si no hubiera habido pacto aplicándose el interés legal tal y como establece el artículo 1108 de CC y como reitera el artículo 316 del Código de Comercio: “*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal*”⁵⁴

El Auto de la Audiencia Provincial Islas Baleares (Sección 5ª), de 13 de enero de 2014 refleja esta idea:

una cosa es que la Directiva citada prohíbe que el juez modere el contenido de una cláusula que se considere abusiva por contemplar un tipo de interés desproporcionado, integrando su contenido, y otra bien distinta que proceda aplicar las previsiones que el legislador nacional contempla para los casos de incumplimiento ante la inexistencia de pacto entre las partes, que es la consecuencia que se deriva de la nulidad de lo pactado.

Podría argumentarse a favor de la aplicación del interés legal que la norma contenida en el artículo 1108 CC se trata de una norma de derecho dispositivo. Según DE CASTRO el

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril de 2015

⁵⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 18 de mayo de 2015 (Consultado: 29/03/2018). Disponible en <http://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios/>

derecho dispositivo es lo que se considera el “ideal por defecto”. Es decir, las partes podrán organizar sus intereses de la manera que deseen pero, en caso de que no dispongan nada, el ordenamiento imagina un modelo razonable aplicable, que contiene una ponderación equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes, siendo esta la función del derecho dispositivo.

A este respecto, es necesario tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español algunos autores, como MARTÍNEZ MELÉNDEZ⁵⁵, defienden que no existe la llamada “indemnización del mayor daño” existente en otros ordenamientos como puede ser el alemán. Esta regla supone que en caso de incumplimiento de una obligación de dinero, salvo pacto en contrario, el acreedor tiene derecho al interés legal como interés moratorio a menos que se demuestre que se ha producido un mayor daño. Si se llega a demostrar que el impago ha producido un daño mayor se indemniza este.

Lo que ocurre en el ordenamiento español, al igual que en el francés, es que se “*forfaitiza*” el daño. Esto quiere decir que en caso de retraso en el pago de una cantidad de dinero, se tendrá derecho a los intereses moratorios pactados y, en caso de defecto de pacto, al interés legal del dinero tal y como establece el artículo 1108 CC. La razón de esto se fundamenta en la dificultad de conocer en qué se iba a utilizar el dinero que no se devolvió, lo que supone que no se podrá saber a ciencia cierta el daño que efectivamente se produjo por el retraso del de la devolución de la cantidad prestada.

De este modo, el legislador español, ante la imposibilidad de determinar los daños que efectivamente se producen en el caso de retraso en la devolución de la cantidad prestada, se encarga de elaborar una regla estándar, contenida en el artículo 1108 CC, por la que se establece que en caso de retraso en la devolución se pagará el interés legal del dinero. Ahora bien, si el empresario es consciente de que el retraso le es más perjudicial, podrá establecer unos intereses más elevados.

Por lo expuesto podría argumentarse que la regla contenida en el artículo 1108 CC no se trata de una regla “ideal por defecto”, sino una regla establecida por el legislador ante la imposibilidad de determinar cual es la regla ideal y que por ello, no es adecuado sustituir el interés nulo por el legal, sino que habrá que buscar aquel que verdaderamente indemnice por el incumplimiento de la obligación pecuniaria.

⁵⁵ MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T., *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código civil*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

La mora del deudor produce al acreedor el daño que supone la imposibilidad de poder disfrutar de su dinero durante el periodo que se prolongue la mora. Tomando esto en consideración, se podría entender el interés legal del dinero como el coste por el que el acreedor podría refinanciarse y así poder disponer del dinero que el acreedor no le ha devuelto a tiempo, quedando de este modo indemne. Sin embargo, tal y como se desarrollará en el apartado g) esto no es del todo exacto, cabría pensar que el juez cuando el pacto de intereses ha sido declarado nulo pueda tener cierta libertad para determinar la indemnización que considere más adecuada teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes.⁵⁶

Otro argumento en contra de la aplicación del interés legal vendría de considerar que sí que ha existido un pacto de interés moratorio aunque se haya cometido un abuso por parte del acreedor. El acreedor ha manifestado que el interés legal no era suficiente para indemnizarle en caso de incumplimiento aunque haya fijado un interés excesivo, lo que no implica que no existiera un pacto y que por ello ahora tenga que aplicarse el interés legal.

