

## INTERESSOS DE DEMORA I ALTRES POSSIBLES CLÀUSULES ABUSIVES: IMPOSSIBILITAT DE MODERAR-LOS SI SÓN DECLARATS ABUSIUS

Ángel Serrano de Nicolás  
*Notari de Barcelona*  
*Professor associat de dret civil*  
*Universitat Autònoma de Barcelona*

*A Jesús M. Sánchez García,*  
*per la seva dedicació ben matinera a aquesta*  
*i altres matèries mitjançant Familex*

### Resum

Prenent com a punt de partida la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona de 15 de desembre de 2014, aquest treball examina la fixació d'interessos de demora, el pacte de venciment anticipat per incompliment i la liquidació unilateral per part del prestador del deute impagat.

**Paraules clau:** clàusules abusives, interessos de demora, deute impagat, protecció de consumidors, anatocisme.

INTEREST FOR LATE PAYMENT AND OTHER POSSIBLE UNFAIR TERMS:  
THE IMPOSSIBILITY OF MODERATING THEM IF THEY ARE DECLARED  
TO BE UNFAIR

### Abstract

Taking as the starting point the judgement of the Provincial Court of Barcelona which was passed on 15 December 2014, this study analyses the setting of interest for late payment, the use of acceleration clauses in contracts and the unilateral establishment by the lender of the amount of the unpaid debt.

**Keywords:** unfair terms, interests for late payment, unpaid debt, consumer protection, compound interest.

1. PRELIMINAR: UN PAS MÉS EN L'ASSUMPTE M. AZIZ, AMB LA SENTÈNCIA DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (SECCIÓ QUINZENA) 407/2014, DE 15 DE DESEMBRE

Dins de l'evolució del ja fa temps cèlebre assumpte M. Aziz *versus* Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (avui, Catalunya Banc, SA),<sup>1</sup> s'ha fet un nou pas endavant —encara que amb un vot particular en matèria d'interessos de demora declarats abusius— amb la Sentència número 407/2014, de 15 de desembre, de l'Audiència Provincial de Barcelona (SAP) (Secció Quinzena), en què queden de moment resoltes (és cert que per a aquest assumpte concret, però, d'altra banda, idèntic a tantíssims altres) la liquidació unilateral pel prestador del deute impagat, la clàusula de venciment anticipat per incompliment d'una sola quota i, finalment, la meritació dels interessos de demora.

Abans d'entrar en les qüestions que plantegen els interessos de demora, exposarem les altres dues qüestions que resol aquesta SAP (i també la Interlocutòria 317/2014, de 22 de desembre, de l'Audiència Provincial de Girona (Secció Primera); d'ara endavant, IAPG).

1.1. EL PACTE DE LIQUIDACIÓ UNILATERAL

El pacte de liquidació unilateral no és abusiu com a tal, ja que —com diu la IAPG— la liquidació no ha de ser difícil si en cada rebut s'assenyala el que faltava per pagar i, a més, la liquidació està garantida per un notari, al costat de la notificació al deutor (cf. art. 685 de la Llei d'enjudiciament civil [LEC] i la seva remissió als art. 573 i 574 LEC). Per tant, com precisa la SAP, caldria distingir entre la nul·litat del pacte «en si mateix» (per abusiu) i la seva mala aplicació per l'entitat creditora. A més, la SAP precisa que el pacte incorporat al contracte «no suposa una altra cosa que una simple translació al contracte de la norma legal [art. 572.2 LEC]» (par. 63 dels fonaments jurídics [FJ]) i que s'ha de distingir entre *contractes de crèdit*,<sup>2</sup> que per la seva pròpia naturalesa requereixen la liquidació oportuna —en la forma prevista per la llei o pactada—, atès que el que serà exigible és el resultat del conjunt d'operacions que «no

---

1. Vegeu, a aquest efecte, per a les qüestions inicials que es van plantejar i les possibles solucions, À. SERRANO DE NICOLÁS, «La Sentència de la Sala Primera del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (assumpte C-415-11, M. A. *versus* Catalunya Caixa): la seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 14 (2014), p. 119-134, esp. p. 130-131.

2. Cal assenyalar que els productes coneguts com a crèdit obert, crèdit total o altres crèdits d'estructura similar, no són un préstec ni tampoc un contracte de compte corrent de crèdit, si més no bilateral, però sí que estan necessitats de liquidació perquè es pot haver fet més d'una disposició, fins i tot sense reflex registral. Vegeu F. J. GÓMEZ GÁLLIDO, «Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca», a *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 803-830.

estaven previstes de forma anticipada», i *contractes de préstec*, en els quals ja «s'han previst inicialment totes les amortitzacions» (sense poder-se tornar a utilitzar allò ja disposat).<sup>3</sup> Per això, prossegueix la SAP, la jurisprudència «ha vingut exonerant de la necessitat de la liquidació unilateral per part de l'entitat bancària [a] les operacions de préstec, excepte en el cas que les parts haguessin pactat la liquidació» (par. 64 FJ). En conseqüència, aquesta exoneració no pot considerar-se «un privilegi del Banc», ja que ni tan sols la necessitava per a la seva execució, sinó que és «una garantia addicional per al deutor que després de l'incompliment veu reforçada la seva posició amb la necessitat que el Banc formalitzi la liquidació i la hi notifiqui, tal com exigeix el paràgraf 2º de l'article 572.2 LEC».<sup>4</sup> Aquesta distinció entre crèdit (contracte consensual) i préstec (contracte real) també és rellevant (encara que es pretengui difuminar l'existència de contractes reals) a l'efecte de la preferència per l'ordre d'antiguitat de les dates, ja que no és el mateix que sigui preferent per raó de l'escriptura en què es va concertar, com seria el cas del préstec hipotecari (en estar ja inicialment fixat el deute), que que ho sigui per la data de la liquidació, com resulta en el crèdit, ja que fins a aquest moment no hi ha quantitat determinada, a l'efecte de l'article 1924.3, últim paràgraf, del Codi civil (CC).<sup>5</sup>

