

TOPE MÁXIMO DE INTERESES DE DEMORA

Carlos Ballugera Gómez

Registrador de la propiedad
Doctor en Derecho

RESUMEN: Se comenta el artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, considerando que las normas de protección de los deudores empeoran la situación de estos respecto a una regulación previa del CC que, sin embargo, ni se invocaba por los deudores ni se aplicaba por los jueces; que el diferencial a sumar al interés remuneratorio para fijar el límite de demora es un porcentaje del capital en mora y no un tipo anual; que no es necesario que el banco se haya adherido al CBP; que la limitación de intereses de demora tiene un ámbito amplio contradictorio con su tenor literal; que no cabe integrar el interés de demora abusivo; y que el tope de intereses de demora puede servir de módulo para apreciar el carácter abusivo de estipulaciones de intereses moratorios.

ABSTRACT: Article 4 of Royal Decree-Law 6/2012, of March 9 is discussed. Whereas the provisions for the protection of debtors worsen the situation of these compared to a previous regulation of civil code, however, not by the debtors was invoked or applied by judges. The differential to be added to remunerative interest to set the delay limit is a percentage of principal in arrears and not an annual rate. It is not necessary that the bank has acceded to Good Practices Code. We also say that limiting default interest has a broad application scope in contradiction to its wording, that it is not possible to integrate the contract if the provision about delay interest is unfair and that the default interest top module can be used to assess the unfairness of default interest provisions.

PALABRAS CLAVE: Principio de protección de las personas consumidoras, intereses de demora, Código de Buenas Prácticas, demora, fuerza mayor, inconstitucionalidad, cuestión prejudicial, integración del contrato, ámbito de aplicación, cláusulas abusivas.

KEY WORDS: *Consumers protection principle, default interest, Good Practices Code, delay, force majeure, unconstitutionality, prejudicial question, contract integration, scope of application, unfair clauses.*

SUMARIO. 1. TEXTO DEL ARTÍCULO. 2. LA REFORMA. 3. LA CRISIS COMO FUERZA MAYOR E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE MEJORA DE DEUDORES. 4. EL MOTIVO DE LA REFORMA. 5. RECAPITULANDO SOBRE EL TOPE MÁXIMO. 6. EL DISCUTIBLE ÁMBITO DE APLICACIÓN: LOS DEUDORES REGULADOS. 7. MÁS ARGUMENTOS A FAVOR DE UN ÁMBITO DE APLICACIÓN AMPLIO. 8. CUANDO LA CLÁUSULA A MODERAR ES ABUSIVA. 9.- UN USO MÁS DEL CARÁCTER INDICATIVO DE LAS LISTAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. 10. OTRAS CUESTIONES. 10.1. *Fuerza orientadora de la limitación.* 10.2. *Alusión al capital pendiente.* 10.3. *Incumplimiento de todos los deberes y contraprestaciones del acreedor.* 11. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. CUADRO COMPARATIVO DEL PRECEPTO ANTES Y DESPUÉS DE LA MEJORA.

1. TEXTO DEL ARTÍCULO

“1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las

medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo.

“2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley”.

Ese es el texto del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012 redactado por artículo 8.4 de la Ley 1/2013, antidesahucios, que, bajo el título “Moderación de los intereses moratorios”, nos deja ver la edición consolidada del BOE, a pesar de que, sin embargo, el artículo 8.4 de la Ley 1/2013 omite ese título.

Acompañamos al final y ahora, para empezar el análisis, pondremos a la vista el esquema o cuadro comparativo de las dos versiones del precepto, a la izquierda la de 2012, a la derecha la mejora introducida por la ley de 2013.

2. LA REFORMA

Según la reforma, en determinados contratos de hipoteca el deudor al pedir cualquier medida del Código de Buenas Prácticas (CBP, en adelante), acreditando su situación de exclusión, tendrá derecho a que se modere o reduzca el tipo de interés de demora a un porcentaje no superior al resultado de sumar al interés remuneratorio pactado un 2% sobre el capital pendiente.

No vamos a detenernos a enumerar los contratos incluidos en la medida, tampoco nos pararemos en el modo de acreditar la situación de exclusión. Esas son cuestiones que ya enfrentamos en el comentario a los artículos 3.1 y 3.3 del Real Decreto-ley 6/2012¹.

Nos preguntaremos sobre los motivos de la reforma; sobre el momento a partir del cual se aplica la limitación de intereses moratorios, si desde la solicitud de alguna medida del CBP o desde la acreditación de la situación de exclusión; y también, supuesto, que el interés de demora moderado se aplica sobre la base del capital pendiente, determinaremos los sumandos que integran los intereses de demora moderados.

Pero antes de entrar en esas cuestiones concretas enfrentaremos una cuestión de la máxima gravedad que formulada brevemente puede indicarse preguntándonos cómo es posible que una regulación que se titula de mejora y protección de los deudores hipotecarios de vivienda en situación de exclusión, por el contrario empeora la regulación del CC de la fuerza mayor.

