

LA PROBLEMÁTICA DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS EN LAS ESCRITURAS DE HIPOTECA

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2014
Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2014

RESUMEN: *En el presente artículo se realiza un estudio pormenorizado de las cláusulas relativas a intereses que figuran en las escrituras de hipoteca, analizando los supuestos en que se pueden considerar abusivas y los efectos de su declaración de nulidad conforme a los criterios, no siempre pacíficos, de nuestros tribunales.*

ABSTRACT: *The present article carries out a detailed study of the clauses regarding interests included in mortgage deeds, analyzing the situations in which they may be considered abusive, and the effects should they be declared void, in line with the criteria, not always unanimous, of our Courts of Justice.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca, intereses, abusivo

KEYWORDS: Mortgage, interests, abusive

SUMARIO: *1. La cobertura hipotecaria de los intereses.- 2. Intereses remuneratorios: 2.1. Reducido plazo de prescripción. 2.2. La problemática de apreciar abusivos los intereses remuneratorios: restricciones para la apreciación de su abusividad de oficio. 2.3. Cláusulas abusivas en relación a los intereses remuneratorios: A. Intereses usurarios: a. Aplicación de la Ley de la Usura y sus desafortunados efectos (nulidad total). b. Inexistencia de criterios objetivos para fijar si los intereses remuneratorios son excesivos. B. Abusividad del redondeo al alza del tipo de interés y permisibilidad de la cláusula que autoriza el redondeo al intervalo más próximo. C. Nulidad de la cláusula suelo sólo en el caso de falta de transparencia. 3. Intereses moratorios: 3.1. Problemática respecto de su plazo de prescripción. 3.2. Declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios: A. Tipo de interés que se debe considerar abusivo. B. La dudosa posibilidad de integrar la cláusula de intereses moratorios cuando los pactados se han declarado abusivos.*

1. LA COBERTURA HIPOTECARIA DE LOS INTERESES

El principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (arts. 9.2.º de la LH y 51.6.º del RH), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio, exige que, como regla general, se expresen las obligaciones garantizadas (cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc).

Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero, en tanto retribución o contraprestación por la entrega del capital prestado; sin embargo, los intereses moratorios constituyen una sanción o indemnización por el retraso en el pago, anunciando un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto. Dada la distinta naturaleza,

régimen y origen de ambos tipos de intereses, por exigencias del principio de especialidad (art. 12 de la LH) es necesario que se precise claramente en qué medida están cubiertos por la garantía hipotecaria, no pudiéndose entender incluidos los intereses moratorios en la genérica cobertura real de intereses, sino que han de establecerse de forma diferenciada¹.

La admisibilidad de las hipotecas que garanticen intereses variables está subordinada a que estos puedan ser determinados por un factor objetivo y que se señale un límite máximo de la responsabilidad hipotecaria. Cuando no puede fijarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender los intereses, tan sólo cabe una hipoteca de máximo, en que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 del RH), se requiere señalar el límite del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye, lo que opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito².

La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegura en perjuicio de tercero, y salvo pacto en contrario, más intereses que los de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, sin que en ningún caso pueda pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años (arts. 114 de la LH y 220 del RH). No obstante, conforme al apartado 6 de la Disposición Adicional Primera de la ley 41/2007 de 7 de diciembre, el límite de cinco años previsto en el art. 114.2 de la LH no opera respecto de las hipotecas inversas³.

Asimismo, el art. 146 de la LH dispone que el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital, pero si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la garantizada con arreglo al art. 114 de dicha ley.

No obstante, aunque la delimitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses en perjuicio de terceros tiene el límite de cinco anualidades, dentro de este máximo la ley posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, bien estableciendo simplemente una cantidad máxima que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo máximo de interés establecido a un período de cinco años⁴.

En caso de préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, la Ley 1/2013, de 14 de mayo añadió un párrafo tercero al art. 114 de la LH fijando un nuevo límite legal a los intereses -haya o no terceros- de forma que no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

Unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora, pero, respetada esta exigencia, no existe óbice para poder reclamar todos los intereses, sean remuneratorios o moratorios, realmente devengados y cubiertos por las respecti-

¹ RDGRN de 13 Abr. 2001. LA LEY 4099/2001.

² RDGRN de 25 Abr. 2014. LA LEY 69103/2014.

³ Según el apartado 6º de la D.A 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre: “Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”.

⁴ RDGRN de 9 Oct. 1997. LA LEY 637/1998.

vas definiciones de su garantía hipotecaria, pudiéndose reclamar intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios también de este mismo periodo de tiempo, por ser distintas y de vencimiento diferente las cantidades que devengan unos y otros⁵.

Cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, puede cobrar el acreedor dentro de la ejecución hipotecaria intereses superiores a los que garantiza la hipoteca, puesto que conforme al art. 692.1.II de la LEC si su cuantía excede del límite de la cobertura hipotecaria, una vez satisfechos, en su caso, los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso, lo obtenido en la enajenación forzosa se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución. Bien es cierto que podría ponerse en tela de juicio que siendo el deudor el dueño del bien en el momento de la subasta deba responder de lo que exceda de la cobertura hipotecaria, habida cuenta de que esta cantidad no se le ha reclamado en la demanda ejecutiva; pero dicha previsión normativa se debe considerar acertada en aras de evitar dilaciones e impedir que el acreedor deba acudir para cobrar dicho importe a otro proceso⁶.

Sin embargo, cuando el bien perteneciere en el momento de la enajenación forzosa a persona distinta al deudor (tercer poseedor o hipotecante no deudor) la cantidad percibida por el ejecutante no podrá exceder de la cobertura hipotecaria, por lo que si una vez pagados los acreedores posteriores todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta, lo que no siempre se puede considerar conveniente, pues si se devuelve el sobrante a un tercer poseedor que hubiere adquirido el bien después de que en el procedimiento hipotecario se hubiera expedido la certificación de cargas se puede franquear una puerta al fraude dado que el ejecutado podría transmitir la finca a otra persona fiduciariamente con el único objeto de poder recibir el sobrante a través de la persona interpuesta⁷.

En todo caso, la parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria podrá reclamarla del obligado ejercitando una acción personal, siendo considerado respecto de ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario, a menos que se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados (arts. 140 y 147 de la LH).

La declaración de concurso ocasiona la suspensión del devengo de los intereses, legales o convencionales conforme al art. 59 de la LC, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. En todo caso, la suspensión del devengo de intereses sólo afecta a créditos de la masa pasiva y no a los créditos contra la masa⁸.

De lege ferenda, sería oportuno que la ley dispusiera expresamente la paralización del devengo del interés de demora en los procesos de ejecución cuando sufrieran una dilación indebida no imputable al propio ejecutado⁹.

⁵ RRDGRN de 14 Mar. 2000; 18 Oct. 2001, LA LEY 911/2002; 25 Oct. 2001, LA LEY 910/2002; 13 Mar. 2002, LA LEY 7106/2002; 29 Nov. 2002, LA LEY 11021/2003.

⁶ Cfr. F. ADÁN DOMENECH, "La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria", *Justicia*, Núm. 3-4, 2009, pp. 134 y ss.

⁷ Cfr. S. SASTRE PAPIOL, "Ejecución de bienes hipotecados", *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Vol. III, Coordinador: J. ALONSO- CUEVILLAS SAYROL, Ed. Difusa, Barcelona, Pág. 449.

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, 379/2013, de 4 de junio. Recurso 1060/2011.

