

## ¿PUEDEN COBRARSE INTERESES MORATORIOS TRAS LA DECLARACIÓN DE NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA QUE LOS IMPONE?

**M.<sup>a</sup> de Lourdes Ferrando Villalba**

*Profesora titular de Derecho mercantil (acreditada a catedrática).*

*Universitat de València*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

---

### EXTRACTO

La crisis económica ha supuesto un revulsivo para la revisión de numerosas normas, sustantivas y procesales, dirigidas, en nuestro ordenamiento, a la tutela del consumidor y usuario. Esta función ha sido realizada en parte por nuestro legislador, pero ha sido muy relevante el papel del TJUE en su interpretación de nuestro ordenamiento a la luz de las directivas comunitarias, y, en concreto, de la Directiva 93/13/CEE.

Es en este punto en el que se enmarca el objeto de estudio del presente artículo. El cobro de intereses moratorios ha sido el objeto de numerosas resoluciones de nuestros tribunales y también de muchos estudios de nuestros académicos. Se analizan el concepto y la función de los intereses moratorios, así como su posible carácter abusivo, cuya declaración lleva aparejada la nulidad de la cláusula que los impone. Ante esta sanción de nulidad, de tener por no puesta la cláusula abusiva, se plantean distintas opciones para determinar si finalmente el acreedor podrá cobrar algún tipo de intereses moratorios como indemnización por el retraso en el cumplimiento del deudor o si, por el contrario, no resultará posible su cobro.

**Palabras claves:** cláusulas abusivas, intereses moratorios y nulidad de cláusulas contractuales.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015*

## DEFAULT INTERESTS MAY BE CHARGED AFTER THE DECLARATION OF NULLITY OF THE CONTRACTUAL TERM THAT INCLUDES THEM?

M.<sup>a</sup> de Lourdes Ferrando Villalba

---

### ABSTRACT

The economic crisis has been a catalyst for the review of numerous consumer protection's rules, substantive and procedural. This function has been carried out in part by our legislator, but it has been very important the role of the ECJ in its interpretation of our legislation regarding the EU Directives, and in particular Directive 93/13/EEC.

It is at this point where the object of study of this article is framed. Default interests have been the subject of numerous rulings of our courts and many academic studies. The concept and function of default interest are discussed, as well as their potential unfairness, whose statement entails the nullity of the contractual term. In this case several options arise to determine if the creditor may charge a default interest rate as compensation for the delay or not.

**Keywords:** unfair terms, default interest and nullity of contractual terms.

---

---

## Sumario

- I. Intereses remuneratorios e intereses moratorios
  - A) Su distinta naturaleza
  - B) Cuándo será abusivo el interés moratorio
- II. La incidencia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la integración del contrato con cláusulas declaradas nulas por abusivas
- III. Consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de cláusula abusiva de imposición de intereses moratorios
  - A) Consecuencias de la nulidad
  - B) ¿Pueden cobrarse intereses moratorios si la cláusula que los impone es declarada nula?
- IV. Consideraciones finales: El cobro de intereses moratorios, una cuestión abierta

### Bibliografía

**NOTA:** El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2013-46315-P, del cual es investigadora principal la prof. Cuenca Casas, sobre «Préstamo responsable y ficheros de solvencia patrimonial». Parte de la investigación se ha desarrollado en la Università di Roma Tor Vergata gracias a una ayuda para estancias en centros de investigación extranjeros concedida por la Universitat de València, convocatoria 2015.

## I. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES MORATORIOS

Se consideran intereses de una obligación pecuniaria, desde un punto de vista jurídico, las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y disfrute de un capital consistente en dinero<sup>1</sup>. El interés, en este sentido, ha sido definido, en el ámbito del Derecho privado, como la «cantidad en dinero que se debe pagar por la utilización o disponibilidad de un capital ajeno, cuya cuantía depende de la duración del uso o disposición de ese capital y no de las ganancias o beneficios que de él puedan obtener el deudor o un tercero»<sup>2</sup>. El Código de Comercio, al que se ha de atender cuando nos encontremos ante contratos mercantiles, en su artículo 315.2, establece que «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor»<sup>3</sup>.

Estas definiciones responden al concepto de interés «remuneratorio», entendido como productividad del capital puesto a disposición del deudor.

A diferencia de los intereses remuneratorios, los intereses moratorios no responden a la retribución o productividad del capital, sino que cumplen con una función indemnizatoria al acreedor que no ha podido disponer del capital y no se ha beneficiado con sus frutos. El daño indemnizable al acreedor queda fijado, en principio, en el interés que el capital hubiera podido devengar<sup>4</sup>. En concre-

<sup>1</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., 2008, pág. 319. Su determinación proporcional al tiempo transcurrido (lo que no implica la fijación de cuotas periódicas de restitución de principal y pago de intereses, sino que podría establecerse un único pago) y al capital dispuesto (aunque sería posible fijar como intereses, p. ej., una cantidad alzada, si bien no es lo usual) permiten distinguir los pagos por intereses de los efectuados en concepto de comisiones, gastos o penalizaciones, en el ámbito concreto de los servicios financieros (véase en este sentido FERRANDO VILLALBA, M.ª de L.: *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación*, Granada, 2003, págs. 101 y ss.). No obstante, destaca Díez-PICAZO, (pág. 320), que son los elementos esenciales su naturaleza de deuda pecuniaria y de prestación accesoria a la principal de restitución o entrega del capital. Estas definiciones hacen referencia, evidentemente, al concepto de intereses remuneratorios.

<sup>2</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, Madrid, 1999, pág. 209.

<sup>3</sup> Los préstamos concedidos por entidades o establecimientos de crédito son préstamos mercantiles, por aplicación del artículo 311.1.º del CCom. Aun cuando, conforme a parte de la doctrina civilista, los préstamos en los que interviniera un empresario que no fueran destinados a actos de comercio fueran calificados como civiles, dado que los contratos bancarios son considerados como contratos mercantiles, llegaríamos a la misma conclusión: los préstamos o créditos concedidos por entidades o establecimientos de crédito son mercantiles, aun cuando el prestatario o deudor crediticio revista la condición de consumidor. En este caso, como veremos, resultarán de aplicación a la relación las normas tutelativas de la parte más débil en la contratación.

<sup>4</sup> En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos...*, vol. II, *op. cit.*, pág. 677: «De este modo, la obligación pecuniaria es una suerte de obligación privilegiada, en la medida en que el acreedor no necesita demostrar el daño producido, pues se entiende que en este tipo de obligaciones el retraso, en virtud del sistema financiero, produce daño siempre». No obstante, ha sido objeto de discusión en la doctrina si el pacto de intereses moratorios impide el resarcimien-

to, los artículos 1.108 del CC y 316.1.º del CCom. hacen referencia, a falta de pacto, al interés legal<sup>5</sup>. La función de los intereses moratorios es, por tanto, una función sancionadora del retraso e indemnizatoria de los perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento de la obligación principal<sup>6</sup>. A su vez los intereses pueden ser legales o convencionales, dado que los intereses moratorios pueden ser pactados por las partes, siendo en defecto de pacto aplicables los artículos 1.108 del CC<sup>7</sup> y 316.1.º del CCom.<sup>8</sup>. A su vez, los intereses legales moratorios deben distinguirse de los ejecutorios o procesales, establecidos con carácter general en el artículo 576 de la LEC<sup>9</sup>.

