

## EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: EL ROBIN HOOD DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN BANCARIA

*Federico Adán Domènech*

Profesor Agregado de Derecho procesal<sup>1</sup>  
Universidad Rovira i Virgili

---

TITLE: *The Court of Justice of the European Union: A Robin Hood for consumers in bank contracting.*

RESUMEN: La Justicia no es una excepción a la globalización social en la que vivimos. La legislación interna y la doctrina judicial de los órganos judiciales de un Estado no pueden convertirse en un elemento ajeno a otras realidades jurídicas, más y cuando, las relaciones internacionales de los Estados, se traducen en la formalización de Tratados internacionales que se erigen como norma prevalente sobre las normas internas. En el ámbito de la Justicia, este devenir no constituye una excepción, y el Tribunal Supremo ha visto como, en los últimos años, ha sido objeto de corrección por una instancia comunitaria como es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal cuyas resoluciones han llevado a modificar no solo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino también la normativa propia de un Estado, produciendo lo que podríamos llamar un *brexit* jurídico, que adquiere una especial dimensión en la protección de los consumidores en el ámbito de la contratación bancaria. En este artículo, pretendemos analizar como las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han llevado a modificar la reglamentación bancaria y los derechos de los consumidores.

ABSTRACT: *Justice is by no means immune to the social globalisation that surrounds us. The internal legislation and legal doctrine of a State's judicial bodies cannot ignore other legal realities particularly now that the international relations of States are working towards setting up international treaties that override domestic regulations. The sphere of justice is no exception to this state of affairs and, in recent years, the Supreme Court has been corrected by a community authority, the Court of Justice of the European Union, whose decisions have led to modify not only the Supreme Court's jurisprudence but also State legislation, thus creating what we could refer to as a legal Brexit which has special influence on issues of consumer protection in the field of banking contracts. This article analyses how the decisions of the Court of Justice of the European Union have led to modify banking regulations and the rights of consumers.*

PALABRAS CLAVE: cláusulas abusivas, préstamos bancarios, consumidores, vencimiento anticipado, cláusula suelo, interés de demora, multivisa.

KEY WORDS: *Abusive clauses, bank loans, consumers, early termination, floor clause, late payment interest, multi-currency.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. BIENAVENTURADOS LOS QUE CREAN SIN VER. 2. TJUE: SIEMPRE NOS QUEDARÁ EUROPA. 3. LAS CLÁUSULAS SUELO. 3.1. *Problemática práctica de la cláusula*. 3.2. *Desencuentro TJUE-TS. Retroactividad de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo abusivas*. 3.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Retroactividad limitada de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo. 3.2.2. Inconformismo judicial. 3.2.3. Resolución correctora del TJUE. 3.2.4. Tesis sostenida finalmente por el TS: Reconocimiento de la retroactividad absoluta de la nulidad de las cláusulas suelo abusivas. 4. LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: 4.1. *Problemática práctica de la cláusula*. 4.2. *Desencuentro TJUE-TS*.

<sup>1</sup> Acreditado como catedrático.

*Falta de correlación entre la gravedad del incumplimiento del deudor y las consecuencias derivadas del mismo.* 4.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Validez del vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota. 4.2.2. Resolución correctora del TJUE. 4.2.3. Tiovivo judicial. 4.2.4. Nueva resolución correctora del TJUE. 4.2.5. Tesis sostenida finalmente por el TS: La validez del vencimiento anticipado debe ponerse en correlación con la gravedad del incumplimiento del deudor. 4.2.6. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Subsanación de la nulidad de la cláusula abusiva por la aplicación de una norma interna. 4.2.7. Tozudez del TS. Planteamiento de segunda cuestión prejudicial. 4.2.8. Resolución final, esperemos, del TJUE de 26 de marzo de 2019. 4.2.9. Resolución aclaratoria del TS de 11 de septiembre de 2019. 5. LA CLÁUSULA DE LOS INTERESES DE DEMORA. 5.1. *Problemática práctica de la cláusula.* 5.2. *Desencuentro TJUE-TS. Limitación de los porcentajes correspondientes a los intereses de demora.* 5.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Inexistencia de límites a la concreción de los intereses de demora. 5.2.2. Disconformidad judicial como garantía de los derechos de los consumidores. 5.2.3. Resolución correctora del TJUE. 5.2.4. Tesis sostenida finalmente por el TS: Reconocimiento de la limitación de los intereses de demora: A.- Primer escenario: Limitación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero. B.- Segundo escenario: Limitación de los intereses de demora a la adición de dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, limitación solo aplicada a los préstamos personales. C.- Tercer escenario: La aplicación de la limitación de los intereses de demora conforme a las normas del artículo 114.3 LH no supone por sí sola su validez. D.- Cuarto escenario: La limitación de los intereses de demora a la adición de dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, de aplicación a cualquier modalidad de préstamo. 5.2.5. Advertencia de especial interés. La no afectación de la abusividad de los intereses de demora al resto de intereses pactados. 5.3. *Posible desencuentro TJUE-TS. Determinación de la corrección de la aplicación del artículo 576 LEC para los intereses de demora y subsistencia de los intereses remuneratorios.* 5.4. *Fin de la discusión: STJUE de 7 de agosto de 2018.* 5.4.1. Primera cuestión: ¿La directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía supone un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato? 5.4.2. Segunda cuestión: ¿La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato? 5.4.3. Tercera cuestión: En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva [93/13], como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?. 6. MULTIDIVISA. 6.1. *Problemática práctica de la cláusula.* 6.2. *Desencuentro TJUE-TS. Naturaleza de las hipotecas multidivisa.* 6.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Las hipotecas multidivisa son un instrumento financiero. 6.2.2. Resolución correctora del TJUE. 6.2.3. Tesis sostenida finalmente por el TS: Las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero.

---

## 1. INTRODUCCIÓN. BIENAVENTURADOS LOS QUE CREAN SIN VER

¿Quién no recuerda la espléndida película *Una noche en la ópera*, de los hermanos Marx? En ella, Groucho Marx realizaba una de sus escenas más recordadas y aplaudidas, al intentar formalizar un contrato. Disfrutémoslo:

- «– Haga el favor de poner atención en la primera cláusula porque es muy importante. Dice que ... la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte. ¿Qué tal, está muy bien, eh?*
- No, eso no está bien. Quisiera volver a oírlo.*
- Dice que ... la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte.*
- Esta vez creo que suena mejor.*
- Si quiere se lo leo otra vez.*
- Tan solo la primera parte.*
- ¿Sobre la parte contratante de la primera parte?*
- No, solo la parte de la parte contratante de la primera parte.*
- Oiga, ¿por qué hemos de pelearnos por una tontería como ésta? La cortamos.*
- Sí, es demasiado largo. ¿Qué es lo que nos queda ahora?*
- Dice ahora... la parte contratante de la segunda parte será considerada como la parte contratante de la segunda parte.*
- Eso sí que no me gusta nada. Nunca segundas partes fueron buenas. Escuche: ¿por qué no hacemos que la primera parte de la segunda parte contratante sea la segunda parte de la primera parte?»*

Este surrealista dialogo, no es tan descabello pensar que lamentablemente se da en realidades jurídicas de especial trascendencia en la sociedad. Pensemos en la contratación bancaria, ¿qué consumidor medio entendía todas y cada una de las cláusulas insertas en los contratos de concesión de préstamo hipotecario? Muy pocos, incomprensión que se traducía en la aceptación ciega de responsabilidades no solo jurídicas sino también económicas que marcarían su transcurrir vital y familiar. No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha incidido en las condiciones contractuales de los consumidores, extremo que pretendemos analizar en el presente trabajo.

## 2. TJUE: SIEMPRE NOS QUEDARÁ EUROPA

En los últimos años, se han sucedido diversos «rifirrafes» jurídicos entre el Tribunal Supremo (en adelante TS), y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En derecho 2 + 2 no siempre son 4, pero es alarmante que sean 24. Es cierto que la diversidad de interpretación y el dinamismo de las normas jurídicas, es uno de los elementos atractivos del derecho, pero cuidado, pues, la interpretación de las normas jurídicas, no puede ser una cuestión baladí, pues su aplicación es factor condicionante de la realidad jurídica, social y económica de un país, y, en consecuencia, del futuro de muchas familias. La interpretación de las normas hipotecarias efectuada por el TS y la normativa reguladora de aplicación a la contratación bancaria protegía, en mayor medida, al acreedor frente al consumidor, creándose situaciones de desequilibrio difícilmente sostenibles. Pero esta situación cambió cuando descubrimos el TJUE.

Empezamos a consultar al Tribunal Europeo sobre la corrección de esta interpretación y la rigurosidad de estas normas, y su respuesta resultó ser sorprendente, nos dijo que el ordenamiento jurídico español debía modificarse, con la sentencia de 14 de marzo de 2013<sup>2</sup>. A partir de este momento, el TJUE se convirtió en el Robin Hood de los consumidores, reinterpretando la doctrina judicial existente en materia de cláusulas suelo, de hipotecas multidivisa, de porcentajes de intereses de demora, siendo interpretadas por el TJUE en favor del consumidor. David vencía a Goliat.