⁹ Cfr. J. DÍAZ FRAILE, "Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica", *RCDI. Monográfico sobre la Dación en Pago*, Núm. 735, Enero-febrero, 2013, Pág. 161.

2. INTERESES REMUNERATORIOS

Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero, en tanto retribución o contraprestación por la entrega del capital prestado, tienen un origen contractual en la medida que sólo se devengan si las partes así lo establecen, debiéndose estar al contenido pactado para determinar su cuantía, así como su vencimiento, que puede coincidir o no con el de la obligación principal. Las partes no tienen más limitaciones que las derivadas de la aplicación de los principios generales en materia de obligaciones (art. 1255 del CC) o aquellas que resultan de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales de la contratación).

2.1. Reducido plazo de prescripción

La prescripción de la acción hipotecaria que señala el art. 1964 del CC, se refiere al capital y no a los intereses y así lo declaró la STS de 12 de marzo de 1985, seguida por otras como la de 5 de julio de 2001, puesto que el legislador distingue entre capital e intereses del crédito garantizado a los efectos de su cobertura por la hipoteca.

Los intereses remuneratorios prescriben a los cinco años (art. 1966.3 del CC), dado que siendo unos pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, opera la prescripción quinquenal del art. 1966.3º del CC, aunque alguna resolución aislada, como la STS de 3 de febrero de 1994, consideró aplicable a dichos intereses la prescripción de quince años del art. 1964 del CC.

La prescripción corta del art. 1966.3º del CC (cuyos antecedentes históricos se remontan al art. 1971, 3 del Proyecto de Código Civil de 1851 y, el art. 2277 del Code napoleónico) fue establecida como medida protectora frente a los intereses de los préstamos en aras de evitar que se incrementara desorbitadamente la deuda por el abandono transitorio del acreedor en la reclamación de dichos intereses con el grave quebranto en la economía del deudor.

El TS ha considerado (STS de 23 Sep. 2010¹⁰) que si los intereses remuneratorios se capitalizan su plazo de prescripción debe ser el mismo que el del principal; si bien, dicha opinión se ha puesto en tela de juicio por parte de la doctrina¹¹ que defiende que las partidas devengadas en concepto de intereses no dejan de tener esa consideración aunque se unan al principal para devengar otros nuevos intereses o cuando se procede a la reclamación judicial del resto conforme al art. 579 de la LEC.

En el caso de que la ejecución resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, la imputación de cantidades se realiza en primer lugar para el abono de los intereses remuneratorios y seguidamente para el principal, intereses moratorios y costas según el párrafo tercero del art. 654 de la LEC.

¹⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 23 Sep. 2010, rec. 1657/2006. Nº de Sentencia: 578/2010. LA LEY 203287/2010.

¹¹ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 2013, Pág. 84.

En contra:

H. DÍEZ GARCÍA, "Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos", *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, Pág. 238.

2.2. La problemática de apreciar abusivos los intereses remuneratorios: restricciones para la apreciación de su abusividad de oficio.

Los intereses remuneratorios, a diferencia de los de demora, no se pueden someter a control judicial si han sido redactados de manera clara y transparente dado que forman parte del precio. El considerando 19 de la Directiva 93/13 señala que “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”. En parecidos términos, el art. 4.2 de la citada Directiva no permite la apreciación del carácter abusivo de cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrario ni a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no se redacten de forma comprensible, por lo que el Juez tan sólo podría controlar el cumplimiento de la transparencia.

Bien es cierto que el art. 4.2 de la citada Directiva no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento y que la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid C-484/08 declaró que “no (se) puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, por lo que tácitamente en dicha resolución se podría estar autorizando un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. En este sentido, nuestro TS en la Sentencia de 1 de julio de 2010¹² reconoció que una cuestión es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos. De todos modos, y aunque nuestro Alto Tribunal se pronunció en similares términos en las sentencias de 4 noviembre de 2010¹³ y 2 de marzo de 2011¹⁴, posteriormente ha modificado su parecer (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre), manifestando que no cabe declarar abusiva una cláusula que se refiera a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no estén redactadas de manera clara y comprensible¹⁵, postulados de los que se infiere que sólo es posible declarar abusivos los intereses remuneratorios cuando el deudor no recibió una adecuada y clara información.

2.3. Cláusulas abusivas en relación a los intereses remuneratorios

A. Intereses usurarios

a. Aplicación de la Ley de la Usura y sus desafortunados efectos (nulidad total)

A los intereses remuneratorios les es de aplicación la decimonónica *Ley de represión de la usura* de 23 de julio de 1908, la cual controla tanto el contenido del contrato, sobre la base

¹² N° de Sentencia: 401/2010. N° de Recurso: 1762/2006. LA LEY 199007/2010.

¹³ N° de Sentencia: 663/2010. N° de Recurso: 982/2007. LA LEY 203282/2010.

¹⁴ N° de Sentencia: 75/2011. N° de Recurso: 33/2003. LA LEY 5495/2011.

¹⁵ Cfr. C. SÁNCHEZ MARTÍN, “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 29 May. 2013, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8092, Sección Documento on-line, 28 May. 2013, Ref. D-199, Editorial LA LEY. *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Tribuna, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3128/2013.

de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como la validez estructural del consentimiento prestado.

El problema de dicha Ley es que prevé una única sanción posible: la nulidad del contrato de préstamo que alcanza o comunica sus efectos a las garantías accesorias y a los negocios que traigan causa del mismo, con la correspondiente obligación restitutoria. Conforme al art. 3 de la Ley de la Usura declarada la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar intereses, usurarios o legítimos¹⁶.

En un principio el TS mantuvo la validez de la hipoteca tras la declaración de nulidad del préstamo usurario que garantizaba¹⁷, pero ulteriormente cambió su criterio declarando la nulidad “dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal”¹⁸.

Según la ley de la Usura, la nulidad de los intereses por usurarios comporta la nulidad del préstamo y, por ende, de la hipoteca, efectos que difieren de los previstos en la normativa de las condiciones generales de la contratación o de consumidores y usuarios en donde la invalidez de una cláusula no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (arts. 9 y 10 de la LCGC y 83 del TRLCU)¹⁹.

b. Inexistencia de criterios objetivos para fijar si los intereses remuneratorios son excesivos

La Ley de 23 de Julio de 1908 de represión de la usura exige para considerar los intereses usurarios que estos sean superiores al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulten leoninos,

¹⁶ STS de 14 Jul. 2009, rec. 325/2005. N° de Sentencia: 539/2009. LA LEY 125064/2009.

¹⁷ STS de 14 junio 1984 (RJ 1994/3239).

¹⁸ STS de 20 de junio de 2001: “La sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1.984 mantuvo el criterio de la subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por la aplicación del art. 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo la accesoriidad de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar. Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (sentencias de 10 de junio de 1.952, 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994). Por tanto, no se ve como pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1.908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriidad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción.”

En similares términos: SSTS de 7 de mayo de 2002, 14 de julio de 2009 y de 22 de febrero de 2013.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 406/2012 de 18 Jun. 2012, Rec. 46/2010. N° de Sentencia: 406/2012. LA LEY 144032/2012.

aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

No obstante, y a pesar de lo antedicho, no existe un criterio unánime acerca de qué porcentaje de intereses remuneratorios resulta abusivo. El art. 319 de la LEC establece que en materia de usura los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido como regla general respecto de la fuerza probatoria de los documentos públicos y en el mismo sentido, la STS 113/2013, de 22 de febrero²⁰ dispone que los diferentes criterios judiciales respecto de los intereses que pueden reputarse usurarios se explican porque los tribunales han de resolver en cada caso formando libremente su convicción, lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia basándose en criterios más prácticos que jurídicos.