---

to de otros daños, cuando superen a la indemnización fijada de este modo, mostrándose el autor anteriormente citado, *op. cit.*, pág. 678, favorable a la postura de la posible prueba de otros daños, y en todo caso, en el supuesto de retraso doloso en el cumplimiento, por aplicación del artículo 1.107.2 del CC. Reproducen la discusión doctrinal PALAU RAMÍREZ, F. *et al.*, «Presupuestos y efectos de la mora», en F. PALAU RAMÍREZ, y J. VICIANO PASTOR: *Tratado sobre la morosidad*, Cizur Menor, 2012, págs. 105 y ss. En nuestros tribunales, es casi unánime la opinión de que la fijación contractual de la obligación de pago de intereses moratorios en caso de incumplimiento de su obligación de pago de principal e intereses remuneratorios por el deudor supone una tasación del daño, que imposibilitaría exigir el resarcimiento de daños que excedieran del importe fijado como intereses moratorios. En este sentido, entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9737), 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9649) y 8 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2425); también SAP de Málaga 16 de mayo de 2002 (AC 2002, 1685) y SAP de Guadalajara de 12 de mayo de 2004 (JUR 2004, 173526).

<sup>5</sup> Norma distinta se aplica en las relaciones entre empresas o entre estas y la Administración por aplicación del artículo 7.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales, norma que excluye expresamente en su artículo 3 de su ámbito de aplicación los pagos efectuados en operaciones comerciales con consumidores. La ley toma como tipo de referencia del interés moratorio el tipo de interés del Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales. En la actualidad, dicho tipo se encuentra en el 0,50%, al que se deberán sumar los ocho puntos porcentuales, resultando un interés moratorio que duplica el general de los artículos 1.108 CC y 316.1.º del CCom., normas aplicables a los contratos de préstamo con consumidores, según su naturaleza sea civil o mercantil.

<sup>6</sup> En este sentido, SSTS de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6937) y de 14 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2219), así como la RDGRN de 20 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3926), destacando además en estos pronunciamientos la distinta naturaleza de ambos tipos de intereses. Entre las SSAP de Asturias (Sec. 1.ª de 17 de febrero de 1992 (AC 1992/265) y de 14 de marzo de 1995 (AC 1995/422).

<sup>7</sup> Respecto de los intereses vencidos, el artículo 1.109 del CC establece que devengarán el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aun cuando la obligación hubiera guardado silencio sobre este punto. Esta norma, por expresa indicación de su párrafo segundo, es aplicable solo a los negocios civiles, dado que para los mercantiles se remite a lo establecido en el CCom. En relación con los préstamos mercantiles, resulta de aplicación la regla general del artículo 316.1.º del CCom., que se refiere al término genérico «deudas».

<sup>8</sup> Aplicable, evidentemente, cuando el contrato de préstamo sea mercantil, por concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 311 del CCom., o bien por tratarse de un contrato bancario. Véase al respecto FERRANDO VILLALBA, M.ª de L.: «Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en J. Orduña Moreno (dir.), *Contratación y servicio financiero*, Valencia, 1999, págs. 51 y ss. No obstante, la calificación como civil o mercantil del préstamo permite igualmente aplicar la normativa de tutela del adherente a condiciones generales de la contratación y del consumidor, siendo la principal diferencia entre el régimen civil y el mercantil la determinación del *dies a quo* para el cobro de los intereses moratorios.

<sup>9</sup> Véase en este sentido la STS (Civil), de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/1285).

## A) SU DISTINTA NATURALEZA

De los conceptos de interés remuneratorio y moratorio se desprende, como se ha indicado ya, su distinta naturaleza: en el primer caso, se trata del producto del capital del que dispone el deudor; en el segundo, de un interés con finalidad indemnizatoria<sup>10</sup> a favor del acreedor<sup>11</sup>. Los intereses moratorios tienen como fundamento el daño al acreedor y la indemnización por incumplimiento, lo que les concede una «cierta autonomía normativa dentro del marco general de la obligación de intereses»<sup>12</sup>.

En cuanto a su importe, respecto de los intereses remuneratorios, disponen tanto las normas civiles como mercantiles<sup>13</sup> que existe libertad en cuanto a su fijación<sup>14</sup>, estimando además que no devengarán interés si ello no se ha pactado por las partes. Esta afirmación se refiere exclusivamente a los intereses remuneratorios u ordinarios, estableciéndose la regla general dispositiva de que a falta de pacto (o de pacto escrito en el caso del préstamo mercantil) se entenderá que el préstamo no devenga intereses<sup>15</sup>.

Por el contrario, la distinta naturaleza de los intereses moratorios conduce al establecimiento en ambos ordenamientos, civil y mercantil, de idéntica norma supletoria de la voluntad de las partes. A falta de pacto sobre el establecimiento de intereses moratorios, disponen los artículos 1.108 del CC<sup>16</sup> y 316.1.º del CCom., que resultará de aplicación el interés legal.

<sup>10</sup> En este sentido, la STC de 22 de junio de 1993 (RJC 1993/206): «La efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, exige no solo que se cumpla el fallo, la parte dispositiva de la Sentencia o de los Autos dictados para su ejecución, en los procedimientos arbitrados al efecto en cada orden jurisdiccional, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho, hasta la *restitutio in integrum*, en la cual se comprende la compensación por el daño sufrido [STC 32/1982 (RTC 1982/32)]. En este sentido actúa el interés de demora, cuya función exclusiva es esa, al margen de la eventual actualización monetaria para restablecer la depreciación permanente, que tiene otros mecanismos como las cláusulas de estabilización contractuales o las previsiones legales al respecto, en función de un punto de referencia dado (el patrón oro, el índice del coste de vida, etc.). No se trata, por ello, de "conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial" [STC 114/1992 (RTC 1992/114)], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda. En definitiva, si el canon común para esta eventualidad es el interés legal del dinero, resulta evidente que el artículo 36 de la LGP, en la parte que nos toca, cumple con su función para todos, incluida la Hacienda pública, y respeta el contenido del derecho a la ejecución de la Sentencia...».

<sup>11</sup> En este sentido, véanse, entre otras, SSTS de 18 de febrero, 9 de marzo y 23 de abril de 1998 (RJ 1998/875, 1994 y 2988, respectivamente), y de 14 de marzo de 2000 (RJ 2000/2015).

<sup>12</sup> En este sentido, MÚRTULA LA FUENTE, V.: *La prestación de intereses*, op. cit., págs. 350 y ss.

<sup>13</sup> Debe tenerse en cuenta, no obstante, que según el artículo 311.1.º del CCom. todo préstamo en el cual intervenga un comerciante tendrá la consideración de mercantil, lo que, evidentemente, no impide la aplicación de la normativa de tutela del adherente a condiciones generales de la contratación y de protección de los consumidores y usuarios, cuando concurren los presupuestos para ello.