### 3. LAS CLÁUSULAS SUELO

#### 3.1. Problemática práctica de la cláusula

La máxima *quod nullum est, nullum producit effectum*, no conduce a duda alguna, lo que es nulo no produce ningún efecto. Máxima que encuentra cobertura legal en el precepto 1.303 del Código Civil, en el que se sentencia que, *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*.

Este precepto, en definitiva, regula la denominada *restitutio in integrum*<sup>3</sup>, aquello que es nulo no produce efecto alguno y su normalización obliga a retornar a la situación originaria<sup>4</sup>, cualquier otra opción, por intermedia que sea, conlleva una falta de retorno al estado inicial. Pero, en el caso de las cláusulas suelo, el retorno al estado inicial era un paso agigantado, incuantificable casi económicamente. La nulidad de estas cláusulas suponía el retorno de las cantidades pagadas por miles de ciudadanos. Peligro del que alertaba el propio TS, al considerar que se multiplicaría la interposición de demandas judiciales, originando un peligro en el sistema económico, pues, según literalidad de la resolución de 25 de marzo de 2015, «la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto»<sup>5</sup>.

#### 3.2. Desencuentro TJUE-TS. Retroactividad de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo abusivas

<sup>2</sup> STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

<sup>3</sup> STS (1ª) 13 marzo 2012, nº de Recurso: 675/2009.

<sup>4</sup> Al respecto, el TS en resolución de 2 de julio de 2012, sostiene que *la ineficacia de los contratos exige destruir sus consecuencias a fin de retrotraer la situación al estado previo a su perfeccionamiento para borrar sus huellas como si no hubiesen existido*. STS (1ª) 2 de julio de 2012, nº de Recurso: 87/2010.

<sup>5</sup> STS (1ª) 25 marzo 2015, nº de Recurso: 138/2014.

### 3.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Retroactividad limitada de las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo

La STS de 9 de mayo de 2013 defendía que «procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»<sup>6</sup>. El TS realiza malabarismos jurídicos, con una profunda tarea de investigación de aquellas normas u otros mecanismos jurídicos, con independencia del orden jurisdiccional en el que se engloben, que permitan limitar el efecto retroactivo establecido en el Código Civil. De esta forma, defiende la limitación de los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, conforme a los siguientes argumentos<sup>7</sup>: a.- A nivel normativo, cita, entre otras normas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; los artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; el precepto 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, o la norma 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. b.- A nivel jurisprudencial, manifiesta que la limitación de los efectos retroactivos se defiende tanto a nivel interno, por el Tribunal Constitucional –STC 38/2011 de 28 marzo- y por el Tribunal Supremo –STS 118/2012, de 13 marzo-, como a nivel internacional, por el TJUE, en sentencia de 21 de marzo de 2013. c.- A nivel de principios jurídicos, alega que la retroactividad absoluta sería contraria al principio de seguridad jurídica.

Consecuencia de esta resolución, el consumidor sólo podía reclamar las cantidades pagadas en concepto de cláusulas suelo, respecto de las cuotas vencidas y abonadas a partir de la fecha de 9 de mayo de 2013.

### 3.2.2. Inconformismo judicial

La falta de aprobación absoluta de nuestros Órganos judiciales con la argumentación del TS contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y la proliferación de peticiones de devolución íntegra del dinero pagado por consumidores y usuarios, mediante la defensa del principio del *restitutio in integrum*, originó la formulación de diferentes cuestiones prejudiciales ante el TJUE, con un denominador común: clarificar dos puntos. En primer lugar, «si es posible permitir que el juez nacional limite los efectos retroactivos de la nulidad de una cláusula», y, en segundo lugar, «si la declaración de

<sup>6</sup> STS (1ª) 9 mayo 2013, nº de Recurso: 485/2012.

<sup>7</sup> Los argumentos enunciados a continuación son los referenciados en la STS (1ª) 9 mayo 2013, nº de Recurso: 485/2012.

nulidad de una cláusula por abusiva, inserta en el contrato con un consumidor, puede producir sus efectos hasta una determinada fecha posterior a la celebración del contrato»<sup>8</sup>.

### 3.2.3. Resolución correctora del TJUE

La respuesta del Tribunal europeo es contundente y clarificadora. Así, la STJUE de 21 de diciembre de 2016, sostiene que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión». La resolución del TJUE se fundamenta en las siguientes premisas:

- a. La nulidad de una cláusula equivale a inexistencia, y algo no existente no puede producir efectos y menos de carácter perjudicial al contratante de buena fe, debiéndose proceder al «restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula»<sup>9</sup>.
- b. El cumplimiento de las consecuencias derivadas de la nulidad es el único medio apto para salvaguardar la garantía del efecto penalizador de la declaración de abusividad.
- c. Falta de legitimación del Tribunal Supremo para limitar temporalmente, los derechos reconocidos en Directivas europeas. «El Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión», y el derecho de la unión garantiza retroactividad absoluta de las consecuencias derivadas de la nulidad. En tales circunstancias, los «órganos jurisdiccionales patrios deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal

<sup>8</sup> AAP A Coruña, (6ª), 4 enero 2016, nº de Recurso: 99/2014.

<sup>9</sup> El entrecomillado es literal de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15.

Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión»<sup>10</sup>.

### 3.2.4. Tesis sostenida finalmente por el TS: Reconocimiento de la retroactividad absoluta de la nulidad de las cláusulas suelo abusivas

Y lo que tenía que pasar pasó, todos los malabaristas corren el peligro de dar un paso en falso y perder el equilibrio, y en el ámbito jurídico las reglas de la gravedad de Newton no son una excepción. De igual forma, los malabarismos jurídicos también corren el peligro de perder el equilibrio, y la argumentación del TS contenida en la sentencia de 9 de mayo de 2013 asumió demasiados riesgos, perdiendo el equilibrio como le recordó el TJUE. Así, aceptando esta corrección, la STS de 24 de febrero de 2017, supuso no solo el reconocimiento de las reglas contenidas en la Directiva 93/13 en favor de los consumidores, sino también de la reglamentación propia de nuestro ordenamiento jurídico, en concreto de las directrices contenidas en el artículo 1.303 CC. La literalidad de la STS de 24 de febrero de 2017 no alberga duda alguna del revés jurídico, al manifestar que «procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, haciéndose efectiva la primera de las modificaciones en la tutela judicial en contratación bancaria»<sup>11</sup>.

## 4. LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

### 4.1. *Problemática práctica de la cláusula*

La historia de las cláusulas de vencimiento anticipado es la historia de una salvación, es más, de una obsesiva salvación podríamos decir. En el ámbito judicial y legislativo correspondiente a la contratación bancaria, la salvaguarda de la validez y la eficacia de las cláusulas de vencimiento anticipado se convierte en una obsesión para legitimar su utilización. Desde la regulación inicial de las mismas, hasta la realidad normativa existente actualmente, han sido muchas las modificaciones legislativas sufridas, y todas ellas con un elemento definidor común, centrado en las dudas sobre su validez y, aunque suene a antiguo, sobre su moralidad, en cierto modo por la presión social existente. Todas las reformas se caracterizan por ser una restricción a su utilización, ninguna de ellas defiende incuestionablemente la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, tal y cómo se encuentran o encontraban reguladas en el ordenamiento jurídico español. Pero frente a cada actuación restrictiva en cuanto a su utilización, ha existido un intento de salvaguarda, efecto acción-reacción, destinado

<sup>10</sup> El entrecomillado es literal de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15.

<sup>11</sup> STS (1ª) 24 febrero 2017, nº de Recurso: 740/2014.

tanto a justificar su existencia como a legitimar su consignación en las escrituras de constitución de los préstamos hipotecarios.

#### *4.2. Desencuentro TJUE-TS. Falta de correlación entre la gravedad del incumplimiento del deudor y las consecuencias derivadas del mismo*

##### 4.2.1 Tesis sostenida inicialmente por el TS: Validez del vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota

De un estudio temporal de las resoluciones del TS, da la sensación, de que éste «achicaba» agua para mantener a flote una nave que iba a la deriva como eran las cláusulas de vencimiento anticipado, cuya eficacia y vinculación, respecto de las partes, ha ido perdiendo preceptividad, a través de las resoluciones del TJUE, por lo que es difícil definir un único posicionamiento inicial del TS, respecto de las mismas, pues el mismo ha ido variando, en función de las correcciones efectuadas por el TJUE.

Inicialmente, la Ley procesal permitía el vencimiento anticipado del contrato ante el impago de una sola cuota. El TS admitía tal calificación considerando que el impago de una cuota era el incumplimiento de una obligación esencial del consumidor, y, por tanto, concurría justa causa para proceder a su vencimiento. En palabras contenidas en la STS de 4 de junio de 2008, se permite el vencimiento anticipado cuando «concurra justa causa, entendiendo la misma según esta misma resolución que nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo»<sup>12</sup>.