Lo antedicho conlleva que en supuestos muy similares nuestros tribunales deciden de manera distinta; ni siquiera el propio TS mantiene un criterio uniforme; así, en la sentencia de 18 de junio de 2012 -avalando los argumentos del tribunal de apelación²¹- mantuvo que el interés estipulado del 20,50% anual no podía considerarse desproporcionado, ya que, aunque era un préstamo garantizado con hipoteca, la mera alegación de que existían embargos anteriores sobre la vivienda no era causa suficiente para acreditar la situación angustiosa que pudiera haber determinado la aceptación de los prestatarios, sino que es necesario, en orden a apreciar el vicio del consentimiento, que se atienda además a las circunstancias que puedan tenerse como reveladoras de dicha situación de angustia. No obstante, en la sentencia 113/2013, de 22 de febrero²² este mismo Tribunal consideró usurario un préstamo con un interés remuneratorio del 10% semestral (20% anual).

B. Abusividad del redondeo al alza del tipo de interés y permisibilidad de la cláusula que autoriza el redondeo al intervalo más próximo

Las Sentencias del TS de 4 de noviembre, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011²³ declararon abusivas las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés utilizado para las revisiones anuales y cualquier otra análoga que tuviera el mismo efecto de redondear al alza el interés para las revisiones de los préstamos hipotecarios a tipo variable dado que no habiendo sido negociadas individualmente provocan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes.

El desequilibrio de derechos y obligaciones a favor del banco y en perjuicio del cliente, no es imputable al redondeo en sí, sino al redondeo al alza, ya que la finalidad indirecta que con ello consigue la entidad bancaria, es el incremento del tipo de interés durante la vigencia del contrato en perjuicio del consumidor, reforzándose la posición del Banco mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, al tiempo que se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio, por lo que dicho desequilibrio, provocado por la entidad bancaria, se califica de contrario a la buena fe, vulnerándose lo dispuesto en el art. 87.5 del TRLCU según el cual resulta abusivo “*el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*”.

Distinta consideración presenta el redondeo al intervalo más próximo (alza o baja), en tanto que puede favorecer o perjudicar indistintamente, y según las circunstancias, al clien-

²⁰ N° de Sentencia: 113/2013. N° de Recurso: 1759/2010. LA LEY 13583/2013.

²¹ SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 26 de enero de 2009, rec. 4827/2008. LA LEY 33594/2009.

²² N° de Sentencia: 113/2013. N° de Recurso: 1759/2010. LA LEY 13583/2013.

²³ Véase: J. ALMAGRO NOSETE, “Acerca de la cláusula de “redondeo” y un “excursus” procesal”, *Diario la Ley*, Núm. 7648, 9 de junio de 2011, Ref D- 249, LA LEY 10490/2011.

te-consumidor o a la entidad bancaria. A estos efectos, la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre establece que en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que se formalicen a tipo de interés variable, se puede acordar el redondeo del tipo de interés siempre que se efectúe al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que este pueda sobrepasar al octavo de punto.

C. Nulidad de la cláusula suelo sólo en el caso de falta de transparencia

Actualmente, no se puede asegurar a los consumidores que la cláusula suelo que figura en su escritura de hipoteca vaya a ser declarada nula dado que todo dependerá de que hayan recibido una adecuada información previa²⁴. Corresponde la prueba de que se ha facilitado una clara información a la parte predisponente y no al adherente; sin que el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un período de tiempo la convierta en transparente. La prueba de la negociación individual no puede quedar suplida por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar, las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo²⁵.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013²⁶ (Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, rec. 485/2012 y Auto desestimatorio de incidente de nulidad de 6 de noviembre de 2013) declaró que las cláusulas suelo deben considerarse abusivas únicamente en los casos en que no sean claras y transparentes con independencia de que exista desequilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo o incluso si no coexiste con cláusulas techo²⁷. Para considerar suficiente la información facilitada al adherente, este debe conocer la carga económica que dicha cláusula le puede reportar y que se trata de una estipulación que define el objeto principal del contrato, por lo que esta no debe recibir un tratamiento secundario ni encontrarse enmascarada por otras informaciones que dificulten la comprensión de lo que, considerado aisladamente, sería claro; así, resulta un factor de distorsión presentar una cláusula techo como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, no informando al deudor del comportamiento previsible del índice de referencia, al menos a corto plazo, ni de la posibilidad de optar por otras modalidades de préstamo.

²⁴ Un sector de la doctrina ha considerado que la supresión de la cláusula suelo de los préstamos con garantía hipotecaria originaría consecuencias económicas negativas: Cfr. J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, “Diez Ideas Clave sobre la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, N° 8273, Sección Documento on-line, 18 Mar. 2014, LA LEY 1386/2014. Este autor ha puesto de manifiesto que se produciría una mayor restricción del crédito hipotecario, en forma de menores importes financiados, mayores tipos de interés y menores plazos de amortización; así como la menor demanda de vivienda en España, en la modalidad de adquisición, y, previsiblemente, mayor demanda en la modalidad de alquiler. Respecto de las posibles consecuencias económicas sobre los prestamistas, encarecimiento del crédito para las entidades financieras en los mercados mayoristas internacionales y menor rentabilidad de las entidades financieras en la labor de intermediación en el crédito.

²⁵ SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, 57/2013, de 13 de febrero. Recurso 57/2013.

²⁶ N° de Sentencia: 241/2013. N° de Recurso: 485/2012. LA LEY 34973/2013.

²⁷ El TS llega a afirmar que “*son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho*”, por lo que con dichos postulados se aparta del criterio de algunas Audiencias que habían considerado que la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo, sin su correspondiente cláusula techo, producía un desequilibrio entre las partes, siendo la misma abusiva (SAP Alicante, Sec. 8.ª, 58/2012, de 10 de febrero. Recurso 780/2011).

La STS de 9 de mayo de 2013 plantea a nuestro modo de ver dos problemas importantes:

En primer lugar, no deja claro si el control de transparencia, tan solo se debe circunscribir al supuesto en que el deudor sea un consumidor o usuario²⁸ o también al caso en que sea un profesional. A favor de esta última tesis se podría alegar que el art. 5.5 de la LCGC establece que *“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción o sencillez”* y dado que el fundamento del control de transparencia también se contiene en la LCGC su ámbito de aplicación podría ser el propio de dicha norma²⁹. No obstante, parte de la doctrina³⁰ se muestra en contra y en este mismo sentido se pronuncia alguna resolución como la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 446/2013, de 29 de noviembre, recurso 517/2013³¹.

En segundo lugar, resulta reprochable que la STS de 9 de mayo de 2013, no otorgue carácter retroactivo a la declaración de nulidad en aplicación del art. 1303 del CC, lo que impide a los interesados afectados recuperar las cantidades pagadas en exceso en virtud de una cláusula nula³².

²⁸ Conforme al art. 3 del TRLCU (reformado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo): *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

²⁹ En este sentido: cfr. J. PLAZA PENEDES, “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Doctrina, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8097, Sección Documento on-line, 4 Jun. 2013, Año XXXIV, Ref. D-209, Editorial LA LEY. LA LEY 3134/2013. Este autor considera que la STS de 9 de mayo de 2013 podía haber argumentado de forma idéntica, pero tomando como base el art. 5 de la LCGC.