<sup>14</sup> Cfr. artículo 315.1.º del CCom.

<sup>15</sup> Cfr. artículos 1.755 del CC y 314 del CCom.

<sup>16</sup> Sobre los presupuestos de aplicación del artículo 1.108 del CC y, en concreto, a la ausencia de pacto, ya la STS de 20 de enero de 1905 y con posterioridad la STS de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8577).

No obstante, ambas normas se refieren a la aplicación preferente de los intereses convenidos o pactados, por lo que se ha planteado en los pronunciamientos judiciales la discusión sobre si esta referencia debe entenderse realizada al interés remuneratorio pactado (que puede ser superior al interés legal, criterio de aplicación supletoria) o a la inexistencia de pacto sobre intereses moratorios.

Al respecto, en varias sentencias ya antiguas<sup>17</sup>, el TS defendió el alargamiento o extensión del pacto convencional sobre intereses remuneratorios al momento posterior a la mora, argumentando que al haberse pactado un interés convencional hasta el completo pago del principal, este no se produce hasta que concluye la situación de mora con el cumplimiento, aunque tardío, de la obligación. Si bien, por el contrario, para un supuesto de pacto de no devengo de intereses remuneratorios dispuso el Alto Tribunal en Sentencia de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/5388) que ello no comporta la imposibilidad de cobrar intereses moratorios, debiéndose el interés legal del artículo 1.108 del CC<sup>18</sup>.

La naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios permite analizar su licitud a la luz de lo dispuesto en el TRLGDCU cuando sea un consumidor el deudor de la obligación pecuniaria de cuyo incumplimiento deriven. En concreto, el artículo 85.6 del TRLGDCU considera abusivas aquellas «cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Su carácter indemnizatorio, por tanto, permite enjuiciarlas sin lugar a dudas desde esta perspectiva protectora de los intereses del consumidor<sup>19</sup>.

## B) CUÁNDO SERÁ ABUSIVO EL INTERÉS MORATORIO

El TJUE dispone, en su Sentencia de 14 de marzo de 2013<sup>20</sup> (el conocido como caso Sr. Aziz), que para determinar si una cláusula es abusiva, el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el

<sup>17</sup> SSTs de 13 de abril de 1956 (RJ 1956/1561), 5 de enero de 1980 (RJ 1980/19) y 21 de diciembre de 1982 (1982/7705).

<sup>18</sup> En el mismo sentido, la STS de 22 de marzo de 1997 (RJ 1991/2189) desestima la aplicación del tipo de interés remuneratorio inferior al legal, y remite a la disposición del artículo 1.108 del CC.

<sup>19</sup> No es necesario, en consecuencia, entrar en la consideración sobre si el pacto sobre intereses moratorios se considera una cláusula accesoria o una cláusula esencial o definitoria del equilibrio contractual, como en el supuesto de los intereses remuneratorios, sino que al tratarse de una penalización por el incumplimiento con finalidad indemnizatoria al acreedor, se trata de daño y no de precio (en este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial», *Notas Jurisprudenciales*, Centro de Estudios de Consumo, disponible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)). La STS (Civil) de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6554), siguiendo la doctrina de la STJCE de 3 de junio de 2010, dispone que el control de oficio del carácter abusivo no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias, sino que puede extenderse a las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual.

<sup>20</sup> Véase la SJM de Barcelona de 2 mayo 2013 (JUR/2013/139303), que resuelve el litigio que dio lugar a la STJUE analizada.

contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Otros parámetros a tener en cuenta para la determinación de este carácter abusivo son, en primer lugar, el examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (apdo. 68), así como la comprobación de si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (apdo. 69)<sup>21</sup>. E igualmente, el propio TJUE apunta como referencia útil para la determinación del carácter abusivo de los intereses moratorios el tipo de interés legal (fundamento jurídico 74)<sup>22</sup>.

La determinación del carácter abusivo de la cláusula que imponga intereses moratorios dependerá de las circunstancias del caso concreto. Debe rechazarse la postura de aquellos pronunciamientos judiciales<sup>23</sup> que optaban por considerar abusiva toda cláusula de intereses moratorios que excediera del tope máximo para los intereses por descubierto en cuenta corriente de consumidores, límite que figura en el artículo 20 de la LCC y que actualmente también se encuentra introducido en el artículo 89.7 del TRLGDCU, aplicando además este límite máximo como norma integradora ante la nulidad de la cláusula.

La aplicación del límite establecido para los descubiertos en cuenta de consumidores debe rechazarse, dado que se trata de una norma prevista para limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Por otra parte, supondría imponer judicialmente al consumidor un máximo previsto legalmente, lo que en ningún caso incentivaría los comportamientos acreedores respetuosos con la normativa tuteladora del consumidor. No obstante, el límite fijado en estas normas puede constituir un elemento adicional comparativo para determinar cuál es el interés moratorio habitualmente cobrado en las distintas operaciones de crédito y préstamo en un periodo determinado. No obstante, son las circunstancias del mercado en relación con estas operaciones concretas a las que se aplican los intereses moratorios analizados, las que podrán determinar la existencia de un exceso constitutivo de abuso en el establecimiento de estos intereses moratorios<sup>24</sup>. Circunstancias a tener en cuenta, por lo tanto, a la hora de determinar su posible carácter abusivo serán el plazo pendiente para el vencimiento de la deuda, el importe debido por el consumidor, así como el periodo en que la deuda ha permanecido impagada, elementos que permitirán al juez determinar si realmente la indemnización fijada ha sido desproporcionadamente alta, causando, en contra de las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (cfr. art. 82.1.º TRLGDCU).

<sup>21</sup> Así, VICIANO PASTOR, J.: «El control de abusividad...», *op cit.*, págs. 155 y ss.

<sup>22</sup> En este sentido, véase Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª), Auto núm. 51/2013, de 15 abril (JUR\2013\146077).

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, la SAP de Asturias de 22 de noviembre de 2011 (AC 2011/1623).

<sup>24</sup> También GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado...», *op. cit.*, págs. 2 y 3.



## II. LA INCIDENCIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON CLÁUSULAS DECLARADAS NULAS POR ABUSIVAS

La STJUE de 14 de junio de 2012<sup>25</sup> ha generado una discusión activa sobre la aplicación del artículo 83.2 del TRLGDCU a los supuestos de declaración de nulidad de cláusulas abusivas. Este precepto establece que el juez podrá integrar el contrato cuando alguna de sus cláusulas haya sido declarada nula por abusiva y el contrato pueda subsistir<sup>26</sup>, de modo que su aplicación resultaría en la actualidad incompatible con la resolución del TJUE mencionada.

