

COMENTARI DE LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM DE 22 D'ABRIL I 8 DE SETEMBRE DE 2015, QUE DECLAREN ABUSIUS ELS INTERESSOS DE DEMORA QUE SUPERIN EN DOS PUNTS ELS REMUNERATORIS EN PRÉSTECES PERSONALS SENSE GARANTIES REALS

Iván Mateo Borge

Ramon M. Romeu Cònsul

*Advocats i professors associats de dret civil
Universitat Autònoma de Barcelona*

1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

En els darrers anys han estat nombroses les ocasions que han tingut els tribunals de pronunciar-se en matèria de drets dels consumidors i usuaris,¹ en especial amb relació al caràcter abusiu de les clàusules contractuals contingudes en diferents modalitats de contractes bancaris subscrits entre entitats financeres i persones consumidores. En el primer dels casos que ens ocupa, el de la Sentència de 22 d'abril de 2015, el Tribunal Suprem (TS) ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se respecte de l'abusivitat de la clàusula que establia els interessos moratoris en un contracte de préstec personal sense garanties reals, per al cas que el prestatari incomplís les seves obligacions, atorgat pel Banco Santander Central Hispano (BSCH) a un consumidor. Si bé és cert que la premsa es féu ressò de la notícia i deixà entreveure que s'havia fet un pas endavant en la defensa dels consumidors bancaris,² la solució adoptada ha estat bastant

1. Vegeu algunes de les sentències més recents: la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), la STJUE de 14 de març de 2013 (C-415/11, cas Aziz), la STJUE de 21 de gener de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 i 487/13, cas Unicaja i Caixabank) i la Sentència del Tribunal Suprem (STS), Sala Civil, núm. 241/2013, de 9 de maig de 2013, dictada en el recurs de cassació núm. 485/2012.

2. Vegeu, entre altres: <<http://www.expansion.com/empresas/banca/2015/05/14/5554c094268e3e3e2c8b45a5.html>>; <<http://www.elmundo.es/economia/2015/05/14/5554a221ca4741526e8b458c.html>>; <<http://www.eleconomista.es/civil/noticias/6710447/05/15/El-Supremo-pone-tope-a-los-intereses-de-demora-en-prestamos-no-hipotecarios.html>>; <http://economia.elpais.com/economia/2015/05/14/actualidad/1431604453_506131.html>.

controvertida per diversos autors, que han conclòs que, malgrat la declaració de nul·litat, la Sentència acaba beneficiant les entitats bancàries, en contra de l'esperit de la Directiva 93/13 i les directrius donades pel mateix Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE).

El cas analitzat pel TS té l'origen en un contracte de préstec personal sense garanties celebrat entre el BSCH i un ciutadà canari, atorgat davant de notari el 26 de novembre de 2007 per un import de 12.729,61 € i amb venciment el dia 26 de novembre de 2012. Aquest import meritava un interès de l'11,80 % anual (TAE 14,23 %) i s'havia fixat un interès de demora del 21,80 %.

El prestatari deixà d'abonar les quotes des del mes d'abril de 2008, motiu pel qual el BSCH donà per vençut anticipadament el contracte el 21 de maig de 2010 i fixà el deute en 16.473,76 €, en concepte de quotes impagades, resta de capital pendent vençut anticipadament i interessos vençuts per les quotes impagades. Així mateix, amb data 7 de juliol de 2011 presentà una demanda de procediment ordinari als jutjats de primera instància de La Laguna en la qual reclamava el pagament de l'import liquidat, més 4.942,13 € en concepte d'interessos de demora i els que s'anessin meritant a raó del 21,80 % acordat.

El Jutjat de Primera Instància Número 6 de La Laguna,³ si bé es plantejà la possibilitat d'analitzar l'eventual abusivitat de les clàusules contractuals, en particular la que tractava els interessos de demora, entengué que en el cas en qüestió aquesta clàusula no tenia caràcter d'abusiva i que, en tot cas, fins i tot si s'hagués declarat la seva abusivitat, era procedent la moderació per part del tribunal, no pas la seva eliminació. Per tant, accedint íntegrament a les peticions del BSCH, el Jutjat condemnà el consumidor al pagament de tots els imports reclamats, així com de les costes del procediment.

L'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife,⁴ en canvi, atenent el dictat de l'article 10 bis de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU) —segons la redacció donada per la Llei sobre condicions generals de la contractació (LCGC)—, en relació amb la seva disposició addicional primera, apartat 1.3, conclou que els interessos de demora pactats del 21,80 %, deu punts per sobre dels interessos remuneratoris i gairebé deu punts per sobre del límit fixat per la Llei de crèdit al consum (LCC), resulten abusius perquè imposen al consumidor una indemnització desproporcionada per al cas d'incompliment,⁵ raó per la qual declara la clàusula nul·la.

