

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 22 DE ABRIL DE 2015 (1723/2015)**

**Nulidad por abusiva de la cláusula de intereses
moratorios en un contrato bancario de préstamo
personal con un consumidor**

Comentario a cargo de:
Jose María De la Cuesta Rute
Catedrático Emérito Universidad Complutense de Madrid UCM
Consultor de NGR Abogados. Las Palmas de Gran Canaria.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 2015

RoJ: STS 1723/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:1723**

ID CENDOJ: 28079119912015100021

PONENTE: Excmo. Sr. Don Rafael Sarazá Jimena

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 pone fin a un litigio por el que un banco prestamista en un préstamo personal con un consumidor, ante el incumplimiento de éste y anticipando el vencimiento incluso, entre las cantidades reclamadas incluye el pago de la correspondiente a los intereses moratorios fijados en el contrato en el 21,80%. El Tribunal Supremo entiende que la cláusula relativa a los intereses moratorios es nula por abusiva y que, puesto que puede mantenerse la eficacia del contrato no obstante la ineficacia de tal cláusula, no procede ninguna integración judicial del mismo. No constituye integración, sino aplicación del contrato, extender el pago de los intereses remuneratorios previstos en el mismo de acuerdo con las circunstancias del pago a que se refiere la condena.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrinas del Tribunal Supremo:** 5.1 La cláusula sobre intereses moratorios es una cláusula predispuesta y no negociada individualmente. 5.2 El carácter de pena convencional de los intereses moratorios no excluye el control de la cláusula a ellos referida. 5.3 El control de abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios. 5.4 Las consecuencias de la nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios. 5.5 Conclusión.

1. Resumen de los hechos

La interrupción del pago al banco prestamista de las cantidades periódicas debidas por el prestatario consumidor en virtud de un préstamo personal determina el vencimiento anticipado según lo establecido en el contrato y, ante el impago, la consiguiente reclamación judicial por el prestamista al prestatario del pago del total del préstamo (principal e intereses remuneratorios) más la cantidad pactada en concepto de intereses moratorios, fijados en el contrato en el 21,80%; así como la condena en costas.

2. Solución dada en la primera instancia

Presentada la demanda por el banco prestamista, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Cristóbal de La Laguna la estimó en su integridad por lo que, en efecto, condenó al prestatario demandado al pago de la cantidad que incluía los intereses moratorios pactados. Al mismo tiempo, se condenaba al demandado al pago de las costas causadas.

3. Solución dada en apelación

Apelada la sentencia por el demandado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia por la que, estimando el recurso, revoca la pronunciada por el juzgado y absuelve al demandado recurrente del pago al banco demandante de la cantidad solicitada en el suplico de la demanda representativa de los intereses moratorios por considerar nula por abusiva la cláusula que los fijaba en el 21,80% y, en consecuencia, tenerla por no puesta. Asimismo cada parte haría frente a sus propias costas causadas en la primera instancia sin hacer especial pronunciamiento acerca de las causadas en el recurso de apelación.

4. Los motivos de la casación alegados

El banco demandante interpone recurso de casación con base en los siguientes tres motivos. En primer lugar, por considerar que la sentencia dictada por la Audiencia en el recurso de apelación viola el art. 316 del Código de Comercio en relación con los arts. 1101, 1108 y 1255 del Código Civil al no respetar la cláusula sobre los intereses moratorios pactada en el contrato de préstamo intervenido por notario. Con tal proceder se considera que la sentencia se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita que se atiene al principio de autonomía de la voluntad en tanto que se haya determinado una indemnización justa por el perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato.

En segundo término, se invoca la violación de los arts. 1.1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación así como el art. 10 bis.1.4º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios pues se piensa que al declarar abusiva la cláusula sobre intereses moratorios debido al tipo del interés que en ella se establece se llega a una conclusión ilógica que, de acuerdo con jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita puede ser atacada en casación.

Y en tercer lugar, se invoca también que, al declarar nula la cláusula sobre intereses moratorios, la sentencia de instancia no ha procedido a integrar el contrato de acuerdo de lo establecido el art. 1258 del Código Civil según jurisprudencia que también cita. Por cierto que esta razón que se alega como motivo de casación sirve también para fundamentar un recurso por infracción procesal que el recurrente plantea igualmente por considerar que la sentencia de instancia incurre en incongruencia al no haber moderado los intereses como el demandado y recurrente en la apelación solicitaba.

Ante la formulación de los motivos del recurso de casación que se han indicado, la Sentencia que se comenta procede a refundirlos, a mi juicio acertadamente, en las tres cuestiones sustantivas siguientes: “i) *no puede realizarse el control de abusividad aplicable a una cláusula no negociada individualmente en un contrato concertado con un consumidor, porque la cláusula del interés de demora fue negociada y el demandado no es consumidor; ii) incluso de aceptar que pudiera controlarse la abusividad de la cláusula, el interés de demora fijado en la póliza de préstamo no es abusivo, y finalmente, iii) si la cláusula fuera abusiva, el contrato habría de integrarse mediante la moderación del interés de demora, pero no suprimirlo*” (cfr. apartado 5 del Fundamento de Derecho Primero).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *La cláusula sobre los intereses moratorios es una cláusula predispuesta y no negociada individualmente*

La Sala sale al paso de la argumentación del recurrente de que no podía ser declarada nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios prevista en el contrato de préstamo personal sin agravio de los principios generales del derecho “*pacta sunt servanda*” y de autonomía de la voluntad. En este punto, la Sala, citando otras sentencias, sostiene que “*la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil*”. De ello se infiere la pertinencia de la aplicación del “control de abusividad” de la cláusula de intereses moratorios en el caso en cuestión, sin que, por lo tanto, la práctica de ese control implique agravio a los citados principios generales.

Pero ese punto de partida le exige a la Sala establecer las premisas por las que se hace aplicable en el caso el régimen establecido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en relación con la General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Y, a estos efectos, la Sentencia que se comenta, en su Fundamento de Derecho Tercero, se tiene que referir a la cuestión de si la cláusula sobre los intereses moratorios del contrato en causa se podía considerar como una cláusula predispuesta por el banco prestamista y no negociada individualmente por el prestatario. E, incluso todavía previamente a esta cuestión, se le plantea a la Sala la necesidad de decidir si el contrato se puede o no considerar concluido con un consumidor cosa que niega el banco recurrente sobre la base de que el prestatario no destinó el dinero prestado a la adquisición de bienes de primera necesidad.

Sobre este último particular, el Tribunal Supremo, ateniéndose tanto la Directiva 1993/13/CEE como a lo dispuesto a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala la irrelevancia del destino que el prestatario diere al dinero prestado a efectos de la consideración del mismo como consumidor porque considera que la noción del consumidor se sostiene sobre otras circunstancias legalmente establecidas que sí se dan en el presente caso. Luego estamos en presencia de un contrato con condiciones generales celebrado con un consumidor y por lo tanto le es aplicable el régimen especial divergente del común de los Códigos previsto para el caso de contratos negociados.

Sentado lo anterior, la Sentencia tiene que ocuparse de considerar acerca de si la cláusula de intereses moratorios había sido objeto de negociación como sostenía el recurrente o, por el contrario, no se había negociado individualmente con el prestatario, puesto que sólo en este último caso podría ser sometida al régimen de control legalmente establecido y, en consecuencia,

mantenerse en este punto la pertinencia del modo de proceder de la sentencia de instancia. Las dos consideraciones de la Sentencia sobre este particular me parecen interesantes; y las dos pueden considerarse que resultan del desdoblamiento de una única consideración: que la negociación individualizada de una cláusula predispuesta en un contrato con consumidor ha de probarse por el predisponente. Veámoslo a continuación.