En consecuencia, no será posible proceder a la integración del contrato cuando alguna de las cláusulas (o parte de ella)<sup>27</sup> se haya considerado nula por abusiva, y, en concreto, el juez no podrá integrar el contrato, como veremos, moderando el tipo de interés moratorio pactado por las partes<sup>28</sup>, al considerar la norma contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Es importante asimismo destacar que el juez de oficio podrá analizar si en el contrato existen cláusulas nulas, conforme a la doctrina ya consolidada del TJUE<sup>29</sup> y en nuestros tribunales<sup>30</sup>, y

<sup>25</sup> Dispone la STJUE citada: «La normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos». En relación con la cuestión prejudicial segunda, planteada por el tribunal español, relativa a la posibilidad atribuida por nuestro TRLGDCU al juez nacional de integrar el contrato una vez declara una de sus cláusulas abusiva, señala el TJUE que «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible».

<sup>26</sup> Dispone en concreto el precepto, en su párrafo segundo, que «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.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

<sup>27</sup> Posibilidad a la que también se refiere CARRASCO PERERA, Á.: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 846/2012, parte Tribuna, pág. 2 (BIB 2012/1251).

<sup>28</sup> En este sentido, la SAP de las Islas Baleares (Sec. 3.ª), de 28 de noviembre de 2012 (AC 2012/1648). En el mismo sentido, AAJPII de Amurrio (Álava), de 15 y 24 de octubre de 2012 (AC 2012/1574 y 2009).

<sup>29</sup> STJUE (Sala 1.ª) de 3 de junio de 2010, en este sentido.

<sup>30</sup> STS (Civil) de 1 de julio de 2010; los Autos de la AP de Tarragona (Sec. 1.ª), de 19 de mayo de 2005; de la AP de Barcelona (Sec. 15.ª), de 8 de febrero de 2006; de la AP de Ciudad Real (Sec. 2.ª), de 24 de julio de 2007; de la AP

podrá hacerlo incluso en los procedimientos ejecutivos dirigidos a garantizar la máxima agilidad y brevedad para la satisfacción de los derechos del acreedor (monitorio e hipotecario, conforme a la STJUE de 14 de marzo de 2013)<sup>31</sup>. No obstante, el TJUE, en Sentencia de 21 de febrero de 2013<sup>32</sup>, ha insistido en la necesidad de que el principio de efectividad en la tutela del consumidor, principio al que sirven los dos pronunciamientos mencionados, no suponga una vulneración del principio de tutela judicial efectiva, por lo que dispone la necesidad de que el juez, tras la apreciación de la posible abusividad de la cláusula, permita a las partes realizar alegaciones conforme al principio contradictorio, garantizando aquel principio.

Más recientemente, la STJUE de 21 de enero de 2015 se ha pronunciado igualmente a petición de nuestros tribunales sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula de cobro de intereses moratorios a un consumidor.

Conviene, en este punto, realizar un breve análisis de la cuestión prejudicial que dio lugar a esta sentencia, con el objeto de centrar el tema de estudio.

En concreto, en el supuesto que dio lugar a la STJUE, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena decidió suspender el procedimiento y plantear al tribunal de justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

---

de Madrid (Sec. 21.ª), de 19 de septiembre de 2007; de la AP de Las Palmas (Sec. 3.ª) de 21 de diciembre de 2009; de la AP de Barcelona (Sec. 4.ª), de 12 de julio de 2012; la SAP Zde aragoza (Sec. 5.ª), de 15 de febrero de 2010. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Comentario al artículo 83 del Texto Refundido (RDL 1/2007)» en S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentario a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, págs. 757-761, asimismo, precisa que la apreciación de oficio exige naturalmente algunas condiciones. Ante todo que los hechos que determinan la nulidad estén aportados al juicio y que no varíen el *petitum*; y, asimismo, que la nulidad de pleno derecho y la no incorporación conducen a los mismos resultados y ambas pueden ser apreciadas de oficio y solamente en beneficio del adherente.

<sup>31</sup> Nuestro TC había estimado con anterioridad en diversos pronunciamientos (entre ellos, pueden citarse, Auto de 19 de julio de 2011, Sentencia de 18 de diciembre de 1981, posteriormente reiterada por las de 30 de junio de 1993, 18 de octubre de 1993 o 4 de diciembre de 1997), que la limitación de las causas de oposición en los procedimientos ejecutivos era conforme a Derecho, y que ello no ocasionaba indefensión al ejecutado, dado que lo único que se limitaba era la posibilidad de suspender el procedimiento, pero podía iniciar un procedimiento declarativo en orden a atacar las posibles cláusulas nulas.

<sup>32</sup> Falla en este caso el TJUE: «1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

2) Para apreciar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula contractual en que se base la demanda de la que conozca, el juez nacional debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato».

«1) Si de conformidad con la Directiva 93/13 [...], en particular con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.

2) Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 [...] no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

3) Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 [...], contraviene la Directiva 93/13 [...], en particular el artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incursas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 [...].»

En concreto, la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 dispone:

«La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

A su vez, el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 modifica el artículo 114 de la LH, añadiéndole un párrafo tercero del siguiente tenor: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el

principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El TJUE se encuentra ante la necesidad de pronunciarse sobre la conformidad de las normas analizadas con la Directiva 93/13/CEE, en concreto con su artículo 6, dado que se han planteado dudas entre nuestros operadores jurídicos sobre la posibilidad de emplear la norma de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, antes citada, como modelo regulador para la fijación de los intereses moratorios. Efectivamente, la fijación de un máximo de tres veces el interés legal del dinero no puede considerarse como la cláusula de intereses moratorios modelo y que, por lo tanto, permitiera en todo caso la imposición o, en su caso, moderación, lícita, de los intereses moratorios en este límite fijado legalmente. Pensemos, por el contrario, que se trata de una norma que lo que establece es una limitación *a priori*, y en el momento original de contratación, en la fijación de los intereses moratorios. Ello, no obstante, no debe poder prejuzgar la consideración de la cláusula como abusiva y, por lo tanto, su nulidad y la sanción a ella aparejada, que en nuestro ordenamiento supone «tener la cláusula por no puesta». El artículo 114 de la LH, y el límite de tres veces el interés legal del dinero que esta norma fija, no constituyen el umbral de licitud de los intereses moratorios, sino que, en un nuevo pronunciamiento bastante crítico con nuestro legislador, solo salva la compatibilidad de la norma con la directiva comunitaria si se permite al juez nacional declarar el carácter abusivo de estos intereses moratorios (aun dentro de los límites del art. 114 LH) y, en consecuencia, su declaración de nulidad y las consecuencias de ella derivadas<sup>33</sup>.

No obstante, está pendiente de resolución todavía la cuestión prejudicial planteada por el juez de primera instancia núm. 2 de Santander, en Auto de fecha 13 de noviembre de 2013, que ha planteado al TJUE el siguiente interrogante: «Cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio ¿debe extraer cómo consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el qué pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional?». Si extrapolamos las conclusiones de la reciente STJUE de 21 de enero de 2015, debemos llegar a la conclusión de que estas cláusulas, si bien *per se* no pueden ser consideradas inválidas ni abusivas, sí quedan sometidas a este control de abusividad por el juez de instancia, lo que puede conducir a la imposibilidad del cobro de estos intereses al consumidor.