¹ <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-ley-deudores-hipotecarios.htm>. [consultado el 25 enero 2014].

3. LA CRISIS COMO FUERZA MAYOR E INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE MEJORA DE DEUDORES

El deudor, en Derecho español, contrae responsabilidad en tanto en cuanto medie dolo o negligencia, y conforme al artículo 1105 CC, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos, fueran inevitables. Se regula así la fuerza mayor como causa de exoneración o al menos, en las obligaciones dinerarias, de suspensión de la obligación².

El caso fortuito o la fuerza es aquel hecho, suceso o impedimento ajeno a la esfera de control del deudor que resulta imprevisible o que previsto es inevitable y que guarda con el incumplimiento una relación de causalidad.

Tratamos ahora de un deudor que no paga las cuotas por la crisis, es decir, por carecer de recursos al haber caído en desempleo y agotado la prestación o las ayudas. Es decir que el deudor es un deudor involuntario o por fuerza mayor, un deudor de buena fe.

El Real Decreto-ley 6/2012, en su motivación indica que la crisis económica ha llevado al paro a muchos deudores, que sin empleo no pueden pagar la cuota de la hipoteca de su vivienda.

Nos llama la atención que al delimitar su ámbito de aplicación el real decreto-ley apunta a definir los casos del supuesto de hecho no a los incumplimientos voluntarios de los deudores hipotecarios, sino a aquellos otros que se producen al margen de su voluntad, por causa de la crisis económica.

Por ejemplo, en el real decreto-ley se da por supuesto que la situación de paro del deudor le impide pagar las cuotas de su hipoteca, lo que si la situación de paro prolongado resulta, por ejemplo, de un despido improcedente, le exonera de responder de la deuda y de sus intereses. Esto significa que el banco no podrá poner en mora al deudor y no podrá iniciar la ejecución, por lo que no podrá desahuciarle.

Lo relevante del real decreto-ley es que establece una relación de causalidad entre el incumplimiento y el desempleo causado por la crisis económica y la doctrina asume con naturalidad esta relación de causalidad expuesta por el decreto. Por ejemplo. GARCÍA DE PABLO dice que “La profunda crisis económica que sufre España ha provocado que muchas familias, como consecuencia de la situación de desempleo prolongada en el tiempo, no hayan podido cumplir con sus obligaciones derivadas de los préstamos

² Art. 1105 CC: Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

Ya hemos tratado este problema en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-servicio-ayuda-sobreendeudamiento-familiar-euskadi.htm> [Consulta 25 enero 2014].

hipotecarios concertados con las entidades financieras para la adquisición de su vivienda³".

Ahonda esta tendencia el artículo 1.2.e) de la Ley 1/2013, al relacionar, entre los supuestos de especial vulnerabilidad que son requisito para la suspensión del lanzamiento del deudor en crisis económica, la situación de desempleo y agotamiento por la unidad familiar de las prestaciones por desempleo.

Es patente, por tanto, la relación de causalidad entre la crisis y su correlato de desempleo prolongado, por una parte, y el incumplimiento del deudor hipotecario, por otra. El deudor sólo tiene para pagar sus cuotas su salario y eso ya lo sabía la entidad de crédito al conceder el préstamo.

Entonces ante el incumplimiento involuntario del deudor, éste si bien no queda exonerado por completo de la deuda, verá que la vieja ley común impone la suspensión del devengo de amortizaciones e intereses y no podrá ser puesto en mora.

Al deudor en crisis por razón de desempleo no imputable al mismo para protegerse de las reclamaciones de su acreedor por incumplimiento le bastará notificar al banco en el momento oportuno su situación de crisis no imputable, de modo fehaciente, con lo que pondrá un fuerte obstáculo a que su acreedor le pueda poner en mora.

Si el deudor no hace la notificación con carácter previo puede comunicar al acreedor su situación de crisis determinante de un incumplimiento no culpable en el momento de que el acreedor le haga algún requerimiento de pago, contestando al mismo y comunicando su situación de incumplimiento involuntario por fuerza mayor.

Si la situación de crisis e incumplimiento involuntario se prolonga en el tiempo, puede tener lugar la extinción definitiva de la deuda por desaparición de la base del negocio o por la frustración del interés del contrato, cuando las partes no puedan alcanzar el objeto del mismo.

Aplicando al caso los postulados del Derecho común, al margen de las medidas de protección del Real Decreto-ley 6/2012 y de la Ley 1/2013, tenemos que con ello el deudor se encontrará en una situación mucho más beneficiosa que la que resulta de la aplicación de esas medidas de mejora.

Veamos, por la fuerza mayor, el deudor entrará en una situación de carencia indefinida en el pago de las cuotas de amortización de capital, dejarán de devengarse intereses remuneratorios y de demora y continuará en el uso y disfrute de la vivienda trabada por la hipoteca.