³⁰ Cfr. C. SÁNCHEZ MARTÍN, “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 29 May. 2013, Editorial LA LEY, *Diario La Ley*, N° 8092, Sección Documento on-line, 28 May. 2013, Ref. D-199, Editorial LA LEY. *Diario La Ley*, N° 8112, Sección Tribuna, 25 Jun. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3128/2013. Este autor se plantea si el control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la LCGC, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo estas condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la Sentencia dictada por el Pleno del TS el 9 de mayo de 2013, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores.

En similares términos: A. COHÉN BENCHETRIT, “Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo”, *Práctica de Tribunales*, Marzo. Abril, 2014, Pág. 76.

³¹ SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 446/2013, de 29 de noviembre, recurso 517/2013: *“Nos parece incuestionable que la ratio decidendi de dicha resolución se sustenta, como se desprende con toda claridad de sus razonamientos, en la consideración del adherente como consumidor. La sentencia estimó el recurso de casación porque las cláusulas enjuiciadas no superaron el control de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores. Otra cosa será que la sentencia, bien con el carácter de obiter dicta, bien como elementos explicativos o accesorios de los fundamentos de la decisión, contenga referencias generales al control de las condiciones generales de los contratos, al margen de la condición de los sujetos de la relación jurídica”.*

³² Bien es cierto que el TS ya había optado por declarar la irretroactividad de la nulidad en otras sentencias como la de 13 de marzo de 2012 rec. 675/2009, pero el supuesto enjuiciado en la misma era completamente distinto, pues en este caso (*relativo a contratos de suscripción celebrados por la entidad titular de una plataforma de televisión digital por vía satélite que ofertaba a sus abonados determinados canales o programas codificados por el sistema de pago por visión*), se declaró la nulidad de las cláusulas que supeditaban la contratación del servicio al arrendamiento de un instrumento accesorio no solicitado por los clientes (el descodificador), pero si no se consideró oportuno el reembolso de las cantidades pagadas por dicho arrendamiento fue porque constituían la adecuada contraprestación por el continuado uso del

La STS de 9 de mayo de 2013 sacrifica la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, en pro de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), considerando que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico, decisión que aunque ha sido secundada por algunos órganos judiciales³³, no ha sido acogida por otros³⁴ que condenan a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de dicha cláusula incrementadas con los intereses legales.

Por nuestra parte, no suscribimos los argumentos en que se basa el TS para fundamentar la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, habida cuenta de que, lejos de fundarlos en razones jurídicas, los basa en motivos económicos, olvidando que no es función de los tribunales velar por la economía sino impartir justicia. Si se considera un riesgo para la economía la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo por privar de liquidez a las entidades bancarias, por eadem ratio la no devolución de dichas cantidades a los numerosos afectados puede originar un efecto económico perturbador al repercutir en el consumo dado que los ciudadanos dispondrán de menos dinero para el gasto. Tampoco es convincente alegar la seguridad jurídica como principio moderador de la retroactividad dado que no se puede considerar que todas las partes en conflicto actúen de buena fe, cuando una de ellas (la entidad bancaria) no informa debidamente a sus clientes.

descodificador por las personas abonadas; lo que a nuestro juicio no encuentra parangón con la “cláusula suelo” que, lejos de ser un servicio que han disfrutado los consumidores, es una cláusula que ha modificado la cantidad que debían abonar los mismos en concepto de intereses remuneratorios.

También se pronunció en parecidos términos en la sentencia de 26 de febrero de 2009 en que se acuerda la irretroactividad de la declaración de nulidad de un contrato de abanderamiento; decisión que en nuestra opinión también resulta acertada dado que en otro caso se hubiera producido un enriquecimiento injusto para una de las partes puesto que la mercantil titular de la estación de servicio, había vendido a su vez el carburante a terceros lucrándose en la reventa.

³³ SSAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013, rec. 731/2012. N.º de Sentencia: 259/2013. LA LEY 129153/2013; Cádiz, Sección 5.^a, de 17 de mayo de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 22 de mayo de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 3 de junio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 9 de junio de 2013; Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 18 de junio de 2013; Cáceres, Sec. 1.^a, 168/2013, de 20 de junio, Recurso 223/2013; Alicante, Sec. 8.^a, 315/2013, de 12 de julio, Recurso 84/2013 (esta sentencia contiene un voto particular que discrepa de este posicionamiento), Ciudad Real, Sección 1.^a, de 11 de julio de 2013; Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013; Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013, rec. 440/2013. N.º de Sentencia: 296/2013. LA LEY 195826/2013; Badajoz, Mérida, Sección 3.^a, 21/2014, de 7 de enero, recurso 412/2013; Zaragoza, Sección 5.^a, 1/2014, de 8 de enero, recurso 431/2013 (SP/SENT/748756); Badajoz, Mérida, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, rec. 420/2013. N.º de Sentencia: 17/2014. LA LEY 2735/2014.; Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014, rec. 549/2013. N.º de Sentencia: 83/2014. LA LEY 9674/2014; Cáceres, Sección 1.^a, de 24 de febrero de 2014, rec. 51/2014. N.º de Sentencia: 43/2014. N.º de Recurso: 51/2014. LA LEY 16039/2014.

Auto de la AP Burgos, Sec. 2.^a, 15/2014, de 28 de enero (recurso 328/2013)

³⁴ Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil Núm. 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013; Núm. 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013; Núm. 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013; Núm. 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013. Núm. 1 de Santander, de 18 de octubre de 2013; Núm. 1 de Bilbao de 21 de octubre de 2013; Núm. 1 de Sevilla de 16 de enero de 2014 y Núm. 3 de Madrid de 27 de febrero de 2014.

Sentencias de los Juzgados de 1.^a Instancia Núm. 4 de Orense de 10, 13 de mayo y 21 de mayo de 2013; Núm. 1 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; Núm. 1 de Barcelona de 17 de febrero de 2014.

Autos de los Juzgados de 1.^a Instancia de Gijón Núm. 7 de 30 de septiembre de 2013; Núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 y Núm. 38 de Barcelona de 1 de octubre de 2013.

SSAP de Vizcaya, Sección 1.^a de 9 de julio de 2013; Alicante, Sección 8.^a, de 23 de julio de 2013; Cuenca, Sección 1.^a de 30 de julio de 2013; Barcelona, Sección 15.^a, de 16 de diciembre de 2013, rec. 719/2012. N.º de Sentencia: 453/2013. LA LEY 213133/2013; Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014; Albacete, Sección 1.^a, de 17 de marzo de 2014; Asturias, Sección 5.^a, de 28 de marzo de 2014, rec. 88/2014. N.º de Sentencia: 87/2014. LA LEY 42623/2014.

Además, si no se devuelven las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo se está ocasionando un enriquecimiento injusto a favor de las entidades bancarias en detrimento del deudor al que se está impidiendo compensar con lo adeudado lo indebidamente abonado por la aplicación de una cláusula abusiva, lo que puede suscitar la tramitación de procedimientos hipotecarios por cantidad superior a la verdaderamente debida; piénsese en el supuesto de que se hubiera acordado el vencimiento anticipado de toda la obligación por impago de tres mensualidades, en cuyo caso, efectuada la compensación, pudiera resultar que el ejecutado adeudare una cantidad menor a tres meses y que el vencimiento anticipado debiera quedar sin efecto³⁵.