<sup>33</sup> Señala la STJUE de 21 de enero de 2015: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula.
- No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

### III. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULA ABUSIVA DE IMPOSICIÓN DE INTERESES MORATORIOS

#### A) CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD

El artículo 83.1 del TRLGDCU establece de forma clara cuál es la consecuencia jurídica de la abusividad de la cláusula: «Será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta». En consecuencia, el régimen de sanción por el abuso es el nivel más grave de ineficacia dispuesto en nuestro ordenamiento, la nulidad absoluta, que comporta nada más y nada menos que la inexistencia de la cláusula abusiva, entendiéndose que no se ha incorporado al contenido contractual. La nulidad de la cláusula, por tanto, solo supondrá la nulidad del contrato si el contrato subsistente comportara una situación no equitativa en la posición de las partes que no pudiera ser subsanada.

Conforme a lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 14 de junio de 2012, antes citada, no es posible la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad, al haber sido declarada nula alguna de sus cláusulas. La directiva, en su artículo 6.1, dispone que la nulidad de la cláusula determinará su no vinculación para el consumidor, lo que solo puede ser entendido desde la perspectiva del artículo 83.1 del TRLGDCU, quedando el párrafo segundo de la norma fuera de nuestro ordenamiento, por no considerarse compatible con la interpretación finalista de los preceptos de la directiva sobre cláusulas abusivas<sup>34</sup>. En concreto, dispone el TJUE que ello supondría mermar el efecto disuasorio que la sanción de nulidad debe tener sobre el acreedor, conforme a lo dispuesto abusivas, y la integración del contrato conforme a lo previsto en el artículo 1.258 del CC. Debe nuestro legislador efectuar las reformas necesarias para evitar que tengan que ser los órganos jurisdiccionales los que, en aplicación del principio de interpretación conforme, no integren los contratos en lo que se haya declarado la existencia de una o varias cláusulas abusivas<sup>35</sup>.

La principal consecuencia de la abusividad de la cláusula será, por tanto, la exclusión del contrato de la cláusula (o la parte de ella) declarada nula, de modo que las relaciones entre las partes se desenvolverán como si esta nunca hubiera formado parte del contrato. Dejando de momento a un lado la cuestión que pone título a este trabajo, ello comportará, desde luego, la necesidad de recalcular la deuda hipotecaria, reduciéndose consiguientemente, en el caso de que se hubiera extendido por previsión expresa de la garantía estipulada, la responsabilidad hipotecaria sobre la vivienda ejecutada<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> HUALDE MANSO, T.: «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria» (BIB 2013\904), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 2/2013, parte Comentario.

<sup>35</sup> VICIANO PASTOR, J.: «El control de abusividad: Unificación e institucionalización del Derecho Privado», en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, 2013, págs. 155 y ss.

<sup>36</sup> Téngase en cuenta que no es posible entender incluidos dentro de la cobertura genérica por intereses a los moratorios, siendo necesario prever expresamente la extensión de la hipoteca a estos [en este sentido, STS (Civil), de 12 marzo 1991 (RJ\1991\2219)].

## B) ¿PUEDEN COBRARSE INTERESES MORATORIOS SI LA CLÁUSULA QUE LOS IMPONE ES DECLARADA NULA?

La cuestión a dilucidar es, por tanto, qué ocurre tras la declaración de nulidad de la cláusula, teniéndose por no puesta.

Las opciones son varias:

1. Considerar la cláusula como inexistente determina la imposibilidad de cobro de intereses moratorios.
2. Se aplica en este caso el límite dispuesto en el artículo 114 de la LH, norma recientemente modificada por la Ley 1/2013 y sobre la que se ha pronunciado ya la STJUE de 21 de enero de 2015.
3. Debe aplicarse el régimen legal supletorio dispuesto en los artículos 1.108 del CC y 316, 1.º CCom.

### 1. Las distintas posiciones: críticas

Del análisis de las sentencias que han resuelto sobre la nulidad de cláusulas de intereses moratorios por considerarlas abusivas, se desprende que las posibles soluciones son las anteriormente enunciadas. De hecho, si analizamos exclusivamente las sentencias de nuestros tribunales posteriores a la STJUE de 14 de junio de 2012, son mayoría las que disponen que la nulidad de la cláusula y su no vinculación para el consumidor no puede comportar otra consecuencia que la imposibilidad de cobro de interés moratorio alguno.

Sin embargo, un análisis un poco más detenido de las normas relativas al cobro de intereses en nuestro ordenamiento obliga a rechazar esta posición. De hecho, los magistrados del propio TS, en las conclusiones publicadas con posterioridad a la jornada de estudio en la que debatieron la cuestión, ni tan siquiera se plantean esa posibilidad<sup>37</sup>.

La postura, defendida por numerosos pronunciamientos de audiencias provinciales, no puede ser aceptada precisamente porque, si bien ello comportaría un claro efecto disuasorio para los predisponentes de la cláusula abusiva, vulneraría el propio ordenamiento jurídico, que dispone de un régimen supletorio de la autonomía de la voluntad que contempla cuál debe ser la ordenación de los intereses en juego cuando no exista pacto entre las partes, y en este sentido dispone que el acreedor tendrá derecho a una indemnización por la mora del deudor, que se corresponderá con el interés legal (arts. 1108 CC y 316, 1.º CCom.)<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Véanse las conclusiones de dicha jornada de estudio en Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Acuerdo de 8 de mayo de 2013 (JUR\2013\146287).

<sup>38</sup> En nuestra opinión, el mismo principio de interpretación conforme que rige en el Derecho europeo impondría esta solución, dado que la decisión judicial que impone una determinada interpretación de la directiva no conduce a la

El hecho de que el interés moratorio fijado sea considerado abusivo y, por lo tanto, la cláusula que lo contiene declarada nula de pleno derecho, no significa que el acreedor no pueda verse resarcido por el daño derivado del incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, finalidad a la que responden los intereses moratorios y que cumple en el tráfico una función de estímulo al cumplimiento de las obligaciones.

La segunda de las opciones que se plantean los magistrados del TS es la aplicación al supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 114 de la LH. Esta norma ha sido recientemente modificada por la Ley 1/2013, disponiendo en su párrafo tercero que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Debe rechazarse la aplicación de la norma al supuesto de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, dado que se trata de una norma prevista para limitar la autonomía de la voluntad de las partes, esto es, que contempla la existencia de un pacto sobre los intereses moratorios, que se limitan precisamente para conseguir una mayor protección del deudor hipotecario, además del carácter especial de la norma, prevista solo para esta categoría de préstamos garantizados con hipoteca sobre el inmueble vivienda habitual del prestatario. Por otra parte, supondría recurrir siempre en estos casos al establecimiento del interés moratorio máximo permitido por la Ley, lo que en absoluto supondría un efecto disuasorio para el predisponente de la cláusula abusiva, en contra de la correcta interpretación de la normativa comunitaria, tal y como se ha puesto de manifiesto en la STJUE de 14 de junio de 2012, tantas veces citada. Pueden traerse aquí los mismos argumentos de rechazo de la postura mantenida por tantos tribunales españoles que conducía a la moderación de los intereses moratorios, fijándolos en el límite impuesto para descubiertos en cuenta corriente de consumidores por la LCC<sup>39</sup>.