De un lado, el Tribunal Supremo rechaza la alegación del recurrente de que la intervención de la póliza de crédito por notario sea indicativa de la negociación de la cláusula contractual en cuestión. De acuerdo con la Sentencia ahora comentada, la intervención notarial solo acredita que no ha habido “*imposición del contrato*” en el sentido de “*obligación a contratar*” pero ni mucho menos acredita que no haya existido “*imposición del contenido*” del contrato. Pero además, la Sentencia también se refiere en este punto a dos cuestiones que, a mi juicio, son de interés. En primer lugar, se sostiene que, según declaró ya la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 “*el carácter impuesto de una cláusula o condición general preredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas ... sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio*”. Por otra parte, el carácter de cláusula o condición general preredactada puede ser no negociada incluso aunque el consumidor pudiese elegir entre varios empresarios o profesionales aquel con el que contrató porque “*no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores pueda ser consideradas como no negociadas*”.

Admitido pues por el Tribunal que las referidas circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato en causa no implican la negociación individualizada de la cláusula de interese moratorios y siendo ésta una cláusula predispuesta, de conformidad del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE, todavía se ha de apurar en la consideración de si no ha sido negociada por el consumidor prestatario. Y en este punto la Sentencia, de hecho y a mi juicio, considera establecida una presunción legal *iuris tantum* de la no negociación de toda cláusula general predispuesta. Así se desprende de lo que se sostiene sobre que para afirmar el carácter negociado de una cláusula predispuesta no basta ni con que se afirme “*sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente*” ni tampoco siquiera que en el propio contrato y dentro de unas “*menciones estereotipadas y predispuestas (vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos)*” se afirme el carácter negociado de la cláusula en cuestión; de este modo la sentencia que se comenta recoge las doctrinas sentada en las de la misma Sala de 18 de abril de 2013 y 18 de enero de 2015.

Por su parte, supone un *hecho indicio* susceptible de fundamentar con rigor lógico la no negociación de una cláusula predispuesta que en el sector de los servicios al que se refiere el contrato de manera usual se desarrolle la contratación mediante cláusulas predispuestas no negociadas. Tal es el caso, según

la Sentencia que se comenta, de los servicios bancarios, respecto de lo que es un hecho notorio la utilización de contratos integrados por condiciones generales de la contratación dado que los servicios bancarios se consideran “*de uso o consumo común, ordinario y generalizado*” a tenor de lo establecido en el art. 9 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De aquí que, como también sostiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014, nuestro Tribunal Supremo sostenga que, en el caso, para considerar negociada la cláusula de intereses moratorios debía haber probado taxativamente el banquero recurrente la existencia de esa negociación y las contrapartidas que el consumidor obtuvo por la inserción de esa precisa cláusula sobre intereses moratorios.

5.2. El carácter de pena convencional de los intereses moratorios no excluye el control de la cláusula a ellos referida

El recurrente invoca el sentido de pena convencional de la cláusula de intereses moratorios para sostener que no cabe aplicar el control que practicara la sentencia de instancia recurrida que determinó su nulidad. Por cierto que en este punto me parece que son dos las cuestiones que se implican en la alegación del recurrente tal y como puede deducirse del tratamiento que le da la Sentencia que es objeto del presente comentario.

De una parte, se invoca la limitación del control que impone el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE y, de otra, que los intereses moratorios, de un lado, se devengan a partir de una conducta censurable del deudor recurrido como representa el no perfecto cumplimiento contractual y, de otro lado, suponen el cálculo anticipado del perjuicio causado por el incumplimiento del contrato que debe ser reparado.

Por lo que se refiere al primer aspecto, me parece interesante señalar que, como recuerda la Sentencia que estamos comentando, el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido que no puede hacerse “*una aplicación extensiva de la restricción del control de abusividad previsto en el citado art. 4.2 de la Directiva al constituir una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva*”. Así, en efecto, se expresó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 30 de abril de 2014. Aunque el Tribunal Supremo no entra propiamente en el valor de una cláusula penal por retraso en el cumplimiento contractual respecto de la definición del objeto de un contrato, se atiene, a mi modo de ver acertadamente, a la interpretación restrictiva de la exclusión del control que, a su vez, supone restringir también la noción de definición del objeto contractual.

