



Roj: **ATS 785/2017 - ECLI:ES:TS:2017:785A**

Id Cendoj: **28079119912017200004**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **22/02/2017**

Nº de Recurso: **2825/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SJMer, Alicante/Alacant, núm. 2, 13-01-2014,**
SAP A 2173/2014,
AJPI 15/2016,
ATS 785/2017,
PTJUE 211/2018,
STS 3889/2018,
GTJUE 7/2018

Auto: CASACIÓN

Recurso Núm.: 2825/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Procurador:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO



ÚNICO.- *Litigio principal en el que se plantea la cuestión prejudicial.*

1.- D. Severiano interpuso recurso de casación contra la sentencia 185/2014, de 18 de septiembre, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que ha sido registrado con el número 2825/2014. La parte recurrida es Banco de Sabadell S.A.

2.- En la deliberación convocada para la votación y fallo del recurso, se consideró la pertinencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial, por lo que se acordó oír a las partes sobre la pertinencia de plantear tal petición.

3.- La recurrida, Banco de Sabadell S.A., no realizó alegaciones relativas a la pertinencia de plantear la cuestión prejudicial. Aunque manifestó "allanarse" a la acción de nulidad, solicitó que se desestimara el recurso de casación interpuesto, y que se aplicara el interés remuneratorio. El recurrente, D. Severiano, presentó escrito en el que se mostraba favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial y manifestaba su apoyo a la tesis mantenida en su recurso, en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula de interés de **demora**, el préstamo debe dejar de devengar cualquier tipo de interés.

4.- Se dictó auto declarando la improcedencia de tener por allanado a Banco de Sabadell S.A. puesto que no aceptaba la pretensión del recurrente, y continuar la tramitación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

5.- Las partes en el litigio principal son D. Severiano, como demandante, representado por el procurador D. Carlos Álvarez Marhuenda, y Banco de Sabadell S.A., como demandado, representado por la procuradora D.ª Blanca María Grande Pesquero.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de enero de 1999, Caja de Ahorros del Mediterráneo (actualmente, Banco de Sabadell S.A.) concedió a D. Severiano un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir su vivienda familiar, por importe de 17.633,70 €, que el prestatario debía devolver en veinte años mediante el pago de cuotas mensuales.

2.- El tipo de interés remuneratorio inicialmente pactado fue del 5,5% anual, sujeto a variación a partir del primer año. Cuando el prestatario incurrió en mora, el interés remuneratorio se devengaba al tipo del 4,75% anual.

3.- La cláusula sexta del contrato de préstamo establecía que las cuotas del préstamo que no se pagaran a su vencimiento devengarían un interés de **demora** del 25% anual.

4.- El consumidor prestatario interpuso una demanda contra el banco prestamista en la que solicitaba que se declararan nulas, por ser abusivas, las cláusulas del contrato de préstamo que establecían el redondeo del tipo de interés remuneratorio y los límites a su variabilidad, la comisión por impago de cada cuota, el vencimiento anticipado por impago y el tipo del interés de **demora**.

5.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, declararon la abusividad de varias de estas cláusulas. En lo que aquí interesa, las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial declararon que la cláusula que establecía el interés de **demora** era abusiva y acordaron que el tipo del interés de **demora** fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria.

6.- El consumidor ha interpuesto recurso de casación porque considera que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y sostiene que el préstamo no debe devengar interés alguno desde que el prestatario incurrió en mora. El objeto del recurso de casación ha quedado por tanto limitado a la abusividad de la cláusula sobre intereses de **demora** y, más concretamente, a los efectos de la declaración de abusividad de tal cláusula.

7.- La pertinencia de plantear la cuestión prejudicial deriva de la necesidad de resolver las dudas sobre la interpretación de varias normas de la Directiva 93/13/CEE invocadas por el consumidor en su recurso y cuya aplicación es precisa para dictar la sentencia que resuelva el recurso de casación.

SEGUNDO.- *Derecho de la Unión Europea*

Los preceptos del Derecho de la Unión Europea cuya interpretación plantea dudas con relación a la declaración de abusividad de la cláusula de interés de **demora** y sus efectos son:



i) los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establecen los criterios que determinan el carácter abusivo de la cláusula no negociada y, concretamente, de la cláusula que establece el interés de **demora**;

ii) los artículos 6.1, 7.1 de dicha Directiva, que regulan las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula no negociada.