3. Vegeu el fonament jurídic tercer de la Sentència del Jutjat de Primera Instància Número 6 de La Laguna de 19 de gener de 2012, dins les actuacions núm. 1090/11.

4. Vegeu la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Santa Cruz de Tenerife (Secció Quarta) de 29 de juny de 2012, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 216/2012.

5. La Sentència, partint de la STJUE de 10 d'octubre de 2006 (C-168/05, cas Mostaza Claro), que obrí la porta a la revisió d'ofici de les clàusules contractuals en què intervenen consumidors, i a l'empara de les directrius que dona l'art. 4.1 de la Directiva 93/13, recorda que la majoria de les audiències consideraven la LCC, que estableix un límit de 2,5 vegades el tipus d'interès legal, com a referència per a determinar l'existència d'abusivitat en la fixació dels interessos de demora. L'any 2007, data de celebració del contrac-

Pel que fa a les conseqüències de tal declaració, en consideració a l'article 6.1 de la Directiva 93/13 i seguint les directrius del TJUE,⁶ decideix no aplicar la clàusula relativa als interessos de demora i, per tant, condemna el demandat a pagar únicament l'import principal reclamat (és a dir, els 16.473,76 €), més els interessos legals que corresponguin des de la data de la Sentència.

Enfront d'aquesta Sentència, el BSCH presentà un recurs extraordinari per infracció processal i de cassació, que el ple del TS resol, per una banda, mantenint la nul·litat de la clàusula que determina els interessos de demora en el contracte objecte del procediment perquè significa una indemnització desproporcionada per al consumidor i, per l'altra, fixant la doctrina que, en els contractes de préstec sense garantia real subscrits amb consumidors, és abusiva la clàusula no negociada que fixi un interès de demora que representi un increment de més de dos punts percentuals respecte de l'interès remuneratori pactat.

Com veurem tot seguit, la controvèrsia que ha generat aquesta primera sentència rau en la conceptualització que fa el TS dels interessos de demora i en les conseqüències que fa derivar de la declaració de nul·litat de la clàusula en qüestió, ja que la interpretació i l'aplicació que fa de la norma europea duen a un resultat que, *de facto*, reverteix en benefici de les entitats bancàries, és a dir, s'aparta dels objectius i l'esperit de la norma comunitària.

Malgrat les crítiques de part de la doctrina pel que fa a la conceptualització dels interessos de demora, en el segon dels casos analitzats pel TS, el de la Sentència de 8 de setembre de 2015, l'Alt Tribunal confirma sense fissures la doctrina fixada en la Sentència de 22 d'abril. El TS entra a estudiar l'abusivitat de la clàusula que estableix l'interès de demora en un contracte de préstec personal sense garanties reals subscrit entre la societat mercantil Asbury Park, SA i una consumidora. Aquest interès s'havia fixat en 20 punts percentuals per sobre de l'interès remuneratori pactat, del 9% revisable després del primer any.

En aquest cas, el Jutjat de Primera Instància Número 2 d'Alcobendas,⁷ acollint el criteri d'un sector doctrinal, entén que la clàusula no queda emparada per la normativa tuitiva dels consumidors, ja que no forma part, pròpiament, de l'objecte del contracte, ja que es tracta d'una clàusula que depèn únicament del comportament incomplidor de la part prestatària; de fet, ni tan sols es planteja la possibilitat de recórrer a la facultat moderadora de l'article 1154 CC.

te, el tipus d'interès legal es fixà en un 5%, de manera que el límit de la LCC, doncs, és el 12,5%, raó per la qual entén que no està justificat un tipus d'interès que s'aparta gairebé deu punts d'aquest límit.

6. Vegeu la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), originada per una qüestió prejudicial sol·licitada per l'Audiència Provincial de Barcelona en la qual el TJUE manifestà que, d'acord amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13, s'oposa al dret comunitari una norma interna que permeti al jutge integrar el contracte i modificar el contingut d'una clàusula quan aquesta s'hagi declarat nul·la per abusiva.

7. Vegeu la Sentència del Jutjat de Primera Instància Número 2 d'Alcobendas de 14 de març de 2012, dictada en les actuacions de judici ordinari núm. 785/2010.

