

LOS INTERESES MORATORIOS QUE SUPEREN EN DOS PUNTOS PORCENTUALES A LOS INTERESES REMUNERATORIOS SON ABUSIVOS¹

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción. Una aproximación al estado de la jurisprudencia en relación con los intereses moratorios

La determinación de la abusividad de los intereses moratorios ha sido cuestión delegada al arbitrio de los juzgadores, al no existir una previsión legal que estableciera un límite a dichos intereses en los préstamos sin garantías (como hace actualmente el art. 114.III LH en relación con los préstamos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual y garantizados mediante hipoteca sobre dicha vivienda). En este sentido, los criterios para determinar dicha abusividad han sido de lo más variados:

- 3 veces el interés remuneratorio o el 20 %: La Sala de Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra alcanzó un acuerdo el 7 de junio de 2013, en el que adoptó un doble criterio según el cual considerarían abusivos aquellos intereses moratorios en préstamos personales sin garantías que (i) triplicaran el interés remuneratorio pactado; o (ii) que fueran superiores al 20%.
- 3 veces el interés legal del dinero: Idénticamente, la Junta de Unificación de Criterios del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Madrid adoptó un acuerdo de fecha 27 septiembre 2013, por el que “[c]on independencia de lo que establecen los arts. 114 LH y 20 apartado cuatro de la Ley de Crédito al Consumo, se considera abusivo en los contratos con consumidores los

¹ Trabajo realizado con la ayuda de financiación al Grupo de investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: GI20142888.

intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

- 2,5 veces la TAE si ésta no es superior al doble del interés legal del dinero; ó 1,5 veces la TAE cuando sea superior al doble del interés legal del dinero: es el criterio seguido por la AP de Barcelona que, por ejemplo, le permitió declarar no abusivo un interés moratorio del 20% cuando la TAE era del 14,93%². Además, recalca la AP que dichos criterios deberán ponderarse junto con parámetros tales como la duración del contrato (“a mayor duración, interés remuneratorio superior”), el importe del capital prestado y las circunstancias específicas que rodeen la operación, como la ausencia de garantías reales y/o fiadores, que comportarán un mayor riesgo y, así, unos mayores intereses.
- 2,5 veces el interés remuneratorio: este criterio es aplicado por la AP de Lleida, se trata de una pseudo aplicación analógica del artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo, (BOE núm. 151, de 25-06-2011) (en adelante, LCC) que establece que no podrán cobrarse intereses superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero en caso de descubiertos en cuenta. Y digo que se trata de una pseudo aplicación, pues adaptando el precepto a las circunstancias específicas del préstamo personal en el que sí existe pacto de interés remuneratorio, se adopta como referente dicho interés remuneratorio, en lugar del interés legal del dinero. En aplicación de este criterio, se declaró abusivo un interés moratorio del 19%, por superar en más de 2,5 veces el interés remuneratorio pactado del 3%³.
- 2,5 veces el interés legal del dinero: fue el criterio adoptado por STS núm. 578/2010 de 23 septiembre (RJ 2010\7296), aplicando analógicamente el citado artículo 20.4 LCCC⁴, lo que le condujo a declarar abusivos unos intereses moratorios del 29%.

Huelga decir, que el Tribunal Supremo de antiguo viene negando que los intereses moratorios tengan naturaleza jurídica de intereses reales, sino que constituyen una sanción o pena por el incumplimiento de obligaciones del deudor. Como consecuencia de esta distinta naturaleza jurídica, la STS de 2 octubre de 2001 (RJ 2001\7141) negó la aplicabilidad de la Ley de Represión de la Usura (GACETA de 24-07-1908) (en adelante, LRU) a los intereses moratorios⁵. No obstante, recientemente el TS ha dictado una sentencia novedosa en la que declara usurario un préstamo hipotecario por lo elevado de sus intereses moratorios (30%), aunque consideramos que dicha sentencia no constituye un cambio de doctrina

² Vid. SAP Barcelona núm. 75/2015 de 24 febrero (JUR 2015\116160).

³ AAP Lleida núm. 20/2015 de 6 febrero (JUR 2015\121945).

⁴ En aquél momento resultaba de aplicación el artículo 19.4 LCC.