## 2. La aplicación de la norma dispositiva del artículo 1.108 del CC y artículo 316.1.º del CCom.: argumentos que fundan esta posición

Tras el rechazo de las dos posturas alternativas, queda únicamente analizar la postura por nosotros defendida: la aplicación del régimen supletorio dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio.

---

inaplicación de normas nacionales vigentes y que no contradicen lo dispuesto en la norma europea. Sí que debe introducirse, no obstante, una matización, tras lo dispuesto por la STJUE de 21 de enero de 2015, y es que las circunstancias del mercado y de nuestro legislador nos han llevado a una situación en la que el interés legal es muy superior a los intereses de mercado, de modo que no se prejuzga, en opinión del tribunal, la abusividad de su cobro, posibilitándose al juez para declarar su nulidad e impedir su cobro al consumidor.

<sup>39</sup> En efecto, la aplicación del límite máximo para descubiertos en cuenta corriente de consumidores del artículo 20 de la LCC (anterior art. 19.4), supone, de un lado, aplicar una norma por analogía sin que concurra identidad de razón, dado que se trata de una norma prevista para un supuesto de crédito en el que concurren especiales características; de otro, aplicar directamente el máximo previsto, lo que no sirve, como es obvio, a la finalidad disuasoria que tiene la declaración de nulidad de la cláusula abusiva para el predisponente.

*a) Argumentos ad substantiam*

Los argumentos que nos permiten defender esta posición son, a nuestro entender, suficientemente sólidos para no dejar lugar a dudas sobre la necesaria aplicación de estas normas a los distintos supuestos de hecho de declaración de nulidad de las cláusulas (o parte de ellas) en que se establezcan intereses moratorios abusivos.

El primero de estos argumentos hace referencia al supuesto de hecho que contemplan las normas, tanto el artículo 114 de la LH, cuya aplicación al caso rechazamos, como las que consideramos aplicables al supuesto analizado. El artículo 114 de la LH establece, al igual que el artículo 20 de la LCC (anterior art. 19.4 de la LCC), un límite máximo para la libertad contractual. Por lo tanto, contempla un supuesto en el que existe un pacto sobre intereses moratorios, que no podrá superar la cuantía legalmente determinada. Se trata, por lo tanto, de un límite máximo legalmente establecido. Por el contrario, las normas contempladas en los artículos 1.108 del CC y 316.1.º del CCom. están previstas para los supuestos en los que no exista pacto, precisamente la circunstancia que se produce cuando la cláusula es considerada nula por abusiva. La cláusula se tiene por no puesta (art. 83.1 TRLGDCU) y el contrato subsiste (siempre que ello sea posible) sin pacto sobre intereses moratorios. Se trata, por lo tanto, de una norma que cumple una función de modelo que sustituye la voluntad de las partes no manifestada o exteriorizada a través de la inclusión de cláusulas contractuales sobre intereses moratorios.

Indudablemente, aunque ello comporta que el consumidor no queda vinculado por unos intereses moratorios abusivos, no puede suponer su total liberación del pago de este tipo de intereses, lo que conduce al segundo de los argumentos. Nuestro ordenamiento jurídico contempla las consecuencias indemnizatorias de la mora del deudor y determina cuáles deben ser estas a falta de disposición expresa de las partes en el contrato. En consecuencia, el régimen dispositivo de tales normas deviene aplicable al supuesto analizado a falta de autorregulación de las partes contractuales, ya que contempla soluciones en las que se han ponderado los intereses en juego, con criterios de equidad y buen sentido<sup>40</sup>, haciendo compatible la desincentivación del abuso y el estímulo al cumplimiento de las obligaciones. Tan poco equitativo puede parecer el cobro de unos intereses moratorios abusivos como la imposibilidad de hecho de cobro de cantidad alguna en concepto de indemnización por el retraso en el cumplimiento, tratando de modo idéntico, en consecuencia, al deudor moroso que al cumplidor<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, págs. 1.059 y ss. En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Comentarios al Código Civil*, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), tomo I, vol. 1, Madrid, 1993, págs. 724 y ss. En concreto, refiriéndose a la función de las normas dispositivas sobre intereses, señala MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, *op. cit.*, pág. 334, que «parece claro que uno de los criterios básicos que inspiran las leyes dispositivas en materia de intereses es que estos representan la cantidad de dinero que debe de pagar el deudor por la utilización o disponibilidad de un capital ajeno, en directa dependencia respecto de su cuantía del capital utilizado y del periodo de duración del uso», y es obvio que el deudor que se retrasa en el pago, por la razón que sea, continúa disfrutando, tras el vencimiento de la deuda, de un capital ajeno (véase también pág. 351 de la obra citada).

<sup>41</sup> Podemos traer aquí, por su oportunidad, las reflexiones del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) núm. 369/2012, de 30 noviembre (JUR\2013\14024): «Como intereses moratorios que son, su finalidad es el añadir un



b) *La aplicación jurisprudencial del artículo 1.108 del CC a los supuestos de falta de determinación del tipo de interés moratorio*

El Acuerdo de 8 de mayo de 2013, de los magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se refería, en el caso de las cláusulas de intereses de demora, a que la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del art. 1.108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo art. 114 LH). Tras las consideraciones que sobre el límite establecido en el artículo 114 de la LH se han vertido por el TJUE en la Sentencia de 21 de enero de 2015, antes comentada, parece, obviamente, que falta únicamente la solución citada en primer lugar, la aplicación de la normativa que con carácter supletorio y como modelo regulatorio ante las situaciones de retraso en el cumplimiento se contempla en el artículo 1.108 del CC.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) de 12 junio de 2013 (JUR\2013\261227) optó por considerar aplicable el régimen supletorio del artículo 1.108 del CC, aunque eludió su aplicación concreta en el supuesto litigioso alegando la iliquidez de la deuda.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en su Sentencia de 17 junio de 2013 (JUR\2013\265092) procedió a la aplicación del artículo 1.108 del CC previa declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, señalando además, anticipándose en este sentido a la STJUE de 21 de enero de 2015, que se adopta como elemento para valorar el carácter abusivo el exceso con respecto al interés legal<sup>42</sup>.

El TJUE en su Auto de 11 de junio de 2015 viene, en nuestra opinión, a respaldar la postura que aquí mantenemos, de considerar aplicable la normativa supletoria contenida en los Códigos Civil y de Comercio y que no ha sido derogada por nuestro legislador. En efecto, establece expresamente que la prohibición de integración del contrato a través de la moderación por el juez de los intereses moratorios que han sido considerados abusivos no excluye la posibilidad de aplicar la normativa de Derecho supletorio nacional. Aunque a continuación realiza manifestaciones

---

plus de onerosidad para la parte que no cumple las obligaciones contractuales asumidas, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que de otro modo supone. Se trata de intereses cuya finalidad no es otra que la indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual y que, por ello, solo surgen en fase patológica del contrato, derivando su procedencia del hecho de que el artículo 1.108 del Código Civil, en el supuesto de obligaciones dinerarias, establece que la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1.101 del mismo texto legal, consistirá en el pago del interés de demora». La Audiencia Provincial, en este caso, optó por moderar el importe de los intereses moratorios adoptando como criterio la media de los últimos años, del interés por mora fijado por la Ley 3/2004, lo que por cierto no deja de resultar sorprendente.