L'Audiència Provincial de Madrid⁸ recorda que no hi ha jurisprudència (l'any 2013) respecte de l'abusivitat de les clàusules que sobrepassin determinats límits quantitativs i conclou que no existeix mala fe en el contracte i que tampoc no es causa un desequilibri a la part consumidora, atès que el tipus d'interès de demora pactat no supera tres vegades l'interès remuneratori, tenint en compte que després del primer any s'havia incrementat el remuneratori en un 1,75 %. No obstant això, tenint en compte que la qüestió relativa a l'abusivitat de la clàusula de l'interès de demora era controvertida (a més del fet que hi havia hagut un pagament parcial), l'Audiència Provincial no imposa les costes de cap de les dues instàncies.

Contra aquesta Sentència, la consumidora interposà un recurs de cassació basat en el fet que la solució adoptada per l'Audiència Provincial significa una infracció dels articles 3 de la Llei de la usura, 319.3 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), 19.4 LCC, 10 bis LGDCU i 1255 CC, perquè entén que l'interès de demora pactat en el contracte de préstec s'havia d'haver declarat nul per abusiu.

Com dèiem, el TS,⁹ reiterant íntegrament la doctrina ja fixada en la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 22 d'abril de 2015, estima el recurs de cassació interposat per la consumidora i declara nul l'interès de demora pactat, perquè supera el límit de dos punts percentuals el remuneratori, i acorda que els imports deguts només meritin l'interès ordinari —remuneratori— fins que es procedeixi al pagament de l'import principal.

2. REVISIÓ D'OFICI DE L'ABUSIVITAT DE LES CLÀUSULES NO NEGOCIADES INDIVIDUALMENT

La situació d'inferioritat en què es troba el consumidor envers l'empresari, tenint en compte les finalitats perseguides per l'article 169 TFUE, justifica que el jutge assumeixi un paper actiu més enllà del principi de justícia a instància d'una part, tal com ha anat reconeixent el TJUE en els darrers anys.¹⁰

8. Vegeu la SAP de Madrid (Secció Vint-i-cinquena) de 30 de maig de 2013, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 807/2012.

9. Vegeu la STS (Sala Civil) núm. 469/2015, de 8 de setembre de 2015, que comença així el fonament jurídic tercer: «El recurso de casación plantea la cuestión del carácter abusivo de la cláusula no negociada que en un contrato celebrado con un consumidor establece el interés de demora. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril, cuyo criterio procede confirmar, por lo que se harán reiteradas menciones a la misma».

10. Vegeu la STJUE de 10 d'octubre de 2006 (C-168/05, cas Mostaza Claro), apartats 31 i 32; la STJUE de 4 de juny de 2009 (C-243/08, cas Pannon GSM), apartat 31; la STJUE de 9 de novembre de 2010 (C-137/08, cas VB Pénzügyi Lízing), apartat 56; i la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), apartats 42 i 43.

En aquest context, el Tribunal europeu ha interpretat el mandat de l'article 6.1 de la Directiva 93/13 com una norma d'ordre públic i imperativa¹¹ que vincula els tribunals nacionals i ha entès que és la manera més adequada de restablir l'equilibri i garantir la protecció a què aspira la mateixa Directiva a fi de complir amb la missió que fou encomanada a la Unió pel que fa a l'elevació del nivell i la qualitat de vida dels ciutadans europeus en el seu conjunt.

De fet, és doctrina consolidada del Tribunal europeu —i acollida pel TS— que el tribunal que coneix de l'assumpte en qüestió no només està facultat per a conèixer d'ofici de l'eventual abusivitat de les clàusules no negociades individualment que quedin sota l'àmbit d'aplicació de la Directiva, sinó que està obligat a fer-ho tan aviat com tingui els elements de fet i de dret suficients per a poder analitzar i, si escau, determinar l'existència de clàusules abusives.¹²

Aquesta obligació s'imposa fins i tot en els casos en què les parts no ho hagin sol·licitat, tal com va declarar el TJUE davant de la qüestió prejudicial plantejada per l'Audiència Provincial de Barcelona en el marc d'un procediment monitori en què la contrapart no havia formulat oposició.¹³

És des d'aquest prisma, doncs, que el TS entra a valorar la qüestió debatuda, si bé hem d'advertir que, malgrat el mandat de la Directiva i els principis emanats del TJUE, com apunta algun autor, el TS fa curt a l'hora d'analitzar —i especialment aplicar— les conseqüències que han de derivar-se de la declaració de nul·litat d'una clàusula no negociada individualment, com la que ens ocupa.