##### 4.2.2. Resolución correctora del TJUE

Esta facilidad resolutoria del contrato fue rápidamente criticada por el TJUE, en concreto en la sentencia de 14 de marzo de 2013, al afirmar que «corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor

<sup>12</sup> STS (1ª) 4 junio 2008, nº de Recurso: 731/2001.



sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»<sup>13</sup>.

La solución del legislador español fue rápida, pero a su vez vergonzante. La Ley 1/2013 modifica el artículo 693 LEC, exigiendo para proceder a la validez del vencimiento anticipado la concurrencia del impago de tres cuotas en vez de una. Ante esta redacción, nos surge el siguiente interrogante: ¿Realmente es proporcional el impago de tres cuotas respecto del número total de cuotas o duración del contrato de préstamo hipotecario? La respuesta es un rotundo no. Con la reacción actual del precepto 693 LEC, sigue existiendo desproporcionalidad. Pero si legislativamente la solución resultó vergonzante, a nivel judicial la situación no fue más halagüeña, planteándose una heterogeneidad de hipótesis en la práctica forense, como a continuación describiremos.

#### 4.2.3. Tiovivo judicial

Tras la modificación de la literalidad del artículo 693 LEC, el acudir al Juzgado, ejerciendo una cláusula de vencimiento anticipado, era una ruleta rusa. El principio de seguridad jurídica brillaba por su ausencia, existiendo una heterogeneidad de resoluciones jurisprudenciales contradictorias entre ellas, derivada de la diferente tipología contractual existente y de la dispar actividad de los operadores jurídicos concurrentes, que derivaba en una falta de uniformidad en la interpretación judicial.

En primer lugar, existían casos en que la demanda hipotecaria se fundamentaba en un contrato de préstamo hipotecario en el que se incluía una cláusula de vencimiento anticipado, que podía ser catalogada de abusiva, por permitirse el mismo ante el impago de una sola cuota. En estos supuestos, se consideraba nula la cláusula, y los órganos judiciales decretaban la nulidad de la cláusula en cuestión, declarándola no válida<sup>14</sup>.

En segundo lugar, se originó en nuestros Tribunales una práctica mediante la cual, las entidades financieras pretendían subsanar la nulidad de la estipulación. Así, ante la

<sup>13</sup> STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

<sup>14</sup> Esta postura es adoptada, entre otras, en las siguientes resoluciones judiciales: SAP Alicante (9ª) 30 mayo 2014, nº de Recurso: 713/2013; SAP Barcelona (14ª) 29 mayo 2014, nº de Recurso: 41/2013; SAP Madrid (20ª) 30 abril 2014, nº de Recurso: 857/2012; SAP Madrid (19ª) 22 abril 2014, nº de Recurso: 95/2013; SAP Lleida (2ª) 4 abril 2014, nº de Recurso: 463/2013; SAP Barcelona (19ª) 1 abril 2014, nº de Recurso: 25/2013; SAP Barcelona, (17ª) 1 abril 2014, nº de Recurso: 570/2012; SAP Madrid, (20ª) 18 de febrero 2014, nº de Recurso: 277/2013; SAP Sevilla (6ª) 12 febrero 2014, nº de Recurso: 337/201; SAP A Coruña (6ª) 30 diciembre 2013, nº de Recurso: 651/2011; y SAP Barcelona (13ª) 21 mayo de 2013, nº de Recurso: 314/2013.

presencia de una cláusula de vencimiento anticipado, redactada conforme a la literalidad de la normativa derogada, esto es, previendo la resolución del contrato frente al impago de una sola cuota de amortización, el acreedor, a efectos de salvar la facultad de resolver con anterioridad a su finalización el contrato de préstamo, esperaba acreditar el impago de tres mensualidades por parte del deudor para proceder a la presentación de la demanda de ejecución hipotecaria. De este modo, si bien la literalidad de la cláusula no sería correcta y acorde con la normativa vigente, la actitud del acreedor sí respetaría la legalidad con el fin de subsanar la nulidad contractual. Ante esta «bondadosa» actuación correctora, algunos órganos judiciales asumen una postura garantista frente al acreedor hipotecario, admitiendo la incorrección de alguna de las cláusulas anteriormente citadas, pero aceptando la acomodación a la legalidad vigente del precepto 693 LEC, permitiendo la eficacia de la ejecución hipotecaria<sup>15</sup>.

En tercer lugar, se presentaban, en la práctica judicial, ejecuciones hipotecarias mediante demandas fundamentadas en contratos, que si bien contienen en alguna de sus cláusulas la facultad del acreedor de ejecutar el vencimiento del contrato de forma anticipada, estas previsiones se acomodan a la nueva legislación hipotecaria, es decir, la resolución anticipada del contrato se prevé, que no podrá efectuarse, en ningún caso, con carácter previo al efectivo incumplimiento de tres mensualidades, siendo, así, estas cláusulas se consideraban que eran correctas (posteriormente se modificó también esta doctrina exigiendo la ponderación de la gravedad del incumplimiento con la duración del contrato y número de cuotas totales), y, por *ende*, no incurrían en ninguna causa de anulabilidad, siendo correctas, justificando la ejecución hipotecaria en ellas fundamentada.

#### 4.2.4. Nueva resolución correctora del TJUE

De la clasificación de la diferente tipología contractual y procesal que se presentaba en la práctica forense, la actuación correctora de las entidades financieras o de los órganos judiciales, que salvaguardan la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, esperando el impago de tres cuotas, y no ejercitando la misma ante el incumplimiento de una sola, tal y como establecía la redacción de la misma, es la que mayores problemas producía en la práctica.

<sup>15</sup> Sobre este punto problemático, un ejemplo del comportamiento subsanador del acreedor respecto de la cláusula de vencimiento anticipado resulta patente en la SAP Valladolid (3ª) 24 marzo 2014, nº de Recurso: 355/2013.

Así, esta actuación subsanadora, resultó vetada por el ATJUE de 11 de junio de 2015, el cuál diferenciaba la descripción literal de la cláusula de la actuación de las partes interesadas, declarando que la abusividad lo es si su consignación en el contrato así la permite declarar, con independencia de que se ejercite o no. En palabras del TJUE, «el juez debe manifestar la nulidad de una cláusula si lo es tal y como resulta configurada en la formalización del contrato, con independencia tanto de que se pretenda ejecutar o no, como de la forma en que se incoa»<sup>16</sup>.

#### 4.2.5. Tesis sostenida finalmente por el TS: La validez del vencimiento anticipado debe ponerse en correlación con la gravedad del incumplimiento del deudor

El TS, tras la doctrina judicial establecida por el TJUE en el auto de 11 de junio de 2015<sup>17</sup>, y aceptando el posicionamiento que el mismo Tribunal europeo defendió en la «famosa» resolución de 14 de marzo de 2013<sup>18</sup>, abandona el criterio numérico para determinar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado o no. El TS reconoce que la «bondadosa» ampliación, en el sentido de exigir el incumplimiento de tres cuotas, y no una como establecía inicialmente la Ley procesal, puede seguir siendo igual de injusta y desproporcional, por no decir irrisoria, si el incumplimiento lo correlacionamos con la globalidad del contrato de préstamo hipotecario.

Partiendo de ello, la STS de 23 de diciembre de 2015, concreta los nuevos criterios que determinarán la posible calificación de una estipulación como de abusiva. Así, entiende esta sentencia que el juez debe comprobar, a efectos de decretar su validez o nulidad, tres aspectos: «a.- la esencialidad de la obligación incumplida, b.- la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y c.- la posibilidad real del deudor de evitar esa consecuencia. Esta postura fue ratificada por una ulterior resolución del TS, en concreto, la dictada con fecha de 18 de febrero de 2016»<sup>19</sup>.

#### 4.2.6. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Subsanación de la nulidad de la cláusula abusiva por la aplicación de una norma interna

Cuando parecía todo aclarado, volvemos a la carga, un intento más para salvar las cláusulas de vencimiento anticipado y su efectividad. Así, el TS en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 desoye la doctrina comunitaria, pues si bien realiza un correcto análisis de la abusividad de la cláusula de vencimiento

<sup>16</sup> ATJUE 11 junio 2015, asunto C-602/2013.

<sup>17</sup> ATJUE 11 junio 2015, asunto C-602/2013.

<sup>18</sup> STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

<sup>19</sup> STS (1ª) 18 febrero 2016, nº de Recurso: 2211/2014.

anticipado, por considerar que su incumplimiento no era proporcional a la duración del contrato ni de tal gravedad respecto del mismo, con posterioridad efectúa erróneamente una moderación procesal de la cláusula, reintegrándola en el ámbito de la tutela judicial en contra de los intereses de los consumidores, permitiendo seguir adelante la ejecución hipotecaria, sin proceder a su sobreseimiento. El Tribunal Supremo, en ambas resoluciones, considera que la abusividad de la cláusula no debe desplegar sus efectos de forma absoluta, sino que el juez puede asumir una función tuteladora de la cláusula, valorando si resulta más gravoso para las partes la adopción de las medidas derivadas de la nulidad, o si, por el contrario, es preciso efectuar una interpretación conjunta de los diferentes textos normativos reguladores de esta materia, motivando la atenuación de estas consecuencias, e, incluso, defendiendo la inaplicación de los efectos derivados de su declaración de abusiva, en base a un supuesto equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. La declaración de abusiva de una cláusula supondría el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria o la imposibilidad de su ejercicio, pero el juez nacional puede, según el TS, sustituir una cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional, a efectos de que no se cierre el acceso al proceso de ejecución. En definitiva, el juez nacional, conforme al Alto Tribunal, ostenta la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición transitoria de Derecho nacional, afirmando que, si la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligase al juez a anular el contrato en su totalidad, se expondría al consumidor a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización, y no una ventaja<sup>20</sup>. Enunciamos a continuación las ventajas que tanto para el acreedor como «increíblemente» para el deudor<sup>21</sup>, el TS defiende, en caso de no proceder al sobreseimiento de la ejecución.