Asimismo, se opone a lo dispuesto en el art. 83 del TRLCU y a la jurisprudencia del TJUE³⁶ que un Juez pueda moderar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula declarada abusiva, por lo que si se permite a las entidades bancarias confiar en que la nulidad de la cláusula suelo no va a suponer la obligación de devolver las cantidades recibidas indebidamente por su aplicación, ningún interés van a mostrar en eliminarla de sus escrituras de hipoteca conociendo que dicha nulidad no va a afectarles sino que, por el contrario, les habrá permitido embolsarse ciertas cantidades por su indebida aplicación.

Por lo demás, la alegación de un posible trastorno del orden socioeconómico como argumento en contra de la retroactividad de la declaración de nulidad resulta todavía menos convincente en los pleitos en que se ejercita una acción individual solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo en vez de una acción de cesación, como la que se ejercitó en el supuesto resuelto por la sentencia de 9 de mayo de 2013. Un sector importante de Juzgados y Audiencias³⁷ han abogado por la retroactividad de la declaración de nulidad en estos casos, alegando que el trastorno grave del orden socioeconómico no puede invocarse cuando se ejerciten acciones individuales en que se pretenda la declaración de nulidad, ya que dicho trastorno no puede ser presumido por las eventuales acciones que pudieran emprender otros afectados. No obstante, en contra de tal argumentación se ha alegado que la sucesiva interposición de reclamaciones individuales también ocasionaría el perjuicio que nuestro Alto Tribunal quiere evitar³⁸ y que la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite (individual o colectiva), sino por la necesidad de

³⁵ En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013 (dictado en la ejecución hipotecaria Núm. 418/2012) condena a la devolución al deudor de todas las cantidades cobradas en exceso en aplicación de la cláusula suelo declarada nula, acordando, además, que incidiendo dicha nulidad en la cláusula de vencimiento anticipado, se compense el importe de los impagos liquidados con las cantidades indebidamente cobradas aplicando la cláusula suelo, para poder ponderar si los impagos del deudor resultan de al menos tres mensualidades a los efectos de lo dispuesto en el art. 693 de la LEC, requiriéndose a la entidad ejecutante para que presente una nueva liquidación computando las deducciones oportunas en concepto de cobros excesivos.

³⁶ SSTJUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010 y de 21 de febrero de 2013.

³⁷ SSAP de Murcia, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2014, rec. 736/2013. N° de Sentencia: 162/2014. LA LEY 29094/2014; de Málaga, Sección 6ª, de 12 de marzo de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Sevilla de 16 de enero de 2014:

La SAP de Álava, Sección 1ª, de 9 de julio de 2013 pone de manifiesto el distinto régimen jurídico de las acciones contempladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, las cuales dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la acción de cesación, presenta una legitimación activa restringida (art. 16 de la LCGC), con carácter general es imprescriptible (art. 19 de la LCGC) y sus efectos sólo son hacia el futuro, dado que su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una relación contractual, ya que según el art. 12 de la LCGC la cesación pretende la condena a que deje de surtir efecto “*en lo sucesivo*”; sin embargo, la acción individual de nulidad la puede ejercitar cualquier afectado y su eficacia es *ex tunc* según los arts. 8 y 9 de la LCGC.

³⁸ SAP de Ourense, Sección 1ª, 108/2014, de 31 de marzo, recurso 344/2013.

garantizar la seguridad jurídica³⁹. Incluso se ha llegado a defender que el éxito de la pretensión accesoria de devolución de la suma abonada en concepto de interés acumulada a la acción individual de nulidad sería una llamada a la formulación de reclamaciones por parte de todos los consumidores suscriptores de préstamos que contuvieran una estipulación semejante⁴⁰. De todos modos, no es una solución convincente mantener la irretroactividad sólo de las acciones colectivas y no de las individuales, ya que se puede vulnerar el principio de igualdad al ocasionar un agravio comparativo a aquellos consumidores que en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia decidieran hacerlo mediante una acción colectiva como instrumento que el ordenamiento jurídico pone a su disposición⁴¹. Por lo demás, el TS en la reciente sentencia de 8 de septiembre de 2014 no se ha pronunciado a favor de la retroactividad de la declaración de nulidad en un supuesto en que se habían acumulado ocho acciones individuales, pero al no entrar en dicha cuestión, por haberse aquietado la parte demandante con la irretroactividad declarada en primera instancia⁴², no se puede considerar que nuestro Alto Tribunal pretenda cambiar el criterio que mantuvo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en que, por cierto, tampoco se había acumulado a la acción de cesación la pretensión de restitución de las cantidades que se hubiesen percibido indebidamente ex art. 12.2 de la LCGC y, sin embargo, el TS se pronunció al respecto.

Por nuestra parte no compartimos dichos postulados; de hecho, la injusticia de declarar la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo se refleja en que algunos órganos judiciales están adoptando como medida cautelar la suspensión de su aplicación durante la tramitación del procedimiento⁴³. Para fundamentar su decisión esgrimen que según la LEC son medidas cautelares no sólo aquellas que por su contenido y finalidad sirven para el aseguramiento de una eventual ejecución forzosa, sino cualquier tipo de medida que haga posible la efectividad de la tutela declarativa y, que asegure la efectividad de los pronuncia-

³⁹ AAP de Burgos, Sección 2.ª, 15/2014, de 28 de enero, recurso 328/2013 (SP/AUTRJ/748648).

⁴⁰ SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 10 de febrero de 2014, rec. 549/2013. Nº de Sentencia: 83/2014. LA LEY 9674/2014.

⁴¹ Cfr. A. AGÜERO ORTIZ, "Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos", *Centro de Estudios de Consumo*. www.uelm.es/centro/cesco.

⁴² Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 464/2014 de 8 Sep. 2014, Rec. 1217/2013. Nº de Sentencia: 464/2014. LA LEY 143790/2014: "Por otra parte, también conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen jurídico aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando, por tanto, firme".

⁴³ Son diversos los Juzgados que han acordado una medida cautelar de este tipo: Autos de los Juzgados de lo Mercantil Núm. 1 bis de Málaga 115/2014, de 28 de enero, recurso 97001/2013; Núm. 1 de Sevilla, 567/2013, de 28 de octubre, Núm. 1 de Cádiz, de 24 y de 26 de febrero de 2014.

Se deniega la adopción de dicha medida cautelar en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, 452/2013, de 4 de diciembre, Recurso 540/2013: "en el caso contemplado, en el que por la entidad peticionaria de la medida cautelar se indica que su propósito es interponer demanda contra el Banco prestamista en pretensión de la anulación de la "cláusula suelo" contenida en el contrato de préstamo hipotecario, la solicitud de suspensión de la aplicación de la cláusula suelo en la liquidación de los intereses del préstamo se ofrece mayormente como una anticipación de las consecuencias resultantes de una decisión estimatoria de la demanda del pleito principal que no como una garantía de la efectividad del fallo, en atención, por lo demás, a la cuestionada solvencia de la entidad bancaria. En consecuencia, cabe ratificar el criterio de la falta de concurrencia del requisito del "periculum in mora" de la resolución impugnada, aún cuando no se comparta el argumento de la pretensión de la alteración de la situación de hecho consentida por la solicitante durante largo tiempo (consistente en la tolerancia en la aplicación de la cláusula suelo por el Banco), por cuanto ha sido tras las recientes resoluciones judiciales sobre la declaración de nulidad, por abusiva, de dicha cláusula y su repercusión mediática cuando se ha planteado la solicitud de las medidas cautelares".

mientos meramente declarativos o constitutivos, así como las medidas que no son de mero aseguramiento sino anticipatorias del contenido de lo que se pretenda en el proceso⁴⁴. De todos modos, también se ha dicho que en estos casos no se cumplen los presupuestos para adoptar una medida cautelar dado que no concurre su finalidad principal, cual es evitar que si la parte demandada resulta condenada no pueda sustraerse al cumplimiento de la eventual condena dado que, si se secunda el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013, ni siquiera se le va a condenar a devolver cantidad alguna cuyo pago se deba asegurar⁴⁵.