3. EL CARÀCTER DE CLÀUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENT

Veiem que el TS, d'una manera que entenem molt encertada, recorda i consolida la idea que l'ús de condicions generals de contractació ha esdevingut una manera totalment nova de contractar, amb un règim i unes característiques pròpies, que imposa al professional una sèrie d'obligacions que ha de complir, entre les quals podem esmentar la de no emprar clàusules abusives.

11. Tal com es desprèn de la STJUE de 30 de maig de 2013 (C-488/11, cas *AsbeekBrusse i Man de Garabito*).

12. En aquest sentit, vegeu l'apartat 43 de la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas *Banesto*), que estableix que «[...] el papel que el derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y derecho necesarios para hacerlo [...]».

13. Vegeu la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas *Banesto*), apartats 54-57.

Dit això, la primera qüestió que hem d'abordar, en vista de les alegacions del BSCH,¹⁴ és l'anàlisi que fa el TS del caràcter que té la clàusula que estableix els interessos de demora d'una clàusula no negociada individualment, ja que, com reconeix la Sentència, en consideració als articles 3.1 de la Directiva 93/13¹⁵ i 82.1 del Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLDCU)¹⁶ —antic art. 10 bis LGDCU—, només escau l'anàlisi d'abusivitat si es tracta de condicions preredactades pel professional i imposades al consumidor.

El TS confirma, com ja apuntava en resolucions anteriors,¹⁷ que el fet d'haver prestat el consumidor un consentiment vàlid —fins i tot intervingut notarialment— no dota la clàusula en qüestió del caràcter de negociada individualment. Ni tan sols el fet que el professional hagi presentat diverses ofertes al consumidor, quan aquestes no siguin més que clàusules predisposades que diferents operadors ofereixin, ja que *de facto* no hi ha negociació possible. Tampoc no determina que tingui tal caràcter el fet d'emprar en el contracte expressions com «condicions particulars» o altres expressions que insinuïn el caràcter de negociades.

De fet, ateses les especialitats del mercat bancari, caracteritzat per la contractació mitjançant contractes d'adhesió, qui suporta la càrrega de la prova per a poder apreciar que una condició ha estat negociada individualment és el professional, que haurà de justificar i acreditar complidament en què ha consistit la negociació i, particularment, quines són les contrapartides que s'han concedit al consumidor per a justificar les clàusules que beneficien l'empresari.¹⁸

En el primer dels casos objecte d'anàlisi, el BSCH no justifica ni acredita que hi hagi hagut negociació, ja que no consten quines són les circumstàncies excepcionals o les contrapartides atorgades al consumidor que puguin justificar un increment de deu punts en el tipus d'interès, de manera que la clàusula en qüestió queda emmarcada dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 i, per tant, ha de poder ser objecte d'un control d'abusivitat.

14. La STS de 8 de setembre de 2015 parteix de l'existència d'una clàusula no negociada individualment, atès que aquest aspecte no és pròpiament qüestionat en el segon dels casos que plantegem.

15. «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

16. «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

17. Vegeu la STS (Sala Civil) núm. 244/2013, de 18 d'abril de 2013, la STS núm. 241/2013, de 9 de maig de 2013, i la STS núm. 769/2014, de 12 de gener de 2015.

18. És per això que tant l'article 3.2 de la Directiva 93/13 com l'article 82.2 del TRLDCU estableixen que l'empresari que afirmi que una condició ha estat negociada individualment ha d'assumir la càrrega de la prova, tal com recorda el TJUE en la Sentència de 16 de gener de 2014 (C-226/12, cas Constructora de Principado).

4. EL CONTROL DEL CARÀCTER ABUSIU DELS INTERESSOS DE DEMORA. NOVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Tal com es desprèn de les dues sentències analitzades, hem de situar el punt de partida en l'article 4.2 de la Directiva 93/13,¹⁹ ja que la clàusula per la qual es regulen els interessos de demora no configura ni defineix l'objecte principal del contracte, ni estableix el preu dels serveis prestats, sinó que es tracta d'una clàusula accessòria que regula la indemnització que haurà de suportar el client —consumidor— en cas que incompleixi les seves obligacions de pagament de les quotes als respectius venciments.

Com que no queda emmarcada dins de la limitació que estableix el precepte, la clàusula que estableix els interessos de demora pot ser objecte d'anàlisi d'abusivitat des de l'òptica de l'article 3 de la Directiva,²⁰ recollit en l'article 82.1 TRLDU.