<sup>20</sup> Literalmente, la STS (1ª) 23 diciembre 2015, sostiene que «conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor». STS (1ª) 23 diciembre 2015, nº de Recurso: 2658/2013.

<sup>21</sup> Estos argumentos se encuentran recogidos en las SSTs (1ª) 23 diciembre 2015, nº de Recurso: 2658/2013 y 18 febrero 2016, nº de Recurso: 2211/2014.

a. Protección de la práctica bancaria y del acreedor. Sostiene el Alto Tribunal que «la existencia de una cláusula abusiva no debe desplegar todos sus efectos, pues, de lo contrario, tal decisión perjudicaría tanto el acceso al crédito hipotecario como a las entidades prestamistas, que se verían avocadas a acudir a procesos declarativos, obstaculizando la efectividad de la garantía real. Asimismo, la espera del incumplimiento total del contrato, a efectos de reclamar lo debido, resultaría un perjuicio excesivo para el prestamista, cuando la duración media de los plazos pactados se acerca a los 26 años.»

b. Protección del consumidor. Se defiende por el TS, que la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, y que la pérdida de la vía ejecutiva hipotecaria supone un perjuicio para el consumidor, conforme a los siguientes extremos: Pérdida de la posibilidad de liberar el bien; imposibilidad de beneficiarse de las facultades liberatorias de la responsabilidad del deudor, reguladas en el precepto 579 LEC, fijación de unos límites inferiores en cuanto a la tasación del bien e inexistente mayor amplitud de los motivos de oposición en la vía declarativa ante una cláusula abusiva.

#### 4.2.7. Tozudez del TS. Planteamiento de segunda cuestión prejudicial

El TS sigue manteniendo la defensa de que el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria tras la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no repercute siempre en contra de los intereses del deudor. Esta tesis es resumida en el ATS (1ª) 8 febrero 2017 de la siguiente forma: «En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda<sup>22</sup>, tendría que pagar todo». Resulta sorprendente que se reitere esta cuestión, que, a nuestro entender, ya resultaba solucionada en la STJUE de 26 de enero de 2017, en la que, de forma coherente con la doctrina jurisprudencial del TJUE, se afirmaba que la abusividad de una cláusula afecta a todas sus consecuencias y efectos.

<sup>22</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

A pesar de ello, el TS reitera los interrogantes respecto de la idoneidad o no de proseguir la ejecución hipotecaria, «la duda, pues, consiste en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva»<sup>23</sup>. El TS pretende «trocear» el análisis de las cláusulas de un contrato, es decir, «pretende separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo»<sup>24</sup>. Siguiendo con los malabarismos jurídicos que nos tiene acostumbrados en las últimas resoluciones, defiende separar «en cuanto al contenido de una cláusula y con ello su fraccionamiento en una parte admisible y otra inadmisibles se puede producir, cuando la parte ineficaz de la cláusula admite ser tachada sin que el sentido de la otra parte se *resienta*»<sup>25</sup>.

Partiendo de estos argumentos, mediante el Auto de 8 de febrero de 2017, el TS plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE, para la resolución de los siguientes interrogantes:

«1.º- ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?»<sup>26</sup>.

«2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?»<sup>27</sup>.

#### 4.2.8. Resolución final, esperemos, del TJUE de 26 de marzo de 2019

<sup>23</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

<sup>24</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

<sup>25</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

<sup>26</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

<sup>27</sup> ATS (1ª) 8 febrero 2017, nº de Recurso: 1752/2014.

Esta sentencia ha sido una de las resoluciones más esperadas, como consecuencia de que en todos los órganos judiciales se encontraban suspendidas las ejecuciones hipotecarias. El punto de partida se concretaba en dirimir cuál era el proceder ante una cláusula que establecía la posibilidad de hacer efectivo el vencimiento anticipado, ante el impago, según literalidad de la estipulación, de cualquier cuota, es decir, de una estipulación que permitía la efectividad del vencimiento anticipado, incluso ante el impago de una sola cuota. En esta resolución, el TJUE llega a las siguientes conclusiones<sup>28</sup>:

- a. «No cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas»<sup>29</sup>. En consecuencia, no se podría eliminar la palabra cualquiera, para mantener la validez de la cláusula.
- b. Al eliminarse esta cláusula del contrato, manifiesta el TJUE, que el órgano judicial español deberá comprobar si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la estipulación entredicha. Para el caso de que pueda subsistir, el órgano judicial no aplicara la cláusula de vencimiento anticipado, salvo que el deudor se oponga a ello. De esta forma, el escenario judicial es el siguiente:

Si el contrato subiste, resuelto el mismo, la entidad financiera podrá acudir a cualquier proceso –ejecución ordinaria o declarativo- para reclamar lo adeudado, sin la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, extremo que puede resultar perjudicial para el consumidor.

Si el contrato subsiste, pero el deudor considera que le es más beneficioso seguir adelante con la ejecución hipotecaria, que no incoarse una ejecución ordinaria o un proceso declarativo, una vez se le conceda audiencia, conforme a lo establecido en STJUE de 26 de marzo de 2019, podrá solicitar que la cláusula de vencimiento anticipado abusiva sea sustituida por una disposición nacional supletoria, en concreto, por el artículo 693. 2 LEC, permitiendo la ejecución hipotecaria ante el impago de tres cuotas.

En definitiva, el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria queda en manos del deudor, que puede subsanar la cláusula abusiva por la aplicación de una disposición nacional, a efectos de no archivarse la ejecución hipotecaria.

#### 4.2.9. Resolución aclaratoria del TS de 11 de septiembre de 2019

<sup>28</sup> STJUE 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/1.

<sup>29</sup> STJUE 26 marzo 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/1.

Tras la sentencia del TJUE, la mayoría de audiencias provinciales no se pronunciaron sobre las ejecuciones hipotecarias que tenían suspendidas en sus juzgados, sino que se esperaron a que se pronunciase el TS, extremo que realiza con la resolución de 11 de septiembre de 2019<sup>30</sup>.

En esta resolución, que soluciona el problema de las ejecuciones suspendidas, el Alto Tribunal defiende la no subsistencia del contrato ante la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Sin embargo, considera que la no subsistencia de este contrato conlleva perjuicios para acreedor y deudor.

Ante esta tesitura, marca unos criterios orientativos consistentes en defender que los órganos judiciales dicten auto de sobreseimiento de las ejecuciones hipotecarias suspendidas, el cual no ostentará efectos de cosa juzgada, y, en consecuencia, el acreedor podrá incoar un nuevo proceso de ejecución hipotecaria, exigiéndose el cumplimiento de los requisitos del artículo 24 LCCI, esto es, deberá acreditarse el impago de 12 cuotas.

## 5. LA CLÁUSULA DE LOS INTERESES DE DEMORA

### 5.1. *Problemática práctica de la cláusula*

Es cierto que la fijación de los intereses de demora encuentra cobertura jurídica en diferentes preceptos de leyes sustantivas. Así, el artículo 1.108 CC, permitía, para los casos de mora, la aplicación de los intereses convenidos por las partes contratantes, y, solo ante la falta de acuerdo, la aplicación del interés legal, de modo subsidiario. Esta norma, juntamente con la autonomía contractual de las partes permitida en el precepto 1.255 del mismo cuerpo legal, concedía visos de legalidad a la fijación de los intereses desproporcionados, entrando en contradicción con los límites establecidos en el 85.6 del TRLGDCU. Sin embargo, esta presunta libertad resultó ser excesiva. El problema de los intereses de demora es su carácter desmedido. Dice la sabiduría popular, que, si tiras mucho de la cuerda, al final se rompe, y, eso es, simplemente lo que sucedió en la relación entre intereses de demora y consumidores, pues de tanto tirar la cuerda, de tanto aumentarlos, la cuerda se rompió.

### 5.2. *Desencuentro TJUE-TS. Limitación de los porcentajes correspondientes a los intereses de demora*

#### 5.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Inexistencia de límites a la concreción de los intereses de demora

<sup>30</sup> STS (1ª) 11 febrero 2019, nº de Recurso: 1752/2014.



