

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. INTERESES DE DEMORA ABUSIVOS

(Comentario a la STS de 3 de junio de 2016)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid*

EXTRACTO

El hecho de que el préstamo hipotecario inicial, en el que se incluye la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y posterior ampliación para otras finalidades no impide que se pueda aplicar la normativa sobre protección de consumidores. La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una «reducción conservativa» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Sin que ello suponga la supresión del interés remuneratorio, cuya cláusula no estaba viciada por abusividad.

Palabras claves: préstamo hipotecario, intereses de demora abusivos y cláusula abusiva.

Fecha de entrada: 16-06-2016 / Fecha de aceptación: 27-06-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho mercantil del 1 al 15 de junio de 2016).

El objeto del presente comentario, de la presente sentencia del TS, es la determinación del carácter abusivo o no de una cláusula inserta en el préstamo hipotecario.

Antes de nada, procede abordar la cuestión de qué debe ser considerado por «cláusula abusiva». Según la literalidad de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva), y la redacción de la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, y la STJUE de 9 de noviembre de 2010, caso Schneider, entre otras.

Así, los elementos contextuales en los que debe pivotar la cláusula contractual son los siguientes:

- Que las partes contratantes sean un empresario o profesional, de un lado, y un consumidor, de otro.
- Que la cláusula haya sido pre-redactada por el empresario o profesional e impuesta al consumidor sin que este haya tenido oportunidad de plantear negociación alguna, especialmente, en el caso de los llamados «contratos de adhesión».
- Que se haya infringido el principio de la buena fe y, con ello, se cause un desequilibrio importante en detrimento del consumidor.

Se causa un «desequilibrio importante» por el solo hecho de generar una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato bilateral, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos; o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (STJUE de 16 de enero de 2014, caso Constructora).

- Que se tenga en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato.

En lo que aquí nos interesa, cobra especial importancia que el bien objeto del contrato sea la vivienda habitual y única de los deudores hipotecarios, tal como se analizará más adelante.

- Que se tomen en consideración, en el momento de la celebración del contrato, todas las circunstancias que concurran en dicho momento.

Como pueden ser, por ejemplo, que el notario sea elegido por la entidad crediticia, que el prestatario no haya tenido la oportunidad real y efectiva de examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los 3 días hábiles anteriores a su otorgamiento, que no se le haya hecho entrega del folleto informativo ni de la oferta vinculante y otras tantas irregularidades o, cuanto menos, sospechas, que no respetan la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

- Que la cláusula controvertida no refleje disposiciones legales o reglamentarias imperativas aplicables a la categoría de contrato en cuestión, pues se presume (a veces, erróneamente) que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre las partes (STJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE).

En conexión con esta idea tampoco es aplicable la Directiva objeto de estudio a las propias disposiciones legales o reglamentarias de un Estado miembro, salvo que una cláusula contractual modifique el alcance o ámbito de aplicación de tales disposiciones, en cuyo caso, la Directiva entrará en juego con respecto a esas cláusulas (STJUE de 30 de abril de 2014, caso Barclays).

- Finalmente, que se valore, además, el resto de las cláusulas del contrato.

A los meros efectos ejemplificativos, la Directiva contiene una lista, simplemente indicativa y sin afán de exhaustividad, de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Además, esa lista constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de una cláusula.

Dicho lo cual, el TJUE se encarga de aclarar que no es él sino el juez nacional que conozca del asunto en concreto a quien incumbe pronunciarse sobre la abusividad de una cláusula, teniendo en cuenta los criterios ya expuestos, en función de las circunstancias propias del caso concreto. De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limita a dar al órgano jurisdiccional nacional indicaciones que este debe tener en cuenta con el fin de apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate.

En cuanto a la apreciación de la abusividad de las cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario, es el propio juez nacional quien, de oficio, debe (obligación) realizar esta labor, pues «dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores», con el fin de «subsana el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional».

De esta manera, el TJUE entiende que la apreciación de oficio constituye un medio idóneo, adecuado y eficaz tanto para impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva, como para que cese el uso de las mismas, en aplicación directa de los artículos 6 y 7 de la norma comunitaria, debido al interés público que subyace en meritada protección.

El juez nacional debe acordar cuantas diligencias de prueba estime necesarias para determinar si una cláusula contractual está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En lo que respecta al momento procesal oportuno para que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, este tiene lugar «tan pronto como el órgano judicial disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello» y, en todo caso, desde que examine la admisibilidad de una demanda presentada ante su juzgado, en otras palabras, desde la apreciación de su propia competencia territorial.

En este sentido, teniendo en cuenta que el artículo 404.1 de la LEC concede al secretario judicial la competencia de examinar y, en su caso, admitir a trámite la demanda, entendemos que la referencia al «juez nacional» que hace el TJUE debe extenderse, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, al secretario judicial, pues también forma parte del órgano jurisdiccional, y cada vez con más competencias asumidas.

Sin olvidar, por supuesto, que el juez nacional debe observar también las exigencias de la tutela judicial efectiva para ambas partes litigantes, entre las que figura el principio de contradicción como integrante del derecho de defensa, y que el juez debe respetar, en particular, cuando actúa de oficio, según lo ya expuesto hasta ahora.

El principio de contradicción y, su vertiente externa, el principio de audiencia, no solo implican que cada parte pueda conocer y discutir los argumentos presentados ante el juez por la parte contraria, sino que también confieren el derecho a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el propio juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión.

De ello se infiere que el juez nacional, después de haber determinado que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación tuitivo de la Directiva, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes y a instarlas a que debatan de forma contradictoria, según los mecanismos previstos al respecto por las reglas procesales nacionales.