En vista d'això, el TS, en consonància amb el que entengueren l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife²¹ i l'Audiència Provincial de Madrid,²² estableix que l'anàlisi de la presumpta abusivitat de la clàusula objecte de discussió ha de tenir com a finalitat determinar si, en contra de les exigències de la bona fe, causa en perjudici del consumidor un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts que es deriven del contracte, particularment si, d'acord amb l'apartat tercer de la disposició addicional primera de la LGDCU,²³ significa imposar al consumidor una indemnització desproporcionada per al cas que no compleixi les obligacions que l'incumben.

Com és evident, el TS accepta i reconeix el dret de l'empresari d'establir una indemnització amb la finalitat de dissuadir el consumidor d'incomplir les obligacions derivades del contracte. Ara bé, aquesta indemnització topa amb una limitació legal: pot ser declarada abusiva per ser desproporcionadament alta. El *quid* de la qüestió rau, doncs, a determinar quan la indemnització és «desproporcionada».

19. Aquest article disposa que «[...] la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

20. En virtut d'aquest, «[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».

21. Vegeu la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Secció Quarta) de 29 de juny de 2012, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 216/2012.

22. Vegeu la SAP de Madrid (Secció Vint-i-cinquena) de 30 de maig de 2013, dictada en el rotlle d'apel·lació núm. 807/2012, si bé en aquesta sentència l'Audiència Provincial acaba conclouent que no existeix abusivitat perquè el tipus d'interès de demora pactat no supera tres vegades l'interès remuneratori aplicable després de l'actualització.

23. Actualment art. 85.6 TRDLCU.

A escala interna no existeix una norma que estableixi límits pel que fa als interessos de demora en préstecs personals sense garanties reals²⁴ i, a fi d'evitar un pronunciament general que pugui donar lloc a resolucions dispars, el TS considera que ha d'establir una norma precisa respecte a què s'ha d'entendre com a indemnització desproporcionada per a aquest tipus de contractes.

Prenent com a base la Sentència del TJUE de 14 de març de 2013 (C-415/11, cas Aziz), el Tribunal extreu dos criteris que s'han de tenir en compte per tal de valorar si la clàusula és abusiva: per una banda, el jutge nacional ha de comprovar què estableix la normativa interna per al cas que no hi hagi acord i ha de fer la comparació amb el tipus d'interès legal; per l'altra, el Tribunal ha de posar-se en la situació de l'empresari per tal de veure si aquest pot esperar raonablement que el consumidor, en una situació real de negociació, tractant-lo de manera lleial i equitativa, accepti aquesta clàusula.

Per a abordar la primera de les qüestions, el TS pren com a referents diferents textos normatius que estableixen interessos moratoris: a) l'article 1108 CC, que estableix el tipus d'interès legal;²⁵ b) l'article 20.4 LCC, que estableix un màxim de 2,5 vegades el tipus d'interès legal per als descoberts en compte corrent; c) l'article 114 de la Llei hipotecària (LH),²⁶ que fixa un límit de tres vegades el tipus d'interès legal per als préstecs hipotecaris; d) l'article 20 de la Llei del contracte d'assegurança, que determina un interès consistent a incrementar un 50 % el tipus d'interès legal, que, transcorreguts dos anys, no pot ser inferior al 20 %; e) l'article 7 de la Llei 3/2004, que determina un interès de demora consistent a incrementar set punts percentuals el tipus d'interès del Banc Central Europeu;²⁷ i f) l'article 576 LEC, que estableix el tipus d'interès per la demora processal consistent a incrementar el tipus d'interès legal en dos punts percentuals.

En vista d'això, si bé cada llei té el seu àmbit propi d'aplicació, el TS afirma que totes aborden, si fa no fa, la manera d'indemnitzar la demora en el pagament i permeten veure que l'empresari només pot esperar raonablement que el consumidor, en el marc d'una negociació, accepti un petit increment del tipus d'interès remuneratori, de manera que una diferència elevada significa un allunyament injustificat de les previsions legals en la matèria, fins i tot quan el deutor és un professional.

El Tribunal conclou que l'increment de dos punts previst en l'article 576 LEC és el criteri que s'ha d'estimar raonable i idoni per a resoldre la qüestió, atès el seu abast més general, i estableix així una nova doctrina jurisprudencial.

24. Per als préstecs hipotecaris, la qüestió fou resolta per la STJUE de 21 de gener de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 i 487/13, cas Unicaja i CaixaBank), que donà lloc al redactat actual de l'art. 114 de la Llei hipotecària (LH).

25. Tal com estableix el TS, en la dècada immediatament anterior a la subscripció del contracte l'interès legal va oscil·lar entre el 3,75 % i el 5,5 %, i estava fixat en el 5 % en la data en què va signar-se el contracte objecte del litigi.