Pero además y atendiendo todavía al primero de los aspectos señalados, creo que la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, aún sin referirse de modo expreso a ello, deja establecido el régimen de doble control que puede dedu-

cirse, en congruencia con la propia Directiva tantas veces citada, de nuestro sistema interno contenido en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y asimismo en la vigente Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. En el primer texto así se deduce de sus artículos 7 y 8 que respectivamente se refieren a lo que usualmente se denomina “control de inclusión” y “control de legalidad”; a éste último cuando se trata de contratos con cláusulas predispuestas y no negociadas celebrados con consumidores se le denomina “de abusividad”. La misma consecuencia se obtiene a partir del artículo 80 y hasta el 91 inclusive de la vigente Ley relativa a la protección de consumidores pero cuyo régimen ya se encontraba instaurado en los textos anteriores.

De esta suerte, tanto por el derecho interno como por el derecho comunitario no se puede excluir del control una cláusula indicativa de una pena convencional por el retraso en el cumplimiento de un contrato como es la que impone unos intereses moratorios en el caso en cuestión. Es perfectamente ajustado a derecho practicar, pues, como de hecho hizo la sentencia de instancia, un control de abusividad de la cláusula de los intereses moratorios.

En consecuencia y en rigor, planteado el litigio en torno al principio de nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios por razón de su propio contenido, la Sentencia que se comenta sienta también doctrina en torno al carácter *abusivo* del contenido de esa cláusula, cuestión que se contempla y desarrolla en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia como se desprende de su correcto enunciado.

5.3. El control de abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios

Si en el Fundamento de Derecho Tercero, como acabamos de ver, se justifica el sometimiento a control de la cláusula relativa a los intereses de demora tanto por no estar probado que, siendo una cláusula predispuesta, haya sido negociada individualmente por el consumidor demandado y recurrido como porque su contenido no excluye el control sobre la abusividad del mismo, es en el Fundamento de Derecho Cuarto donde se aborda la verdadera razón del fallo, razón que se establece una vez sentadas aquellas premisas. Porque en mi modesta opinión, es este Fundamento de Derecho Cuarto el lugar en el que se argumenta acerca de la abusividad de una cláusula que impone unos intereses moratorios al tipo del 21,80% en un préstamo bancario personal concertado con un consumidor, tipo que excede en diez puntos porcentuales el establecido para la determinación de los intereses remuneratorios. La abusividad de la cláusula debía ser declarada siempre y cuando se pudiera establecer el carácter abusivo del tipo de interés moratorio contractualmente previsto.

Ahora bien, la abusividad expresa una cualidad que se mantiene en el plano de los conceptos jurídicos indeterminados. Así se desprende de lo establecido en el apartado 3º de la Disposición Adicional primera de la Ley General

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigente al tiempo en que se celebró el contrato y cuya disposición se recoge actualmente en el artículo 85.6 del vigente Texto Refundido de la Ley citada, según el cual: “*son abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones*. Y hemos de destacar que el Anexo a la Directiva tantas veces citada incluye en la lista de cláusulas calificadas de abusivas a tenor de la abusividad genérica contemplada en el art. 3 del texto, las que impongan “*al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta*”.

Precisamente de esas normas, que además son concordantes con la establecida en el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, concluye el Tribunal Supremo acertadamente que en un contrato celebrado con un consumidor cabe una cláusula no negociada que establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por incumplimiento del consumidor; incluso la Sentencia que se comenta reconoce la finalidad disuasoria que una tal cláusula puede estar llamada a cumplir. Pero sin negar la eficacia de los intereses moratorios como indemnización por el daño causado por el incumplimiento temporal del contrato y aun en el supuesto de que la cláusula sobre dichos intereses supere el control de inclusión, todavía puede ser considerada abusiva siempre que la indemnización resulte “*desproporcionadamente alta*”. Y, en este sentido, la sentencia de instancia, al establecer la abusividad de la cláusula en razón de su desproporción, es perfectamente ajustada a derecho por lo que se refiere al juicio sobre control de abusividad.

Cuestión que debe ser entonces abordada es la que se refiere a la consideración de que la indemnización merezca en el caso ser calificada de abusiva por desproporcionada y este es el punto que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Cuarto.

A esos efectos, se parte de considerar que, en el caso, los intereses moratorios se fijaban en el 21,8% anual mientras los intereses remuneratorios estaban establecidos en el 11,8% anual, es decir los intereses moratorios superaban en diez puntos a los remuneratorios. Puesto que el recurrente rechazaba, por estimar se refería a otras situaciones diferentes a las del caso en cuestión, el criterio a que respondía la sentencia de instancia que había estimado abusiva la cláusula de intereses moratorios con fundamento en que el tipo para calcularlos excedía del establecido para el interés legal en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, la Sentencia de la casación se considera obligada a establecer los criterios que deben orientarse el juicio de abusividad a fin de poder calificar de abusiva la cláusula de intereses moratorios.

Con ese propósito, parte la Sentencia que se comenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (sentencia de 30 de abril de 2014) que

establece que en el supuesto de que una disposición de derecho de la Unión no contenga una remisión expresa al derecho de los estados miembros para determinar su sentido y alcance, éste debe buscarse en una interpretación uniforme según el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa del que se trate.

También se invoca jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (sentencia de 14 de marzo de 2013) para adecuar el proceso de interpretación requerido en nuestro caso. Según esa jurisprudencia, ha de tenerse en cuenta en el supuesto de que no existiera acuerdo sobre el tipo de los intereses moratorios lo que resultaría aplicable según diversos contratos de distintos tipos celebrados por consumidores, así como también ha de tenerse como referencia el tipo de interés legal del dinero.

Igualmente en la misma sentencia anterior el Tribunal de Justicia de la UE señala como criterio a tener en cuenta por el juez nacional si el profesional predisponente de la cláusula de los intereses moratorios podría estimar razonablemente que el consumidor adherente habría aceptado una cláusula como la discutida en el marco de una negociación individual.

En aplicación de estos criterios, la Sala tiene como referencias el artículo 1108 del Código civil que establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto el interés legal. En este sentido, en la década anterior a la concertación del contrato el interés legal osciló entre el 3,75% y el 5,5%, siendo el del año en que se concertó el préstamo del 5%. Por otra parte, la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, de 24 de junio de 2011, establece para los descubiertos en una cuenta corriente un interés máximo equivalente a 2 veces y media el tipo del interés legal. No dejan de tenerse también en cuenta otras cifras estipuladas en leyes especiales; se destaca en particular lo dispuesto por el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que señala como interés de mora procesal el que resulta de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Si bien todas estas normas tienen su ámbito específico de aplicación, no cabe duda de que no dejan de señalar, como la Sala reconoce, un criterio proporcionado de indemnización al acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento. Al mismo tiempo la propia experiencia enseña que los intereses moratorios se establecen, por lo general, adicionando un pequeño porcentaje al interés remuneratorio pactado.

A la vista de estas circunstancias, la Sentencia concluye que, en el caso, el banquero no podía estimar razonablemente que, de haberse negociado la cláusula de intereses moratorios con el consumidor, éste habría aceptado para el interés el tipo de 21,8%. Así pues, la Sentencia considera abusivo el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto de litigio.