3. INTERESES MORATORIOS

3.1. Problemática respecto de su plazo de prescripción

El plazo de prescripción de los intereses moratorios mantiene dividida a la jurisprudencia menor y a la doctrina, sin que tampoco el TS haya mostrado una posición clara:

Algunas resoluciones⁴⁶ y parte de la doctrina⁴⁷ consideran que el plazo de prescripción de los intereses moratorios debe ser el mismo que el de los remuneratorios, dado que no cabe realizar distinción entre estos dos tipos de intereses, pues los moratorios también son compensatorios, puesto que compensan al acreedor del uso del dinero entregado y, en puridad, la única diferencia es que exigen la constitución en mora del deudor, por lo que no es tanto el origen de la deuda de intereses, su función económica o la naturaleza retributiva, rentual o indemnizatoria por retraso en el cumplimiento de la obligación la que debe tomarse en consideración a los efectos de la prescripción, como la naturaleza accesoria de la deuda de intereses y su periodicidad en el pago (notas que se estiman concurrentes en los retributivos y de demora), de modo que el plazo de prescripción debe ser el mismo para los intereses remuneratorios y moratorios. Por el contrario, un sector mayoritario de resoluciones⁴⁸ considera que los intereses moratorios prescriben a los quince años conforme al art. 1964 del CC, atendida su distinta naturaleza y función económica, pues mientras que los intereses remuneratorios se devengan como retribución o rendimiento del dinero, configurándose, por tanto, como pagos periódicos, los intereses moratorios suponen una indemnización por el retraso (mora) en el cumplimiento de una obligación de pago de una cantidad de dinero, anunciando un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto.

⁴⁴ Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Sevilla, 567/2013, de 28 de octubre,

⁴⁵ Cfr. D. GIMÉNEZ GLUCK, “La suspensión cautelar de la clausula suelo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 880/2014, BIB 2014/592.

⁴⁶ SSAP de Madrid, Sección 14ª, de 17 Abr. 2001, rec. 1609/1998; Madrid, Sección 14ª, de 31 Oct. 2006, rec. 253/2006. N° de Sentencia: 665/2006; AAP de Madrid, Sección 14ª, de 16 Ene. 2008, rec. 488/2007. N° de Auto: 7/2008.

⁴⁷ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores... cit.*, pp. 83 y ss. H. DÍEZ GARCÍA, “Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos” ... *cit.* pp. 233 y 246.

⁴⁸ SSAP de Valencia, Sección 7ª, de 12 Abr. 2006, rec. 100/2006. N° de Sentencia: 234/2006; Huelva, Sección 2ª, de 20 Mar. 2012, rec. 278/2011. N° de Sentencia: 51/2012; Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 14 Sep. 2012, rec. 430/2012. N° de Sentencia: 423/2012; Madrid, Sección 25ª, de 10 Sep. 2013, rec. 999/2012. N° de Sentencia: 362/2013.

El Tribunal Supremo ha venido secundando este último criterio desde antiguo⁴⁹; el problema es que en la sentencia de 23 de septiembre de 2010 (recurso Núm. 578/2010), parece cambiar de opinión considerando que la prescripción de los intereses moratorios a los quince años, “no deja de ser harto discutible”. De todos modos, no se puede obviar que dicha declaración presenta carácter de obiter dicta y tampoco nuestro Alto Tribunal llega a afirmar que prescriban a los cinco años.

La prescripción corta del art. 1966.3º del CC fue establecida como medida protectora frente al deudor, por lo que a nuestro juicio no puede extenderse a otros intereses como los moratorios que se devengan en situaciones de incumplimiento y que obedecen a una conducta del deudor jurídicamente censurable. Tampoco se puede aceptar el argumento de que no hay apenas diferencias entre estos dos tipos de intereses, ya que estas son muy numerosas, pues los intereses moratorios ni siquiera ostentan la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena cuya finalidad es indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones; por lo que permitiéndose que su tipo sea mucho más elevado que el de los intereses remuneratorios, resulta lógico en nuestra opinión que dicho régimen más severo también se refleje en que su plazo de prescripción sea más largo (15 años) dado que atienden al concepto de daño causado al acreedor.

No obstante, y sin perjuicio de lo antedicho, la prescripción de los intereses remuneratorios influye en los moratorios, pues conforme al principio general “accessorium secuitur principale”, estando prescrita la obligación de pagar intereses remuneratorios, estos no pueden dar lugar a intereses moratorios por su impago, cuando así procediera, o cuando entre las partes hubiera mediado un pacto de anatocismo⁵⁰; tampoco estando prescrito el principal pueden devengarse intereses por tener estos carácter accesorio.

3.2. Declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios

A. Tipo de interes que se debe considerar abusivo

Dado el carácter sancionador de los intereses de demora se considera que no se puede analizar si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos o usurarios, ni encuadrarlos en la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908⁵¹, aunque alguna resolución la ha considerado de aplicación⁵² y parte de la doctrina se muestra a favor⁵³.

De todos modos, lo antedicho no supone que los intereses moratorios no se puedan declarar abusivos y a este respecto el art. 85.6 del TRLCU califica como abusivas las cláusulas que impo-

⁴⁹ SSTS de 24 de mayo de 1918; 20 de febrero de 1925; 3 de junio de 1932, 14 de marzo de 1964; 17 de marzo de 1994, recurso Núm. 1346/1991; 17 de marzo de 1998, recurso Núm. 89/1994; 30 de enero de 2007, recurso Núm. 1416/00; 23 de septiembre de 2008 y de 26 de enero de 2009.

⁵⁰ STS de 26 Ene. 2009, rec. 1721/2004. N.º de Sentencia: 35/2009.

⁵¹ SSTS de 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009, N.º de Sentencia: 430/2009. N.º de Recurso: 2586/2004. LA LEY 104370/2009.

SSAP de Alicante, Sec. 7.ª, 207/2006, de 26 de abril, recurso 311/2005; Granada, Sec. 4.ª, 372/2013, de 8 de noviembre, recurso 325/2013.

⁵² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 May. 2002, rec. 3708/1996. N.º de Sentencia: 422/2002, LA LEY 4875/2002: «... ha de advertirse que por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 Jul. 1908, que se refiere en el art. 1.º a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza».

⁵³ Cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores ... cit.* Pág. 80.

nen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumple sus obligaciones. El problema es que no existe un criterio uniforme en nuestros tribunales acerca del porcentaje de interés de demora que se puede considerar desproporcionado en los préstamos con garantía hipotecaria⁵⁴.

En la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona celebrada en fecha 4 de abril de 2013 se acordó que en los préstamos y créditos hipotecarios se puede considerar abusivo el interés de mora cuando sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero vigente a la fecha de contratación, salvo si el interés remuneratorio es superior a dicho límite, en cuyo caso se estimará abusivo el interés de mora que supere en dos puntos el remuneratorio, sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de cada Juez para estimar otros límites.