TERCERO.- Marco jurídico nacional en el que se inscribe el litigio principal

1.- El artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU) considera abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones» (1). Este precepto traspone el anexo 1.e, en relación con el artículo 3, de la Directiva 93/13/CEE, con la particularidad de que en el Derecho español, estas cláusulas son siempre abusivas.

2.- En España, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de **demora** establecidos en préstamos concertados con consumidores. El artículo 1108 del Código Civil (2) prevé que el interés de **demora** será el pactado por las partes. Si no existe pacto, se aplica

(1) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555

(2) «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=1#art1108>

el interés legal. Este interés legal se fija cada año por ley. En los últimos años, el tipo de interés legal ha variado entre el 3% y el 5,5% anual (3).

3.- Solo en el ámbito de los préstamos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (4) e introdujo un límite a los intereses de **demora**, al establecer que los intereses de **demora** «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (5) declaró que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de **demora** quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

4.- Los tipos de interés de **demora** que se establecían en los préstamos concedidos en España a los consumidores, tanto personales como hipotecarios, eran por lo general muy altos, pues con frecuencia superaban el 20% anual o se acercaban a

este porcentaje. En el caso del litigio principal, el tipo del interés de **demora** es del 25% anual.

5.- Ante la falta de criterios legales que establecieran pautas seguras para la apreciación de la abusividad de los intereses de **demora** en préstamos concertados con consumidores, los tribunales españoles de primera y segunda instancia aplicaban criterios dispares. Hubo acuerdos de diversas juntas de jueces de algunas ciudades y de magistrados de tribunales de apelación de algunas provincias, en los

(3) http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Otros_tipos_de_i/otros-tipos/Tabla_tipos_de_interes_legal.html

(4) «Los intereses de **demora** de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de **demora** no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»



(5) Sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja, auto de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13 , caso BBVA, y auto de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15 , caso Ibercaja.

que se fijaron criterios comunes cuya observancia, siempre voluntaria, quedaba limitada a la demarcación judicial correspondiente.

6.- Los criterios más frecuentes utilizados en las sentencias de los tribunales (o en los acuerdos de las juntas de jueces y de magistrados de tribunales de apelación) para enjuiciar el carácter abusivo de las cláusulas sobre interés de **demora** en los préstamos con consumidores eran el límite de dos veces y media el interés legal (límite máximo establecido por el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo (6) para los intereses de descubiertos tácitos en cuenta corriente contratada con consumidores) o el límite de tres veces el interés legal (límite para el interés de **demora** en los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual fijado en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria). En otras ocasiones, el límite de abusividad del interés de **demora** se fijaba por referencia al interés remuneratorio del préstamo.

7.- El resultado fue la existencia de una gran inseguridad jurídica, pues los tribunales utilizaban criterios muy dispares para enjuiciar la abusividad del interés de **demora** en préstamos concedidos a consumidores, y se producía una diferencia arbitraria de trato para los consumidores, según el lugar y el tribunal donde se siguiera el litigio.

8.- También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de **demora**.

9.- Algunos acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de **demora**), si la cláusula que establecía el interés de **demora** era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de **demora**.

(6) «1. En el caso de un contrato para abrir una cuenta a la vista, donde existe la posibilidad de que se permita al consumidor un descuberto tácito, el contrato contendrá la información a la que se refiere la letra e) del apartado 2 del artículo 12. [...]

»4. En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero».

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-10970>

10.- Otros tribunales acordaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de **demora**, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria , a los que se ha hecho referencia.

11.- Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

12.- Cuando la cuestión se planteó en un recurso de casación ante la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo (en adelante, nos referiremos simplemente al «Tribunal Supremo»), este tribunal consideró que era necesario establecer un criterio que diera seguridad jurídica en esta materia y pusiera fin a la disparidad de criterios utilizados. El criterio jurisprudencial debía combinar la adecuada protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, la disuasión a los predisponentes para que dejaran de utilizar cláusulas que establecieran intereses de **demora** abusivos, el restablecimiento de un equilibrio real entre las partes, y también debía evitar que el contratante cumplidor recibiera peor trato que el incumplidor y pudiera favorecerse el incumplimiento de los prestatarios.