<sup>42</sup> Con posterioridad, han sido muchos los pronunciamientos de audiencias provinciales que han aplicado las normas supletorias de nuestro ordenamiento y, en concreto, el artículo 1.108 del Código Civil. Entre tantas, SAP de Pontevedra de 29 de abril de 2015; SSAP de Barcelona de 27 y 30 de marzo y de 8 de abril de 2015; SAP de Bilbao de 23 de marzo de 2015 y SAP de Murcia de 9 de abril de 2015.

bastante confusas en relación con la posible revisión de su carácter abusivo por el juez y sobre la limitación de esta posibilidad a los supuestos en que en caso contrario la supresión de la cláusula comportara la nulidad del contrato, parece no dejar dudas al reconocimiento de esta postura.

Por otra parte, nuestro TS, en su Sentencia de 22 de abril de 2015 había señalado que, declarados abusivos los intereses moratorios, no se excluía la posibilidad de fijar un interés moratorio proporcionado, fijándolo en el interés remuneratorio más dos puntos, por similitud con el diferencial establecido en el artículo 576 de la LEC. Carece, a nuestro juicio, de sentido el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal en este punto. En primer lugar, porque, pensamos, realiza una interpretación contraria a la directiva y a los recientes pronunciamientos del TJUE sobre la posibilidad de integrar una cláusula abusiva. Es cierto que por esta vía se encontraría sentido a la resolución dictada, por cuanto presupone que las partes estimarían más beneficioso para sus intereses y lo hubieran, en su caso, contemplado en el contrato el cobro del interés remuneratorio por cuanto este comprende los distintos intereses en juego. En segundo lugar, porque no se encuentra explicación a que un contrato, una vez resuelto por incumplimiento, continúe devengando «interés remuneratorio». Es el interés moratorio el que genera esta situación, por lo que, a falta de pacto de las partes, deberá aplicarse sin más nuestro Derecho supletorio. Por último, el diferencial establecido en el artículo 576 de la LEC lo es con respecto al interés legal del dinero y está contemplando una circunstancia del todo distinta a la del supuesto de hecho enjuiciado.

### *c) Dies a quo de la obligación de pago de los intereses moratorios*

En las obligaciones pecuniarias, como la derivada del pago de los préstamos hipotecarios sobre viviendas de los consumidores, el deudor incumple retrasándose en el pago. La regla general del artículo 1.108 del CC determina que el deudor que debe intereses es aquel que se encuentra constituido en mora.

No es baladí la cuestión en relación con los préstamos referidos, dado que se trata, aun tratándose de contratos con consumidores, de préstamos mercantiles. En efecto, el artículo 311.1.º del CCom. determina que el préstamo será mercantil si alguno de los contratantes fuera comerciante y se destinara a un acto de comercio. Tratándose, por lo general, de préstamos bancarios, podemos llegar fácilmente a esta conclusión<sup>43</sup>.

La caracterización mercantil del contrato no impide, como es sabido, la aplicación de la normativa de tutela de los consumidores y usuarios, pero determina la aplicación del régimen mercantil de la mora, una de las escasas especialidades de las obligaciones y contratos mercantiles que subsisten en nuestro ordenamiento. El artículo 63 del CCom. señala que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán «en los contratos

<sup>43</sup> En concreto, esta calificación se otorga a estos préstamos por la SAP de Córdoba (Sección 2.ª) de 4 abril de 2003 (JUR\2003\142776).

que tuvieran día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento». El artículo 316.1.º del CCom., aplicable al supuesto de hecho que analizamos (siempre que el prestamista sea un comerciante, por lo general una entidad de crédito), recuerda esta regla, estableciendo que los deudores que se retrasen en el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer los intereses moratorios desde el día siguiente al del vencimiento<sup>44</sup>, dado que el plazo en las obligaciones mercantiles es considerado esencial.

En consecuencia, sin necesidad de requerimiento o interpelación al deudor que se retrase en el pago, es posible el cobro de intereses moratorios por el prestamista desde el día siguiente al del vencimiento.

Esta regla resulta de aplicación también a los préstamos hipotecarios con consumidores en los que el prestamista tiene la condición de empresario (así, entidades de crédito), al tratarse de préstamos mercantiles. Al pago de sus intereses se aplica, por lo demás, el artículo 317 del CCom., que no permite que los intereses vencidos y no pagados devenguen intereses, pero sí que los contratantes pacten expresamente su capitalización, con lo que este aumento de capital devengue nuevos réditos.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES: EL COBRO DE INTERESES MORATORIOS, UNA CUESTIÓN ABIERTA

El escenario descrito en las páginas anteriores obliga a plantearnos la cuestión analizada desde otra perspectiva distinta: la del acreedor. En efecto, las normas persiguen tutelar al prestatario consumidor y para ello establecen condiciones de ajuste y conformidad con la buena fe y de inexistencia de desequilibrios excesivos en la relación contractual, pero no se ha de olvidar la función que desempeña en el tráfico la posibilidad de «sancionar» mediante el cobro de intereses moratorios al prestatario incumplidor.

Los intereses moratorios son, además de un instrumento incentivador del cumplimiento de las obligaciones del prestatario, un mecanismo de reparación del daño ocasionado por la mora al acreedor.

Sin embargo, la función que en el tráfico desempeñan los intereses moratorios no justifica que su imposición resulte inequitativa, contraria a la buena fe y generadora de un desequilibrio de los intereses de las partes contractuales en perjuicio del consumidor. Evitar la imposición de cláusulas abusivas en el sentido expuesto fue el objeto de la promulgación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y a esta directiva se han de ajustar las normas nacionales que afecten a la contratación con consumidores y usuarios, aun cuando

<sup>44</sup> En este sentido, véase PALAU RAMÍREZ *et al.*, «Presupuesto...», *op. cit.*, págs. 126 y ss.

su ámbito de aplicación no se ciña estrictamente a los consumidores, como en el supuesto de las normas analizadas de la Ley 1/2013.

Por lo tanto, el TJUE, en sus sentencias, y, en concreto, en la más reciente, de 21 de enero de 2015, es coherente con el cumplimiento de esta finalidad de la directiva, al considerar que las normas sobre Derecho nacional que imponen límites al establecimiento del tipo de interés moratorio que pueda cobrarse (art. 114.3.º LH en concreto) no prejuzgan su carácter abusivo, debiendo también el tribunal analizar en el caso concreto, conforme a los parámetros antes analizados, esta circunstancia.