³ GARCÍA DE PABLO, J.-F., "La protección de los Deudores Hipotecarios sin recursos", *Diario La Ley*, núm. 7.819, 15 marzo 2012.

En esas condiciones el juez no podrá despachar la ejecución de la deuda y si la hubiere despachado, el deudor le podrá poner de manifiesto su situación de fuerza mayor en cualquier estado del procedimiento, conforme al artículo 562 LEC, a fin de que el juez suspenda la ejecución en tanto subsista el impedimento fortuito⁴.

Es decir, que del Derecho común se le deriva al deudor una situación mucho más ventajosa que la de las normas que comentamos, las cuales por razón de su carácter perjudicial para las personas adherentes y consumidoras pueden haber incurrido en inconstitucionalidad por contradecir el principio de protección de estas personas consagrado en los artículos 9.2 y 51 CE⁵.

Ello se debe a que el principio de protección de las personas consumidoras vincula a todos los poderes del Estado, un Estado, recordemos, manifiestamente social y democrático de Derecho. El legislador también está vinculado por ese principio, el cual le impide empeorar la situación jurídica de personas adherentes y consumidoras y mucho menos empeorarla bajo el propósito y título de leyes que se dicen de mejora de esa protección.

4. EL MOTIVO DE LA REFORMA

Entretanto se declare o no la inconstitucionalidad de esta norma vamos a seguir con su estudio y preguntarnos en primer lugar por su motivo o motivos. Es claro que se pretendía reducir el diferencial a sumar al interés remuneratorio pactado para formar

⁴ Art. 562 LEC: Impugnación de infracciones legales en el curso de la ejecución

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:

1º Por medio del recurso de reposición establecido en la presente Ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del Tribunal de la ejecución o del Secretario judicial.

2º Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley.

3º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el Tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el Secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al Tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

⁵ La falta de credibilidad de la Ley 1/2013 queda de manifiesto por las grandes dudas que está levantando en la opinión pública, en el parlamento y entre los jueces. El Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de Marchena ha planteado una cuestión prejudicial sobre la materia el pasado 18 agosto 2013; un grupo de diputados del PSOE ha planteado el 16 agosto de 2013 un recurso de inconstitucionalidad; el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Santander, mediante auto de 19 noviembre 2013, y el Juzgado de 1ª Instancia núm. 34 de Barcelona, mediante auto de 28 noviembre 2013, plantean sendas y nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Mientras, el Juzgado de 1ª instancia de Avilés por auto de 14 noviembre 2013 plantea una nueva cuestión de inconstitucionalidad.

el tope máximo del interés de demora al dos por ciento del capital pendiente y que se complica el momento inicial de aplicación de la limitación añadiendo al momento determinado por la acreditación de la situación de exclusión el que resulta de la solicitud de alguna medida del código de buenas prácticas.

Creemos que esos son los motivos centrales de la reforma. Ambos son cambios que suponen mejoras de la regulación, ya que se rebaja la cuantía del diferencial y se admite que la reducción de la mora pueda empezar, sin necesidad de acreditar la situación de exclusión, sólo con la solicitud de una medida de reestructuración de la deuda.

El primer motivo es evidente, en cuanto al segundo, es claro que se establece un doble momento inicial para la moderación, el de solicitud de medida de reestructuración CBP y el de acreditación del umbral de exclusión, por lo que siguiendo el argumento *pro consumatore* creemos que se ha de tomar para contar la entrada en vigor del límite el momento más beneficioso para la persona consumidora, sea uno u otro. Este momento será el que arroje una cantidad menor de deuda por mora.

No creemos que el motivo de la reforma haya sido limitar los acreedores obligados a aplicar la limitación de la cuantía de los intereses de demora sólo a aquellos que se hayan adherido a dicho código, a fin de proteger a la norma de eventuales reclamaciones de los acreedores por el carácter retroactivo de la limitación.

Mi intuición es que los acreedores están satisfechos con la cortedad de miras y con las extraordinarias cautelas de las medidas de esta Ley, por lo que no se les pasa ni se les pasará por el pensamiento impugnar una norma que tan bien protege sus derechos.

Según esto, el motivo de la reforma habría sido asegurar la retroactividad de la norma mediante el consentimiento del acreedor prestado por su adhesión al CBP, no debiendo aplicarse la limitación a aquellos acreedores que no se hayan adherido al código. Sin embargo, nosotros no compartimos ese análisis y creemos que el artículo no sólo se aplica a entidades adheridas al CBP sino a cualquier acreedor al margen de su adhesión al código.

Exigir que el acreedor este adherido al CBP para que la limitación le obligue, va contra la literalidad de la norma. El artículo usa el verbo solicitar y solicitar no es obtener. Una solicitud se puede hacer aunque no haya seguridad de una respuesta favorable por razón de que al no haberse adherido al CBP el banco acreedor puede dar una respuesta negativa a la solicitud de reestructuración de su cliente. Podrá denegar la reestructuración, pero no podrá negarse a rebajar el tipo de interés de demora.