26. D'acord amb la redacció donada per la Llei 1/2013, de 14 de maig.

27. En la dècada immediatament anterior a la subscripció del contracte objecte del litigi, aquest va oscil·lar entre el 7,75 % i l'11,20 % anual.

El Tribunal considera abusiu un interès de demora que signifiqui un increment de més de dos punts percentuals; ara bé, malgrat el dictat de l'article 576 LEC, que pren com a base l'interès legal, el TS entén que aquest increment no ha de ser sobre l'interès legal, sinó sobre l'interès remuneratori pactat en el mateix préstec.

Aquesta decisió del TS sorprèn si tenim en compte que l'interès remuneratori sí que configura i defineix l'objecte principal del contracte i, per tant, queda fora de la possibilitat d'anàlisi d'abusivitat dels articles 3.1 de la Directiva 93/13 i 82.1 TRLDCU, amb totes les conseqüències que se'n poden derivar.²⁸

De fet, compartim la idea d'algun autor²⁹ que, en vista de la legislació en matèries similars com són la LCC o la LH —evidentment, cadascuna en el seu àmbit—, hauria estat molt més adequat prendre com a referència un tipus de referència objectiu que no permetés a una de les parts, curiosament la més forta, recuperar l'interès de demora ara declarat nul, per la via de l'interès remuneratori.

En qualsevol cas, com que es tracta d'una sentència del Ple de la Sala Primera del TS, la STS de 22 d'abril de 2015, i ha estat confirmada per la STS de 8 de setembre de 2015, és jurisprudència fixada i reiterada que el límit en els interessos de demora queda determinat en un increment màxim de dos punts percentuals respecte de l'interès remuneratori pactat. Així, doncs, en els assumptes objecte de controvèrsia, com que l'interès de demora pactat és deu punts percentuals superior al remuneratori en el cas de la STS de 22 d'abril i és de vint punts percentuals superior al remuneratori en el cas de la STS de 8 de setembre, el TS els considera abusius i, per tant, nuls.

5. CONSEQÜÈNCIES DE LA DECLARACIÓ DE NUL·LITAT. NOVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

L'altra qüestió cabdal que aborda el TS i que té una rellevància indiscutible és la relativa a les conseqüències que s'han de derivar de la declaració d'abusivitat.

El TJUE,³⁰ en aplicació de l'article 6.1 de la Directiva 93/13,³¹ ha deixat establert que és contrària al dret comunitari una norma de dret intern que, declarada nul·la una

28. No és especialment difícil imaginar-se que les entitats bancàries puguin incrementar l'interès remuneratori per tal d'aconseguir el mateix efecte, per la via ara de l'interès remuneratori, cosa que encarriria encara més el cost de l'endeutament.

29. Vegeu Carlos BALLUGUERA GÓMEZ, *Crítica a la STS de 22 de abril de 2015. El Tribunal Supremo declara nulos los intereses de demora del 21,8% y los sustituye por los remuneratorios* (en línia), <<http://www.notariosyregistradores.com>>.

30. Vegeu la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), apartats 68-71.

31. «Los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

clàusula contractual a l'empara de la directiva esmentada, permeti al jutge integrar el contracte i modificar la clàusula, en lloc de deixar-la sense efecte.³² El Tribunal europeu entén que aquesta interpretació compleix amb la finalitat de la Directiva de dissuadir els empresaris i professionals d'utilitzar clàusules abusives, ja que, si no és així, es podrien veure temptats a fer-les servir, sabedors que, en el pitjor dels casos, serien modulades pel Tribunal sense més efecte que una petita reducció.³³

Així, el jutge ha de deixar sense efecte la clàusula declarada abusiva, però no està facultat a modificar-ne el contingut, ja que, com el TJUE ha declarat, el contracte ha de subsistir, en principi, sense altra modificació que la resultant de suprimir la clàusula abusiva, sempre que sigui jurídicament possible d'acord amb el dret intern.³⁴

De fet, tal com ens recorda el TS, el TJUE tan sols ha admès l'aplicació subsidiària de dret dispositiu nacional quan sigui estrictament necessària per a la subsistència del contracte i quan la nul·litat del contracte pugui revertir en una penalització per al consumidor,³⁵ i aquest és l'únic cas en què s'admetria la integració del contracte.