⁵ Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiteradas por las SSTS de 18 junio (RJ\2012\8857); y de 4 junio de 2009 (RJ 2009\4747).

jurisprudencial, sino más bien un mecanismo para conculcar la garantía hipotecaria existente en aquel caso⁶.

La sentencia cuyo comentario nos ocupa⁷ trata de aportar orden en este caótico contexto, sentando como doctrina jurisprudencial que habrán de considerarse abusivos los intereses moratorios, no negociados individualmente, que superen en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado. Observamos cómo, en un estudio preliminar, el criterio no es ninguno de seguidos habitualmente por los órganos judiciales, por lo que debemos analizar su oportunidad, consecuencias y, en fin, determinar si efectivamente aporta algo de orden o más caos.

2. Los hechos del caso

Un consumidor contrató con Banco Santander un préstamo personal por importe de 12 729,61 € en póliza intervenida por notario el 26 de septiembre de 2007, con plazo de vencimiento el 26 de noviembre de 2012. Respecto a los intereses del préstamo, se fijó un interés remuneratorio anual nominal del 11,80% (TAE 14,23%) y un interés moratorio del 21,80% anual nominal. El consumidor dejó de abonar las cuotas del préstamo en abril de 2008, declarando Banco Santander vencido anticipadamente el préstamo el 21 de mayo de 2010. Ante el impago de lo debido, el banco interpuso demanda de juicio ordinario contra el consumidor, interesando el abono de 16 473,76 € en concepto de principal más intereses remuneratorios, y de 4942,13 € en concepto de intereses moratorios.

El demandado contestó a la demanda alegando que los intereses moratorios eran excesivos, por lo que interesaba su moderación al límite de 2,5 veces el interés legal del dinero en el momento de celebración del contrato (en 2007 el interés legal del dinero era del 5%, por lo que instaba su moderación al 12,5%). El JPI estimó íntegramente la demanda, considerando que, si bien los intereses moratorios podían parecer elevados, no debían ser considerados abusivos porque sólo superaban al interés remuneratorio en diez puntos porcentuales. Por el contrario, la AP declaró abusivos dichos intereses aplicando por analogía el criterio del artículo 20.4 de la LCCC que, como dije, impide que los intereses moratorios en caso de descubiertos en cuenta sean superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero. Por lo tanto, siendo los intereses moratorios pactados superiores en más de cuatro veces el interés legal del dinero, los consideró abusivos expulsando del contrato dicha cláusula, pues el DUE impide la moderación e integración de las cláusulas declaradas abusivas⁸.

⁶ Para más información, vid. 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", publicado en Cesco.

<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/163.pdf>

⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 265/2015 de 22 abril (RJ\2015\1360).

⁸ STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012\143), asunto C-618/10: "los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma".

Banco Santander interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra dicha sentencia, alegando (i) que la cláusula fue negociada por lo que no le es aplicable el control de abusividad; (ii) que, en cualquier caso, el interés fijado no era abusivo; y (iii) que de ser considerado abusivo, procedería su moderación pero no su supresión.

3. Las alegaciones de Banco Santander y la valoración del TS

3.1. Negociación individualizada de la cláusula

En primer lugar, el banco niega la posibilidad de someter la cláusula litigiosa al control de abusividad por tratarse de una cláusula negociada individualmente con el deudor, lo que según el recurrente quedaría probado por el hecho de que la póliza fuera intervenida por notario, quien realiza el control de legalidad *“por lo que no se trata de ninguna cláusula de adhesión”*. Así pues, consideró que no podía modificarse dicha cláusula de conformidad con el principio general del Derecho *“pacta sunt servanda”* y con la autonomía de voluntad de los contratantes.

Comienza el TS su argumentación reconociendo que, en efecto, el control de abusividad se limita a las cláusulas contractuales no negociadas entre el consumidor y el profesional, es decir, que se limita a aquéllas cláusulas predispuestas por el empresario a las que el consumidor se adhiere. Así se desprende tanto de la normativa europea, pues el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que *“[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si (...)”*; como de la normativa interna, en virtud del artículo 82.1 del texto refundido de la ley general de defensa de consumidores y usuarios (BOE núm. 287, de 30-11-2007) (en adelante, TRLGDCU) según el cual *“[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que (...)”*. Ahora bien, niega el Alto Tribunal que la concesión por parte del consumidor de un consentimiento válido sobre las cláusulas contractuales comporte la consideración de que aquellas cláusulas fueron negociadas individualmente, como parece sostener el banco. Por lo tanto, aun habiendo prestado el consumidor su válido consentimiento a aquellas cláusulas, éstas pueden ser sometidas al control de abusividad⁹. Y es que *“una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”*.