13.- En las sentencias 265/2015, de 22 de abril , 470/2015, de 7 de septiembre , y 469/2015, de 8 de septiembre (7) , el Tribunal Supremo abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de **demora** en los préstamos personales.

14.- En estas sentencias, el Tribunal Supremo siguió los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE (8) . Tomó en consideración las normas nacionales aplicables, en caso de mora del deudor, en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún



(7) <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7478025&links=inter%C3%A9s%20de%20demora%20%22469%2F2015%22&optimize=20150928&publicinterface=true>

(8) En especial, sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, caso Banco Español de Crédito, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja, y autos de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, de 8 de julio de 2015, asunto C-90/14, caso Cajatres, y de 17 de marzo de 2016, asunto C- 613/15, caso Ibercaja.

acuerdo en el contrato: interés legal fijado por el Estado a efectos del artículo 1108 del Código Civil, diversos tipos de interés fijados para supuestos específicos en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley Hipotecaria, Ley del Contrato de Seguro, Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, interés de **demora** procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

15.- También comprobó si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. En este punto, consideró que en los contratos de préstamo celebrados por negociación, que debían servir como criterio de referencia, las máximas de experiencia muestran que el interés de **demora** se establece por la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado.

16.- En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo consideró que el interés de **demora** establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues:

i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto;

ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de **demora** que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

17.- Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio (9), aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de **demora** en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina

(9) <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7693401&links=inter%C3%A9s%20de%20demora%20%22364%2F2016%22&optimize=20160608&publicinterface=true>

establecida por el TJUE (10) y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de **demora** del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de **demora** convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

18.- En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo también estableció una doctrina jurisprudencial sobre cuáles debían ser los efectos de la apreciación de abusividad de una cláusula sobre interés de **demora**, por superar ese límite de dos puntos sobre el interés remuneratorio.

19.- El Tribunal Supremo declaró que el TJUE (11) ha deducido de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

20.- El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo de Derecho nacional, pues el TJUE (12) solo

ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el

(10) Sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja, y autos de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso BBVA, y de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, caso Ibercaja.

(11) Sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

(12) Sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

21.- En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de **demora** en un contrato de préstamo, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que el TJUE (13) ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de **demora** previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

22.- Por esas razones, el Tribunal Supremo concluyó 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.

23.- Para la aplicación de esta doctrina, las referidas sentencias del Tribunal Supremo tomaron en consideración que la naturaleza de la cláusula que establece el interés de **demora**, examinada desde el plano del control de abusividad, consiste en la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. Por ejemplo, en el caso objeto de nuestra sentencia 469/2015, de 8 de septiembre, la cláusula del interés de **demora** cuya abusividad se enjuiciaba consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio, de carácter variable, aplicable en cada momento.

24.- El Tribunal Supremo consideró que suprimir también el devengo del interés remuneratorio, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula de

(13) Sentencias de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59.

interés de **demora** abusiva, pues debe tenerse en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de **demora**, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor (artículo 85.6 TRLCU y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13/CEE).

25.- En consecuencia, lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, cuyo carácter "proporcionado" respecto del servicio que retribuye está excluido del control de abusividad (sentencias TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13) y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

CUARTO.- Dudas interpretativas que motivan el planteamiento de la primera cuestión.



1.- Cuando el Tribunal Supremo hubo de resolver los recursos de casación sobre el carácter abusivo de las cláusulas no negociadas que establecían el interés de **demora** en contratos de préstamo, personal e hipotecario, concertados con consumidores, no consideró que concurrieran dudas sobre la interpretación de los preceptos de la Directiva 93/13/CEE. El Tribunal Supremo entendió que el análisis del contrato de préstamo desde el plano pertinente para realizar el control de abusividad, la determinación de cuál era la cláusula que debía ser suprimida por su carácter abusivo y los efectos de esta supresión, en aplicación de la Directiva y de la jurisprudencia del TJUE que la interpretaba, entraba en el ámbito de competencia del juez nacional, en este caso del Tribunal Supremo.

2.- Tampoco las partes de los litigios principales alegaron la existencia de dudas sobre la interpretación de estas normas del Derecho de la Unión.

3.- Por otra parte, la situación de inseguridad jurídica derivada de la existencia de una pluralidad de criterios utilizados por los tribunales para enjuiciar la abusividad de estas cláusulas exigía que se estableciera jurisprudencia uniforme en un plazo breve.

4.- Sin embargo, con posterioridad a que se fijara esta jurisprudencia, varios tribunales españoles han planteado ante el TJUE cuestiones prejudiciales en las que cuestionan la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia con el Derecho de la Unión. alguna de estas cuestiones ha sido admitida a trámite. Esta situación supone que, objetivamente, existen dudas sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, y determina que este Tribunal Supremo deba plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

5.- Por otra parte, plantear esta cuestión prejudicial permite al Tribunal Supremo exponer directamente al TJUE cuáles han sido los argumentos jurídicos que han sustentado la jurisprudencia cuya compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea ha sido cuestionada, a fin de que el TJUE pueda decidir con conocimiento de tales argumentos.

QUINTO.- *Explicación de la jurisprudencia cuestionada.*

1.- Como se ha explicado al exponer el marco jurídico nacional en el que se inscribe el litigio principal, el criterio que debe utilizarse para enjuiciar la abusividad de las cláusulas sobre intereses de **demora** es el establecido en el artículo 85.6 TRLCU, que desarrolla el anexo 1.e, en relación con el artículo 3, de la Directiva 93/13/CEE. El interés de **demora** se considera abusivo cuando supone la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

2.- El interés remuneratorio y el interés de **demora** en un contrato de préstamo responden a causas diferentes. El interés remuneratorio constituye la retribución que el prestatario paga al prestamista por disponer del capital prestado hasta su restitución, por lo que está directamente relacionado con la causa del contrato de préstamo retribuido.

3.- El interés de **demora** supone una sanción al incumplimiento por el consumidor de su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos establecidos en el contrato. Por eso consiste en añadir un recargo sobre el interés remuneratorio. La función de este recargo es indemnizar al prestamista los daños y perjuicios provocados por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo y también disuadir al prestatario para que no incurra en mora en el cumplimiento de su obligación.

4.- Si el recargo en que consiste el interés de **demora** es excesivo (en concreto, si es superior a dos puntos porcentuales en cálculo anual respecto del interés remuneratorio) y, por tanto, supone la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor, es abusivo y no debe vincular al consumidor.

5.- Pero la eliminación de ese recargo abusivo no debe conllevar también la supresión del devengo del interés remuneratorio, pues este es el precio del servicio, cuya abusividad no puede ser apreciada por los tribunales si la cláusula que lo establece está redactada de manera clara y comprensible, conforme prevé el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (14). El interés remuneratorio debe seguir devengándose porque persiste la causa que lo justifica, como es la entrega del dinero al prestatario para que disponga de él hasta que lo devuelva, con sus intereses, al prestamista.

6.- Aunque las cláusulas que establecen el interés de **demora** no tienen una redacción uniforme, pues en ocasiones fijan un tipo de interés determinado (el 25%, en el caso objeto del litigio principal) y en otras ocasiones prevén un recargo porcentual sobre el interés remuneratorio (en el caso objeto de nuestra sentencia 469/2015, de 8 de septiembre, la cláusula establecía un recargo de veinte puntos porcentuales sobre el tipo del interés remuneratorio vigente en cada periodo), su naturaleza es la misma: se introduce un recargo sobre el interés remuneratorio para indemnizar los daños y perjuicios causados por el retraso en el pago y para conminar al prestatario a que cumpla puntualmente sus obligaciones.



7.- Por tanto, aunque la literalidad de las cláusulas pueda variar de un contrato a otro, el control de abusividad debe realizarse valorando si el incremento sobre el interés remuneratorio que se produce cuando el prestatario incurre en mora supone una indemnización excesiva. De ser considerada excesiva (y el Tribunal Supremo lo ha considerado así cuando el recargo excede de dos puntos porcentuales), es abusiva y no debe vincular al consumidor. Ello debe determinar la eliminación

(14) Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C 421/14, caso Banco Primus

completa del recargo, pero no la eliminación del interés remuneratorio que retribuye la disponibilidad del capital hasta su devolución y cuya causa persiste.