Respecto al préstamo mercantil, el anteriormente citado artículo 316 del Código de comercio se orienta en otro sentido. La mayor parte de la doctrina entiende que en caso de declararse el interés moratorio pactado nulo habrá de aplicarse el interés remuneratorio ya que el interés de mercado ha quedado muy por encima del legal en un amplio periodo de tiempo.⁵⁷

f) Aplicar el interés remuneratorio.

Parte de doctrina⁵⁸, así como el Tribunal Supremo, considera que a falta de interés convencional ha de aplicarse con carácter general el remuneratorio pactado. Esta doctrina ha sido acogida en gran medida por la “jurisprudencia menor”⁵⁹.

⁵⁶ DE CASTRO, G., La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo, Dykinson Madrid, 2009, pp 173-184.

⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, II, 22 ed., Madrid, 1999, p. 275. En contra, ALFARO ÁGUILA-REAL, Voz “Préstamo mercantil”, Enciclopedia Jurídica Básica, III, Madrid, 1995, p. 5037.

⁵⁸ RUIZ-RICO RUIZ, CORBAL FERNÁNDEZ, J., MARTÍN MELÉNDEZ, BASOZÁBAL ARRUE, ORDÁS ALONSO entre otros...

⁵⁹ Entre otros: Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6º, de 28 de enero de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5, de 10 de Mayo de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 1 de septiembre de 2015.

Esta solución es la que adopta por ejemplo el Supremo, en su Sentencia de 22 de abril de 2015, donde falla:

Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar “reducción conservadora de la validez”), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

Las conclusiones del Abogado General Wahl⁶⁰ parecen confirmar esta solución que ha venido aplicando el tribunal supremo:

la Directiva 93/13 no se oponen a que, en aplicación de la jurisprudencia antes mencionada, a raíz de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo (...) la cláusula que fija el tipo de los intereses ordinarios siga aplicándose hasta el pago íntegro de la deuda.

Una interpretación del artículo 1108 CC distinta a la indicada en el apartado anterior podría llevar a la aplicación del interés remuneratorio. Esta interpretación supone que el “*pacto en contrario*” al que se refiere el artículo no se trata de un pacto específico para los intereses moratorios sino que podría referirse al pacto de intereses remuneratorios⁶¹.

Un argumento diferente a favor de la aplicación del interés remuneratorio a la hora de integrar el contrato proviene de la consideración de que, tal y como afirma RUIZ-RICO RUIZ⁶², un interés de demora por debajo del remuneratorio incentiva el incumplimiento. Sin embargo, si bien es cierto que en caso de que se establezca un interés inferior al remuneratorio al deudor le resultará más barato incumplir que solicitar otro préstamo que le permita hacer frente a su obligación de pago, tenemos que ser conscientes de que precisamente por eso el legislador le dio al acreedor la opción de pactar un interés mayor que incentive al deudor a cumplir, con tal de que este no suponga un exceso. El problema es que el acreedor ha cometido un abuso y por ello habrá que buscar la solución que indemnizándole adecuadamente, sea la menos perjudicial para el deudor. Si bien es cierto

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 22 de marzo de 2018, Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17

⁶¹ RUIZ-RICO RUIZ J.M., “Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores”, *Diario La Ley*, 2015.

⁶² cit. RUIZ-RICO RUIZ J.M.

que ha existido un incumplimiento por parte del deudor, las decisiones que se tomen tienen que ejercer una cierta función de estímulo para evitar las tentaciones de abuso tal y como establece la exposición de motivos de la directiva 13/93 y la normativa de protección del consumidor.

En resumen, al haber cometido el acreedor un abuso, ya no es relevante si se incentiva el cumplimiento o no, lo que considera la directiva relevante es que se desincentive el abuso, por lo que en el momento en el que se anule la disposición no se busca aquella cantidad que incentive el cumplimiento, sino aquella que sea cercana a lo indemnizatorio.