La limitación del interés de demora del artículo 4 es ventajosa para el deudor si se compara con el triple del interés legal del dinero, aunque nosotros hubiéramos preferido que el interés moratorio y el remuneratorio se igualaran, ya que nada hay

que indemnizar al acreedor por el impago más allá que la pérdida de intereses remuneratorios.

Además, según el principio *pro consumatore*, una ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios no puede debilitarlas y la interpretación contraria a la que sostenemos debilitaría la protección que le daba la regulación anterior contenida en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de *protección* de deudores hipotecarios sin recursos.

El legislador también está sometido al principio *pro consumatore* y ese principio se quebrantaría con una interpretación como la criticada, que reduce la protección de los deudores.

5. RECAPITULANDO SOBRE EL TOPE MÁXIMO

Al comentar en 2012 el artículo 4 del primitivo Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, partíamos de que en la estipulación sobre los intereses de demora no se podía establecer un interés superior a la indemnización correspondiente por el retraso en la entrega de una cantidad de dinero⁶.

Creíamos y creemos que ese retraso el único daño que produce al acreedor es la merma que resulta de la falta de percepción del interés remuneratorio estipulado, por lo que el acreedor, sólo tendrá derecho a ser compensado por el importe de dicha merma, supuesto, claro está, que recupera su capital. Ese punto de vista resulta y es conforme con la Ley y con el Derecho español, en particular, desde el planteamiento del artículo 86.6 TRLGDCU.

Además, creíamos que el ámbito de aplicación de la medida:

Primero: no exigía que el banco estuviese adherido al CBP.

Segundo: que el artículo no sólo tenía carácter retroactivo –cosa harto contradictoria– sino que se aplicaba también a los contratos futuros.

Tercero: la medida del artículo 4 se extendía a multitud de deudores y contratos, a todos aquellos respecto de los que el decreto establecía alguna norma, previsión o regulación, que son muchos, es decir a todos aquellos supuestos de hecho respecto del que el Real Decreto-ley contiene alguna consecuencia jurídica, pues regular es precisamente, poner una consecuencia jurídica para algún supuesto de hecho.

⁶ <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#MORATORIOS> [consultado el 25 enero 2014].

Repasando los supuestos de hecho que tienen consecuencia jurídica en el Real Decreto veíamos que en ellos se comprenden todo tipo de préstamos, créditos y deudores.

Pues bien, *sólo* a estos se aplica la norma de moderación de intereses de demora, pero no a los distintos de estos: bajo la apariencia de una restricción del ámbito se contiene en realidad una ampliación del mismo, lo que deja ver que la redacción del segundo párrafo del artículo 4 Real Decreto 6/2012 es contradictoria. El artículo 4.2 dice *sólo* para significar *también*.

Denunciábamos entonces que la moderación introducida chocaba frontalmente contra el artículo 6 Directiva 93/13/CEE y contra la STJUE 14 junio 2012 que lo aplica. Mantenemos lo dicho en aquel momento, pero la Ley 1/2013 ha traído muchos cambios que inciden sobre este artículo. Ahora vamos a desarrollar lo dicho en cuanto al ámbito de aplicación de la medida.

6.- EL DISCUTIBLE ÁMBITO DE APLICACIÓN: LOS DEUDORES REGULADOS

Ya hemos dicho también que regular es poner consecuencia jurídica al supuesto de hecho y regulado es el supuesto de hecho que tiene una consecuencia jurídica en el decreto. Los contratos y deudores regulados en el R. D.-I. 6/2012 son los que tienen en el mismo alguna regla o consecuencia jurídica.

Así las cosas, la redacción del artículo 4.2 nos parece equívoca y bastante imprecisa. Nos disculpamos de antemano por la dificultad de lo que vamos a decir inmediatamente, pero, con nuestro corto entendimiento, no tenemos otro modo de esclarecer el sentido de esta norma. Vamos a pensar que el redactor de ella aunque descuidado quiere que valga una interpretación lógica: los deudores que el decreto dice que están fuera, pese a la paradoja de seguir una regla del decreto, los dejamos fuera y no los consideramos regulados.

Pero resulta que el decreto da muchas reglas que afectan a deudores y contratos que no están en el umbral de exclusión y que quedan regulados por esta u otra disposición del decreto y que por tanto, están regulados por el decreto.

Así que no consideraremos regulados por el decreto los deudores que el decreto dice que no regula –aunque esa sea una regulación–, pero sí consideraremos regulados por el decreto, aquellos deudores, aunque no estén en el umbral de exclusión, a los que el decreto dedica alguna otra regla. Esa interpretación nos lleva a la lista de deudores y contratos sujetos que ya pusimos en el comentario al artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012 en su primitiva redacción⁷.