El TS aceptaba la libertad contractual de las partes como criterio determinante de la fijación de los intereses de demora, sin que se estableciese un límite concreto a los mismos. Ante esta libertad, los intereses de demora eran, en ocasiones, y desgraciadamente mayoritariamente, desmesurados, pero sin que el Alto Tribunal dudase de su validez, permitiendo su fijación por la autonomía contractual de las partes, sin considerarlos abusivos. Un ejemplo de esta postura aparece reflejado en la STS (1ª) 22 febrero 2013, al considerar que «la prestación de intereses es la obligación accesoria que acompaña a la obligación pecuniaria principal y que viene determinada en relación al tiempo de cumplimiento y a la cuantía de ésta. Aparte de los intereses legales (así, artículo 1.108 del Código civil), los convencionales se establecen por los sujetos de la obligación principal, como remuneratorios previstos para el cumplimiento normal o a término y como moratorios, para la demora en el cumplimiento de la obligación principal. Unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes (artículo 1.108, «intereses convenidos» y 1.255 del Código civil, principio de la autonomía de la voluntad)»<sup>31</sup>.

#### 5.2.2. Disconformidad judicial como garantía de los derechos de los consumidores

Los altos intereses porcentuales aplicables a los intereses de demora generaron la voz de alarma entre perjudicados y órganos judiciales. Esta denuncia social y jurídica, fructificó en el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, en relación con la interpretación de las cláusulas abusivas conforme a las directrices de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en los contratos celebrados con consumidores. Esta petición se planteó en el marco de un litigio entre el Sr. Aziz y Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, relativo a la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo con garantía real hipotecaria celebrado entre dichas partes. En concreto, en este contrato bancario se establecían en su cláusula 6ª, unos intereses de demora anuales del 18,75 %, automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación.

#### 5.2.3. Resolución correctora del TJUE

El TJUE no determina, pues tampoco es su función, cuál debe ser el porcentaje concreto a que deben ascender los intereses de demora, pero sí, en cambio, le dice al TS, que la libertad contractual debe presentar una serie de limitaciones, que eviten la desproporcionalidad y el abuso sobre el consumidor, en definitiva, viene a decir que es

<sup>31</sup> STS (1ª) 22 febrero 2013, nº de Recurso: 1759/2010.

necesario reglamentar una serie de limitaciones a la autonomía contractual, como se recoge normativamente en el artículo 85.6 del TRLGDCU.

La STJUE de 14 de marzo de 2013<sup>32</sup>, en relación con los intereses de demora, concede al órgano jurisdiccional, elementos de valoración, a efectos de determinar si son abusivos o no, elementos que se concretan en los siguientes extremos. En primer lugar, exige comprobar si «el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos, y, en segundo lugar, considera necesario comprobar a tal efecto, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»<sup>33</sup>.

Tras la publicación de esta resolución, el legislador español y el TS entienden que no puede mantenerse la libertad contractual existente hasta el momento respecto de la concreción de los intereses de demora, debiéndose proceder a la modificación tanto de la legislación hipotecaria sustantiva como procesal.

#### 5.2.4. Tesis sostenida finalmente por el TS: Reconocimiento de la limitación de los intereses de demora

La conclusión parece fácil y rápida, es necesaria establecer una limitación de los intereses de demora, pero esta limitación ha sido objeto de diferentes modificaciones, que cronológicamente vamos a exponer, hasta llegar al estado actual.

A.- Primer escenario: Limitación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero.

La primera de las iniciativas del legislador se concretó en reformar mediante el artículo tres, apartado dos, de la Ley 1/2013, la norma 114 de la Ley hipotecaria, en el sentido de prohibir que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, pudiera ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, pudiéndose devengar, asimismo, sólo sobre el principal pendiente de pago. Consecuencia de esta reforma, se establece un sistema mixto de regulación de los intereses de demora. El primero de ellos, regulado en el artículo 114.3 LH, para los supuestos de hipoteca de vivienda habitual, y, un segundo sistema, para las hipotecas de vivienda no familiar, cuya norma

<sup>32</sup> STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

<sup>33</sup> STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

de aplicación seguirá siendo la norma 1.108 CC. Esta nueva regulación es aceptada por los órganos judiciales considerando abusivos los intereses que sobrepasen los límites determinados en la norma hipotecaria<sup>34</sup>. La nueva normativa tiene una incidencia tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. Así, en cuanto a la dimensión sustantiva, se produjo un cambio sustancial en la formalización de las escrituras de préstamo hipotecario, pues las estipulaciones contenidas en los contratos de préstamo hipotecario, relativas a los intereses de demora, se acomodaban a las limitaciones contenidas en el artículo 114.3 LH.

A nivel judicial, la realidad era más compleja, por reminiscencias de la anterior regulación y práctica contractual, concurriendo una heterogeneidad de realidades. Por un lado, existían demandas fundamentadas en escrituras públicas correctas, por ajustarse la redacción relativa a la estipulación de intereses de demora a las reglas del precepto 114.3 LH. En estos casos, la admisión de la demanda hipotecaria y su ejecución no presentaba problemas de relevancia. Pero, por otro lado, y, en estos supuestos es donde se generaban mayores problemas, se podría pretender ejercitar una hipoteca sujeta a la regulación anterior a la vigencia de la Ley 1/2003, y, en consecuencia, sin que la consignación de los intereses de demora se encontrase sujeta a límite alguno.

Como era de esperar, las entidades financieras intentan no perder el cobro de los intereses pactados, a través de actuaciones correctoras. Actuaciones que se concretaban en una actitud conformista, en el sentido de aceptar de antemano la pérdida del cobro del porcentaje total pactado, limitándose su reclamación a la nueva normativa, o, incluso, en algunos casos, eran los propios órganos judiciales los que moderaban e integraban esta incorrección<sup>35</sup>, extremo que no resultó ser pacífico<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, sirva como ejemplo, la SAP Alicante (9ª) 30 mayo 2014, que sostiene que constatado que «la cláusula sobre tipo de interés de demora rebasa el límite del art. 114 LH y reclamándose una cantidad por este concepto que incluye intereses devengados y no satisfechos, resulta de aplicación la prohibición prevista en el mencionado art. 114 LH, como consecuencia de la retroactividad que le confiere el segundo párrafo de la D. Tª 2ª Ley 1/2013». SAP Alicante (9ª) 30 mayo 2014, nº de Recurso: 713/2013.

<sup>35</sup> A modo de ejemplo, permitían esta actuación, entre otras, la SAP Córdoba (1ª) 20 junio de 2014.

<sup>36</sup> Sirva como ejemplo, el AAP Barcelona (11ª) 29 septiembre 2016. En esta resolución se sostiene que «conforme a la jurisprudencia comunitaria más reciente -lo que nos llevó en su día a modificar nuestro anterior criterio, la declaración de abusividad de una cláusula inserta en un contrato suscrito por un consumidor, y que no resulte esencial como es el caso de la del interés de demora, será la subsistencia de aquél sin su aplicación y sin posibilidad de integración vía arts. 1.108 CCivil, 576 LECivil o Ley 1/13. Se deberá eliminar por completo la cláusula controvertida del mundo jurídico como mecanismo para disuadir de futuras prácticas contrarias al Derecho comunitario. Ahora bien, siguiendo en este caso la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo arriba citadas la abusividad de dicha

Esta postura adoptada por alguno de los órganos judiciales españoles es rechazada por el TJUE. En este sentido, el Auto de 11 de junio de 2015, defiende que «teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva»<sup>37</sup>. De mantenerse un criterio dispar, y proceder a la reintegración de la cláusula abusiva, se vulnerarían los principios que informan la doctrina del TJUE, entre otros, se desvirtuaría la obligación del Estado en cuestión de erradicar las cláusulas abusivas<sup>38</sup>, pues se eliminaría el efecto disuasorio de la nulidad de las cláusulas abusivas<sup>39</sup>, y, en definitiva, se utilizaría el proceso de ejecución hipotecaria en perjuicio del deudor<sup>40</sup>.

Ante esta problemática, el TS se encuentra a medio camino entre el todo y el nada, esto es, aceptando la doctrina judicial del TJUE, considera que la parte interesada no puede subsanar la abusividad de la cláusula con un comportamiento corrector, pero, a la vez, considera que resultaría injusto, privar a la entidad acreedora del cobro de alguna cantidad correspondiente a los intereses de demora. Esta dicotomía es mantenida por el TS, en su sentencia de 22 de abril de 2015, al sostener que «la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la validez»), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»<sup>41</sup>.

B.- Segundo escenario: Limitación de los intereses de demora a la adición de dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, limitación solo aplicada a los préstamos personales

---

estipulación no impide -a pesar de que el contrato ya está vencido- que continúe devengándose el interés real que «retribuye» o compensa que el prestatario disponga del dinero». AAP Barcelona, (11ª), de 29 de septiembre de 2016.

<sup>37</sup> ATJUE 11 junio 2015, asunto C-602/2013.

<sup>38</sup> STJUE 21 enero 2015, asunto C-482/13.

<sup>39</sup> STJUE 30 abril 2014, asunto C-26/2013.

<sup>40</sup> STJU 14 marzo 2013, asunto C-415/11.

<sup>41</sup> STS (1ª) 22 abril 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

Ante la dicotomía entre el no cobro de la cantidad correspondiente a los intereses de demora y la actuación correctora de la entidad financiera, el TS busca adoptar una solución «asumible» y pacificadora. Cuestión que realiza en su sentencia de 22 de abril de 2015. En esta resolución, en primer lugar, define el *status quo* de la cuestión, al afirmar que «en España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»<sup>42</sup>.