Ello conduce al planteamiento de la siguiente cuestión: Si la fijación de un interés moratorio por debajo del límite legalmente establecido en Derecho nacional no prejuzga el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios, y la abusividad de la cláusula será determinada en un momento posterior a la celebración del contrato, atendiendo a numerosas variables, entre las que se encuentra la fijación, por ejemplo, de los intereses legales por nuestro legislador por encima del interés de mercado de los préstamos, ello genera una gran inseguridad jurídica para los operadores económicos, en concreto los bancos. Tienen, en concreto dos opciones: incluir la cláusula de intereses moratorios, en cuyo caso claramente quedará sujeta a este juicio para valorar su conformidad con las prescripciones de la normativa de tutela del consumidor, o bien no incluir esta cláusula y dejar que entre en juego la normativa supletoria en materia de intereses moratorios existente en nuestro ordenamiento y que remite al interés legal.

Sin embargo, esta última solución, la que claramente se deduce de la aplicación de nuestro ordenamiento jurídico vigente sobre intereses moratorios, y, por lo tanto, la defendida en el presente trabajo por cumplir la función otorgada al establecimiento de este tipo de intereses, es sometida también a revisión por el juzgador comunitario, dado el riesgo de que se aplique como modelo de cláusula «lícita» de intereses moratorios la coincidente con el límite (máximo) establecido por la Ley 1/2013 al reformar el contenido del artículo 114 de la LH. Ante este evidente riesgo real de vulneración de los derechos de los consumidores a través de la aplicación de una norma nacional, el TJUE reacciona señalando que si bien es lícito que el legislador nacional mantenga este tipo de normas en su ordenamiento, no deben prejuzgar en ningún caso su posible revisión por el juez nacional y su declaración, por lo tanto, en el caso concreto, como cláusulas abusivas. Esta consideración, que resulta clara, razonable y equitativa en el supuesto de que se generalizara la consideración como lícita y no abusiva de una cláusula que fijase el límite establecido en el artículo 114 de la LH, puede resultar trasladable, también a las normas supletorias sobre fijación de intereses moratorios «a falta de pacto», de nuestros Códigos Civil y de Comercio.

Podría defenderse la validez a ultranza de la norma nacional señalando que es un modelo legislativo establecido para satisfacer el derecho del acreedor e incentivar el cumplimiento de las obligaciones, finalidad del todo loable y que cumplen los intereses moratorios, afirmando así mismo la función de modelo de las relaciones obligatorias en este sentido que establecen estas normas, artículos 1.108 del CC y 316 del CCom. Pero, igualmente, debe plantearse la cuestión desde el punto de vista en que se analiza en la STJUE de 21 de enero de 2015, que a nuestro jui-

cio trastoca el sistema de derecho supletorio establecido en nuestro ordenamiento, y que es el desajuste de la sanción establecida con carácter supletorio en relación con las circunstancias del mercado o, dicho de otro modo, el establecimiento de intereses moratorios (en forma de interés legal) muy superiores al interés de mercado de las operaciones a las que son aplicables.

Es en estos casos, en los que se señala, y así lo efectuó en la sentencia referida el Abogado General en sus conclusiones, que «el órgano jurisdiccional remitente debe garantizar que los consumidores no se encuentren vinculados por esas cláusulas sin que sea posible moderar el propio tipo o sustituirlo por un tipo establecido por la legislación española». Por lo tanto, la conclusión del análisis de la sentencia no es otro que el siguiente: cuando las partes hubieran incluido o el acreedor hubiera predispuesto entre las cláusulas contractuales el cobro de intereses moratorios a cargo del prestatario consumidor, esta cláusula está sometida al juicio de revisión del juzgado o tribunal para declarar su carácter abusivo. En este caso, si el juicio del tribunal nacional es favorable a la declaración de existencia del abuso, no cabe aplicar una cláusula de intereses moratorios, ni la contractual pactada ni cualquier otra. En pronunciamientos anteriores el TJUE había dejado claro que el juzgador no podía integrar el contrato de modo que se «moderara» el cobro de intereses moratorios, encontrándose aquí pronunciamientos que aplicaban, por ejemplo, los límites máximos establecidos en nuestras normas, pero en esta Sentencia de enero de 2015 se da un paso adelante, dado que también las normas dispositivas del Derecho nacional, aún vigentes, quedan sometidas al control de su carácter abusivo en perjuicio del consumidor, en aras de la salvaguarda del principio de efectividad. El juzgador comunitario se ha visto casi obligado a mantener esta posición ante la impasividad de nuestro legislador, que ha permitido este desajuste entre la regulación de los intereses legales y las condiciones de mercado de los préstamos y créditos. Es por esta razón por la que revisa la norma nacional en el caso de que entre en juego al declararse abusiva una cláusula contractual. El Auto, también citado, de 11 de junio de 2015, a pesar de su confusa argumentación, opta por reconocer la posibilidad de aplicar las normas de Derecho supletorio nacional ante la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusivos.

La solución es, por ahora, la siguiente: si se ha incluido una cláusula de intereses moratorios y esta resulta ser abusiva, no podrá moderarse esta cláusula y se tendrá por no puesta. En este caso, entraría en juego la norma del artículo 1.108 del CC, que podría, sin embargo, ser objeto de revisión por el juzgador, dado que la solución contraria supondría, en opinión del TJUE, que el predisponente pudiera aprovecharse, dentro de los límites legales, sin embargo, del establecimiento de cláusulas contractuales abusivas. En el supuesto de que la aplicación de esta norma supletoria resultara, a juicio del tribunal también abusiva, no podría exigirse interés moratorio alguno al prestatario.

En el caso, por el contrario, de que no se fijara en el contrato pacto alguno sobre el cobro de intereses moratorios, entrarían en juego las normas antedichas, artículos 1.108 del CC y 316.1.º del CCom. Por lo tanto, al menos de momento, ante el riesgo de que una cláusula de intereses moratorios se declare abusiva, aun cuando reproduzca literalmente la normal legal supletoria, quizá sería más recomendable no incluir cláusula alguna, dejando su cobro al juego de las normas supletorias y, en su caso, a la posible reclamación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deudor.

---

## Bibliografía

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. [1993]: *Comentarios al Código Civil*, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), tomo I, vol. 1, Madrid.

CARRASCO PERERA, Á. [2012]: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 846, parte Tribuna (BIB 2012/1251).

DE CASTRO Y BRAVO, F. [1982]: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. [2008]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: «La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial», *Notas jurisprudenciales*, Centro de Estudios de Consumo, disponible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco).

HUALDE MANSO, T. [2013]: «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria» (BIB 2013\904), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 2, parte Comentario.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª [2011]: «Comentario al artículo 83 del Texto Refundido (RDL 1/2007)» en S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentario a las normas de protección de los consumidores*, Madrid.

MÚRTULA LAFUENTE, V. [1999]: *La prestación de intereses*, Madrid.

PALAU RAMÍREZ, F. *et al.*, «Presupuestos y efectos de la mora», en F. Palau Ramírez y J. Viciano Pastor, *Tratado sobre la morosidad*, Cizur Menor, 2012.

VICIANO PASTOR, J. [2013]: «El control de abusividad: Unificación e institucionalización del Derecho Privado», en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia.