

El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales*

The financial content of the loan and the mortgagor protection: some current issues

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: En el trabajo se intenta dar cuenta del contexto doctrinal y jurisprudencial y de las principales modificaciones del régimen del contrato de préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual introducidos por la Ley 1/2013. Además se examina el régimen de los intereses moratorios de carác-

* El presente trabajo se ha realizado con la financiación del Proyecto de Investigación: “Vivienda, préstamo y ejecución” (G-GI3003IDIP), de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, mediante fondos públicos de la Unión Europea y de la Junta de Andalucía. The author would like to thank the ERDF of European Union for financial support via project “Vivienda, préstamo y ejecución (G-GI3003IDIP)” of the “Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013”. We also thank to Public Works Agency and Regional Ministry of Public Works and Housing of the Regional Government of Andalusia. Asimismo ha participado en la elaboración del Proyecto de Investigación “Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (VI)” DER 2012-34028 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. En su redacción no se ha tenido en cuenta el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

ter convencional, cuya cuantía resulta limitada por la Ley. Asimismo se atiende a la exposición de algunas de las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil que influyen indirectamente en las condiciones financieras del contrato de préstamo: los criterios acerca de la imputación a los diferentes conceptos de la deuda de las cantidades obtenidas en la ejecución, el vencimiento anticipado de la deuda hipotecaria por incumplimiento y la limitación de la cuantía de las costas de la ejecución cuando recae sobre la vivienda habitual.

Está ausente de la Ley una revisión más profunda de la figura del préstamo de dinero a la luz de problemas tratados por nuestra jurisprudencia y doctrina científica. Algunas de estas cuestiones son: la posible introducción de tasas máximas de interés que debieran considerarse necesariamente usurarias, con lo que se podría acabar con la intolerable diversidad jurisprudencial en su apreciación; el trato que pueda darse a los intereses moratorios, a efectos de su control como usurarios; la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario; o el momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario.

ABSTRACT: This paper reports on the context of legal thought and case-law and the main amendments Act 1/2013 makes to the rules governing home loan agreements. It also examines the rules on conventional default interest, whose amount is limited by the act. Moreover, it looks at some of the amendments to the Civil Procedure Act that indirectly influence the financial terms of loan agreements, such as the criteria for allocating sums obtained through foreclosure to the different component items of the debt, early maturity of the mortgage debt due to breach of contract and restrictions on the amount of foreclosure costs in the case of homeowner loans.

The act should have more thoroughly revised the concept of monetary loans in the light of problems now being addressed by Spanish case-law and scientific doctrine. Some of these issues are: how interest ceilings might be introduced to identify rates that must necessarily be regarded as usurious (a step that might do away with the intolerable diversity of case-law on what a usurious rate is); how to treat default interest for purposes of controlling potential usurious rates; whether the collateral or personal guarantee securing a loan subsists once the loan has been declared usurious; and when a borrower whose loan has been declared usurious and therefore null may be required to return the principle.

PALABRAS CLAVE: Contenido financiero del préstamo. Intereses moratorios. Vencimiento anticipado. Usura.

KEY WORDS: Financial terms of loans. Default interest. Early maturity. Usury.

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013 Y EN EL CONTEXTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO.—II. LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. 1. LOS INTERESES MORATORIOS DE CARÁCTER CONVENCIONAL: LIMITACIÓN DE SU CUANTÍA Y PROHIBICIÓN DEL ANATOCISMO Y DE SU CAPITALIZACIÓN. 2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS. 3. EL DESTINO DEL INMUEBLE A VIVIENDA HABITUAL Y EL MODO EN QUE SE PUEDE ACREDITAR.—III. ALGUNAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON INFLUENCIA EN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO.—1. LA IMPUTACIÓN A LOS DIFERENTES CONCEPTOS DE LA DEUDA DE LAS CANTIDADES OBTENIDAS EN LA EJECUCIÓN. 2. VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR INCUMPLIMIENTO. 3. LA LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS COSTAS DE LA EJECUCIÓN CUANDO RECAE SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.—IV. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS RELATIVOS A LOS INTERESES NO ABORDADOS POR LA LEY.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013 Y EN EL CONTEXTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El término general «protección del deudor» nos resulta, a los iusprivatistas, menos usual que el inverso de protección del acreedor; no porque el Derecho desproteja al primero, ahí está para desmentirlo el principio del *favor debitoris*, sino porque estamos acostumbrados a explicar unitariamente la defensa, tutela y protección del crédito, pero en cambio la protección del deudor la exponemos habitualmente de forma dispersa en razón de su dependencia de normas, instituciones y orientaciones muy variadas que solo trabajosamente pueden integrarse en una visión sistemática. En el caso del contrato de préstamo, por ejemplo, para sistematizar la explicación de la protección del deudor, nos encontraríamos con la necesidad de integrar los criterios que proceden del derecho de los consumidores, los que derivan de la propia estructura del tipo contractual, o los que inspiran las normas imperativas relativas al régimen de determinados aspectos del mismo¹; así como, en otro orden de cosas, debemos tener muy en cuenta las normas procesales sobre la ejecución de las eventuales garantías del contrato, o las normas sectoriales de carácter administrativo que regulan la actividad bancaria de concesión del crédito y también influyen en los préstamos a los que se refieren las mismas². Ciertamente, pese a la variedad

de expedientes, el conjunto resultante no resulta suficientemente protector para quien debe devolver las cuotas del contrato de préstamo.

