

## **¿QUÉ HACER CON LOS INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS?**

**Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª)**

**Auto núm. 217/2014 de 17 octubre**

**JUR\2014\295723**

***Pascual Martínez Espín***

*Catedrático acreditado de Derecho Civil*

*Centro de Estudios de Consumo*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 14 de enero de 2015*

### **1. Resumen de la doctrina de este Auto**

La novedad de este Auto de la AP de Barcelona radica en el pronunciamiento sobre los efectos legales que tiene la declaración de abusividad de los intereses moratorios al señalar que la consecuencia de su carácter abusivo es la aplicación del interés legal del art. 1108 CC.

### **2.-Antecedentes**

El procedimiento tiene su origen en un incidente dimanante de autos de oposición a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario cuyo título da origen al procedimiento ejecutivo.

El Juzgado Primera Instancia 5 Granollers dictó Auto cuya parte dispositiva sostenía, entre otros extremos, la estimación parcial de la oposición a la ejecución, acordando la ordinaria prosecución del proceso ejecutivo con arreglo al siguiente pronunciamiento:

“Apreciar la abusividad de la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, excluyendo su aplicación del presente proceso, con aplicación de lo previsto por el art.1108 CC respecto de los intereses moratorios devengados y no satisfechos y respecto de los que se devenguen en lo sucesivo. Requiérase a la ejecutante a que proceda a la presentación de nueva liquidación de la deuda ajustada a los términos de este pronunciamiento”.

Recurre en apelación el Auto de instancia la ejecutante solicitando se moderen los intereses moratorios pactados, acordándose despachar ejecución por un determinado importe de principal, más una cantidad fijada prudencialmente para costas e intereses, calculados al tipo de interés legal del dinero multiplicado por tres veces sobre el principal y subsidiariamente se aplique el tipo de interés remuneratorio pactado.

La ejecutada se opuso a la apelación e impugnó el auto de instancia, interesando que se

aprecie la abusividad de la cláusula contractual relativa a los intereses moratorios, excluyéndose su aplicación del procedimiento y que se tenga por no incluida en el contrato, y se acuerde el sobreseimiento del procedimiento y todo ello con expresa imposición de las costas a la actora.

Finalmente la apelante se opuso a la impugnación.

El Auto apelado aprecia la abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora, disponiendo la aplicación de lo previsto en el art. 1.108 del CC, en cuanto a los intereses moratorios devengados y no satisfechos y respecto de los que se devenguen en lo sucesivo, requiriéndose a la ejecutante para que procediera a la presentación de nueva liquidación de la deuda.

### **3. ¿Qué consecuencias tiene la nulidad (por abusiva) de la cláusula que establece los intereses moratorios?**

#### **3.1. Doctrina anterior a la Ley 1/2013**

Algunas Audiencias Provinciales admitían, antes de la reforma del art. 83 TRLGDCU que el juez integre el contrato, ya sea fijando los intereses de demora en una cifra que considere no abusiva, ya sea limitando su cuantía a 2,5 veces el interés legal del dinero, (así, por ejemplo, SAP Murcia 28.6.2012; JUR 2012, 275214).

Los arts. 65 y 83.2 TRLGDCU permitían que, tras la nulidad de una cláusula por abusiva, el juez pudiera integrar el contrato, conforme al principio de buena fe objetiva.

Este modo de proceder no es admisible por tres motivos:

1.- Desde las SSTJCE 14.6.2012 y 14.3.2013. STJCE 14.6.2012 (asunto C-618/10) una vez declarada abusiva la cláusula de fijación de intereses moratorios, los jueces sólo pueden dejarla sin efecto, por lo que no están facultados para modificar su contenido ni integrarla. La cláusula es nula, se elimina y se tiene por no puesta.

2.- Además ello sólo será posible cuando la nulidad de la cláusula haya provocado una laguna contractual, que haya que colmar. En el caso que nos ocupa no hay tal laguna, pues existe una norma dispositiva (art. 1108 CC), que se entiende que toma en consideración de forma adecuada los intereses de las dos partes, que establece que en caso de mora en el pago de obligaciones pecuniarias el deudor tendrá que abonar el interés legal del dinero<sup>1</sup>.

3.- La reforma del art. 83 TRLGDCU, operada por la Ley 3/2014, prohíbe la integración.

---

<sup>1</sup> Esta es la solución adoptada en la Jornada sobre repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, celebrada en abril de 2013 en el Servicio de Formación Continua del C. G. P. J., y dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Don Juan Antonio Xiol.

### 3.2. Los intereses de demora en la Ley 1/2013

El art. 3 esta Ley añade un nuevo párrafo III al art. 114. LH, que queda redactado del siguiente modo: “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”<sup>2</sup>.

El límite de los intereses moratorios previsto en el nuevo art. 114.III LH será de aplicación:

- A las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (el 15 de mayo de 2013, que es el día que se publica en el BOE; Disp. final 4ª de la Ley 1/2013).
- A los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la fecha de entrada en vigor (antes del 15 de mayo de 2013), para los intereses de demora que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.
- Por último, se establece que a los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos el 15 de mayo de 2013, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en esta Ley.

¿Qué sucede si se pacta un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero?

El art. 114.III LH no da una respuesta: dispone que los intereses de demora “no podrán ser superiores” a esa cifra, pero no ordena sanción alguna para el caso de contravención.

Dos posturas:

- Aplicar el interés legal del dinero conforme a lo previsto en el art. 1108 CC,
- O reducirlo al límite máximo previsto en el art. 114.III LH (esto es, a tres veces el interés legal del dinero).

Esta última solución es la que parece acogerse **en la Disp. Transit. 2ª**, párrafo tercero, de la Ley 1/2013, cuando en los casos de procedimiento de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la fecha de entrada en vigor de la Ley, ordena al Secretario judicial o al Notario a dar un plazo de diez días al ejecutante para que **recalcule la cantidad debida en concepto de intereses de demora**, “conforme a lo

---

<sup>2</sup> El interés legal del dinero será no el establecido en el año en que se concertó el préstamo hipotecario, sino el existente en el momento en que se produce el impago y “nacen” los intereses moratorios.

dispuesto en el apartado anterior”.

Ahora bien, no cabe sostener que, conforme al art. 114.III LH, los intereses moratorios superiores a tres veces el interés legal del dinero deban reducirse a esta cifra. Eso no será posible en todos los casos, por exigencias de la normativa comunitaria de protección de consumidores.

Antes de la Ley 1/2013 esa cláusula podía considerarse abusiva, y por tanto no puesta, reduciéndose los intereses a la cuantía del interés legal del dinero -4 %- (art. 1108 CC). Sin embargo, tras la Ley 1/2013, y de acuerdo con esta posible interpretación del nuevo art. 114.III LH, los intereses deberán reducirse al 12 %. Ello supondría una vulneración de la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y de la doctrina sentada en la STJCE 14.6.2012. Si el juez que declara abusiva la cláusula de intereses de demora, por ser desproporcionadamente elevados, no puede moderar ni reducir la cuantía de los intereses, es evidente que tampoco podrá el legislador.

¿Esto significa que el art. 114.III LH es contrario a la Directiva 93/13/CEE, pues permite la moderación de los intereses moratorios que la Directiva europea y la STJCE prohíben? Los mismos problemas se plantean en relación con la Disp. Transit. 2ª de la Ley 1/2013 si se entiende que permite la reducción de los intereses de demora a la cifra del 12 %.

Por tanto, declarada nula la cláusula, ¿qué tipo de interés de demora se aplica al préstamo hipotecario?

Para unos tribunales, se aplica el art. 1108 CC, que es la norma dispositiva prevista para el caso de que no haya pacto sobre los intereses moratorios. En este sentido: Auto JPI n. 1 La Roda 19-9-2013 (ejec. hipot. 673/2012: interés del 20,5% cuando en 2009 el interés legal era del 4,25%: consecuencia: interés legal incrementado en dos puntos ex art. 576 LEC).

Otros tribunales sostienen:

- No se aplicará ningún tipo de interés de demora (interés del 0 %).
- El prestatario deberá seguir abonando un interés similar al interés remuneratorio que estuviera pagando; pues si el prestatario, por disfrutar de dinero ajeno, debe abonar, por ejemplo, un interés remuneratorio del 8 %, si incumple y no paga, lo justo es que siga obligado a pagar un interés del 8 % (su incumplimiento no puede beneficiarle, reduciéndose el interés al interés legal del dinero, esto es, del 8 al 4 %).

En este contexto se plantea la cuestión prejudicial de 16 de agosto de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena. El Juzgado pregunta si la Disp. Transit. 2ª de la Ley 1/2013 contraviene la Directiva 93/13/CEE, al evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incursas en abusividad, en la medida en que esa disposición, en los procesos de ejecución ya iniciados a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, otorga al

ejecutante o prestamista la posibilidad de recalcular los intereses de demora, reduciéndolos al tope máximo de tres veces el interés legal del dinero. Argumenta el Juzgado de Marchena, de manera correcta a mi juicio, que ese modo de actuar es contrario a la Directiva citada, que para el caso de que la cláusula de intereses moratorios sea abusiva, impone su nulidad y la imposibilidad de moderar o reducir los intereses, como ahora parece permitirse en la Disp. Transit. 2ª.

### **3.3. Doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona**

Dos cuestiones resuelve el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona:

1.- Analizando la cláusula relativa al interés de demora comparte la Sala el criterio de la resolución apelada, en cuanto aprecia la abusividad de la cláusula contractual relativa a tales intereses y dispone la aplicación del art. 1108 del CC.

En el contrato suscrito por las partes se fija un interés de demora del 22% nominal anual.

Como se ha dicho, conforme al art. 114 de la L.H. 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.

Según este Auto, no cabe a la vista de la regulación legal al respecto la aplicación del citado precepto para determinar los intereses de demora, no viniendo previsto como una suerte de interés legal sino como un límite a la hora de establecerlos las partes en el contrato en cuestión. Partiendo de tal consideración y no cabiendo tampoco la moderación de una cláusula abusiva y susceptible de ser declarada nula es por lo que resulta pertinente la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.108 del CC, partiendo de la voluntad de las partes de pactar unos intereses de demora, con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos, de conformidad con lo previsto en el art. 1.255 del CC y 1.258 CC del mismo cuerpo legal y del contenido del citado texto normativo, conforme al cual 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.

Ello determina que no sea pertinente acoger la apelación sobre esta cuestión ni tampoco la impugnación, que pretende la no aplicación de interés alguno.

En consecuencia deberá aplicarse el interés determinado por el art. citado 1.108 del C.c. desde la fecha de vencimiento de cada plazo de abono hasta la fecha del Auto de instancia despachando ejecución, procediendo también la aplicación del interés establecido en el art. 576 de la L.E.C. desde aquella data hasta su pago, dado el tenor literal del precepto por ministerio de ley, por lo que la liquidación a la que se alude en la resolución apelada deberá someterse a tales premisas tal y como prevé la misma.

2.- El siguiente de los motivos de apelación, formulado con carácter subsidiario, se ciñe a que no cabe extinguir todo el tipo de demora excluyendo el remuneratorio que conforma una cláusula esencial del contrato, añadiendo que si se considerara que el interés moratorio es nulo por ser contrario a la normativa de consumidores y usuarios, esa declaración nunca alcanzaría al tipo remuneratorio inicialmente pactado entre las partes.

En consecuencia peticiona que si no se estima el primero de los motivos alegados se condene a los ejecutados a satisfacer, sobre la cantidad adeudada, el interés remuneratorio en su día pactado, desde el vencimiento anticipado del préstamo hasta su total pago, al no haber sido declarado nulo y ser parte esencial de la relación de préstamo habida entre las partes.

La AP no acoge este motivo. La declaración de abusividad de la resolución apelada alcanza a los intereses moratorios, no a los remuneratorios y partiendo de tal consideración y ante la misma procede aplicar los intereses dispuestos en el art. 1.108 del CC, no otros, no pudiendo servir los remuneratorios, con una finalidad bien concreta, para llenar la declaración de abusividad referida, lo que únicamente resulta factible aplicando los intereses legales determinados por el art. 1.108 del CC. Ni la finalidad ni la naturaleza de los intereses remuneratorios coincide con la de los intereses de demora y por ende no pueden aquellos sustituir a estos.

#### **4. Opinión personal**

La Audiencia Provincial hace una interpretación del art. 114.III LH y entiende que son abusivos los intereses que excedan el límite fijado en ese precepto (tres veces el interés legal del dinero). De este modo ese tope máximo operaría como límite de la abusividad: si los intereses exceden esa cifra (12 %), la cláusula es abusiva y nula, y el prestatario abonará el interés legal del dinero (art. 1108 CC). Al igual que muchos tribunales acuden –equivocadamente– al art. 20.4 Ley de la 16/2011 como límite de la abusividad, ahora la AP de Barcelona acude al art. 114.III LH.

En mi opinión, para resolver esta cuestión es necesario interpretar la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE. Una interpretación del art. 114.III y de la D.T. 2ª conforme con la Directiva 93/13/CEE y la doctrina sentada en la STJCE 14.6.2012 permite distinguir dos hipótesis:

1ª.- (i) Si la cláusula de intereses moratorios constituye una cláusula predispuesta, y su **cuantía es desproporcionadamente alta** (art. 85.6 TRLGDCU), será abusiva, y en consecuencia, nula, y se aplicará el art. 1108 CC (interés legal del dinero).

Según la última jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, es abusiva la cláusula cuando los intereses **superan el 18 o 19 %**.

Esta regla entra en juego para intereses moratorios superiores al 18 o 19 % establecidos en condiciones generales de la contratación.

2ª.- Si la cláusula no constituye una cláusula predispuesta (por ejemplo, porque no ha sido impuesta al consumidor, esto es, ha sido negociada), o aunque sea una cláusula predispuesta la **cuantía de los intereses no es desproporcionadamente alta**, aunque sí supera tres veces el interés legal del dinero, la cláusula es ilegal (es contraria al art. 114.III LH), por lo que el **interés debe reducirse al tope máximo permitido** (tres veces el interés legal del dinero, esto es, para el año 2013 el 12 %).

La Directiva 93/13/CEE y la STJCE 14.6.2012 no constituyen ningún obstáculo, por la sencilla razón de que **la cláusula no es abusiva** (los intereses no son desproporcionadamente altos), y por tanto, no será declarada nula por abusiva.

Si los intereses moratorios son superiores al 12 % pero inferiores al 18 o 19 %, se aplicará esta regla: la cláusula no es abusiva, pero sí contraria al art. 114.III LH, y el deudor deberá abonar un interés moratorio del 12 %.