## 1.2. EL PACTE DE VENCIMENT ANTICIPAT

El pacte de venciment anticipat requereix tant tenir present la legislació vigent en el moment d'aplicar-se (és a dir, l'anterior a l'entrada en vigor de la Llei 1/2013),<sup>6</sup> com determinar si representa una excepció injustificada a les regles generals del dret

3. És un fidel reflex d'això la reforma operada per l'article 13.2 de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, en l'apartat 3 de l'article 4 de la Llei 2/1994, de 30 de març, de subrogació i modificació de préstecs hipotecaris, i l'aclariment que per a la seva aplicació representa la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) de 4 de febrer de 2013, encara que solament sigui per la possibilitat d'ampliar el termini (si roman inalterada la xifra de responsabilitat) sense necessitat del consentiment dels titulars dels drets anotats.

4. La mateixa IAPG també preveu, amb consideració expressa de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 14 de març de 2013 (assumpte Aziz), que la liquidació pot ser unilateral, atesa la intervenció notarial, si bé, a més que s'ha de realitzar conforme als pactes, ha de ser «clara i senzilla, fàcil de comprendre per l'executat», a part que s'ha de comunicar al deutor i fiador, per la qual cosa ni causa indefensió ni impedeix que pugui al·legar-se cap error de càlcul o pluspetició. I també considera, cosa que és encara més rellevant, que si els interessos de demora són declarats abusius, s'haurà de recalcular el deute.

5. A aquest efecte, vegeu la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 30 d'octubre de 1995 i una ressenya jurisprudencial més àmplia, en què no queda sempre clara la distinció entre préstec i crèdit, just per raó de la liquidació, a J. M. CAVALLER LOZANO, «Sub art. 1924», a M. PASQUAU LIAÑO (dir.), *Jurisprudència civil comentada*, t. II, Granada, Comares, 2000, p. 3395-3396.

6. No considera abusiu el venciment anticipat per l'impagament d'una sola quota (en dates ben properes), fet que reflecteix l'estat jurisprudencial del moment, la STS de 16 de desembre de 2009.

intern.<sup>7</sup> No obstant això, si s'exercita sense que hi hagi un incompliment substancial greu, ha de considerar-se abusiu. I, en aquest cas, això no pot sanar-ho unilateralment l'entitat bancària creditora esperant, per a executar-lo, que transcorrin tres o més quotes impagades (d'altra banda, això succeïa generalment). En conseqüència, atesa la impossibilitat de sanar el que és abusiu (par. 75 FJ), la clàusula de venciment anticipat, amb tal redacció de possible venciment anticipat amb una sola quota impagada, encara que s'executi després de l'impagament de tres o més quotes, «segueix sent abusiva i, per tant, la seva utilització no és possible com a fonament de la resolució anticipada».<sup>8</sup>

Ara bé, com destaca el mateix paràgraf 76 dels fonaments jurídics, la impossible moderació de les clàusules abusives de venciment anticipat no impedeix en absolut l'aplicació de l'article 1124 CC (ja que seria una causa diferent i implícita en tot contracte amb obligacions recíproques), perquè és raonable pensar que el comportament reiterat del deutor «és indicatiu de la frustració dels drets de l'adversa [és a dir, l'entitat creditora]».<sup>9</sup> Per tant, en efecte, no pot donar-se per vençut el deute per aplicació

7. Vegeu, a aquest efecte, la Interlocutòria del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) (Sala Primera) de 14 de novembre de 2013, si bé no s'ha d'oblidar —a l'efecte de no poder considerar aquest venciment en si (una altra cosa és com s'articula) com una excepció— l'existència de l'art. 1124 CC, en què es considera com un pacte implícit, en totes les obligacions recíproques, la facultat de resoldre el contracte quan hi ha un incompliment substancial greu (el problema seria, en tot cas, determinar quan es dona aquest incompliment substancial greu).

8. La IAPG, per a la situació actual i després de la reforma operada per la Llei 1/2013, al costat de la reforma de l'art. 693 LEC, sembla que vol admetre el venciment anticipat amb al·lusió als usos del comerç (l'aplicació del qual als consumidors seria molt discutible, just perquè ambdues parts no són comerciants i del sector, per la qual cosa res no indica que el consumidor hagi de conèixer-los i encara menys acceptar-los, ni tan sols implícitament, ni que es puguin utilitzar com a element integrador). Encara que, finalment i després de considerar contrària a la jurisprudència i al dret contractual europeu la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, el que és rellevant, atès que s'ha d'acudir a l'art. 1124 CC, és determinar quan hi ha incompliment greu, i aquí no pot valorar-se únicament el fet que siguin dues, tres o més quotes impagades, sinó que s'ha de valorar el que s'ha pagat, el que hi ha pendent i, en resum, el conjunt del contracte en si, per a —en el cas concret— rebutjar el que pugui donar-se per vençut anticipadament. No obstant això i atesa la disparitat de solucions encara existent, la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció Divuitena) de 15 de setembre de 2014 sí que considera aplicable la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013 als préstecs concedits anteriorment, la immensa majoria dels quals, d'altra banda, ara estan en execució.

9. A aquest efecte i per a valorar quan un pacte (entre els quals pot incloure's el de venciment anticipat) pot ser abusiu per «desequilibri important» entre els drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte, la Interlocutòria del TJUE (Sala Primera) de 14 de novembre de 2013 precisa que «han de tenir-se en compte, en particular, les normes aplicables en dret nacional quan no existeixi un acord de les parts en aquest sentit. Mitjançant una anàlisi comparativa d'aquest tipus, el jutge nacional podrà valorar si —i, si escau, en quina mesura— el contracte deixa el consumidor en una situació jurídica menys favorable que la prevista pel dret nacional vigent», si s'aplica la clàusula que es pretén abusiva. A més, per a aquesta categoria del «desequilibri important», la STJUE (Sala Primera) de 16 de gener de 2014 indica que «no requereix necessàriament que els costos posats a càrrec del consumidor per una clàusula contractual tinguin una incidència econòmica important [...], sinó que pot resultar del sol fet d'una lesió suficientment greu de la situació jurídica en la qual aquest consumidor es troba, com a part en el contracte, en virtut de les dispo-

dels supòsits de venciment anticipat previstos contractualment i declarats (o susceptibles de ser declarats) abusius, però sí per incompliment per la via de l'article 1124 CC (una cosa és el *petitum* o resolució per incompliment substancial greu, i una altra cosa és la causa de demanar, que pot ser diferent per a uns mateixos fets, com recorda la mateixa SAP).

Així, la SAP fa una detinguda consideració sobre el principi de congruència en el procés civil espanyol des de l'òptica de la Directiva 1993/13 i de com han d'entendre's l'aplicació de la doctrina del TJUE sobre clàusules abusives i l'actuació d'ofici del jutge; sobre la impossible consideració que el *principi dispositiu* estigui derogat per raó de l'efectivitat del dret comunitari<sup>10</sup> i, com a concreció d'això, sobre el *principi d'efectivitat* que «exigeix un jutge actiu» (par. 30 FJ) però l'activisme del qual no pot anar més enllà —i «en la mesura del possible»— d'interpretar «el dret intern a la llum i lletra de la Directiva», que es concreta en el fet que l'inici de l'activitat jurisdiccional ha de ser a instàncies d'una part i, a més, en la «determinació de l'objecte del procés a través de l'expressió de la causa de demanar i el *petitum*».<sup>11</sup>

sicions nacionals aplicables, ja sigui en forma d'una restricció del contingut dels drets que, segons aquestes disposicions, li confereix aquest contracte, o bé d'un obstacle a l'exercici d'aquests, o també que se li imposi una obligació addicional no prevista per les normes nacionals», i és incumbència del jutge nacional valorar-ho d'acord amb «la naturalesa del bé o del servei que sigui objecte del contracte, considerant totes les circumstàncies concurrents en el moment de la celebració d'aquest contracte, així com totes les altres clàusules d'aquest».

10. A aquest efecte, aquesta SAP precisa que el principi dispositiu informa no només el dret espanyol, sinó «també el dret comunitari a través de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea i particularment del reconeixement en aquesta del dret de propietat privada (article 17), que inclou el dret d'acció. I també inclou el dret a un procés equitatiu, que exigeix entre els seus pressupòsits que es tracti d'un procés congruent i en el qual es respecti la contradicció efectiva».

11. Respecte de la causa de demanar i del *petitum* —vegeu els par. 31 i 32 FJ—, precisa que igual que és admissible entendre que els poders d'ofici del jutge (en la defensa del consumidor) «aconsegueixen la correcta interpretació de la petició feta per la part, la qual cosa pot portar a modificar el sentit literal de les peticions i substituir-les per altres més concordes a les veritables intencions de la demanda, i fins i tot que es puguin introduir pretensions accessòries, és a dir, pretensions que implícitament puguin considerar-se incloses en la demanda. En canvi, no considerem [diuen els dos magistrats que fan la majoria, J. F. Garnica Martín —ponent— i J. M. Ribelles Arellano, enfront del vot particular de R. Foncillas Sopena] admissible que els poders d'ofici del jutge civil es puguin estendre molt més enllà, fins a l'extrem de permetre-li modificar completament l'objecte del procés». I en el par. 35 FJ, quan la STJUE fa referència a l'«examen d'ofici», es refereix a l'«apreciació» d'ofici del caràcter abusiu d'una clàusula general, no pas a la «declaració» d'ofici de la seva nul·litat, cosa que resumeix el par. 41 FJ dient que quan el consumidor és part demandada, la possibilitat d'apreciar d'ofici la nul·litat, des de la perspectiva de l'acció exercitada, inclou la possibilitat de desestimar la seva pretensió, és a dir, la del demandant; i quan el consumidor és part demandant, cal admetre la demanda fins i tot sobre la base de raons diferents de les esgrimides en la demanda, «fins i tot en el cas que aquestes raons poguessin arribar a fundar causes de demanar diferents no invocades» [par. 42 FJ STJUE de 3 d'octubre de 2013 (C-32/12, cas Duarte Hueros), que va ometre sol·licitar de forma subsidiària la condemna a la reducció del preu]. Potser aquesta interpretació, una miqueta forçada per l'interès que va tenir el Jutjat Mercantil núm. 3 de Barcelona per alterar l'ordre de resoldre, cau en un sobreexcés d'adequació de la legislació i la jurisprudència comunitària al nostre sistema intern —per això la

## 2. IMPAGAMENT DE LES QUOTES DEL PRÉSTEC HIPOTECARI: PRETENSIONS IDÈNTIQUES PERÒ AMB CAUSA DE DEMANAR DIFERENT I ANATOCISME MERCANTIL CONVENCIONAL

Arribats a aquest punt, cal afirmar, com ha estat majoritàriament consolidat doctrinalment i jurisprudencialment, que el caràcter abusiu de les clàusules de venciment anticipat pot ser apreciat d'ofici pel jutge (en qualsevol moment del procés); que allò declarat abusiu no pot integrar-se ni moderar-se, encara que, al costat d'això, sí que són possibles «pretensions idèntiques però amb causa de demanar diferent», és a dir, no pot demanar-se el venciment anticipat encara que l'entitat creditora s'espera al fet que hi hagi impagades tres o més quotes (si s'havia pactat que podria donar-se per vençut unilateralment per l'entitat creditora amb una sola quota impagada), però sí que pot donar-se per resolt el préstec o el crèdit com a tal contracte per la via de l'article 1124 CC, encara que aquí haurà d'acreditar-se que l'incompliment és greu (sense que necessàriament hagi de considerar-se greu l'incompliment de tres quotes; bastaria pensar que s'han complert ja més de dues terceres parts de les quotes), i, si s'acredita, l'entitat creditora podrà demanar «el compliment o la resolució de l'obligació, amb el rescabament de danys i abonament d'interessos en tots dos casos».

Per a donar solució a tot això convé delimitar els interessos de demora dels remuneratoris, la qual cosa es farà tot seguit, i, alhora, precisar la impossible aplicació de l'article 1108 CC. Com que a aquestes dues qüestions m'hi referiré posteriorment, ara cal considerar, breument, l'anatocisme.

---

SAP recorre reiteradament al reconeixement dels principis ja dits als països del nostre entorn—, però el que ha de prevaler, i al qual cal adequar-se fins i tot encara que contradigui o relativitzi el nostre sistema processal, és el comunitari. Això sosté raonadament el vot particular, que arriba a afirmar «la relativitat que per a la jurisprudència europea presenten els principis estructurals del nostre dret intern, ja que la funció del jutge va més enllà de la prevista en l'article 429.1 LEC», per la qual cosa el moment en què —conforme a les sentències del TJUE de 4 de juny de 2009 (33), cas Panon, i 21 de febrer de 2013 (27), cas Banif Plus Bank— pot comprovar-se d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula general, fins i tot sense que el consumidor hagi de sol·licitar que s'anulli la clàusula, «pot ser el de l'inici del procés, durant el seu transcurs, abans de dictar sentència, en fase d'apel·lació (STJUE de 30/5/2013) i fins i tot de recurs de cassació (STS de 9/5/2013)»; allò rellevant no és l'actuació inicial del consumidor, sinó que, detectada l'abusivitat, d'ofici, pel jutge, amb col·laboració del consumidor o sense, sí que serà rellevant que pugui «no acollir-se al benefici de l'exclusió [...] apartats 28 a 36 de la STJU de 21/2/2013, Banif Plus Bank». En aquesta línia hi hauria també —a l'efecte de poder o no acudir i oposar en un ulterior judici declaratiu, per raó que no s'oposessin ni es poguessin oposar en el previ procés executiu— la STS 462/2014, de 24 de novembre. En resum, l'apreciació de l'abusivitat es fa d'ofici pel jutge, sense necessitat que ho insti o hi col·labori el consumidor —sigui quina sigui la seva posició, la de demandant o la de demandat—, encara que la seva conducta no pot ser indiferent una vegada s'ha apreciat judicialment l'abusivitat d'una determinada clàusula, per raó del principi de congruència i fins i tot —encara que difícilment ocorrerà quan es resolgui un préstec hipotecari— pel fet que la declaració de nul·litat per abusivitat pugui ser perjudicial per al consumidor.

Apareix ja indiscutida, des de fa temps,<sup>12</sup> la validesa i la possibilitat de pactar l'anatocisme, tant en les obligacions mercantils —com ara els préstecs hipotecaris concedits per la banca; art. 311 del Codi de comerç (CCom)— com en les civils.<sup>13</sup> No obstant això, i al marge de l'elevat import que pot aconseguir i la no clara delimitació de quina modalitat d'anatocisme s'ha d'aplicar,<sup>14</sup> encara caldria afegir que, com que el préstec és mercantil, l'anatocisme solament és possible si prèviament s'ha signat el pacte necessari (per remissió expressa de l'art. 1109.2 CC). A més, com que hi ha consumidor, la legislació del qual és d'aplicació preferent a la mercantil o civil (codificada o especial), no són possibles formes presumptes de consentir, ni es pot acudir als usos comercials, com tampoc a la integració per la via de l'article 1258 CC, ja que sembla clar que seria imposar al deutor una obligació contrària a la bona fe i la lleialtat contractual (atès que no l'ha pogut conèixer, i encara menys consentir expressament), i alhora no respectar el que, en l'àmbit contractual de protecció dels consumidors, sembla un principi informador en matèria de forma («formalisme de protecció» o neoformalisme): excloure el que no s'ha signat, i en aquest cas ni tan sols expressament o tàcitament consentit. Tampoc no seria admissible que la «meritació es produeixi pel simple fet del venciment. En això sí [continua el par. 98 FJ de la SAP] que hem de considerar nul el pacte. Per a poder ser reclamats, han d'haver-se reportat abans de la reclamació judicial o bé de la posterior liquidació que dels mateixos s'hagi practicat en el procés judicial d'execució».<sup>15</sup> A més, com assenyala el mateix article 319 CCom,

12. Vegeu, per tots, V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, Reus, 2012, p. 259-265, i abans M. MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret*, núm. 4 (2011), p. 1-59, esp. p. 30-41 (accessible a: <[http://www.indret.com/pdf/857\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/857_es.pdf)>), amb qui cal coincidir que, pel que fa a l'anatocisme mercantil, d'origen convencional, cal seguir els art. 317-319 CCom, ja que no es pot oblidar que els préstecs hipotecaris de les entitats bancàries són préstecs mercantils (art. 311 CCom), encara que estiguin garantits amb una hipoteca; i pel que fa a l'anatocisme legal, en les obligacions civils, l'art. 1109 CC l'admet «des que són judicialment reclamats, encara que l'obligació hagi guardat silenci sobre aquest punt. En els negocis comercials s'aplicarà el que disposa el Codi de comerç».

13. A aquest efecte, vegeu les resolucions de la DGRN de 16 d'octubre de 1908 i 19 de gener de 1996, i pel que fa a l'anatocisme judicial vegeu les resolucions de la DGRN de 28 de gener i 2 de febrer de 1998.

14. Exposa les seves tres modalitats M. MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, derecho español y Draft Common», p. 15-18, que distingeix entre l'anatocisme complex o de cúmul successiu (o interès compost), en què «cabal + interès» tornen a produir interès; l'anatocisme simple amb cúmul únic, en què aquesta tècnica «només és possible si el tipus de l'interès simple i el de l'anatocístic és el mateix»; i, finalment, l'anatocisme simple pur o sense cúmul, que «implica, precisament, separar els interessos vençuts impagats, formant ells mateixos un capital que genera, al seu torn, interessos. Aquí capitalitzar els interessos no significa incorporar-los al capital, sinó formar amb ells un capital autònom: són els interessos dels interessos».

15. Vegeu, a aquest efecte, V. L. MONTÉS PENADÉS, «Observaciones sobre capitalización de intereses en los préstamos mercantiles», a *Estudios de derecho bancario y bursátil: Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. II, Madrid, La Ley, 1994, p. 1894-1898, encara que, per la seva data, no considera específicament la legislació protectora dels consumidors, que altera substancialment algunes premisses, com ara la neces-



una vegada «interposada una demanda, no podrà fer-se l'acumulació d'interès al capital per exigir majors rèdits».

És conseqüència del que s'acaba de dir —juntament amb l'aplicació de l'art. 1288 CC i la regla del *favor debitoris*, al costat de la legislació protectora dels consumidors i la reguladora de les condicions generals de la contractació (cf. art. 5.1 de la Llei de condicions generals de la contractació [LCGC])— que si es dubta entre quina modalitat d'anatocisme escau aplicar, sembla imposar-se que únicament és admissible —i sempre amb el pacte escrit previ— la modalitat d'*anatocisme simple o sense cúmul*.<sup>16</sup>

### 3. INTERESSOS REMUNERATORIS I INTERESSOS DE DEMORA: IDÈNTICA NATURALESA, DIFERENT CAUSA D'ORIGEN I INCOMPATIBILITAT DE MERITACIÓ

Atès que es comparteix amb la SAP (per entendre que això no significa moderació) que el deutor hipotecari, encara que s'hagin declarat abusius els interessos de demora, haurà de satisfer a l'entitat creditora, pel capital prestat encara pendent de devolució —una qüestió al marge és la causa o fonamentació, que es tracta en l'epígraf següent—, els interessos remuneratoris pactats,<sup>17</sup> escau ara delimitar clarament els uns dels altres i concretar el moment en què s'originen els interessos de demora i la seva causa, així com la seva mateixa naturalesa i compatibilitat.

Dels interessos de demora cal dir que són tan interessos com els interessos remuneratoris (també anomenats *compensatoris*, *correspectius* o *ordinaris*), és a dir, tenen idèntica naturalesa d'interessos, derivada no només de la seva pròpia denominació, sinó del fet que compleixen també una funció remuneratòria (la compleixen els moratoris quan absorbeixen els remuneratoris, des que comença la seva meritació per raó de la mora);<sup>18</sup> també perquè concorren en tots dos les notes de temporalitat en la seva durada i forma de càlcul; per homogeneïtat amb l'obligació principal (deriven d'un deute monetari, i diners és també el que se satisfà); per predeterminació (per raó del tipus pactat —que també es requereix en els interessos de demora— i la seva durada);

---

sitat d'haver consentit l'anatocisme, per la qual cosa no cal acudir a pràctiques inveterades, a la seva admissió jurisprudencial, etc., al marge que és també rellevant concretar, com es veurà, en quin moment poden capitalitzar-se els interessos, per descomptat no els moratoris, quan han estat declarats abusius.

16. Resulten de gran interès les consideracions que, des de l'òptica de la protecció dels consumidors, fa la mateixa M. MEDINA ALCOZ, «Anatocismo, derecho español y *Draft Common*», p. 35-41.

17. A aquest efecte, vegeu Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Capítulo III. El control preventivo por notarios y registradores de la propiedad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios», a P. IZQUIERDO BLANCO i J. PICÓ JUNOY (dir.), *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*, Barcelona, Bosch, 2014, p. 195-198.

18. Per això potser és més il·lustrativa i afortunada la seva determinació (com ja fan algunes entitats bancàries) quan és un percentatge que s'incrementa sobre els interessos remuneratoris, és a dir, en lloc de ser un 10 %, seria un increment de quatre o sis punts sobre els interessos remuneratoris.



per accessorietat,<sup>19</sup> i, finalment, perquè són un percentatge respecte del capital. Atès que s'està tractant del préstec hipotecari, a la seva unificació en l'article 114 LH per a determinar el seu límit màxim (interessos ordinaris més interessos de demora) es poden garantir junts dins de la responsabilitat hipotecària.

No obstant això, *si que hi ha una diferència essencial*: els interessos remuneratoris compleixen la funció de recompensar el capital prestat i el seu origen es troba en el mateix contracte de préstec (és a dir, en el pacte),<sup>20</sup> mentre que aquesta no és la funció essencial dels interessos moratoris (ho és la rescabadora)<sup>21</sup> i la seva causa és el propi estat de mora.<sup>22</sup> Per tant, tan bon punt s'està en mora, comença la seva meritació, sense oblidar que, pel fet d'estar en mora, en els préstecs hipotecaris de les entitats creditícies, al costat del seu caràcter mercantil, no falta el pacte exprés que la mora naixerà sense necessitat d'intimació (mora *ex re* i aplicació del principi *dies interpellat pro homine*) tan bon punt arribi el venciment de la quota i quedi impagada (totalment o parcialment), la qual cosa produeix la meritació dels interessos de demora (diferent, com s'ha vist, és quan pot començar la seva capitalització i consegüent situació d'anacotisme; vegeu a aquest efecte el par. 98 FJ de la SAP).<sup>23</sup>

Dins de les distincions resulta més discutible admetre per als moratoris, i encara que només calgui admetre que els interessos de demora absorbeixen els remuneratoris tan bon punt comença la seva meritació per situació de mora, si aquests també són fruits civils.<sup>24</sup> En tot cas, els uns i els altres no són compatibles pel que fa a la seva meritació, ja que els moratoris absorbeixen els remuneratoris.

19. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie: Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Pàdua, Cedam, 2012, p. 309-315, qui discuteix aquesta nota d'accessorietat i pretén considerar-la com una mera tècnica de quantificació, però, per descomptat, en el nostre dret espanyol no cal que es reportin interessos sense l'existència de deute de capital. Aquesta característica sembla clara. Més discutit pot ser el termini per a la seva prescripció, encara que per la seva idèntica naturalesa sembla que no podrà ser cap altre que el que s'atribueixi als ordinaris (art. 1966.3 CC).

20. Resulta interessant la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Catorzena) de 3 de gener de 2015, que ressalta que pel fet de ser un element principal no cal aplicar als interessos remuneratoris la doctrina que aquí s'exposa per als interessos moratoris del TJUE, al marge que puguin ser o no usuraris.

21. Vegeu, a aquest efecte, M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ, «Capítulo 2. El objeto de la obligación: clases de obligaciones», a C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.), *Curso de derecho civil (II): Derecho de obligaciones*, 4a ed., Madrid, Colex, 2014, p. 92-97.

22. Vegeu, per tots, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales: Derecho hipotecario*, t. II, 4a ed., Madrid, CER-Civitas, 2001, p. 158.

23. No és acceptable en el nostre ordenament jurídic —a aquest efecte vegeu, ja que conté una àmplia citació jurisprudencial, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Capítulo 2. El objeto de la obligación: clases de obligaciones», p. 93-94— la pretensió que està superada la regla *in illiquidis non fit mora*, que sembla que defensa T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, p. 349-356, al·ludint també als principis Acquis: art. 8:406 en relació amb l'art. 8:404, i relació d'aquest últim amb l'art. 8:405, d'acord amb els quals considerava que prevaldria la regla *inadimplenti non est adimplendum*.

24. A aquest efecte, vegeu O. T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capital*, Milà, Giuffrè, 2001, p. 43-65.

Finalment, cal, perquè és rellevant amb vista a concretar quan hi ha o no moderació si els interessos moratoris són declarats abusius, precisar que la funció dels interessos moratoris és rescabadora<sup>25</sup> en un doble aspecte, ja que quan absorbeixen els remuneratoris segueixen remunerant el capital que encara segueix prestat i no retornat i, a més, rescabalen el perjudici que es crea a l'entitat creditora. Però tot això és unificat sota una funció de liquidació *a forfait*, per la qual cosa no permeten reclamar més danys i perjudicis que la quantitat resultant (capital pendent més liquidació *a forfait*) del càlcul dels interessos reportats durant el temps que el deutor hipotecari ha estat en situació de mora i fins que l'incompliment deriva en l'execució en la forma específica o en el que sigui més proper a això (atès que el que s'hauria de retornar és capital dinari; una qüestió diferent és que es pugui acabar acceptant la dació en pagament).

No cal admetre les afirmacions (doctrinals o jurisprudencials) que els interessos de demora actuen com una astrictió (fet que implicaria —art. 1154 CC— la possibilitat de la seva moderació, la qual cosa no és el cas);<sup>26</sup> com una funció dissuasiva (que implicaria admetre que, com més elevats són, més efecte dissuasiu tenen, la qual cosa tampoc no és certa, i menys en el cas de l'habitatge habitual, ja que no es paga perquè no es pot; una cosa diferent és que la seva nul·litat radical per abusius aconseguixi aquest efecte dissuasiu per a l'entitat de crèdit o l'empresari que els imposi); o, finalment, com una indemnització per danys i perjudicis, que aquí únicament s'ha d'entendre com una indemnització pactada prèviament i *a forfait*, tant pel dany sofert (que no fa falta justificar) com pels interessos remuneratoris que es deixen de percebre, com per qualsevol altre perjudici que es pugui acreditar (lucre cessant).