⁹ En palabras del TS *“tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, 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”*.

Para que una cláusula merezca la consideración de “no negociada” basta que constituya contenido predispuesto e impuesto por el profesional, en el sentido de que la incorporación al contrato le sea atribuible a éste, de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE¹⁰. Este carácter predispuesto no queda excluido por el hecho de que el profesional haya formulado una pluralidad de ofertas al consumidor, cuando estas ofertas estén estandarizadas con base a cláusulas predispuestas; ni por el hecho de que distintos profesionales ofrezcan servicios o productos similares entre los que el consumidor pueda elegir, pues ello no comporta ninguna facultad negociadora respecto a las cláusulas predispuestas que unos y otros ofrezcan. Tampoco se elimina su carácter de “no negociada” por la inclusión en el contrato de un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas que manifiesten su carácter negociado¹¹.

Una cláusula podrá ser considerada negociada, en un sector de la contratación caracterizado por la contratación en masa mediante contratos de adhesión, cuando el profesional (quien ostenta la carga de la prueba) *“explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor (...) 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”*.

El TS asume, por ende, que en la contratación en el sector bancario la existencia de negociación entre las partes es una *rara avis*, una situación excepcional que como tal ha de ser suficientemente justificada por el profesional. Pero no basta con que el profesional pruebe las circunstancias “excepcionales” que le llevaron a negociar con el cliente, además debe probarse que el consumidor obtuvo “contrapartidas” a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente, esto es, que si se incluyeron cláusulas más beneficiosas para el consumidor como consecuencia de una negociación (por ejemplo, un interés moratorio más reducido), debe poder probarse que como contrapartida se incluyeron cláusulas más beneficiosas para el profesional (y más perjudiciales para el consumidor de lo habitual, por ejemplo, un interés remuneratorio más elevado, una comisión de cancelación anticipa mayor, etc.) que justifiquen el interés del banco en negociar. Parte, pues, el TS de la asunción de que aquello que el banco deje de percibir por una partida debe imputarlo a otra, necesariamente, no estando justificado en otro caso su voluntad de negociar (como podrían ser, por ejemplo, estrategias de retención de clientes).

3.2. Carácter abusivo de la cláusula que establece unos intereses moratorios que superen en 2 puntos porcentuales a los intereses remuneratorios pactados

¹⁰ “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

¹¹ Vid. SSTS núm. 244/2013, de 18 abril (RJ 2013\3387), y 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015\608).

Sentado que la cláusula no fue negociada individualmente y habida cuenta de que la cláusula litigiosa no constituye un supuesto de la excepción al control de abusividad previsto en el artículo 4.2 de la Directiva¹², por constituir los intereses moratorios un elemento accesorio del contrato, en tanto que indemnización por los daños ocasionados al prestamista por el retraso en el pago de las cuotas, procede el TS a analizar si la cláusula en cuestión merece la consideración de abusiva.

Banco Santander negó que dicha cláusula pudiera ser considerada abusiva, por responder a una conducta jurídicamente censurable del deudor como es el impago de las cuotas, cuya finalidad es la reparación de los daños ocasionados al acreedor y el estímulo del cumplimiento regular de los contratos. Asimismo, alegó que la adición de diez puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio no era excesivo, teniendo en cuenta perjuicios tales como los derivados de la acción judicial; y negó que el límite legal previsto en el artículo 20.4 de la LCCC pudiera aplicarse análogamente por regular un supuesto distinto, como son los descubiertos en cuenta corriente.

Rechazó el TS que la cláusula no pudiera ser considerada abusiva por constituir una indemnización ante una reprobable conducta del deudor, pues el artículo 85.6 TRLGDCU establece que serán abusivas, en todo caso, "[l]as cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". Por tanto, el hecho de que la cláusula sea abusiva o no dependerá que la indemnización sea desproporcionadamente alta, y no de que sea una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, autorizada en el ordenamiento en abstracto. Asimismo, recalca el TS que los daños cuyo resarcimiento pretenden los intereses moratorios no son, en ningún caso, los derivados de la acción judicial –como mantenía el recurrente–, pues para el resarcimiento de aquellos daños prevé el ordenamiento la condena en costas. En definitiva, lo determinante para decidir respecto a la abusividad de la cláusula es el examen de proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al mismo.