El Tribunal Supremo⁶³ argumenta a favor de la aplicación del interés remuneratorio, estableciendo que lo que procede anular y suprimir es la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago del préstamo, que consiste en la adición de varios puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio. No procederá la supresión total del interés remuneratorio, el cual no está sometido a un control de contenido por tratarse de un elemento esencial, ya que este seguirá cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, y que por ello, mientras no se pague el préstamo tendrá que seguir devengándose este interés a favor del acreedor.

PANTALEÓN⁶⁴ justifica que para integrar el contrato haya de emplearse el interés remuneratorio empleando la doctrina de la “interpretación integradora del contrato”. En este caso se busca hallar la mejor solución para cubrir la laguna contractual sin acudir a una ley concreta, sino deduciendo de las circunstancias en las que se produce la celebración del contrato qué habría sido lo que las partes consideradas “leales y honradas” hubieran establecido para cubrir la laguna contractual. El derecho supletorio, en el caso que nos concierne el artículo 1108 CC, ha de ser desplazado por aquella solución que resulte más adecuada teniendo en cuenta la “voluntad hipotética de las partes”.⁶⁵

Según PANTALEÓN, el interés que mejor refleja la “voluntad hipotética de las partes” en relación con el daño esperado de la mora es el remuneratorio. Esto ocurre ya que por un lado, al ser el interés remuneratorio un elemento esencial del contrato, se entiende que este refleja la mejor opción que el deudor ha podido encontrar en el mercado y, por otro,

⁶³ Sentencia del tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre; 79/2016, de 18 de febrero; 364/2016, de 3 de junio.

⁶⁴ Cit. PANTALEÓN en *blog Almacén de Derecho*

⁶⁵ ALFARO, J., *Las condiciones generales de contratación*, 1991, Madrid, *Civitas*.

puede considerarse que este interés refleja el riesgo que para el acreedor supone prestar el dinero, ya que este interés está compuesto por la suma del interés libre de riesgo y el plus que supone el hecho de que el deudor puede que no le devuelva el dinero prestado (prima de riesgo).

Sin embargo, cabe recordar que el interés moratorio y el remuneratorio tienen distinta función y fundamento. Mientras que el interés remuneratorio constituye el precio del préstamo, es decir, la remuneración del deudor al acreedor por el uso de su capital, los intereses moratorios cuantifican lo que el deudor ha de pagar al acreedor en función del daño que le causa por el hecho de no pagar en plazo. Por ello, este interés suele consistir en un recargo sobre el interés remuneratorio, teniendo como función indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios producidos por el retraso en la devolución del préstamo y disuadir al deudor para que no incurra en mora. A pesar de que el deudor esté reteniendo el capital más allá de lo pactado, el interés remuneratorio fue pactado hasta un determinado día y no se puede extender la voluntad de las partes más allá de lo que fue acordado por ellas⁶⁶. Por ello, hay quien considera que el interés remuneratorio no debería utilizarse para cubrir la laguna que supone la eliminación del interés moratorio del contrato.

Además, no hay que olvidar que la nulidad de la cláusula se ha producido a causa de la abusividad del acreedor, por lo que esta parte no actuó de una manera “leal y honrada” lo que elimina la posibilidad de que la solución adoptada pueda favorecer al acreedor frente al deudor.

g) Aplicación del interés legal con algunos puntos por encima o por debajo.

Tal y como se ha señalado anteriormente, cabría considerar que el juez no está vinculado por la norma supletoria contenida en el artículo 1108 CC bien en aplicación de la doctrina de la “interpretación integradora del contrato” o bien por considerar que aunque el “pacto en contrario” al que se refiere el artículo haya sido declarado nulo, sí que ha existido pacto, ya que el acreedor no se consideraba suficientemente indemnizado con el interés legal del dinero.

Entiendo importante tener en cuenta a la hora de encontrar la solución a esta controvertida problemática lo siguiente: por un lado nos encontramos con un acreedor que ha cometido

⁶⁶ Cit. MÚRTULA LAFUENTE.

un abuso, lo que le niega todo derecho a hacer un negocio del incumplimiento. Esto hace que de la cláusula abusiva haya que eliminar de raíz todo aquel componente que no sea estrictamente indemnizatorio, como es el componente del interés que pretende incentivar el cumplimiento. Por otro lado, nos encontramos con un deudor que ha incumplido sus obligaciones por lo que deberá de indemnizar al acreedor del daño que le haya podido producir.