⁷ <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#MORATORIOS> [consultado el 25 enero 2014].

7. MÁS ARGUMENTOS A FAVOR DE UN ÁMBITO DE APLICACIÓN AMPLIO

En favor de esta tesis militan además dos poderosos argumentos, el principio de interpretación de las normas pro adherente y pro persona consumidora y una aplicación conforme a tal principio de la regla según la cual la lista de cláusulas abusivas es indicativa y no exhaustiva (art. 3.3 Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas).

La interpretación que sostenemos es la que es más beneficiosa a la persona consumidora y adherente, por tanto, es esa la que queda avalada y protegida por ese principio interpretativo de carácter constitucional e imperativo en el Derecho español recogido en los artículos 9.2 y 51 CE.

En cuanto al criterio abierto y no exhaustivo para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, en particular el que sostiene el carácter abusivo de la estipulación de intereses de demora diremos lo siguiente.

El artículo 3.3 Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas dispone “3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

La circunstancia de que la misma norma imperativa contenga un precepto restrictivo de su aplicación, por tanto, una norma interpretativa en cuanto a su ámbito contradice el artículo 3.3 Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, que sienta en su lugar un criterio expansivo al decir que la lista de cláusulas abusivas es indicativa y no exhaustiva. El artículo 4.2 Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo al ser contrario al Derecho comunitario tiene que ser inaplicable por las autoridades nacionales y no vincula a las personas consumidoras.

8. CUANDO LA CLÁUSULA A MODERAR ES ABUSIVA

Recientemente ha aparecido con fuerza el debate sobre si los jueces pueden moderar o reducir cláusulas abusivas de intereses de demora aunque la moderación se ampare en la Ley⁸.

En este caso la cuestión es si se podrá aplicar el artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo cuando la cláusula de intereses de demora sea abusiva. La respuesta nos parece claramente negativa.

Ello lleva a la conclusión de que antes de aplicar el artículo 4 Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo hay que mirar si la cláusula que se modera es abusiva o no. Si lo es no se podrá integrar el contrato con ningún tipo de interés de demora. Sólo un pacto entre

⁸ Vid la cuestión prejudicial citada del Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de Marchena.

las partes, fruto de la negociación, puede salvar, en el contrato que contenga tal abuso, la posibilidad de cobrar intereses de demora.

A la hora de negociar ese pacto el deudor aparece en una situación de fuerza, ya que su negativa impedirá al banco cobrar intereses por mora. Esa postura ilustra sobre lo que hemos dicho más arriba: que no es necesario para aplicar el artículo 4 que el acreedor esté adherido al CBP.

En definitiva si la cláusula de intereses de demora es abusiva no cabrá integración de la misma, ya que en esta materia la única integración posible es la que beneficia a la persona consumidora, conforme a los artículos 61 y 65 TRLGDCU. Ese criterio ha sido consagrado jurisprudencialmente por la STJUE 14 junio 2012.

9.- UN USO MÁS DEL CARÁCTER INDICATIVO DE LAS LISTAS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Recordemos que una cláusula puede ser abusiva, por ser contraria a la regla general de la buena fe (arts. 80.1.c) y 82.1 TRLGDCU); por encontrarse en la lista (negra o gris) de cláusulas abusivas o por contravención de una norma semiimperativa.

En definitiva, para que una cláusula abusiva quede prohibida no es necesario que la prohibición esté en la lista negra o gris. Hay numerosas normas jurídicas que prohíben determinadas cláusulas y no están en ninguna lista. Por ejemplo, el artículo 9.3 en su primitiva redacción y la disposición adicional cuarta LCGC; el artículo 52.1.14º y 16º LEC; los artículos 61 y 65 TRLGDCU, etc.

No aceptamos el criterio según el cual, cuando una violación de la buena fe y justo equilibrio del contrato se plasma en un precepto imperativo, la cláusula que lo contraviene deja de ser nula por abusiva y resulta meramente nula por ilegal o por contravención de un precepto imperativo, ni tampoco aceptamos que en caso de contravención del artículo 114.III LH el tratamiento del adherente no consumidor deba ser distinto del que se dispensa al deudor consumidor que se adhiere a la hipoteca⁹.

Respecto de este último criterio hemos sostenido y sostenemos que el Derecho contractual de adherentes y consumidores es el nuevo Derecho común del contrato y su fuerza se expande a la disciplina del contrato por negociación. Este caso viene a ser un ejemplo de esa afirmación general¹⁰.

⁹ Sostiene el primer criterio MIRALBELL GUERIN, L. M., "El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas", Diario La Ley, núm. 8214, Sección Documento on-line, 18 Dic. 2013, (LA LEY 11037/2013), p. 8 de la edición de internet y el segundo, MARÍN LÓPEZ, M. J., "Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la Ley 1/2013", Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 11 octubre 2013, pp. 9-10 en la edición de internet.