A este respecto, destaca el tribunal que en España, a diferencia de lo que sucede en otros Estados de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, por lo que entiende necesario sentar un criterio específico, que garantice la seguridad jurídica: "*la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica*". Según el TJUE, los parámetros para fijar dicho

¹² Según el cual "[l]a 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". En este sentido, están excluidos del control de abusividad los intereses remuneratorios, ya que constituyen el precio del préstamo.

criterio de abusividad han de ser las normas aplicables en derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido, debiéndose realizar un análisis comparativo con la finalidad de que el juez determine si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente¹³. Asimismo, el TJUE afirma en la misma resolución que *"el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual"*.

Así las cosas, procede el TS a analizar la normativa nacional en busca de una norma que le permita sentar un criterio para determinar qué interés de demora sería aceptable por un consumidor, en el seno de una negociación individual, sobre la base de que su incumplimiento produce un quebrando patrimonial para el prestamista:

- a) Artículo 1108 del Código Civil¹⁴: esta norma establece que el interés de demora a aplicar, en caso de no haberse pactado, será el interés legal del dinero. En caso de autos, la aplicación de este criterio determinaría que unos intereses moratorios superiores al 5% habrían de reputarse abusivos.
- b) Artículo 20.4 Ley de Contratos de Crédito al Consumo: como ya hemos mencionado, este precepto prohíbe que los intereses aplicables a los descubiertos en cuenta corriente sean superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero. En nuestro caso, comportaría la abusividad de unos intereses moratorios superiores al 12,5%.
- c) Artículo 114.III Ley Hipotecaria¹⁵: este artículo impide que los intereses moratorios en los préstamos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual y garantizados mediante hipoteca constituida sobre dicha vivienda, sean superiores a 3 veces el interés legal del dinero. La aplicación de este criterio determinaría la nulidad de los intereses moratorios superiores al 15%.

Nótese que este límite se establece para préstamos con garantías adicionales¹⁶, por lo que lo lógico sería que el criterio fijado para

¹³ STJUE de 14 marzo 2013 [TJCE 2013, 89], asunto C-415/11.

¹⁴ *"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"*.

¹⁵ *"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"*.

¹⁶ Y, además, a un supuesto muy específico de garantía como es aquella que recaiga sobre la vivienda habitual, que requiere de una protección reforzada, por lo que este límite no aplicaría a préstamos hipotecarios garantizados por una segunda vivienda, un local, o concedidos para adquisición de alguno de estos inmuebles.

préstamos personales sin garantías adicionales, como el que nos ocupa, fuera superior a éste¹⁷ puesto que el riesgo del acreedor y la posibilidad de resarcimiento serán siempre inferiores en los préstamos no garantizados.

- d) Artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro¹⁸: en este caso, se prevé que interés de demora a abonar por las compañías aseguradoras sea el resultante de incrementar en un 50% el interés legal del dinero (en el supuesto, un 7,25%) o, si hubieren transcurridos dos años, un mínimo de un 20 %.
- e) Artículo 7 de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales¹⁹: en defecto de pacto, este artículo prevé que el interés de demora en las operaciones comerciales será el tipo de interés del BCE más 7 puntos porcentuales, tipo que en los últimos diez años ha oscilado entre el 7,75% y el 11,20%, por lo que el interés moratorio que correspondería a nuestro supuesto aplicando este criterio oscilaría entre el 14,75% y el 18,20%.
- f) Artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰: este precepto prevé que desde que fuera dictada una sentencia o resolución que condene al abono de una cantidad de dinero líquida, en ausencia de pacto entre las partes o disposición legal, resultará de aplicación un interés por la mora procesal del interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales. En nuestro caso, supondría un límite de un interés de demora del 7 %.

Dado que la experiencia “demuestra” que los intereses moratorios en los préstamos sin garantías reales se establecen por la adición de un porcentaje al interés remuneratorio pactado, considera el TS que un profesional no podría estimar razonablemente que un consumidor aceptase en el marco de una negociación individual unos intereses moratorios que supusieran un aumento considerable del interés remuneratorio. Además, un incremento excesivo iría más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los intereses de demora, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en

¹⁷ Por ejemplo, 4 veces el interés legal de dinero (en el caso, un 20 %).