En segundo lugar, analiza cuáles pueden ser las soluciones, esto es, qué posibilidades normativas concederían cobertura jurídica a la limitación de los intereses de demora, detallando los siguientes:

«El art. 1108 del Código Civil establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal. En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo), establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual. El nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual. El art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que, en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual. Por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero»<sup>43</sup>.

Finalmente, definido el problema y analizadas las soluciones, el TS considera, en su sentencia de 22 de abril de 2015, la decisión más equitativa «el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la

<sup>42</sup> STS (1ª) 22 abril 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

<sup>43</sup> STS (1ª) de 22 de abril de 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

fijación del interés de mora procesal (...) el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones»<sup>44</sup>. Sin embargo, es preciso destacar que esta solución, inicialmente, sólo es aplicada por el TS, a los préstamos personales sin garantía real.

C.- Tercer escenario: La aplicación de la limitación de los intereses de demora conforme a las normas del artículo 114.3 LH no supone por si sola su validez

El TS, respecto de los préstamos hipotecarios todavía necesita un paso intermedio, con anterioridad a proceder a la equiparación de la limitación de los intereses de demora aplicada a los préstamos personales, paso que efectúa con la publicación de la resolución de 23 de diciembre de 2015. Así, la STS de 23 de diciembre de 2015 es importante por dos motivos. En primer lugar, por prohibir la subsanación de los intereses de demora considerados abusivos con la norma contenida en el artículo 114.3 LH, a efectos de reducir, pero no perder la cantidad total pactada por este concepto, afirmando que «el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores»<sup>45</sup>.

En segundo lugar, porque ya nos advierte esta resolución de la pérdida de virtualidad de las reglas contenidas en el artículo 114.3 LH, al considerar que las directrices de este precepto solo son un referente más a tener en cuenta por el órgano judicial<sup>46</sup>, pero no el único, afirmando que es preciso tener en cuenta los siguientes extremos: Primero. - Que el artículo 114.3 LH no es la única norma de referencia para calificar un interés de abusivo o no. Segundo. - Que la abusividad de un interés se efectuará conforme a la

<sup>44</sup> STS (1ª) de 22 de abril de 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

<sup>45</sup> STS (1ª) 22 abril 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

<sup>46</sup> En este sentido, la STS (1ª) 23 diciembre 2015 sostiene que «el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope lega». STS (1ª) 23 diciembre 2015, nº de Recurso: 2658/2013.

globalidad del ordenamiento jurídico, y con base a la situación de desigualdad en que se coloca al consumidor, y; Tercero. - La concreción del interés de demora conforme a las reglas del precepto 114.3 LH no significa que ese interés no pueda ser abusivo<sup>47</sup>. Se produce, en definitiva, una equiparación entre contratos de préstamo personal y de garantía hipotecaria.

Es necesario ser justos, y así cuando existe coordinación y correlación entre las doctrinas judiciales y comunitarias deviene necesario también dejarlo patente. Así, el ATJUE de 17 de marzo de 2016, también defiende que las directrices del artículo 114.3 LH, no ostentan el monopolio en cuanto a la determinación de la corrección o no de una estipulación correspondiente a los intereses de demora<sup>48</sup>.

D.- Cuarto escenario: La limitación de los intereses de demora a la adición de dos puntos porcentuales al interés legal del dinero, de aplicación a cualquier modalidad de préstamo

La puntilla a la vigencia del artículo 114.3 LH la efectúa la STS de 3 de junio de 2016, al manifestar que no debe el juez limitarse a analizar un criterio numérico, pues puede ser que «ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo»<sup>49</sup>. Esta resolución del TS despeja cualquier tipo de duda respecto de las normas y criterios a aplicar respecto de los intereses de demora. Así, defiende el tratamiento homogéneo de los límites para cualquier modalidad de préstamo, pues «para los préstamos con garantía real, no encontramos razones para separarnos del (criterio) adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales», que no es otro que considerar el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal como el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos concertados con consumidores<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> STS (1ª) 22 de abril de 2015, nº de Recurso: 2351/2012. Esta tesis es refrendada por la STS (1ª) de 18 de febrero de 2016, nº de Recurso: 2211/2014.

<sup>48</sup> Sostiene el ATJUE de 17 de marzo de 2016, que «los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 693 de la LEC». ATJUE 17 marzo 2016, asunto C-613/15.

<sup>49</sup> STS (1ª) 3 junio 2016, nº de Recurso: 2499/2014.

<sup>50</sup> La equiparación de tratamiento de cualquier contrato de préstamo, respecto de los intereses de demora, es defendida en la resolución de 3 de junio de 2016, mediante los siguientes razonamientos: «Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en

### 5.2.5. Advertencia de especial interés. La no afectación de la abusividad de los intereses de demora al resto de intereses pactados

La consecuencia principal de la declaración de la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora conlleva la prohibición de que el consumidor deba soportar las consecuencias de su incorporación al contrato. Sin embargo, es preciso destacar que la nulidad de la cláusula de interés de demora no adquiere un carácter absoluto, ni vicia el resto del contrato, por lo que, con independencia de su nulidad, es preciso matizar dos cuestiones. En primer lugar, de no ser usurario el interés remuneratorio establecido, el mismo seguirá devengando el porcentaje correspondiente que deberá afrontar el deudor<sup>51</sup>, y, en segundo lugar, al no ser calificada la cláusula de interés de demora como de elemento esencial del contrato, el mismo mantiene su vigencia y efectividad respecto del resto de las obligaciones contractuales asumidas por las partes intervinientes<sup>52</sup>.

### 5.3. Posible desencuentro TJUE-TS. Determinación de la corrección de la aplicación del artículo 576 LEC para los intereses de demora y subsistencia de los intereses remuneratorios.

Como si de un partido de *ping pong* se tratará, el intercambio de doctrina ente el TJUE y TS no ha finalizado, pues ante la heterogeneidad de criterios judiciales, el TS plantea

---

el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y, de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual». Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado». STS (1ª) 3 junio 2016, nº de Recurso: 2499/2014.

<sup>51</sup> El TS diferencia el devengo de los intereses de demora de los remuneratorios, manifestando que «este (el remuneratorio) se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad». STS (1ª) 22 abril 2015, nº de Recurso: 2351/2012.

<sup>52</sup> La subsistencia del contrato es defendida por el ATS (1ª) 22 febrero 2017, al sostener que «la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, dado que la supresión de la cláusula de interés de demora solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario». ATS (1ª) 22 febrero 2017, nº de Recurso: 2825/2014.



una cuestión prejudicial al Tribunal europeo, mediante el ATS (1ª) de 22 de febrero de 2017<sup>53</sup>, a efectos de obtener el posicionamiento del Tribunal europeo, en relación con los siguientes interrogantes.

«En primer lugar, preguntar si los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?»<sup>54</sup>.

«En segundo lugar, si los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?»<sup>55</sup>.

«En tercer lugar, si en caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pago?»<sup>56</sup>.

Las dos primeras cuestiones se encuentran interconectadas entre ellas, y tienen como finalidad que el TJUE valide o no, los parámetros de corrección establecidos por el TS para los intereses de demora, esto es, las directrices del artículo 576 LEC, consistente en permitir un porcentaje hasta el 2% sobre el interés remuneratorio. La respuesta a la última de las cuestiones planteadas vendrá determinada por la solución que se conceda a las dos primeras. Así, una respuesta del TJUE, en el sentido de invalidar la aplicación del precepto 576 LEC, constituiría una nueva resolución correctora de la doctrina

<sup>53</sup> ATS (1ª) 22 febrero 2017, nº de Recurso: 2825/2014.

<sup>54</sup> ATS (1ª) 22 febrero 2017, nº de Recurso: 2825/2014.

<sup>55</sup> ATS (1ª) 22 febrero 2017, nº de Recurso: 2825/2014.

<sup>56</sup> ATS (1ª) 22 febrero 2017, nº de Recurso: 2825/2014.

jurisprudencial del TS, el cual, para curarse en salud, ya se pregunta en el tercero de los interrogantes, cuál debería ser, en su caso, la forma de proceder, ante la hipótesis de que el TJUE recomiende la adopción de una postura diferente a la mantenida hasta el momento. Esperamos ansiosos la respuesta del TJUE.

#### 5.4. Fin de la discusión: STJUE de 7 de agosto de 2018

La resolución del Tribunal europeo se pronuncia respecto de dos grandes bloques de cuestiones. En primer lugar, en cuanto a la cesión y compra de créditos frente a los consumidores, y, en segundo lugar, en relación con la determinación de los porcentajes establecidos en el ordenamiento jurídico patrio, a efectos de la concreción o no de la abusividad de los intereses de demora, y, en función de ella, *versus* la forma de proceder una vez declarados abusivos.

Por coherencia con la temática de este capítulo del trabajo, analizaremos la segunda de las cuestiones tratadas por el TJUE, esto es, la relativa a los intereses moratorios.