La Junta de Secciones Civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013 acordó por mayoría que en los contratos con consumidores se pueden considerar abusivos los 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 considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa⁵⁵.

Respecto de las hipotecas para la adquisición de vivienda habitual que recaigan sobre la misma vivienda, el art. 114.3 de la LH (reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo) previene que los intereses de demora *no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y que sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. El problema que suscita el art. 114.3 es que acota su ámbito de aplicación a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria, pues aunque bien es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 y la Disposición Transitoria 2ª se refieren genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar si se circunscriben a operaciones para su adquisición, ello no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del art.114 de la LH que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación, debiendo considerarse que lo preceptuado en dicho precepto no*

⁵⁴ Los pronunciamientos de nuestros tribunales son dispares, así mientras que en la Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 11.ª, 780/2012, de 27 de diciembre, recurso 519/2012, no se considera abusivo un interés de demora de un préstamo de un 25%, la Sentencia de la AP de Castellón, Sec. 3.ª, 633/2012, de 28 de diciembre, recurso 594/2012, considera abusivo el interés de demora del 24,60 euros TAE anual fijado en un contrato de crédito al consumo. En la SAP de Barcelona, Sec. 17.ª, 209/2009, de 30 de marzo, recurso 210/2008, se considera cláusula abusiva la de un préstamo bancario con unos intereses de demora de un 29%. La SAP de A Coruña, Sec. 4.ª, 359/2009, de 21 de julio, recurso 672/2008, determina como abusivo el interés de demora del 24% anual establecido en un contrato de tarjeta de crédito. En la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, 400/2012, de 11 de octubre, recurso 405/2012, se consideran abusivos los intereses de demora estipulados en un contrato de préstamo de un 18,5% anual; no obstante, la SAP de Madrid, Sec. 10.ª, 259/2010, de 12 de mayo, recurso 187/2010, concluye que el interés de demora pactado de 18,75% no es calificable de desproporcionado por elevado, pues pueden existir razones que lo justifiquen como los particulares riesgos asumidos por el acreedor en el caso de que se produzca un retraso en el pago; sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Núm. 3 de Barcelona de de 2 de mayo de 2013, recurso 13/2011, estima que el interés de demora pactado en un préstamo hipotecario de un 18,75% debe considerarse abusivo y la SAP de Madrid, Sección 28.ª, de 26 Jul. 2013, rec. 161/2012. N.º de Sentencia: 242/2013. LA LEY 135133/2013 considera abusivo un interés de demora del 19%. En la AP Alicante, Elche, Sec. 9.ª, 50/2014, de 5 de febrero. Recurso 664/2013 se considera que el interés moratorio de 14,40 anual no es abusivo ni desproporcionado.

⁵⁵ En similares términos: SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 13 Jun. 2013, rec. 549/2012. N.º de Sentencia: 182/2013 “Esta Audiencia Provincial, en pleno no jurisdiccional entendió que se consideraba abusivo el interés de demora superior al 20%, criterio que lógicamente ha de adaptarse la nueva normativa y con ello acudir al establecido en la misma en el sentido de que no sea superior al triple del interés legal del dinero”.

*puede se aplicado a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulado*⁵⁶.

Por lo demás, según el art. 4 del Real Decreto-Ley de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% sobre el capital pendiente del préstamo.

B. La dudosa posibilidad de integrar la cláusula de intereses moratorios cuando los pactados se han declarado abusivos

El mayor problema que plantean los intereses de demora es que, declarada su abusividad, no queda claro si pudiera ser posible aplicar algún tipo de interés por este concepto, habida cuenta de que el TJUE no permite integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas. En este sentido, la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) declaró la incompatibilidad del entonces vigente art. 83 del TRLCU -que permitía dicha integración- con el art. 6.1 de la Directiva 93/13⁵⁷, dado que si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, puesto que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario. El acatamiento de dicha doctrina originó la reforma del mentado art. 83 del TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que actualmente reza en los siguientes términos: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

Con base en dichas consideraciones, son muchos los órganos judiciales que cuando declaran nula la cláusula de intereses de demora la excluyen sin más del contrato considerando inaplicable cualquier otro tipo de interés⁵⁸.

⁵⁶ RRDGRN de 25 de abril de 2014 LA LEY 69103/2014; 26 Nov. 2013 LA LEY 203411/2013.

⁵⁷ El art. 83 del TRLCU, en su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en su primer apartado establecía: «*la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva*». Asimismo, en el segundo apartado del mismo precepto predicaba que «*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*».

⁵⁸ AAP de Castellón, Sec. 3.^a, 290/2013, de 18 de diciembre. Recurso 455/2013: «*... El criterio de esta Sala es que frente a la norma invocada, Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2003 de 14 de mayo, debe prevalecer el contenido de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, en el sentido que ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de forma que en cuanto a los intereses de demora, si la cláusula que los impone es declarada abusiva, no cabe aplicar un intereses inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada*».

No obstante, esta solución se ha puesto en entredicho⁵⁹, pues si se lleva hasta el extremo de entender que no se debe abonar interés alguno se está favoreciendo el incumplimiento de la obligación. En este sentido, se ha propuesto que sería más conveniente adoptar una solución similar a la contemplada en el art. 815.3 de la LEC, en sede de juicio monitorio, de manera que el Juez rebajara la cantidad prevista para dicho concepto, concediendo al acreedor un plazo de diez días para que manifestare si acepta la rebaja⁶⁰. Asimismo, *se alega que la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, reviste naturaleza de cláusula penal y, por tanto, es susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el art. 1154 del CC*⁶¹.

También se defiende que pudiere ser oportuno rebajar los intereses hasta los límites que prevé el art. 114 de la LH (en la redacción dada por la Ley 1/2013) que dispone que en los préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero⁶². En pro de esta interpretación se alega lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 que prevé que en los procedimientos de ejecución o de venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de dicha ley en que se hubiera fijado ya la cantidad por la que se despacha ejecución o por la que se procede a la venta extrajudicial, el Secretario Judicial o el Notario habrán de conferir traslado al ejecutante por plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el art. 114 de la LH. El problema de esta Disposición Transitoria es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que haya existido una declaración de nulidad de la cláusula sino los supuestos en que se hu-

AAP de Barcelona, Sec. 14.ª, 561/2013, de 29 de noviembre. Recurso 731/2012: *«En el presente caso, se trata de un préstamo al consumo en el que se fijó un interés de demora del 2% mensual, es decir un 24% anual. Por tanto la cláusula de interés de demora ha de ser considerada abusiva y por ello nula, en aplicación del art. 83.1 del repetido texto refundido. La consecuencia ha de ser la supresión pura y simple del interés de demora, sin que proceda la fijación de otro interés de demora alternativo, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentada en su sentencia de 14/06/2012»*.

En el mismo sentido:

SSAP de Alicante, Sección 9ª, de 9 Jul. 2012, rec. 841/2011. N° de Sentencia: 440/2012. LA LEY 138716/2012; Valencia, Sección 11ª, Sentencia de 30 Sep. 2013, rec. 700/2012. N° de Sentencia: 445/2013. LA LEY 173451/2013.

J.M. RUIZ-RICO RUIZ y Y. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores ... cit.*, Pág. 232. En opinión de estos autores, excluida la cláusula de intereses moratorios del contrato, el acreedor siempre podrá acudir a un juicio declarativo para su integración.