¹⁸ “La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100”.

¹⁹ “El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, (...) el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el 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”.

²⁰ “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”.

contra de las exigencias de la buena fe. Por estos motivos, determina el TS que el mejor criterio normativo a aplicar es el establecido en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 08-01-2001) (en adelante, LEC), ya que el porcentaje a añadir (2%) no es muy elevado, lo que resulta coherente con el hecho de que los préstamos sin garantías reales comporten por sí mismos intereses remuneratorios elevados. Por lo tanto, adopta el criterio del citado precepto pero modificando el interés de referencia al que adicionar los dos puntos porcentuales pues, si bien el artículo 576.1 LEC prevé la adición de dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, la decisión del TS consiste en adicionar dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado. En el caso enjuiciado, la aplicación de este criterio conduce al tribunal a declarar abusiva la cláusula de intereses remuneratorios por ser resultado de adicionar 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado; siendo los intereses moratorios máximos que podrían haberse predispuesto en este caso, de conformidad con esta nueva doctrina jurisprudencial, del 13,8 %²¹.

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

3.3. Comentario respecto al criterio de abusividad adoptado por el TS

¿Por qué adoptar este criterio que es precisamente el más alejado del mercado? ¿No habría sido más oportuno seguir con los pasos del legislador y adoptar un criterio basado en un multiplicador del interés legal del dinero? Ciertamente este criterio sería más objetivo y determinante pues, ligando el criterio de abusividad a un porcentaje a adicionar (mínimo, por lo demás) a una referencia maleable como es el interés remuneratorio, lo único que cabe esperar a partir de ahora es que las entidades de crédito eleven los intereses remuneratorios de sus préstamos. De esta forma, podrá darse el caso de que nos hallemos ante intereses moratorios idénticos a los actuales o superiores – pero en ningún caso abusivos- por estar referenciados a unos intereses remuneratorios muy superiores a los actuales. Pongamos por caso los hechos de la sentencia, bastaría que el banco hubiera fijado un interés remuneratorio del 19,8% para que los intereses moratorios del 21,8%, de conformidad con esta nueva doctrina del TS, no resultaran abusivos.

Se dirá... “pero en ese caso el préstamo sería usurario”. Para que un préstamo como el de nuestro ejemplo fuera declarado usurario habría de cambiarse por entero la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de la LRU. En primer lugar, porque el TS ha manifestado²² que sus pronunciamientos “*con un criterio de interpretación restrictivo, no han considerado usurarios intereses*

²¹ Resultado de adicionar 2 puntos porcentuales al 11,8% de los intereses remuneratorios.

²² STS, sala de lo civil, sección 1ª, núm. 406/2012, de 18 junio (RJ2012\8857), argumento que apoya citando diversas sentencias de la misma Sala.

que se han fijado en una horquilla que va desde 21,55% hasta el 24%". En este sentido, sentencias de la llamada jurisprudencia menor han declarado como no usurarios intereses remuneratorios de hasta el 29%²³. En segundo lugar, porque para considerar un préstamo usurario debe acreditarse la concurrencia de los presupuestos objetivo y subjetivo del artículo 1 LRU, a saber, (i) el interés remuneratorio pactado ha de ser notablemente superior al normal del dinero, siendo el término de comparación para determinar si el interés es notablemente superior al del dinero el interés ofrecido habitualmente y en circunstancias similares en el mercado (y no el interés legal del dinero)²⁴; y (ii) su aceptación debe haber sido provocada por la existencia de una situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales del prestatario. Pues bien, ninguno de estos presupuestos podrá ser probado si los intereses se homogeneizan a la alza en el mercado.

En fin, considero que el mejor criterio que podría haber adoptado el TS habría sido un multiplicador sobre el interés legal del dinero, por comportar un factor de actualización objetivo, y por no estar en manos de ninguna de las partes intervinientes su determinación o modificación. Asimismo, considero que éste debería haber tomado como referencia el previsto en el artículo 114.III LH, aplicando un multiplicador superior, por estar aquél reservado a un caso de préstamo garantizado; y por constituir aquél un límite "mínimo" por recaer la garantía sobre un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual; por lo que la inexistencia de estas dos especiales circunstancias justificarían la aplicación de un multiplicador "superior" sobre el interés legal del dinero en caso de préstamos personales sin garantías adicionales.