5.4.1. Primera cuestión: ¿La directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía supone un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato?

Punto de partida: A efectos de resolver esta primera cuestión prejudicial, el TJUE parte de tres premisas. En primer lugar, el TS ha defendido una presunción *iuris et de iure*, según la cual será abusiva toda cláusula contractual no negociada en los contratos de préstamo celebrado con consumidores, cuando los intereses de demora sean superiores en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato. En segundo lugar, los órganos inferiores, al TS, resultarán vinculados por la doctrina judicial de éste, en relación con los intereses de demora, so pena de resultar censurados en casación. En tercer lugar, se acepta la flexibilización del criterio consistente en declarar abusivos los intereses de demora que exceda de dos puntos porcentuales, pues no se priva al juez nacional de la posibilidad de declarar abusiva una cláusula de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que no responda a ese criterio, a saber, una cláusula que establezca un tipo de interés de demora que no suponga un incremento de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado en el contrato, pero que tal cláusula sea considerada abusiva, con la pertinente inaplicación.

Resolución sobre el fondo: En la determinación de los porcentajes que establezcan el límite, entre la abusividad o no, de una concreta estipulación relativa a los intereses de demora, deben conjugarse dos extremos, que interesan de forma dispar a cada una de las partes contratante. Así, por un lado, «el nivel del tipo de interés de demora que razonablemente podría aceptar, en el marco de una negociación individual, un consumidor tratado de manera leal y equitativa. En contrapartida, por otro lado, el interés en preservar la función de los intereses de demora, que a su juicio no es otra que disuadir al deudor de incurrir en mora e indemnizar de manera proporcionada al acreedor en caso de mora del deudor»<sup>57</sup>.

El TJUE para determinar si el criterio adoptado por el TS como parámetro de la validez de las cláusulas de intereses de demora, es correcto, esto es, el incremento de dos puntos porcentuales, exige que tal criterio no sea excluyente del enjuiciamiento de otros factores, que permitan considerar una cláusula abusiva, al afirmar que «la Directiva 93/13, se opone a una normativa nacional que defina un criterio en el que deba basarse la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, cuando tal normativa impida al juez nacional que conoce de una cláusula que no responda a dicho criterio examinar el eventual carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, en su caso, declararla abusiva y dejarla sin aplicación»<sup>58</sup>.

En consecuencia, el criterio numérico, establecido por el TS, no debe constituir una barrera al análisis de otras circunstancias, que permitan al órgano judicial llegar también a la conclusión de que una cláusula es abusiva. Es decir, si se sobrepasa el criterio de adición de dos puntos porcentuales, la cláusula de intereses de demora es abusiva, pero, si no se excede este porcentaje, no significa automáticamente que la cláusula sea correcta, sino que se deberá analizar la estipulación en su conjunto.

Tomando como premisa las consideraciones anteriores, el TJUE finaliza resolviendo la cuestión planteada en el siguiente sentido: «Por consiguiente, procede responder a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial del asunto C-96/16 y a la primera cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía

<sup>57</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

<sup>58</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato»<sup>59</sup>.

5.4.2. Segunda cuestión: ¿La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato?

Punto de partida: A efectos de proceder a contestar la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, el TJUE parte de las siguientes premisas:

En primer lugar, la abusividad de una determinada cláusula implica su nulidad, y, por *ende*, su inaplicación, sin que el órgano judicial deba modificar la estipulación, pues tal circunstancia supondría una integración de la cláusula nula. Regla general que presenta una excepción, tal y como establece el TJUE al sostener que «aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización»<sup>60</sup>. En segundo lugar, se respeta el principio de conservación de los negocios jurídicos, esto es, el contrato pervive y despliega sus pertinentes efectos, anulando la cláusula abusiva.

Resolución sobre el fondo: Partiendo de las anteriores premisas, el Alto Tribunal afirma que su principal objetivo es no causar un perjuicio al consumidor y fortalecer su protección, eliminando las condiciones abusivas y manteniendo la efectividad del resto del contrato. Regla general que aplicable a los contratos de préstamo hipotecario se traduce en el hecho de que las estipulaciones dispares a la de los intereses de demora se mantendrán y aplicarán. «En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión».<sup>61</sup>

<sup>59</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

<sup>60</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

<sup>61</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

Entre estas otras cláusulas, se encuentra la correspondiente a los intereses remuneratorios.

«En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma»<sup>62</sup>.

El cumplimiento de esta argumentación del TJUE implica el cumplimiento de las premisas iniciales, esto es: 1. Se inaplica la cláusula abusiva que supone un perjuicio para el consumidor, concretada en la correspondiente a los intereses de demora. 2. No se subsana ni se sustituye por otras disposiciones, y, 3. Se mantiene la validez del resto de cláusulas del contrato.

Conforme a las anteriores consideraciones, el TJUE resuelve la segunda de las cuestiones prejudiciales en el sentido de «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato»<sup>63</sup>.

5.4.3. Tercera cuestión: En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera positiva: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva [93/13], como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar

<sup>62</sup> STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

<sup>63</sup> STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?

La tercera de las cuestiones resta sin contestar por resultar la respuesta al segundo de los interrogantes no positiva, en el sentido de que la tesis mantenida por el TS, en relación con los intereses de demora, no se opone a la Directiva 93/13, por lo que, como afirma el TJUE, «habida cuenta de la respuesta negativa que se ha dado a la segunda cuestión prejudicial en el asunto C-94/17, no procede responder a la tercera cuestión en este asunto»<sup>64</sup>.

## 6. MULTIDIVISA

### 6.1. Problemática práctica de la cláusula

Es cierto que esta modalidad de contratación no es nula *per se*, encontrando cobertura legal en el artículo 1.170 CC, el cual establece que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. Literalidad que concede validez a la posible contratación en moneda dispar a la nacional, si esa es la moneda pactada.

El principal problema que se plantea para el consumidor se concreta en asumir un mayor riesgo en relación con el pago del contrato de préstamo, a diferencia de las bondades explicadas y propuestas, en muchas ocasiones por las entidades financieras, que se concretaban en un intercambio de divisa que implicaba un menor coste económico.

Así, las bondades del producto se concretaban en la utilización de una moneda de un país que se caracterizaba por ser los tipos de interés más bajos que los correspondientes al euro. Pero la realidad es otra, pues no sólo no es en ocasiones ventajoso para el consumidor, sino que, además, a su vez, asumía un doble riesgo. El primero de ellos, resulta ser común a cualquier contrato de préstamo sujeto a interés variable, y se concreta en la variación del tipo de interés. El segundo de ellos, y característico de las hipotecas multidivisa, se concretaban en los peligros de fluctuación de la divisa extranjera.

De esta forma, el diferente valor de la moneda extranjera frente al euro exige un recálculo constante de la cantidad debida, pues el valor de la moneda extranjera se tiene en cuenta tanto para la determinación de la cuota de amortización, como para la

<sup>64</sup> STJUE 7 agosto 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17.

concreción del capital total aun por devolver. Así, como sostiene el TS, en la sentencia de 30 de junio de 2015, «puede ocurrir que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo<sup>65</sup>. En definitiva, la deuda es más alta que el capital prestado»<sup>66</sup>.

## 6.2. *Desencuentro TJUE-TS. Naturaleza de las hipotecas multidivisa*

6.2.1. Tesis sostenida inicialmente por el TS: Las hipotecas multidivisa son un instrumento financiero.

La doctrina judicial del TS, establecida en su resolución de 30 de mayo de 2015, califica esta modalidad de contrato no sólo de contrato de préstamo hipotecario sino también de instrumento financiero, es más, se califica de instrumento financiero complejo<sup>67</sup>. Tal calificación no resulta baladí, pues determina la normativa aplicable a los mismos, en concreto, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, (en adelante LMV)<sup>68</sup>. La norma fundamental de este cuerpo normativo en relación con las obligaciones de información aparece recogida en el precepto 79 bis. El cumplimiento de las obligaciones de

<sup>65</sup> STS (1ª) 30 junio 2015, nº Recurso: 278072013.

<sup>66</sup> Es clarificadora sobre este punto, la STS (1ª) 30 junio 2015, en la que se manifiesta que «el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo». STS (1ª) 30 junio 2015, nº Recurso: 278072013.

<sup>67</sup> «La Sala considera que la «hipoteca multidivisa» es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el art. 2.2 de dicha ley». STS (1ª) 30 junio 2015, nº Recurso: 278072013.

<sup>68</sup> En este sentido, la STS (1ª) 30 junio 2015, asevera que «en tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley». STS (1ª) 30 junio 2015, nº Recurso: 278072013.

información consignadas en este texto legal sólo se eximirá de aplicación de existir unas reglas comunitarias que regulasen unas normas concretas de aplicación<sup>69</sup>.