25. Postura doctrinal mantinguda en ordenaments propers al nostre; per exemple, en la doctrina francesa, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET i M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13a ed., París, Lexis Nexis, 2014, p. 601; i en la italiana, G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, 6a ed., Pàdua, Cedam, 2009, p. 430, parla de funció rescabadora per als interessos de demora, i C. M. BIANCA, S. PATTI i G. PATTI, *Lessico de diritto civile*, 2a ed., Milà, Giuffrè, 1995, p. 420-421, parlen de «liquidazione forfataria».

26. Això podria tenir la seva rellevància a l'hora d'aplicar la STJUE de 30 de maig de 2013 (C-488/11) i la vella redacció de l'art. 83 del Text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, ara totalment superat amb la nova redacció donada per la Llei 3/2014, de 27 de març: «Article 83. Nul·litat de les clàusules abusives i subsistència del contracte. Les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades. A aquests efectes, el jutge, amb l'audiència prèvia de les parts, declararà la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte, el qual, no obstant això, seguirà sent obligatori per a les parts en els mateixos termes, sempre que pugui subsistir sense aquestes clàusules». Desapareix, doncs, el vell art. 83.2, que resultava inadmissible amb la jurisprudència europea, i més amb la nova Sentència del TJUE de 17 de juliol de 2014 (C-169/14), i que deia: «2. La part del contracte afectada per la nul·litat s'integrarà conformement al que disposa l'article 1.258 del Codi Civil i al principi de bona fe objectiva. A aquests efectes, el jutge que declari la nul·litat d'aquestes clàusules integrarà el contracte i disposarà de facultats moderadores respecte dels drets i les obligacions de les parts, quan subsisteixi el contracte, i de les conseqüències de la seva ineficàcia en cas de perjudici apreciable per al consumidor i usuari. Només quan les clàusules subsistents determinin una situació no equitativa en la posició de les parts que no pugui ser esmenada, el jutge podrà declarar la ineficàcia del contracte».

#### 4. IMPOSSIBILITAT D'INTEGRAR O MODERAR ELS INTERESSOS DE DEMORA ABUSIUS, PERÒ SUBSISTÈNCIA DE L'OBLIGACIÓ DE COMPLIR EL CONTRACTE EN LA FORMA MÉS ESPECÍFICA, EXPURGAT DE LES CLÀUSULES ABUSIVES

Per acabar i atès que s'ha admès que són incompatibles els interessos moratoris i els de demora (perquè aquests absorbeixen aquells),<sup>27</sup> que allò declarat abusiu ha de suprimir-se del contracte i que no pot integrar-s'hi (fet que no impedeix que el contracte quedi subsistent), cal preguntar-se què ha de satisfer-se al creditor (entitat bancària reclamant) quan els interessos de demora han estat declarats nuls perquè són abusius.<sup>28</sup> A aquest efecte, són transcendents:

— La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) (Sala Primera) de 16 de gener de 2014,<sup>29</sup> segons la qual el jutge no pot moderar la clàusula declarada abusiva, ja que això seria afavorir l'infractor,<sup>30</sup> atès que, en cas de no considerar-se abusiva, s'aplicaria, i si es considerés abusiva, també obtindria algun benefici (com a integració d'aquesta clàusula), encara que fos menys, alhora que «podria posar en perill la consecució de l'objectiu a llarg termini previst en l'article 7 de la Directiva 93/13».

27. Vegeu, per tots, F. GALGANO, *Corso di diritto civile: Le obbligazioni in generale*, 2a ed., Pàdua, Cedam, 2011, p. 100: «Non si potranno, invece, sommare gli interessi moratori agli interessi corrispettivi: i primi assorbono i secondi». A més, al·ludeix en suport seu a la resolució de la *Sezioni Unite*, *Cass. 19 maggio 2008, n. 12639*.

28. En veritat, com precisa, en tractar de la ineficàcia com a mesura de «giustizia degli scambi», V. V. SCALISI, «Nullità e ineficacia nel sistema europeo dei contratti», a V. V. SCALISI, *Categorie e istituti del Diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milà, Giuffrè, 2005, p. 666-670, quan es tracta de clàusules abusives, la sanció pròpia no és la de nul·litat (en el sentit codicístic, com seria segons el nostre art. 1303 CC), sinó la d'ineficàcia (que en si pressuposa que el contracte no és nul estructuralment, ja que si ho fos ja no hi hauria ineficàcia, sinó la nul·litat en sentit estricte), que com a tal té «una naturale vocazione alla composizione di interessi conflittuali», la qual cosa, sens dubte, no exclou, conforme a la jurisprudència del TJUE, radicalment la clàusula declarada nul·la, però tampoc no escau aplicar-li el règim intern de la nul·litat, sinó una «ineficàcia suficient» per a protegir el consumidor.

29. És rellevant també a l'efecte de concretar què s'entén per «objecte principal del contracte» i la necessitat que aquesta estipulació essencial del contracte es redacti de forma «clara i comprensible», la qual cosa, com matisa la STJUE (Sala Quarta) de 30 d'abril de 2014, «s'ha d'entendre com una obligació no només que la clàusula considerada sigui clara i comprensible gramaticalment per al consumidor, sinó també que el contracte exposi de manera transparent el funcionament concret [...] al qual es refereix la clàusula referida, així com la relació entre aquest mecanisme i el prescrit per altres clàusules relatives al lliurament del préstec, de manera que aquest consumidor pugui avaluar, basant-se en criteris precisos i comprensibles, les conseqüències econòmiques derivades del seu càrrec». Aquest pronunciament també és rellevant a l'efecte de les denominades *clausules sòl*, i per a determinar el seu caràcter abusiu.