⁵⁹ Véase en este sentido: «Jornada sobre repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio», celebrada en Madrid el 8 de mayo de 2013 y dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS.

⁶⁰ Cfr. V. GIMENO SENDRA, "Las cláusulas abusivas", *Diario La Ley*, N.º 8116, Sección Doctrina, 1 Jul. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 3286/2013

⁶¹ EL TS en la Sentencia núm. 578/2010 de 23 septiembre, declaró abusiva la cláusula que imponía un interés moratorio del 29% anual, minorándolo mediante la aplicación de un interés moratorio, anual, equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

En similares términos: Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Marchena, de 16 agosto 2013, proc. 126/2013. LA LEY 126880/2013: *«De ahí, que es discutible que tal cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, cuando se aplican al total del préstamo vencido, no revista naturaleza de cláusula penal y por tanto susceptible de ser moderada judicialmente de conformidad con el art. 1154 del CC, debiéndose tener en cuenta específicamente para reputar o no proporcional un tipo de interés de demora, la consabida improbabilidad de que el consumidor pueda devolver de inmediato toda la cantidad prestada y en origen aplazada, y que esta obligación de restitución está a merced de la facultad del acreedor de dar por vencido anticipadamente el préstamo»*.

⁶² Véase Junta de Jueces de 1.ª Instancia de Murcia de 12 de abril de 2013 en que se propugna la aplicación del tipo reducido del art. 114 LH.

biere fijado ya la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución o la venta extrajudicial del bien hipotecado, por lo que algunos órganos judiciales⁶³ se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora no puede ser el traslado al acreedor para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que prevé la D.T. 2.^a sino que las cantidades reclamadas por dicho concepto deberán sin más excluirse y en estos mismos términos se pronuncia parte de la doctrina⁶⁴ que considera que a raíz de la reforma del art. 83 del TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, el texto de la D. T. 2.^a de la Ley 1/2013 no puede interpretarse como permisivo de la reducción de los intereses moratorios.

De todos modos, en sentido contrario está adquiriendo fuerza la tesis que considera que cuando se declaran nulos los intereses moratorios lo oportuno es aplicar el interés legal que prevé el art. 1108 del CC, según el cual *«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 el interés legal»*. En pro de esta tesis se alega que dicho precepto no sólo se debe considerar aplicable a todas las obligaciones de entrega de capital en que no haya interés pactado, sino también a los casos en que este se hubiera declarado abusivo, lo que se funda en la confusa distinción histórica de las figuras de la inexistencia y la nulidad, considerando que el precepto carecería de sentido si sólo estuviera previsto para supuestos de inexistencia⁶⁵. En este sentido, en el Pleno de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de junio de 2013 con el fin de unificar criterios se consideró que *«en los supuestos en que se proceda, por considerar la cláusula de interés de demora abusiva, a la exclusión de la aplicación de dicha cláusula al consumidor, y sin que ello signifique integración o moderación alguna, se aplicará la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, el art. 1108 CC, de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero»*⁶⁶ y en similares términos la AP de Girona, Sec. 1.^a, 396/2013, de 23 de octubre, recurso 434/2013 considera que: *«En definitiva, el precitado art. 83 LGDCU deberá interpretarse, como correctamente se hace en la instancia, en el sentido que las facultades de integración que en el mismo se contienen tan solo pueden ejercerse en favor del consumidor, pero no en favor de la entidad de crédito y, consecuentemente, una vez declarada nula, deberá tenerse por no puesta, resultando de aplicación las previsiones contenidas en los arts. 1100 y 1108 CC»*. Asimismo, en el Auto de la Sección 1.^a de la AP de Cáceres de 22 de octubre de 2014 aunque se considera apropiada la aplicación del art. 1108 del CC en caso de que los intereses de demora se declaren abusivos, se estima que para ello es precisa una expresa petición de la parte ejecutante.

Por lo demás, merece especial mención otro Auto de la Sección 1.^a de la AP de Cáceres de fecha 16 de octubre de 2014, en el cual, aun partiendo de la base de que no pueden ser moderadas las cláusulas de intereses moratorios, considera procedente la admisión de una demanda ejecu-

⁶³ SAP Girona, Sección 1.^a, 111/2013, de 19 de marzo, recurso 13/2013, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Barcelona, Núm. 3, de 2 de mayo de 2013 (recurso 13/2011); Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013 (dictado en la ejecución hipotecaria 418/2012).

⁶⁴ Cfr. C. BALLUGERA GÓMEZ, "Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general", *Diario La Ley*, N.º 8330, Sección Doctrina, 11 de junio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY, LA LEY 3414/2014.

⁶⁵ Cfr. G. SOLER SOLÉ, A. SERRA RODRÍGUEZ, P. IZQUIERDO BLANCO y I. FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, Pág. 154.

⁶⁶ SAP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.^a, 859/2013, de 30 de diciembre, recurso 686/2012.

También se pronuncia en este sentido: GONZÁLEZ CARRASCO, C. «STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad». *Centro de Estudios de Consumo*. www.uelm.es/centro/cesco. Pág. 8. En opinión de esta autora *«dicha nulidad del pacto de intereses podría encontrar respuesta en el art. 1108 del CC (aplicación del interés legal) puesto que su aplicación no supone un mecanismo de integración (prohibido por el Derecho Comunitario) sino norma de derecho dispositivo aplicable a la laguna contractual»*.

tiva en que la entidad ejecutante renuncia a aplicar el interés moratorio pactado del 23% y, conforme a lo previsto en el art. 114.3 de la LH, efectúa la liquidación de los intereses moratorios al 12%, estimando que no se trata de una moderación del tipo de interés fijado en el título por parte del tribunal al haber sido el propio ejecutante quien, en su demanda ejecutiva ha renunciado a reclamar el interés de demora fijado en el título del 23%, por otro acomodado a las prescripciones establecidas por la Ley de 14 de mayo de 2013.

La cuestión se revela tan problemática que varios Juzgados ya han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE:

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Marchena, por Auto de 16 agosto de 2013 (proc. 126/2013)⁶⁷ ha preguntado a la Corte de Luxemburgo si un Juez Nacional que aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios puede proceder a declarar la nulidad de dicha cláusula o, por el contrario, debe moderar la misma dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses. En dicha cuestión prejudicial también se plantea si la mentada D.T.2.^a de la Ley 1/2013, al imponer de forma implícita al órgano jurisdiccional la obligación de moderación de una cláusula de interés moratorio, contraviene el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

En parecidos términos, se han interpuesto cuestiones prejudiciales por el Juez de Primera Instancia Núm. 2 de Santander en Auto de fecha 13 de noviembre de 2013⁶⁸ y por el titular del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Miranda de Ebro en Auto de fecha 17 de febrero de 2014⁶⁹.

⁶⁷ LA LEY 126880/2013.

⁶⁸ El Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Santander plantea ante el TJUE las siguientes cuestiones: 1) *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 que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional?; y 2) cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado ¿debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo para instar la ejecución previsto en la norma nacional?*

⁶⁹ El titular del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción n.º 1 de Miranda de Ebro ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre las siguientes cuestiones:

¿Los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma, como la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013, que prevé, en todo caso, una reducción del tipo de interés de demora, con independencia de que la cláusula de intereses moratorios fuera inicialmente nula por abusiva?

¿Los arts. 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma nacional, como el 114 LH, que solo permite al Juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal y no otras circunstancias?

¿Los arts. 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una norma nacional, como el 693 LEC, que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor, salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual de éste?