Por ello, la solución adoptada ha de compaginar el hecho de que uno haya sido abusivo y otro haya incumplido. Dicha solución será aquel interés que indemnizando adecuadamente al acreedor, sea el menos perjudicial para el deudor, se trata de anular e integrar, no de moderar, y no se puede olvidar, que las decisiones que se tomen tienen que ejercer una cierta función de estímulo para evitar las tentaciones de abuso como se puede deducir de la exposición de motivos de la directiva 13/93 y la normativa de protección del consumidor.

En la búsqueda de la “indemnización ordinaria”⁶⁷ que sustituya la cláusula abusiva uno puede considerar que esta se trata del interés legal. Como se ha explicado en el apartado d) se podría entender el interés legal del dinero como el coste por el que el acreedor podría refinanciarse y así poder disponer del dinero que el deudor no le ha devuelto a tiempo, quedando de este modo indemne.

Esto no es del todo exacto ya que, a fin de encontrar la indemnización adecuada el juez debería tener cierto margen de libertad y, además de fijarse en el interés legal, habría que tener en cuenta otros factores como la evolución de los tipos de interés en el mercado, el tipo de entidad que es el acreedor, así como el interés al que el empresario o banquero abusivo pudiera refinanciarse, acudiendo por ejemplo al mercado interbancario. Esto podría dar lugar a un indemnización consistente en ciertos puntos por encima o por debajo del interés legal, no existiendo por tanto una regla fija en el ordenamiento que fije los intereses que han de sustituir a los abusivos.

⁶⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (asunto C-518-10): “*anulada por abusiva una cláusula penal, una cláusula de interés moratorio, lo que procede es prescindir de ella, no aplicarla, y entonces, se sustituirá por la indemnización ordinaria.*”

6 CONCLUSIONES

Una vez expuesta la problemática relativa al control jurídico de las cláusulas de interés abusivas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera

Si se clasifican los tipos de interés con respecto a su función, nos encontramos con dos grandes grupos: intereses moratorios e intereses remuneratorios.

Mientras que los primeros se refieren al precio del contrato y suponen la contraprestación por la disposición de un dinero ajeno por un determinado periodo de tiempo, los segundos cumplen la función de indemnizar al acreedor por los daños derivados del incumplimiento del deudor y de incentivar al deudor a cumplir. Por tanto, tienen distinta naturaleza.

Segunda

En principio, el pacto para fijar los intereses del contrato es libre, aunque presenta como límites la moral, la ley y el orden público (art. 1255 CC).

La Ley de Usura supone un límite a este pacto. La usura conlleva que una persona se aproveche del estado de necesidad de otra para imponerle condiciones desproporcionadamente onerosas, lo que es contrario a los principios más básicos de la ética social. Por ello, la sanción frente a una cláusula de intereses usurarios es la más grave: la nulidad del contrato.

Es claro que la Ley de Usura es aplicable a los intereses remuneratorios, pero en cuanto a su aplicación con respecto a los intereses moratorios excesivos que han sido negociados individualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas.

Tercera

Para que una cláusula sea abusiva es necesario, tal y como establece la ley, que se trate de una cláusula no negociada individualmente. Esto implica que se den los siguientes requisitos: contractualidad, predisposición e imposición.

Actualmente, la mayor parte de cláusulas abusivas se tratan de condiciones generales de la contratación, ya que por razones de eficiencia económica gran parte de la contratación se realiza a través de las mismas. Estas además de las características anteriores presentan el rasgo de que han sido creadas para ser incorporadas a una multiplicidad de contratos.

Cuarta

Al estar las condiciones generales de contratación predispuestas por una de las partes, limitándose la otra a consentir la regulación preestablecida unilateralmente, se requiere que existan unos especiales controles que no tienen que superar los contratos que no incluyan este tipo de cláusulas: control de incorporación y de contenido.

En principio este control no se da con respecto al objeto esencial del contrato (intereses remuneratorios), pero sí con respecto al resto de cláusulas (interés moratorio)

A este doble control se ha añadido en los últimos años un triple control: el de transparencia. El concepto de transparencia, creado jurisprudencialmente, supone que se puedan controlar los precios (intereses remuneratorios) cuando los consumidores no pueden deducir de las mismas el real escenario de precios en los que se van a mover debido a que la información proporcionada por el empresario no es suficiente.

Quinta

En nuestro ordenamiento jurídico carecemos de criterios legales seguros que nos permitan apreciar la abusividad de los intereses moratorios, sabemos que lo serán cuando sean “desproporcionadamente altos”.

Los jueces y tribunales han empleado diferentes criterios a la hora de juzgar el carácter desproporcionado y por lo tanto abusivo de las cláusulas de intereses moratorios. Ello ha generado una gran inseguridad jurídica y riesgo de arbitrariedad. Actualmente el Tribunal supremo considera que el límite ha de encontrarse dos puntos porcentuales por encima del remuneratorio.

Considero que la idea clave es la no existencia de una regla fija. Los intereses deberán asemejarse a aquellos que remuneren adecuadamente, aunque sea una previsión amplia y generosa. Lo que se separe claramente por encima de esto, es abusivo, en contratación con consumidores. Para valorar esto es cuando entra en juego considerar todas las circunstancias, parámetros y criterios que los tipos de interés, la realidad, el mercado, y los datos normativos nos proporcionen.

Sexta

Ante la pregunta de qué hacer cuando un interés moratorio predispuesto es abusivo surgen varias posibilidades entre las que destacan: reducción de las cláusulas de intereses moratorios abusivos, aplicar el límite máximo de intereses de demora, en el caso de préstamos con garantía hipotecaria, de tres veces el interés legal del dinero contenido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, aplicar el Límite del artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, que consiste en dos veces y media el interés legal del dinero, no aplicar ningún interés, aplicar el interés legal del dinero (artículo 1108 CC), aplicar el interés remuneratorio y Aplicar del interés legal con algunos puntos por encima o por debajo.

Considero que la opción más adecuada es la última, ya que la solución adoptada ha de compaginar el hecho de que el acreedor haya sido abusivo y el deudor haya incumplido. Dicha solución será aquel interés que indemnizando adecuadamente al acreedor, sea el menos perjudicial para el deudor, para lo que el juez debería tener cierto margen de libertad y, además de fijarse en el interés legal, habría que tener en cuenta otros factores y circunstancias que le permitan establecer esta indemnización.

7 BIBLIOGRAFÍA

7.1 Bibliografía y otras fuentes consultadas

AGÜERO ORTIZ, A. “¿Cambio de doctrina del tribunal supremo respecto a la aplicación de la Ley de la Usura a los intereses moratorios? El consumidor ante chiringuitos usureros”, *Notas jurisprudenciales Cesco*, 20 de abril de 2015. Recuperado de: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/163.pdf>

AGÜERO ORTIZ, A. “Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 14, 2015. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/806>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La arriesgada vida de una abogado general: la reducción conservadora de la validez es contraria a la directiva 13/93», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2012. (Consultado: 28/03/2018). Disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/02/la-arriesgada-vida-de-una-abogado.html>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 15 de febrero de 2012. (Consultado: 28/03/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios/>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 18 de mayo de 2015 (Consultado: 29/03/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-supremo-sobre-clausulas-abusivas-de-intereses-moratorios/>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «Usura e intereses abusivos (I)», Post en *Blog Derecho Mercantil*, 3 de junio de 2014. (Consultado: 14/06/2018). Disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-i.html>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «Usura e intereses abusivos (II)», Post en *Blog Derecho Mercantil*, 3 de junio de 2014. (Consultado: 14/06/2018). Disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/06/usura-e-intereses-abusivos-ii.html>

ALFARO AGUILA-REAL, J.A., “Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, 2013, pp.53-70.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Voz “Préstamo mercantil”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, p. 5037.

BALLUGUERA GÓMEZ, C., “Tope máximo de intereses de demora”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, 2014, 103-120.

BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 91 y 101.

DE CASTRO, G., “Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 746, 2827-2862.

DE CASTRO, G., *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson Madrid, 2009, pp 173-184.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, S.L. Civitas ediciones, Madrid, 1996.

DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L., *Sistema de derecho civil, Vol. II, Tomo I, El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 70 y ss.

GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., 2014. “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor.” *Revista de derecho de la Unión Europea*, 26, 2014, pp.313-328.

MARÍN LÓPEZ M. J., “Control de transparencia, normas de transparencia en el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario y “validez” de las cláusulas suelo y de gastos”,

Publicaciones jurídicas Cesco, 15 de noviembre de 2017. Recuperado de: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Control de transparencia en el Proyecto de Ley de contratos de credito inmobiliario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Control%20de%20transparencia%20en%20el%20Proyecto%20de%20Ley%20de%20contratos%20de%20credito%20inmobiliario.pdf)

MARÍN LÓPEZ, J. J., “La Ley de crédito al consumo: ámbito de aplicación”, *Estudios de Derecho judicial*, 3, 1996, págs. 63-144

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la ley 1/2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 7, 2013, 184-194.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ALVÁREZ, M. y PARRA LUCÁN, M., *Curso de Derecho Civil II-Volumen (I). Teoría general de la obligación y el contrato*, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 76 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Colex, 4ªed., Madrid, 2014, p. 432.

MARTINEZ ESPÍN, P., “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 2014, 76-84.

MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T., *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código civil*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios a la DA 1ª de la LCGC” , en MENÉNDEZ, A., DÍEZ- PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 911 y ss

MÚRTULA LAFUENTE, V., “La prestación de intereses”, *Tesis doctoral Universidad de Alicante*, 1998, p. 275 y ss.

MÚRTULA LAFUENTE, V., “La prestación de intereses”, *Tesis Doctoral Universidad de Alicante*, 1997, pág. 279.

ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Aranzadi, Madrid, 2004, p.106 y ss.

PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

PANTALEÓN, F., «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», Post en *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015. (Consultado: 28/05/2018). Disponible en <http://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

RAPOSO FERNÁNDEZ, “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, *La Ley*, 1996, pág. 1531.

RUIZ RICO RUIZ, “Comentario al art. 1108 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir., M., ALBALADEJO, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pág. 825.

RUIZ-RICO RUIZ J.M., “Intereses moratorios declarados abusivos: reflexiones sobre las consecuencias derivadas de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos con consumidores”, *Diario La Ley*, 2015.

SABATER BAYLE, E., “Validez nulidad de una cláusula de estabilización en un contrato de préstamo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1997.” *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp.485-504

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 22 ed., Madrid, 1999, p. 275.

SANCHEZ SANCHEZ, M.P., “Aspectos económicos de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 17, 1995, págs. 269-270

UREÑA MARTÍNEZ, M., “Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 12, 2004, pp.25-48. Recuperado de: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf>

7.2 Jurisprudencia

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6º, de 28 de enero de 2016

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 17 de marzo 2016, en el asunto C-613/15

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015, en el asunto C-602/13

Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl presentadas el 22 de marzo de 2018, Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 265/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 1 septiembre 258468/2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 18 de marzo 138/2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de Mayo 174/ 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de mayo de 180/2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de abril 124/2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril 143/2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 1 de septiembre de 2015.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Barcelona, de 31 de mayo 138/2017

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014 , en el asunto C-280/13

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010, en el asunto C-57/09

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009, en el asunto C-243/08

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013, en el asunto C-604/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 21 de enero de 2015, en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 6 de octubre de 2009, en el asunto C-562/07

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013, en el asunto C-472/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013, en el asunto C-92/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, en el asunto acumulados C-168/05

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, en los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo 1351/1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero 626/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero 79/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 6872/2014

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 7141/2001

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril 265/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 5618/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre 705/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo 845/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo 735/ 2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril 2042/2015

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio 364/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo 4045/2002

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre 4660/2014

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-518-10

Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio 3526/ 2014

7.3 Legislación

Constitución Española

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

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

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.