30. Com precisa la IAPG, la reforma operada per la Llei 1/2013 pot qüestionar-se en abstracte, però no en el cas concret que hi hagi un incompliment greu, ja que —en el cas que resol— el client paga unes quotes, però, no obstant això, se li executa cobrant-li un interès de demora del 19 % que no pot moderar-se, malgrat la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, per ser contrari a la jurisprudència comunitària, i s'ha d'aplicar el dret comunitari, per la seva pròpia primacia.

— La STJUE (Sala Quarta) de 30 d'abril de 2014, que rebat la Sentència anterior, perquè diu literalment que «[l']article 6, apartat 1, de la Directiva 93/13 ha d'interpretar-se en el sentit que, en una situació com la que és objecte del litigi principal, en la qual un contracte conclòs entre un professional i un consumidor no pot subsistir després de la supressió d'una clàusula abusiva, aquesta disposició no s'oposa a una normativa nacional que permet al jutge nacional esmenar la nul·litat d'aquesta clàusula substituint-la per una disposició supletòria del dret nacional».

La qüestió és que, un cop declarats abusius els interessos de demora, no poden moderar-se o integrar-se amb altres interessos de demora, o amb una fórmula rescaladora equivalent, com seria acudir a l'article 1108 CC, d'altra banda inaplicable perquè no es dóna el seu supòsit de fet, atès que s'ha pactat però s'ha declarat abusiu, i del que parteix el seu supòsit de fet és de la inexistència de pacte (convé, doncs, distingir —perquè els seus efectes no sempre coincideixen pel fet que parteixen de pressupòsits diferents— entre el pacte inexistent, el nul i l'ineficaç per abusiu). Tampoc no seria aplicable l'article 576 LEC. Ni tampoc la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013 (a part de la seva dubtosa constitucionalitat, com apunta la IAPG),<sup>31</sup> encara que es pretengui que no ho és no per la via de la integració, sinó com a aplicació de la legislació nacional substitutòria.<sup>32</sup> Aquesta última sí que és aplicable, i és aquí on crec que ha de concretar-se —com a conclusió— què és el que es pot i ha d'aplicar-se conforme amb la ja dita STJUE (Sala Quarta) de 30 d'abril de 2014 quan «permet al jutge nacional esmenar la nul·litat d'aquesta clàusula substituint-la per una disposició supletòria del dret nacional».

En veritat no es tracta d'esmenar aquesta clàusula, ja que pel seu contingut únicament caldria l'aplicació d'uns interessos moderats o una situació similar equivalent, la qual cosa no és possible, com s'ha vist. Però sí que és possible, després que es declari ineficaç la clàusula abusiva, i, per descomptat, no és cap substitució ni cap moderació, sinó aplicació del contracte subsistent una vegada purgat de les clàusules declarades abusives (entre les quals fins i tot pot haver-hi la clàusula sòl), que es compleixi el contracte de préstec inicial, això sí, expurgat d'aquesta clàusula abusiva o de qualsevol altra, i aquest compliment ha de ser, conforme al nostre dret nacional vigent, en la

31. A aquest efecte i en una sentència sobre els nostres contractes de préstec hipotecari, la Sentència del TJUE (Sala Primera) de 21 de gener de 2015 precisa que quan «el jutge nacional ha d'examinar una clàusula d'un contracte relativa a interessos de demora calculats a partir d'un tipus inferior al previst per la disposició transitòria segona de la Llei 1/2013, la fixació per llei d'aquest límit màxim no impedeix a aquest jutge apreciar el caràcter eventualment abusiu de tal clàusula en el sentit de l'article 3 de la Directiva 93/13/CEE. D'aquesta manera, no cal considerar que un tipus d'interès de demora inferior a tres vegades l'interès legal dels diners sigui necessàriament equitatiu en el sentit de l'esmentada Directiva».

32. Exposa clarament les diverses postures jurisprudencials existents abans d'aquesta SAP, J. Izquierdo Blanco en tractar dels efectes de la declaració de caràcter abusiu de les clàusules d'interessos moratoris a P. IZQUIERDO BLANCO i J. PICÓ JUNOY (dir.), *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria*, p. 393-403.

forma específicament pactada, que no és altra que satisfent el capital pendent de devolució i els interessos remuneratoris pactats,<sup>33</sup> ja que, just en declarar-se nuls (inefícaços), els interessos moratoris que els absorbién queden subsistents.

33. En concret, el par. 96 de la SAP diu literalment: «Com que en el supòsit que enjudiciem existeix un pacte sobre interessos, que pot ser fins i tot més favorable per al deutor que l'interès legal, és aquest conveni el que ha d'aplicar-se per calcular l'import dels interessos moratoris, és a dir, l'import dels danys i perjudicis derivats de l'incompliment contractual. Per aquesta raó, el còmput dels interessos moratoris ha de coincidir amb l'import fixat en concepte d'interessos remuneratoris». Coincidint en el fons que s'ha de retribuir amb els interessos remuneratoris pactats (encara que amb un «fonament diferent», par. 94 FJ SAP), la qual cosa pot oferir dubtes —i fins i tot pot ser contrària a la jurisprudència europea—, una altra cosa és que es pretengui sobre la base de l'art. 1108 CC i que es parli de «calcular l'import dels interessos moratoris», ja que aquests han esdevingut ineficaços i impossibles de moderar, per la qual cosa el que escau és aplicar el contracte subsistent, i en aquest segueixen subsistents els interessos remuneratoris, que no han quedat absorbits pels moratoris perquè aquests s'han declarat nuls per abusius.