3.4. *Moderación e integración de la cláusula declarada nula por abusiva: reconducción y pervivencia de los intereses remuneratorios*

Banco Santander alegó que la sentencia recurrida infringió el artículo 10.2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, que ordena la integración de la cláusula nula con arreglo al artículo 1258 CC.

El TS recuerda que el TJUE ha insistido en que, de conformidad con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, los jueces nacionales están obligados a dejar sin efecto la cláusula contractual declarada abusiva, pues si los jueces tuvieran esta facultad, pondrían en peligro la consecución del objetivo a largo plazo del precepto, a saber, el efecto disuasorio sobre los profesionales²⁵.

²³ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A.: "Guía sobre el carácter usurario de los intereses Remuneratorios de las tarjetas de crédito", en CESCO. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/01/Gu%C3%ADa-sobre-el-car%C3%A1cter-usurario-de-los-intereses-remuneratorios-de-las-tarjetas-de-cr%C3%A9dito.pdf>

²⁴ TS, sala de lo civil, sección 1ª, sentencia núm. 406/2012, de 18 junio (RJ 2012\8857); F.J. TERCERO. 4.

²⁵ Para más información sobre esta doctrina del TJUE remitimos al lector a CARRASCO PERERA, A., *Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas*, publicado en CESCO.

https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/28/2012/LAS_CL%C3%81USULAS_ABUSIVAS_SE%20ELIMINAN_SIN_M%C3%81S.pdf

Con todo, el TS no parece del todo conforme con la expulsión del contrato de la cláusula de intereses moratorios declarada abusiva y propone una solución alternativa basada en una interpretación desconcertante. Dado que la cláusula de intereses moratorios supone la adición de determinados puntos porcentuales al interés remuneratorio²⁶ (lo que, debo decir, no siempre es así), comprende que la declaración de abusividad del interés de demora comporta la supresión de los puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio, pero no del "total" del interés moratorio. Para no perder matices sobre el argumento, paso a transcribir la exposición del TS: "[I]a abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Éste se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad. (...)Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar sólo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado".

3.5. Comentario sobre la reconducción de los intereses moratorios a los intereses remuneratorios

La solución es sorprendente e incongruente. En primer lugar, porque parece confundir los intereses moratorios con los puntos porcentuales que se adicionan al interés remuneratorio para fijarlo (al decir "el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora debe ser suprimido"), cuando esto, sencillamente, no es así. El TS viene a afirmar que el préstamo contiene los siguientes intereses: unos intereses remuneratorios del 11,8%, y unos intereses moratorios que son un 10% pagadero adicionalmente al interés remuneratorio, y que, declarada la abusividad de los intereses moratorios, debe eliminarse la obligación de abonar esos 10 puntos porcentuales, pero no los intereses "remuneratorios" del 11,8%. Sin embargo, lo cierto es que el préstamo está constituido por unos intereses remuneratorios del 11,8%, y por unos intereses moratorios del 21,8% (que puede deducirse que provengan de la adición de 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio, tomado éste como referencia). Por lo que, la nulidad de la cláusula de intereses moratorios debe comportar la expulsión del contrato de la obligación de abonar el 21,8% de intereses moratorios.

En segundo lugar, porque el banco declaró vencido el préstamo anticipadamente lo que significa que desde ese momento el prestatario debe el total de la suma prestada (sin plazos, lo debe "todo" y "ya"), existiendo

²⁶ En nuestro caso, según la interpretación del TS, el interés moratorio está determinado por la suma: interés remuneratorio (11,8%) más 10 puntos porcentuales, en total, un 21,8%.

ahora sólo una deuda pura de capital, vencida y no pagada, sobre la que no pueden devengarse intereses remuneratorios pues ya no hay aplazamiento temporal que remunerar, siendo ya sólo de aplicación los intereses moratorios en concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento del deudor. En consecuencia, no puede mantener el TS que sigan devengándose los intereses remuneratorios aunque se hayan declarado abusivos los moratorios, pues aquellos dejaron de devengarse en el mismo momento en que se declaró vencido anticipadamente el préstamo. En este sentido, considera GONZÁLEZ PACANOWSKA²⁷ que si el artículo 30 de la LCCC²⁸ prohíbe el devengo de intereses remuneratorios en caso de reembolso anticipado del prestatario, lo mismo habrá de ocurrir cuando el préstamo es vencido por decisión del prestamista. A mayor abundamiento, el propio TS²⁹ declaró abusivo el pacto según el cual, en caso de vencimiento anticipado, se conminaba al consumidor no sólo a la restitución del capital y los correspondientes intereses moratorios, sino también los intereses remuneratorios correspondientes a los plazos anticipadamente vencidos.