Respecte d'això i com que la reforma de l'article 83 TRLDLCU no va tenir lloc fins l'any 2014,³⁶ el TS recorda que, d'acord amb la doctrina del TJUE, malgrat que el jutge no pugui aplicar un precepte de la Directiva no transposat, en contra del dret intern, sí que ha d'interpretar, sempre que sigui possible, el dret intern d'acord amb els principis del dret comunitari. En aquest sentit, el TS entén que la interpretació de l'antic article 83 TRDLCU s'ha de fer en el sentit que la integració és procedent, únicament, si és necessària per a la subsistència del contracte i beneficia el consumidor.

Així, doncs, la declaració d'abusivitat implica la nul·litat de la clàusula i determina la seva eliminació.

Tanmateix, el TS, en un gir inesperat, no procedeix a l'eliminació de la clàusula que fixa els interessos de demora en el contracte íntegrament, sinó que redefineix el concepte d'*interès de demora* tot afirmant que està únicament conformat per l'increment sobre l'interès remuneratori pactat,³⁷ de tal manera que, en el cas analitzat

32. De fet, aquesta doctrina jurisprudencial implicà la modificació de l'article 83 TRLDLCU, que atorgava al jutge la facultat d'integrar el contracte.

33. Vegeu la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), apartat 69.

34. Vegeu la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banesto), apartat 65; la STJUE de 30 de maig de 2013 (C-488/11, cas Asbeek Brusse i Man de Garabito), apartat 57; i la STJUE de 21 de gener de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 i 487/13, cas Unicaja i Caixabank), apartat 28.

35. Vegeu la STJUE de 30 d'abril de 2014 (C-26/13, cas Árpád Kásler i Hajnalka Káslerné Rábai), apartat 80, i la STJUE de 21 de gener de 2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 i 487/13, cas Unicaja i Caixabank), apartat 33.

36. Per mitjà de la Llei 3/2014, de 27 de març, per la qual es modifica el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre.

37. «La clàusula que estableix el interès de demora supona la adició de determinados puntos al

en la STS de 22 d'abril de 2015, l'interès de demora que es considera no és el 21,80 % pactat amb el consumidor, sinó únicament el dels deu punts percentuals que significa d'increment sobre l'interès remuneratori pactat, que era de l'11,80 %. De la mateixa manera, en el cas analitzat en la STS de 8 de setembre, l'interès de demora considerat no és el que conforma la suma de l'interès remuneratori i els vint punts percentuals —que és el que s'estableix en la clàusula que regula l'interès de demora—, sinó únicament l'increment del 20 %.

Així, entén que el que s'ha de declarar nul i sense efecte no és la clàusula que estableix l'interès de demora, sinó únicament aquest increment de deu punts percentuals en un cas i vint punts percentuals en l'altre, de manera que els imports deguts en concepte de capital pendent d'amortitzar han de continuar meritant el tipus d'interès remuneratori pactat.

En conseqüència, en la STS de 22 d'abril de 2015 acaba estimant parcialment el recurs presentat pel BSCH, no pel que fa a la declaració de nul·litat dels interessos de demora, pronunciament que manté, sinó amb relació als efectes que s'han de derivar d'aquesta declaració de nul·litat. Pel que fa a la STS de 8 de setembre de 2015, l'estimació del recurs de cassació implica la revocació de la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid respecte a la declaració de nul·litat de la clàusula que estableix els interessos de demora i manté el mateix criteri que en la sentència anterior pel que fa als efectes que aquesta ha de tenir sobre la meritació d'interessos remuneratoris.

6. CRÍTICA DE LES SENTÈNCIES I DEL POSICIONAMENT DELS TRIBUNALS

Malgrat que amb aquestes sentències el TS consolida alguns conceptes en l'òrbita de la protecció dels consumidors, sobretot pel que fa a la integració de les consignes del TJUE en el dret intern, veiem que l'Alt Tribunal, en ambdues sentències, a l'hora de donar resposta a les qüestions que s'han posat a la seva consideració, malauradament no s'ajusta a l'article 83 TRLDCU ni al mandat de la doctrina jurisprudencial comunitària, i encara menys a l'esperit de la Directiva 93/13/CE.

Diem això, en primer lloc, perquè l'article 83 TRLDCU i la jurisprudència emanada de l'article 6.1 de la Directiva són clars pel que fa a les conseqüències de la declaració de nul·litat per abusiva d'una clàusula contractual. No obstant això, tot i estimar que en ambdós casos la clàusula que regula els interessos moratoris és nul·la, apartant-se de les directrius del TJUE no la inaplica totalment, sinó que en manté parcialment els efectes, ja que no elimina la part que segueix considerant com a interessos remuneratoris.

tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora supone la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,80 % anual a 21,80 % anual)».

Amb això, el TS desdibuixa els conceptes d'*interessos remuneratoris* i *interessos de demora*, i més si tenim en compte que, per una banda, ambdós responen a situacions diferents, el preu del préstec els primers i la indemnització per incompliment els darrers, i, per altra banda, mereixen diferent tractament jurídic d'acord amb la doctrina del TJUE, ja que els primers no poden ser sotmesos a control d'abusivitat per la via de l'article 3.1 de la Directiva i, en canvi, sí que ho poden ser els de demora.

És més, hem de recordar que, precisament, els interessos remuneratoris deixen de meritarse quan, a causa de l'incompliment contractual, comencen a meritarse els de demora, de tal manera que són incompatibles entre si.

Així, doncs, el fet de barrejar el tractament d'ambdós tipus d'interessos, tenint en compte la seva incompatibilitat, dona com a resultat, al cap i a la fi, una integració del contracte, per la via de l'article 576 LEC, que està prohibida no només per les directrius del TJUE, sinó també per l'article 83 TRLDCU.

Tampoc no s'entén que el TS adopti com a referència un seguit de disposicions normatives que prenen com a referència l'interès legal i, en canvi, a l'hora d'establir la seva doctrina, apartant-se injustificadament d'aquestes normes, agafi com a base l'interès remuneratori, que no és en absolut un índex objectiu, sinó un import fixat unilateralment per l'empresari bancari.

En tot cas, sorprèn també que s'agafi aleatòriament com a referència l'article 576 LEC, que respon a situacions que no tenen res a veure amb la que ens ocupa, i es descarti sense més explicació normes que el legislador ha establert per a situacions que, si bé tenen les seves especificitats, són similars a la que ens ocupa, com ara les regulades en la LCC o en la LH. Entenem que, almenys per a valorar l'abusivitat de la clàusula objecte de controvèrsia, una solució més adequada al supòsit de fet analitzat i en vista de les normes considerades, hagués estat prendre com a referència les disposicions que responen a situacions anàlogues o que estableixen índexs objectius, tenint en compte, és clar, les especificitats de cadascuna de les lleis.

Però és que, a més, tal com adverteixen alguns autors,³⁸ el TS està sobrepasant els límits que fixa l'article 1.6 CC, ja que està establint una norma de caràcter general per als contractes de préstec sense garantia real, més enllà de les funcions que li són pròpies al Tribunal Suprem, que hauria d'haver fixat doctrina resolent el cas concret.

Totes aquestes qüestions, malauradament, impliquen que es perd de vista l'esperit de la Directiva 93/13 i l'objectiu perseguit pel TJUE de dissuadir els empresaris d'utilitzar clàusules abusives, ja que la principal conseqüència prevista per la jurisprudència del TJUE s'ha vist totalment truncada amb aquesta Sentència.

De fet, en la STS de 22 d'abril de 2015 el mateix TS reconeix que la solució adoptada beneficia el BSCH, i fins i tot estima parcialment el recurs.

38. Vegeu Àngeles LÓPEZ CÁNOVAS, «El carácter abusivo del pacto de intereses moratorios en préstamos sin garantía real. Comentario a la STS nº 265/2014, de 22 de abril, que fija doctrina jurisprudencial al respecto», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (Aranzadi) (en línia), núm. 8 (2015).

En qualsevol cas, des de la publicació de la primera de les sentències, els tribunals han tingut ocasió de pronunciar-se sobre la matèria aplicant amb caràcter general la doctrina emanada del TS en els termes fixats per aquest.³⁹ Ara bé, hi ha alguna sentència que, si bé acata la decisió del Ple, com no podia ser d'altra manera, es mostra, si no crítica, una mica perplexa amb la solució adoptada.⁴⁰

Tanmateix, el TS s'ha encarregat de consolidar i reiterar la doctrina jurisprudencial creada pel que fa a la qüestió, mitjançant la STS de 8 de setembre de 2015, i ha tancat així la porta a qualsevol interpretació que s'aparti d'aquest criteri.

39. Vegeu, entre altres, la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció Catorzena) núm. 162/2015, de 2 de juny de 2015; la Sentència del Jutjat Mercantil Número 1 de Múrcia, de 8 de juny de 2015; la SAP de Pontevedra (Secció Sisena) núm. 254/2015, d'1 de juny de 2015; i la SAP de Barcelona (Secció Tretzena) núm. 134/2015, de 5 de maig de 2015.

40. Vegeu la SAP de Salamanca (Secció Primera) núm. 172/2015, de 19 de juny de 2015.