¹⁰ Vid. mí "El contrato-no-contrato", Madrid, SER, 2006, p. 121; y "Tratamiento registral de cláusulas abusivas", BOC, núm. 153, (2009), p. 23.

En cuanto a la opinión que considera que la estipulación contraventora es ilegal y no abusiva, cabría la discusión en el contrato por negociación, donde por ese impulso expansivo de la regulación de la contratación masiva, se recurre a doctrinas como la de la reducción conservadora de la validez del contrato para no tener que imponer la nulidad total del contrato por la nulidad de una de sus cláusulas.

Sin embargo, en el contrato por adhesión a día de hoy no es necesario ese recurso doctrinal, al contar con preceptos como el artículo 8.1 LCGC que previenen la nulidad parcial del contrato y total de la condición general contraventora¹¹.

Aunque se ha dicho con frecuencia que el artículo 8.1 LCGC es un precepto redundante o superfluo que no añade nada al artículo 6.3 CC ahora en esta discusión, vemos con claridad lo contrario¹².

Necesitamos el artículo 8.1 LCGC para evitar la nulidad total, que no protege a la persona consumidora, y expulsar del contrato la estipulación contraventora conservando el resto, pero ese artículo es muy importante para imponer el carácter semiimperativo de la norma de protección, que se da sólo en beneficio de la parte más débil del contrato, pero no en beneficio del predisponente. Ambos aspectos, nulidad parcial y norma semiimperativa, justifican plenamente la vigencia de este artículo¹³.

La norma tiene una estructura que se adapta a una de las características descollantes del contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación, la desigualdad de poder contractual o de mercado de las partes y además, tiene un sentido o significado protector de la persona adherente pero no de la persona predisponente.

Esto es que sólo es nula la cláusula que perjudica al adherente pero no la que perjudica predisponente y ese es el criterio del abuso contra la buena fe y en perjuicio del adherente que arrastra la nulidad por abusiva de una cláusula, siendo la contravención del artículo 4 de este Real Decreto-ley un caso concreto de cláusula o práctica abusiva.

Por otra parte, un precepto imperativo que sistemáticamente está al margen o fuera de la lista negra de cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 TRLGDCU, forma, sin embargo, parte en general de la lista de cláusulas abusivas, en tanto en cuanto lo que disciplina sea una contravención concreta a la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

La estipulación de intereses de demora en un contrato por adhesión de hipoteca es una condición general de la contratación, que está sujeta a los requisitos de buena fe y

¹¹ Más argumentos al respecto en mí "El contrato...", pp. 192-193.

¹² Art. 8.1 LCGC: 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan *en perjuicio del adherente* lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. [Subrayado nuestro].

¹³ Vid. "El contrato...", p. 192.

justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. En este caso se trata de deudores en la financiación de su vivienda, en situación de dificultades económicas, en una norma para protección de los deudores hipotecarios en tiempo de crisis una de cuyas motivaciones es adaptar la legislación española a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

10. OTRAS CUESTIONES

10.1. *Fuerza orientadora de la limitación*

Hemos visto que la aparente restricción del ámbito de aplicación del artículo 4 por su segundo párrafo debe dejar a salvo el Derecho comunitario, de modo que el criterio o moderación del interés de demora que sienta el artículo 4 cabrá aplicarlo como módulo para calificar una cláusula como abusiva y también podrá aplicarse orientativamente a préstamos de deudores que no están en el umbral de exclusión.

El resultado de ello es que no sólo tiene un vigor imperativo que obliga a reducir la estipulación de intereses moratorios, sino que además nos brinda un criterio de interpretación para otros casos semejantes no incluidos expresamente en el supuesto de hecho.

El criterio cuantitativo del artículo 4 va a poder ser usado por autoridades, funcionarios y deudores como una indicación u orientación de lo que el ordenamiento jurídico considera máximo lícito de intereses de demora en el juicio sobre el carácter abusivo de esa estipulación.

Esa función ha sido reconocida por la STJUE 14 marzo 2013 como módulo de comparación entre una estipulación y la regulación vigente en el contrato para el caso de que dicha estipulación no se hubiese incorporado al mismo, a fin de comprobar si la cláusula contractual produce un desequilibrio importante en perjuicio de la persona consumidora.

Esa comparación y la valoración consecuente de ella del juez, autoridad o funcionario del Estado miembro, es obligatoria para ellos como un límite o presupuesto necesario que deberán respetar al apreciar si una cláusula es o no abusiva, de modo que opera como un límite de Derecho comunitario a la potestad de los órganos correspondientes de los Estados miembros de apreciar la nulidad por abusiva de una cláusula no negociada individualmente en contratos de adhesión¹⁴.

¹⁴ Recordamos incidentalmente que la resolución DGRN 13 setiembre 2013 comprende a notarios y registradores de la propiedad entre las autoridades de los Estados miembros obligadas a asegurar la efectividad de las Directivas comunitarias.