8.- En definitiva, la supresión total de la indemnización por el incumplimiento contractual, por razón de su carácter desproporcionado y, por tanto, abusivo, no justifica que se elimine el precio del servicio, que es el interés remuneratorio.

9.- Esta solución no supone, a nuestro juicio, una integración del contrato mediante la moderación del interés de **demora** hasta límites admisibles (lo que la doctrina ha llamado «reducción conservativa» de la cláusula), que el TJUE ha declarado incompatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Esta integración incompatible con el Derecho de la Unión Europea se habría producido si el Tribunal Supremo, tras declarar la cláusula abusiva, hubiera acordado que se siguiera devengando un interés de **demora** consistente en el interés remuneratorio incrementado en dos puntos porcentuales, esto es, un interés de **demora** reducido a un tipo no abusivo. Pero esa no ha sido la solución adoptada, puesto que el recargo abusivo ha sido eliminado por completo.

10.- Con ello se consiguen las finalidades establecidas en la jurisprudencia del TJUE. Por un lado, el criterio jurisprudencial para declarar la abusividad de la cláusula de interés de **demora** tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada contrato, pues el límite de la abusividad del interés de **demora** no es un tipo máximo fijo para todos los contratos, sino que se determina con relación al interés remuneratorio de cada contrato de préstamo.

11.- El riesgo de que el interés de **demora** sea excesivamente elevado cuando el interés remuneratorio también lo sea, que es afirmado por uno de los tribunales que ha cuestionado la compatibilidad de nuestra jurisprudencia con el Derecho de la Unión Europea, queda solucionado por la doctrina del Tribunal Supremo que, en aplicación de la Ley española de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (15), ha declarado usurario del interés remuneratorio de un préstamo o crédito al consumo cuando es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, y que corresponde al prestamista la carga de la prueba de la excepcionalidad de las circunstancias que justifican un interés notablemente superior al normal del dinero,

(15) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1908-5579>

sin que pueda considerarse circunstancia justificativa de un interés elevado el «riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico» (sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre (16)).

12.- Se consigue la seguridad jurídica necesaria pues se fijan criterios que armonizan la disparidad de criterios que habían seguido los distintos tribunales de primera y segunda instancia.

13.- Se otorga la adecuada protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, pues se evita la imposición de indemnizaciones desproporcionadas a su incumplimiento, como ocurría con los elevados tipos de interés de **demora** que eran frecuentes en los contratos de préstamo, personal o hipotecario, concertados con consumidores.

14.- Se disuade a los prestamistas predisponentes para que dejen de utilizar cláusulas que establezcan intereses de **demora** abusivos, puesto que en caso de utilizarlas en sus contratos, no podrán cobrar al consumidor cantidad alguna por su retraso en el pago de las cuotas del préstamo.



15.- Se restablece el equilibrio real entre las partes, puesto que se elimina la cláusula que en un contrato por negociación el prestatario no habría aceptado, por fijar una indemnización desproporcionada a su retraso en el pago, pero a su vez se mantiene la retribución al prestamista por la disponibilidad del dinero prestado, estrechamente relacionada con la propia causa del contrato de préstamo remunerado.

16.- Por último, se evita que el prestatario que cumple regularmente su obligación de pago de las cuotas del préstamo reciba peor trato que quien no cumple

(16)

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7541888&links=%22628%2F2015%22&optimize=20151201&publicinterface=true>

regularmente, como ocurriría si el prestatario que incurre en mora se viera liberado de pagar no solo el recargo que constituye la indemnización desproporcionada a su incumplimiento, sino también el interés remuneratorio que constituye la retribución a su disposición del dinero ajeno. Teniendo en cuenta que, en los contratos concertados con consumidores, solo cuando el incumplimiento reviste la suficiente gravedad es posible el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado prevista en una cláusula no negociada, o bien la facultad de resolver el contrato por incumplimiento de la otra parte que prevé el artículo 1124 del Código Civil español (17), se llegaría al absurdo de que un prestatario que incurre en mora pero que no deja que se le acumule una deuda demasiado importante, se vería liberado de pagar el interés remuneratorio durante una parte considerable del plazo de duración del préstamo.