En tercer lugar, porque lo que *de facto* está haciendo el TS es moderar la cláusula declarada abusiva, en contra de las prescripciones del DUE y la doctrina reiterada del TJUE. Cuando el TS sostiene que “[l]a abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio”, lo que está realizando es eliminar de la cláusula de intereses moratorios del 21,8% únicamente un 10%, lo que es lo mismo que reintegrar, moderar y reducir la cláusula de intereses moratorios al 11,8%. Y es que, por un lado, no puede “revivir” unos intereses remuneratorios que dejaron de devengarse al declararse vencido el préstamo; y, por otro lado, en ningún caso declara la supresión de los intereses moratorios del 21,8%, sino de “los puntos porcentuales de incremento” que no son más que una parte integrante, indivisiblemente, de los intereses moratorios.

4. El fallo

Como hemos expuesto, el TS sentó como doctrina jurisprudencial que han de reputarse abusivas las cláusulas relativas a intereses moratorios no negociadas individualmente, en el seno de préstamos personales sin garantías adicionales, que supongan un incremento de más de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

Por lo que respecta al caso particular, si bien coincidió con la AP en considerar abusiva la cláusula que estipulaba unos intereses moratorios del 21,8% por

²⁷ Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Editorial Aranzadi, SA, Septiembre de 2009. (BIB 2009\2171).

²⁸ “El consumidor podrá liquidar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito. En tal caso, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”.

²⁹ STS núm. 998/2000 de 2 noviembre (RJ 2000\8492).

suponer un incremento de 10 puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio fijado, casó la sentencia de apelación dejando sin efecto las consecuencias de la nulidad de la cláusula allí establecidas, acordando *“que se elimine el incremento de diez puntos porcentuales que supone dicho interés de demora, y se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado”*. De esta forma, considera que el recurso de casación ha sido estimado en parte *“[e]n tanto que esta solución es más favorable a Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial”*.

5. Conclusiones

La nota informativa sobre la sentencia emitida por el área civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo³⁰ da cuenta de la “barbarie”, al afirmar que la resolución *“declara que en los préstamos personales, sin garantía hipotecaria, concertados por consumidores, es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. La consecuencia de esta declaración de abusividad consiste en que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en que consiste el interés de demora abusivo”*.

No se comprende el motivo por el que el TS fija un criterio de abusividad “tan” restrictivo, si en evaluación de corrección interna no está dispuesto a admitir las consecuencias de la abusividad declarada, viéndose obligado a realizar una interpretación “torticera” de los intereses integrantes del préstamo, para permitir que el acreedor se vea resarcido por los daños y perjuicios sufridos –lo que, por lo demás, resulta apropiado-. Como hemos dicho, el préstamo no puede seguir devengando interés remuneratorio pues ha sido vencido anticipadamente por el acreedor, por lo que el préstamo no se halla en una fase de remuneración por el plazo pactado, sino en una fase de indemnización por el incumplimiento en el abono de las cuotas. Además, la “eliminación del incremento porcentual” no es más que la eliminación de una parte del interés de demora, o lo que es lo mismo, es precisamente una reducción de los intereses moratorios en la cuantía de dichos puntos porcentuales. Me pregunto si, en el seno de una cuestión prejudicial, el TJUE declararía que esta sentencia es conforme al DUE y, en especial, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Por otro lado, las repercusiones que esta sentencia pueden tener en el mercado de crédito pueden ser estrepitosas pues, como comentaba anteriormente, puede predecirse un aumento inminente de los intereses remuneratorios de los préstamos personales, e incluso la desaparición de las tarjetas de crédito con intereses remuneratorios del 0% si se abona lo adeudado a final de mes. En fin, un panorama fabuloso para el acceso al crédito y la reactivación del consumo.

³⁰ https://www.occa.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=095c18a9-fcdd-4a6c-bb7e-de34a6cab836&groupId=5857552