Así, al aplicar la guía que sacamos de aquella sentencia, para saber si la cláusula produce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, compararemos el interés de demora estipulado con el que resulta del artículo 4 Real Decreto-ley y a la vista de la comparación, valoraremos si la estipulación de intereses de demora en cuestión es equiparable al resultado de una negociación conforme a la buena fe desarrollada por un profesional que trata de manera leal y equitativa a sus clientes¹⁵.

10.2. Alusión al capital pendiente

La precisión de que el diferencial a sumar al interés remuneratorio pactado para cuantificar el límite de intereses de demora es un dos por cien *sobre el capital pendiente* crea una cierta confusión. La base de aplicación del interés de demora parece claro que no puede ser otra que el capital pendiente, es decir, el capital en mora.

Pero la confusión la crea a la alusión a que lo que se añade sea un dos por ciento sobre el capital pendiente. Ninguna duda habría si la dicción del precepto omitiera esa expresión. Tampoco habría gran duda si el precepto dijera un dos por ciento “del capital pendiente”. Pero lo que dice es que “el interés moratorio aplicable” —no el *tipo* de interés aplicable— será “el resultante” de añadir al interés remuneratorio un dos por cien sobre el capital pendiente.

El interés moratorio aplicable puede entenderse tanto como suma o cuantía concreta devengada por mora como tipo de interés moratorio. La expresión “aplicable” abona lo segundo: que se trata de fijar el tipo de interés de demora, pero no descarta por completo lo primero: que se trate de la suma limitada aplicable tras moderar la cuantía resultante de aplicar al capital en mora el interés de demora estipulado.

Veamos la duda con un ejemplo. Supongamos que el interés remuneratorio es del 2%, el capital 1.000 y el período en mora de dos años, la cantidad debida por interés de demora serían 40 de interés remuneratorio más 20 de interés de demora, dando un total de 60.

¡No! Dirá alguien: serán 80, ya que el dos por cien es anual. Además si el período de mora fuese menor al año, incluso de un día, la mora seguiría siendo de 20, lo que perjudicaría al deudor menos moroso. Pero el artículo 4 ha de interpretarse en primer lugar según su tenor literal. ¿Dónde dice el artículo que el diferencial es anual? En ninguna parte. Además la interpretación *pro consumatore* obliga a la interpretación indicada, según la cual sólo cabe añadir un dos por ciento una vez al interés

¹⁵ <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2013-prontuario-para-conocer-si-una-clausula-es-abusiva.htm> [consultado el 25 enero 2014].

remuneratorio devengado por las cantidades pendientes, es decir, por las cantidades de capital en mora.

También debe matizarse que cuando el período en mora sea inferior al año, la solución no es adicionar a la cantidad devengada por intereses moratorios una cantidad igual al dos por ciento del capital, sino hacerlo sólo cuando haya pasado un año de la mora, debiendo entretanto devengarse como mora una cantidad igual a la resultante de aplicar al capital, el interés remuneratorio.

10.3. *Incumplimiento de todos los deberes y contraprestaciones del acreedor*

Supuesto que en el caso en cuestión al afrontar la moderación de los intereses de demora éstos no sean abusivos todavía tenemos que ver si el acreedor ha cumplido todos sus deberes y contraprestaciones, ya que en caso contrario no podrá declarar en mora al deudor. Eso resulta del último párrafo del artículo 1100 CC en relación con: el artículo 3.3 y letra o) del anexo de la Directiva 93/13/CEE; y los artículos 85.5 y 87.1 TRLGDCU¹⁶.

Así, en el supuesto de que en el contrato haya alguna cláusula abusiva declarada nula por los tribunales, debe comprobarse que el acreedor en cumplimiento de su obligación de retirarla del contrato lo ha hecho, además, que ha cumplido todas sus obligaciones y deberes de información previa al contrato, la normativa de transparencia, etc.

¹⁶ Último párrafo art. 1100 CC: En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Art. 3.3 Directiva 93/13/CEE: 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Apartado 1.o) Anexo Directiva 93/13/CEE: ANEXO. CLAUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTICULO 3

1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

[...]

o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas [...]

Art. 85.5 TRLGDCU: Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

[...]

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

Art. 87.1 TRLGDCU: Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

11. CONCLUSIONES

La conclusión más descorazonadora de todas las que nos trae el estudio de este artículo es que la el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013 en cuanto empeoran la regulación para el deudor de la fuerza mayor según el Derecho común para el contrato por negociación, pueden ser inconstitucionales. Dejando a un lado ese vicio en tanto no se declare, nos limitaremos a exponer las conclusiones que resultan de un análisis concreto y iusprivatístico del precepto.

No es necesario que el banco acreedor se haya adherido al CBP, atendiendo a una interpretación literal y *pro consumatore* del artículo cuatro. El momento inicial de aplicación de la limitación será el más favorable para el deudor entre los dos contemplados por la norma: solicitud de reestructuración y acreditación de la exclusión.