5.4. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios

Es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la UE establecida en torno al art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva a fin de que ésta no produzca ningún efecto vinculante para el consumidor. Se les niega, pues, a los jueces la facultad de modificar el contenido de la cláusula abusiva mientras el contrato sin embargo debe mantener su eficacia sin otra modificación que la resultante de la supresión de aquella cláusula. El propio Tribunal de Justicia indicado establece como fundamento de la doctrina que acaba de exponerse que si el juez nacional tuviere la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro el objetivo a largo plazo de que cese el uso de cláusulas abusivas en beneficio de los consumidores. En este sentido, es muy pertinente aludir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 14 de junio de 2012 que declaró que el artículo 83 del Texto Refundido de nuestra Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios se oponía al art. 6.1 de la Directiva en cuanto que atribuía al juez nacional la facultad de integrar el contrato una vez declarada abusiva una de sus cláusulas. A esto obedece cabalmente la reforma del citado artículo 83 introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que especialmente mantiene la eficacia del contrato caso de ser posible pese haberse suprimido una cláusula calificada como abusiva. La única excepción, mantenida también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, para acudir a una norma supletoria del derecho nacional a efectos de integrar el contrato se ordena tan solo a poder conservar la eficacia de éste cuando no sería posible hacerlo sin efectuar dicha integración con el consiguiente perjuicio precisamente para el consumidor. Pero es claro que, como la Sentencia que se comenta especifica, la cláusula relativa a los intereses moratorios no es en absoluto necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

Es así que la cláusula determinante de los intereses moratorios no es en ningún sentido necesaria y puede, en consecuencia, mantenerse sin ella la eficacia del contrato de préstamo personal en que se encuentra, luego no es en absoluto necesario proceder a la integración del contrato una vez declarada la abusividad de la cláusula y su consiguiente nulidad.

Por cierto que el propio Tribunal Supremo alude aquí a la modificación introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de las normas contenidas en el artículo 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios vigente cuando se celebró el contrato así como en el artículo 83.2 del Texto Refundido de esta última, en el sentido propugnado por la jurisprudencia comunitaria de que no procede la integración del contrato en los casos en que el mismo pueda subsistir en beneficio del consumidor pese a la abusividad y consiguiente nulidad de alguna de sus cláusulas.

Resulta sin embargo del mayor interés la consideración que en este punto realiza la Sentencia que se comenta respecto de que la nulidad y completa ineficacia de la cláusula de intereses moratorios nada tiene que ver respecto de la aplicabilidad de la cláusula que establece los intereses remuneratorios del préstamo establecida también en el contrato. Incluso habiendo hecho uso de la anticipación del vencimiento permitida por el contrato, el prestamista tiene derecho a la percepción de los intereses remuneratorios previstos en el mismo y, por lo tanto, siendo así que la sentencia de la instancia no se los había reconocido al prestamista, procede en este punto estimar formalmente el recurso de casación revocando aquella sentencia en la parte que corresponde. Pero esto no significa en modo alguno integrar el contrato a causa de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino que representa dar aplicación a la cláusula de intereses remuneratorios contenida en el contrato.

Por cierto que este último punto enlaza con la invocación de incongruencia de la sentencia de la instancia que motiva el recurso extraordinario por infracción procesal que, como ya se aludió anteriormente, el recurrente interpuso también además del de casación. La incongruencia se desprendería de que el demandado tan solo había discutido la necesidad de que, de considerar abusiva la cláusula de intereses moratorios, se moderara su cuantía.

No es necesario ya a estas alturas insistir en que la moderación no se aviene con el modo de contratar de que en el caso se trata y que es distinto de la contratación por negociación prevista en los códigos civil y de comercio. Según esta doctrina, la integración del contrato ya ha quedado esclarecida en lo que anteriormente hemos dicho. Por otra parte, la declaración de nulidad con la consiguiente ineficacia de una cláusula abusiva puede y debe producirse de oficio por el juez, según tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que, a estos efectos, permite equiparar al principio de orden público de derecho interno el principio de protección de consumidores que se desprende de la Directiva comunitaria 1993/13/CEE. Y la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene establecido que, aunque sea excepcionalmente, en la apelación puede apreciarse la nulidad de las cláusulas contractuales contrarias al orden público (STS de 20 de julio de 2006).