17.- Este trato comparativamente desfavorable para el prestatario cumplidor se produciría también si se acordara que, una vez declarada abusiva la cláusula de interés de **demora**, se devengase el interés legal, pues este es con frecuencia inferior al interés remuneratorio de los préstamos concertados con consumidores, sobre todo cuando se trata de préstamos personales.

18.- Resultaría perturbadora una jurisprudencia que, siquiera indirectamente, favoreciera el incumplimiento de los contratos al otorgar al prestatario incumplidor un trato más favorable que al cumplidor.

SEXTO.- Planteamiento de otra cuestión con carácter subsidiario

1.- Para el caso de que el TJUE considere que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de **demora** no es compatible con el Derecho de la Unión, se plantea ante el TJUE, como cuestión subsidiaria, si las soluciones adoptadas por algunos tribunales españoles sobre las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula de interés de **demora** son compatibles con el Derecho de la Unión.

2.- Las soluciones que han dado algunos tribunales, antes de que se hubiera sentado jurisprudencia por el Tribunal Supremo, son la eliminación no solo del

(17) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

recargo que supone el interés de **demora**, sino también del interés remuneratorio, de modo que el préstamo deja de devengar interés alguno una vez que el prestatario ha incurrido en mora. Esta es la solución que solicita el recurrente en el litigio principal. Otros tribunales han acordado que, desde que el prestatario incurre en mora, el préstamo devenga el interés legal.

3.- Para evitar la inseguridad jurídica que se generaría si el TJUE considerase que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en esta materia no es compatible con el Derecho de la Unión, sería preciso que el TJUE resolviera si alguna de estas soluciones es compatible con la Directiva 93/13/CEE.

4.- Como se ha indicado, se trata de una cuestión que se formula de modo subsidiario, para el caso de que la respuesta a la segunda cuestión fuera negativa.

SEPTIMO.- Solicitud de procedimiento acelerado.

1.- Conforme al artículo 105 del Reglamento de Procedimiento, se considera necesario que la petición de decisión prejudicial se tramite de manera acelerada, puesto que los consumidores afectados son muy numerosos y son miles los litigios existentes ante los tribunales españoles en los que se plantea el carácter abusivo de la cláusula de interés de **demora**.



2.- Afectaría gravemente a la seguridad jurídica que tras las referidas sentencias del Tribunal Supremo, que establecen el criterio para determinar la abusividad de las cláusulas de interés de **demora** y los efectos de la declaración de abusividad, transcurrieran varios años durante los cuales se estuviera a la espera de una sentencia del TJUE sobre la compatibilidad de esta jurisprudencia con el Derecho de la Unión Europea.

3.- En el Derecho español, el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución (18)), y su jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil (19)). La pendencia de cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con

(18) <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

(19) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

el Derecho de la Unión Europea durante un periodo prolongado supone una grave perturbación para la resolución de los litigios con celeridad y con una razonable seguridad jurídica.

OCTAVO.- Solicitud de acumulación.

1.- Consta a este Tribunal que ha sido admitida a trámite, al menos, la petición de otro tribunal español, con número de procedimiento C-96/16 . El planteamiento de varias peticiones sobre la misma cuestión jurídica hace aconsejable un pronunciamiento único, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

2.- Más aún, sería inconveniente, a nuestro juicio, que el TJUE resolviera una cuestión prejudicial encaminada a que se declare la incompatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el Derecho de la Unión Europea (así resulta del apartado 22 del auto que plantea la cuestión prejudicial que ha dado lugar al procedimiento C-96/16) sin haber resuelto aún la cuestión prejudicial en la que el propio Tribunal Supremo plantea la cuestión y expone directamente cuál es su jurisprudencia y la explicación de la misma.

3.- Por tal razón, conforme a lo previsto en el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento , se considera necesaria la acumulación al procedimiento C-96/16 y, en su caso, a los demás que puedan haberse admitido sobre la misma cuestión.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo de España acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:

1ª) 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?

2ª) 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?

3ª) 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 pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante correo certificado con acuse de recibo, dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo»; y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).



Asimismo, al haberse solicitado la aplicación del procedimiento acelerado, envíese por correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y por fax (00352433766) una copia firmada de la petición de decisión judicial, sin perjuicio de su posterior remisión por correo.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