En lo que respecta a la posibilidad de integración contractual por parte del juez, una de las opciones que tenía el juzgador al encontrarse con una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor era inaplicar dicha cláusula, debido a su nulidad, e integrar el contrato modificando sus propios términos, todo ello según los parámetros establecidos en el artículo 83 de la LGDCU, en su redacción anterior a la STJUE caso Banesto.

Esta facultad moderadora respecto de los derechos y obligaciones de las partes conllevaba a que el órgano jurisdiccional incluso redactase de nuevo la cláusula declarada nula, con el fin de que se adecuase a la normativa de protección al consumidor.

La facultad integradora del juez contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, poniendo en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva.

Aún más, la facultad moderadora que la LGDCU otorgaba al órgano judicial era inapropiada, en la medida en que los profesionales (y, especialmente, las entidades de crédito) podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas a sabiendas de que, como mucho, llegada su declaración judicial de nulidad, la cláusula discutida podría ser moderada por el juez, según su criterio, garantizando así el interés del predisponente.

En efecto, la opción que mejor puede garantizar la protección del consumidor es la inaplicación, pura y simple, de la cláusula como sanción a las prácticas abusivas.

Es de especial relevancia para los letrados defensores de consumidores prestatarios tratar con el cliente el aspecto de que el juez nacional no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor afectado, tras haber sido informado al respecto por el mismo juez, por ejemplo, en la vista, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.

Por lo que el juez, cuando considere que una cláusula es abusiva, se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a dicha abstención, otorgando así un consentimiento libre e informado a la inclusión de dicha cláusula.

En caso contrario, que es lo más habitual, las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y el contrato seguirá subsistiendo para las partes en los mismos términos *ex* artículo 6.1 de la Directiva, precepto que ha adquirido rango de norma de orden público nacional.

El TJUE asienta la aplicabilidad de la normativa comunitaria y su propia jurisprudencia en tres principios básicos, que deben ser tenidos en consideración por los Estados miembros y el juez nacional a la hora de legislar e interpretar la ley, respectivamente:

El **principio de autonomía procesal** de los Estados miembros, en primer lugar, entra en juego en materia de ejecución forzosa debido a la falta de armonización comunitaria de los mecanismos legislativos a emplear. De esta manera, cada Estado es independiente y autónomo a la hora de conformar sus procedimientos de ejecución, los cuales, en todo caso, deberán respetar la finalidad última de las directivas europeas.

Por su parte, en segundo lugar, el **principio de equivalencia**, que opera como una suerte de limitación a la autonomía procesal interna, obliga a los Estados miembros a que, cuando configuren sus normas nacionales transponiendo las directivas comunitarias, lo hagan de manera que tal regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno.

Y, en tercer lugar, el **principio de efectividad** se erige como un control del cumplimiento del Derecho comunitario, exigiendo que la modalidad procesal escogida por el legislador nacional no haga excesivamente difícil en la práctica, o directamente imposible, el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión.

De esta última idea, y sobre la base del principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, el TJUE, en su reciente Sentencia de 17 de julio de 2014, considera que el procedimien-

to de ejecución hipotecaria español disminuye la efectividad de la protección del consumidor, toda vez que el acreedor ejecutante (la entidad financiera predisponente) tiene la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, *ex* artículo 695.4 de la LEC, por haber estimado la oposición formulada, mientras que el deudor ejecutado (el consumidor adherente) no dispone de esa facultad para el caso de que se dicte auto desestimando su oposición, aun cuando el título ejecutivo adolezca de cláusulas abusivas. En otras palabras, la entidad financiera goza de dos instancias y el consumidor solo de una.

Como obligada respuesta a esta resolución, el legislador nacional promulgó el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, cuya disposición final tercera modifica el mencionado precepto de la LEC permitiendo, ahora sí, interponer recurso de apelación contra la desestimación de la oposición pero única y exclusivamente cuando el motivo de oposición esgrimido haya sido la existencia de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Por lo tanto, claramente, el principio de igualdad de armas, entendido como el «corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria», se sigue vulnerando, pues el acreedor ejecutante puede acudir a la segunda instancia en todo caso mientras que el deudor ejecutado solo puede en el supuesto previsto en el artículo 695.1, 4.ª, de la LEC.

El artículo 698.1 de la LEC se opone a la Directiva 93/13/CEE en la medida en que no permite ni a uno ni a otro juez «adoptar medidas cautelares, en particular, la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de la cláusula».

El anterior precepto es meridianamente claro: cualquier reclamación que el deudor hipotecario pueda formular y que no esté recogida como causa de oposición se ventilará en el juicio que corresponda [en esta materia, juicio ordinario ante el juez de lo mercantil *ex* arts. 249.1, 5.º, de la LEC y 86 ter 2 d) de la LOPJ] sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados.

En la sentencia comentada se señala el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora de un préstamo hipotecario en el 19%. Conforme a la doctrina del TJUE, el límite legal previsto en el artículo 114.3 de la LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el mismo criterio establecido en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una «reducción conservativa» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible sino

su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Partiendo de lo indicado, puede suceder que se alegue por la parte prestamista que la cláusula se excluye del control de abusividad y para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.

Igualmente, la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio, como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de 10 puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio), y, como tal, no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario. De tal forma que lo determinante para saber en cada caso si es abusiva es el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento.

En materia de intereses con carácter general, el artículo 1.108 del CC establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero. Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 114 de la LH e introdujo un límite a los intereses de demora al prescribir que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán

devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2.^a de la ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere 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.