Por lo demás, la Sentencia destaca, con acierto, que en el caso en cuestión no se actuó de oficio al declarar la abusividad y la consiguiente no vinculación del consumidor de la cláusula de intereses moratorios, sino que actuó de oficio, pero de modo que, como sabemos, resulta irreprochable, tan solo en cuanto a la determinación de los efectos de la nulidad de aquella cláusula sin atenerse a la necesaria integración del contrato con arreglo al artículo 1258 del Código Civil.

5.5. *Conclusión*

Como resumen del examen detenido de la Sentencia creo que se puede establecer la claridad con que se expresa, su sistemática y hasta la corrección del estilo. Por todo ello no cabe, sin duda, más que felicitarse.

La sensación de satisfacción ante el buen trabajo del Tribunal Supremo se debe sentir igualmente ante la corrección técnica de las normas jurídicas aplicables y, en especial, por el excelente, a mi juicio, manejo de la jurisprudencia comunitaria como expresión del derecho de la Unión Europea y de su alcance y aplicación en el ámbito interno.

Realmente aquí debería poner punto a estas palabras, pues que una y otra apreciación de las indicadas agota lo que es el sentido y el fin del proceder de un tribunal de justicia.

Pero aunque ciertamente a un tribunal de justicia no debe atribuirse el buen o torcido fundamento de las normas constitutivas del sistema jurídico que le toca aplicar sino el acierto o desacierto en el modo de aplicar sus mandatos, y pese al juicio más que positivo que, desde el punto de vista de lo que le incumbe al Tribunal Supremo en vista de la unificación de doctrina, merece la Sentencia que ha sido objeto de mi comentario, pese a todo ello, entiendo sin embargo que el comentarista debe considerar la ocasión de efectuar el comentario como momento apto para formular un juicio acerca de la pertinencia de las normas jurídicas integradoras del ordenamiento jurídico que han sido objeto de aplicación en el caso que resuelve la Sentencia que se comenta. Y tanto más justificado se encontrará efectuar aquel juicio cuanto más perfecta sea precisamente la tarea jurisprudencial que da motivo al comentario.

Sentado lo anterior, no me resisto a pronunciarme una vez más decididamente contrario a las normas especiales dirigidas a la protección de consumidores y usuarios. Mi repulsa se acrecienta al observar que esas normas se consideran integradas en un ordenamiento propio que en el orden contractual y por lo que se refiere a la contratación sobre condiciones generales se configura, al decir de nuestro Tribunal Supremo, en coherencia con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un modo de contratar particular en relación con el general modo negociado previsto en los códigos.

No es este momento oportuno ni siquiera para enunciar los puntos generales respecto de los que podría establecerse esa diferencia objetiva entre los regímenes o modos de contratar. Si objetivamente son ciertas la influencia o las consecuencias de los cambios sociales y de las técnicas de que se puede disponer a los efectos de establecer un contrato, ni el concepto de contrato ni su esencial función o finalidad para que la vida del hombre en sociedad se desarrolle en forma verdaderamente humana de cooperación y crecimiento consiguiente no pueden ni tienen que ser alterados.

Por otro lado, el derecho de contratos siempre ha suministrado criterios para adaptar los grandes principios que lo informan a las circunstancias subjetivas de las partes en el contrato pero tomando esas circunstancias igualmente en un sentido general y, por lo tanto, en virtud de normas también generales que habrían de adaptarse al caso mediante la interpretación por parte de los juristas.

Pues bien, sin poder entrar ahora en mayores desarrollos, que pondrían en evidencia las contradicciones del supuesto derecho del consumo como sector especial del ordenamiento con las tareas verdaderamente jurídicas de modernización del derecho de obligaciones y contratos, baste en este momento con denunciar que ese discutible derecho es un síntoma de lo que algún autor (CAPOGRASSI) identificó hace ya tiempo como determinante de “la ambigüedad del derecho” porque en el fondo la fragmentación de la sociedad en grupos artificialmente creados por el Estado en vista de supuestas tutelas transforma radicalmente la ley en su esencia.