La configuración sustantiva –instrumento financiero- y la normativa aplicable -LMV- a las hipotecas multidivisa incide, de forma directa, en el ámbito procesal. Así, las denuncias de los consumidores se concretaban en exponer una falta de información suministrada por la entidad financiera en el momento de la contratación, al no cumplirse las exigencias de información prescritas en la Ley del Mercado de Valores. Hecho que influía, de modo directo, en el consentimiento, prestándolo de manera viciada. Ante esta falta de información, el consumidor fundamentaba su discrepancia, en un error del consentimiento, solicitando su nulidad conforme a las directrices contenidas en el artículo 1.265 CC, el cual sostiene que *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*.

El precepto siguiente del Código civil, esto es, el artículo 1.266, sostiene que para que el *error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato*, y resulta claro que el valor de la divisa incide en el ámbito principal de las obligaciones derivadas del perfeccionamiento del contrato, como es el pago del capital prestado y las cuotas de amortización, en definitiva, en la sustancia de la cosa que es objeto del contrato. Al considerar el consumidor que existe error en el consentimiento, la pretendida nulidad del mismo se solicitará, a nuestro entender por no ser una postura unánime, a través de la acción de nulidad regulada en el precepto 1.301 CC, la cual se encuentra sometida a un plazo de prescripción de cuatro años *desde la consumación del contrato*, limitándose, así en el tiempo, las posibilidades de defensa del consumidor.

#### 6.2.2. Resolución correctora del TJUE

No existe una única resolución del Tribunal europeo que discrepe de la configuración sustantiva que efectúa el TS en relación con las hipotecas multidivisa. La primera de las

<sup>69</sup> La STJUE de 30 de mayo de 2013, aclara que «para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate». STJUE 30 mayo 2013, asunto C-604/11.



resoluciones que modifican la doctrina del TS se concreta en la sentencia de 3 de diciembre de 2015. En esta resolución, se analiza un contrato de crédito al consumo determinado en moneda extranjera. El TJUE considera que las operaciones de cambio entre divisas a efectos de concesión y pago del contrato de crédito son «operaciones que se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago)»<sup>70</sup>.

Característica que simplemente se traduce en una forma de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo. Elemento que le permite afirmar al TJUE, que estas operaciones no tienen como objetivo «llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa y excluye por tanto que estemos ante la negociación de instrumentos financieros»<sup>71</sup>.

La segunda de las sentencias del TJUE, es de pocos días antes a la decretada por el TS, en concreto, de fecha de 20 setiembre 2017. Esta resolución constituye un ejemplo especialmente gráfico del conflicto de intereses entre «David y Goliat», entre la parte más fuerte de la contratación, que pretende eludir el control de transparencia, defendiendo la claridad formal y gramatical de la estipulación, y la contraparte débil, que persigue la aplicación del control de abusividad.

El primer punto analizado en la resolución del TJUE, se concreta en la calificación de la naturaleza de la cuestión discutida, afirmándose que la determinación de la moneda en que debe procederse al pago de las cuotas de retorno del dinero prestado no presenta carácter accesorio, sino, más bien todo lo contrario, formando parte del elemento esencial del objeto de contrato. Aceptando como premisa esta apreciación jurídica, es preciso recalcar que las estipulaciones relativas al elemento esencial del contrato, «no pueden considerarse abusivas, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible»<sup>72</sup>.

¿Pero cuál debe ser el alcance de claridad y de la comprensibilidad? ¿Es suficiente la información respecto de las razones de inclusión de una concreta cláusula, o, por el contrario, debe ampliarse la información a las consecuencias y riesgos que asume el

<sup>70</sup> STJUE 3 diciembre 2015, asunto C-312/14.

<sup>71</sup> STJUE 3 diciembre 2015, asunto C-312/14.

<sup>72</sup> STJUE 20 setiembre 2017, asunto C-186/16.

consumidor, contratando este tipo de divisa? Estas preguntas son resueltas en el segundo de los puntos analizados en la resolución. Así, el TJUE adopta una postura extensiva respecto del alcance de la claridad y comprensión. El Tribunal europeo defiende que la claridad no debe limitarse a su aspecto formal y gramatical, sino que también debe alcanzar a la operatividad del contrato<sup>73</sup>, esto es, el examen no puede limitarse al continente, sino que debe ampliarse también al contenido.

Aceptando esta conceptualización amplia de la claridad y comprensibilidad, el prestamista debe conceder al prestatario toda aquella información veraz y necesaria, que permitan a este último, entender y evaluar el coste económico que le va a implicar la vida del contrato<sup>74</sup>. Conceptualización que también condiciona el ámbito del estudio judicial, al no ser una cláusula negociada individualmente, por lo que, el órgano judicial deberá examinar, además de que se hayan cumplido las obligaciones de información previa, si se ha originado con la incorporación de esa concreta estipulación al contrato, un desequilibrio entre las partes contratantes, por desconocimiento real «de los riesgos de las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera»<sup>75</sup>. Con esta ampliación del ámbito de conocimiento, se supera el control de transparencia de la estipulación, produciéndose un verdadero control de abusividad, al analizar las circunstancias concurrentes en el momento de la formalización del contrato en aras a asegurar la buena fe y el equilibrio

<sup>73</sup> «Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (...) Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él». STJUE 20 setiembre 2017, asunto C-186/16.

<sup>74</sup> En el caso de los contratos divisa extranjera no solo debe ceñirse la información al mecanismo del cambio de divisa, sino que «las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero». STJUE 20 setiembre 2017, asunto C-186/16.

<sup>75</sup> STJUE 20 setiembre 2017, asunto C-186/16.

entre las partes contratantes, estudio que deberá efectuarse por mucho que las estipulaciones sean claras y transparentes<sup>76</sup>.

### 6.2.3. Tesis sostenida finalmente por el TS: Las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero

Esta vez, el TS ha sido precavido, ha esperado pacientemente a conocer la doctrina del TJUE, para pronunciarse en relación con la hipoteca multidivisa. Ha evitado así, un nuevo varapalo jurídico del Tribunal europeo, o, cuanto menos, el riesgo de dictar una sentencia contraria a los argumentos del TJUE.

De esta forma, finalmente, el día 15 de noviembre de 2017, vio la luz la esperada sentencia del TS, en la que éste debía posicionarse respecto de las hipotecas multidivisa. El TS no «arriesga» y asume los posicionamientos emitidos por el TJUE, tanto en la resolución de 3 de diciembre de 2015, como en la sentencia de 20 de setiembre 2017. Así, en primer lugar, respecto de la naturaleza del contrato de préstamo con garantía multidivisa, el TS lo excluye de la conceptualización de instrumento financiero. La consecuencia directa de esta exclusión se concreta en que las entidades se encuentran exentas de cumplir las reglas establecidas en la Ley de Mercado de Valores, respecto de los deberes de información<sup>77</sup>.

En segundo lugar, el hecho de que se exima a las entidades del cumplimiento de los deberes de información de la LMV no significa en caso alguno, que respecto de este producto financiero no existan unas reglas específicas en relación a la concesión de información para los consumidores. Esta configuración no desprotege a los consumidores, sino más bien al contrario. La resolución del TS constituye un reforzamiento de la posición de los deudores y de su protección ante la situación de debilidad en que se encuentran en el marco de la contratación bancaria.

El TS afirma que el hecho de que la hipoteca multidivisa no sea considerada un instrumento financiero complejo, no obsta a que la misma no sea compleja. Es por ello, que se exige el cumplimiento de las normas de transparencia, a efectos de la comprensión del deudor, normas de transparencia que serán objeto de control, a través de un análisis de la abusividad del contrato<sup>78</sup>, con la finalidad de examinar si el

<sup>76</sup> STJUE 20 setiembre 2017, asunto C-186/16.

<sup>77</sup> En palabras del TS: «El préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la ley del mercado de valores». STS (1ª) 15 noviembre 2017, nº de Recurso: 2678/2015.

<sup>78</sup> El papel de garante que asume el TS, en relación con el consumidor, en esta clase de productos financieros, es puesto de manifiesto en la resolución de 15 de noviembre de 2017, al sostener que «no excluye que estas *entidades*, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, están sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como

mismo no solo es comprensible formalmente, sino también si es comprensible respecto de las cargas económicas que asume el prestamista, y si las mismas fueron objeto de explicación de manera pormenorizada e individual<sup>79</sup>, pues resulta «esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo»<sup>80</sup>.

En definitiva, todas aquellas cláusulas multidivisa que carezcan de la transparencia exigida, serán consideradas nulas, con un plazo de nulidad imprescriptible, y con la posibilidad del consumidor de solicitar el recálculo del préstamo en euros desde la primera cuota de amortización, con derecho al reintegro de la diferencia resultante entre lo pagado en divisa extranjera y nacional, y devolviendo los intereses que se hayan abonado en exceso.

Fecha de recepción: 07.06.2019

Fecha de aceptación: 24.09.2019

---

son las de transparencia bancaria. (...) Asimismo, cuando el prestatario tiene la condición legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores». STS (1ª) 15 noviembre 2017, nº de Recurso: 2678/2015.

<sup>79</sup> En este sentido, el TS sostiene que «se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato». STS de 15 de noviembre de 2017, (1ª), nº de Recurso: 2678/2015.

<sup>80</sup> STS (1ª) 15 noviembre 2017, nº de Recurso: 2678/2015.