Seguimos creyendo que la única cantidad indemnizable por el retraso en la devolución de una cantidad de demora es el interés remuneratorio estipulado. También consideramos que el ámbito de la moderación de intereses de demora no sólo abarca a los deudores hipotecarios en umbral de exclusión sino a otros muchos a los que se aplica alguna regla del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. También insistimos en que no cabe la moderación cuando la estipulación de intereses de demora es abusiva.

Para sostener este ámbito de aplicación amplio de la limitación de los intereses de demora nos apoyamos en el artículo 3.3 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, que considera que la lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas es indicativa y no exhaustiva.

Junto a esto rechazamos que tanto el artículo 114.III LH como el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, sean meras normas imperativas sin relación alguna con la protección de las personas adherentes y consumidoras, al contrario su contravención se entiende a la luz del artículo 8.1 LCGC y es contravención de la norma de equilibrio que protege a adherente y personas consumidoras y que prohíbe las cláusulas abusivas y obliga a que el contenido contractual sea equilibrado.

La alusión al capital pendiente, desde una interpretación *pro consumatore*, obliga a considerar que el plus de un 2% sobre el interés remuneratorio sólo se puede aplicar una vez sobre el importe total del capital en mora, para lo que será necesario que el deudor se encuentre en mora al menos durante un año.

Finalmente, a la vista de la cuestión prejudicial de 18 agosto 2013 del Juzgado de Marchena, reiteramos nuestra creencia en la imposibilidad de moderar e integrar el interés de demora con el límite del artículo 4 cuando la estipulación de intereses de demora que se reduce es abusiva.

En resumen, nos encontramos ante una regulación de los intereses de demora de las hipotecas de vivienda que deja bastante que desear. No se respeta el daño producido a la hora de fijar un límite indemnizable por la mora, abre muchas dudas y cuestiones tanto de inconstitucionalidad como de prejudicialidad europea.

La norma empeora la regulación de la fuerza mayor en el CC, pero como esa regulación ni se invoca ni se aplica, el artículo 4 y otras medidas de estas leyes crean la apariencia de que el legislador se atreve a afrontar con medidas pro deudor la situación de crisis económica.

Con esta norma parece que los intereses de los deudores en situación de dificultad han ganado en cuanto se reconoce el derecho de estas personas a medidas de protección, pero la ganancia es poco en realidad.

Con todo, la actitud del legislador que se plasma en las normas comentadas es en buena parte el resultado del clamor de la gente, lo que a su vez indica, que los derechos se conquistan por los ciudadanos en los tribunales, exigiendo el cumplimiento de las leyes y el respeto de sus derechos, pero también mediante la legítima acción política y democrática de plataformas y colectivos de afectados por desahucios, sobreendeudamiento y otras situaciones injustas que la crisis económica ha hecho visibles, pero que están lejos de desaparecer.

BIBLIOGRAFÍA:

BALLUGERA GÓMEZ, C., "El contrato-no-contrato", Madrid, SER, 2006.

– "Tratamiento registral de cláusulas abusivas", BOC, núm. 153, (2009), pp. 19 a 34.

– "Artículo 4. Moderación de los intereses moratorios". Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm#MORATORIOS> [Consulta: 25 enero 2014].

– "Prontuario para saber cuándo una cláusula es abusiva. Sacado de la sentencia TJUE 14 marzo 2013". Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2013-prontuario-para-conocer-si-una-clausula-es-abusiva.htm>. [Consulta 25 enero 2014].

GARCÍA DE PABLO, J. F., "La protección de los Deudores Hipotecarios sin recursos", *Diario La Ley*, núm. 7.819, 15 marzo 2012.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la Ley 1/2013”, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 11 octubre 2013, 11 pp. en la edición de internet, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10/Los-intereses-moratorios-abusivos-e-intereses-moratorios-ilegales-en-la-Ley-1-2013.pdf>.

MIRALBELL GUERIN, L. M., “El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas”, Diario La Ley, núm. 8214, Sección Documento on-line, 18 Dic. 2013, Editorial LA LEY (LA LEY 11037/2013), 16 pp. en la edición de internet.

VV. AA., “Análisis del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-ley-deudores-hipotecarios.htm>

– “Análisis de la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-ley-deudores-hipotecarios.htm> [Consulta: 25 enero 2014].

CUADRO COMPARATIVO DEL PRECEPTO ANTES Y DESPUÉS DE LA MEJORA

Artículo 4. Moderación de los intereses moratorios.

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por cien sobre el capital pendiente del préstamo.

2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente real decreto-ley.

Cuatro. El artículo 4 queda redactado del siguiente modo:

«1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor **solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas** y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo **un 2 por cien** sobre el capital pendiente del préstamo.

2. Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-Ley.»