Desde el punto de vista de la protección del deudor que ha concertado un préstamo hipotecario, no se pueden desdeñar las importantes novedades de la Ley 1/2013, pero sí se puede decir que dicha Ley no nos va a sacar de esta dispersión en el modo de abordar la protección del deudor, pues también aborda la materia de modo fragmentario; comenzando por la relativa indeterminación del sujeto al que quiere proteger y, siguiendo por la variedad de cuestiones de régimen jurídico que modifica, dejando a la vez otras muchas sin abordar. Da la impresión de que esta Ley constituye una respuesta coyuntural y algo inconexa a varios problemas específicos planteados por la crisis económica, por las necesidades políticas y de opinión pública, y por el criterio decisorio de algunas sentencias del TJUE y del TS. Las medidas más llamativas de la misma se refieren exclusivamente a la garantía hipotecaria que recae sobre la vivienda habitual, por lo que está ausente una revisión más profunda de la figura del préstamo de dinero en su totalidad, a la luz de los problemas que nuestra propia jurisprudencia, y la doctrina científica, ha venido tratando en los últimos años. Falta, a nuestro juicio, una cierta visión de conjunto acerca de otros problemas de mucho calado que subyacen en toda esta materia: el alejamiento o insuficiencia del régimen jurídico codificado del contrato de préstamo respecto de las necesidades de la práctica jurídica³, las dudas acerca del significado y el ámbito de protección de las normas relativas a la usura, y la determinación más precisa del contenido de las normas de protección de los consumidores en este campo. De algunas de estas cuestiones nos ocuparemos en las páginas que siguen.

Claro está que, en línea de máxima, no se puede concordar con quien quisiera que esta Ley hubiera forzado el abandono del trascendental criterio de que el deudor debe pagar; si la situación de crisis provoca el lamentable efecto de que muchos deudores no puedan satisfacer sus deudas, y si ello les coloca en una situación de exclusión social, las normas civiles y procesales no son las más indicadas para solucionar un problema que, en su raíz, no es primariamente jurídico sino económico y de protección social y cuya solución se debe abordar desde estas perspectivas. Lo único que debe decirse, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es que la situación de crisis constituye una oportunidad para reflexionar sobre nuestro sistema normativo sustantivo y procesal y resolver sus eventuales carencias o desaciertos. De momento, la reflexión no ha conducido a una propuesta normativa alternativa y coherente, pero no debíamos renunciar a ello.

En este sentido nos parece que sería deseable recuperar en su sentido más hondo, y no solo parcialmente, el espíritu de nuestro Código en sus casi olvidadas, y nunca aplicadas, Disposiciones Adicionales. En ellas se establecía un mecanismo de revisión de las normas que, si no es necesario rescatar en su literalidad, sí brinda al menos materia para la reflexión. Recordamos que su

tenor literal dispone que el Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán cada año al Ministerio de Gracia y Justicia una Memoria, en la que, se refieran a los negocios de que hayan conocido y señalen las *deficiencias y dudas* que hayan encontrado al aplicar el Código. En ella harán constar detalladamente las *cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones* del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal. A la vista de esos datos, de los *progresos realizados en otros países* que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.

A la vista de esas ideas, con la recuperación del espíritu de estas disposiciones, que pretende conectar la labor legislatora con la práctica, pasando por el filtro de un órgano técnico especialmente cualificado, se trataría hoy de hacer viable la reforma y la evolución de la legislación, sin rupturas incómodas y poco eficientes a la hora de su penetración en la realidad aplicativa; sino más bien procurando el perfeccionamiento del ordenamiento a partir de la experiencia en su aplicación jurisprudencial y práctica. ¿No se está de acuerdo con que este modo de reforma normativa puede rendir frutos muy destacados, mucho mejor que el que brindan las normas de ruptura, fruto de instancias más políticas que jurídicas, brillantemente nuevas, pero que encuentran resistencias en su aplicación práctica, casi siempre por las incoherencias que introducen en el conjunto del sistema? Pero, lamentablemente, el actual legislador se ha ceñido a contemplar unas pocas cuestiones, importantes eso sí, a la hora de reformar algunos singulares aspectos del régimen del contrato de préstamo, y ha dejado otros asuntos candentes sin abordar, como tendremos ocasión de recordar a lo largo de estas páginas.

En cualquier caso, para el examen de la Ley será importante determinar, a la vista de cada criterio normativo, de qué deudor se está hablando: si, en principio, el título de la Ley se refiere al deudor hipotecario con carácter general; en cambio, el Preámbulo concreta mucho más, al hablar del préstamo garantizado con hipoteca para la adquisición de la vivienda habitual, y al hacer referencia a las especiales circunstancias de crisis económica; pero, finalmente, la Ley termina regulando también la situación de otros deudores diferentes. Por tanto, la determinación del sujeto protegido por la norma debe realizarse caso por caso.

A pesar de que la Ley se considera una norma que responde a una situación excepcional, no regula solamente problemas coyunturales que estén motivados por la mala marcha de la economía. Frente a lo que han realizado otras normas propias de estos tiempos de crisis, la Ley que ahora contemplamos se distingue por introducir reformas en textos generales como la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que de suyo parece manifestar una mayor vocación de permanencia y un menor carácter de excepcionalidad. Se diría que al «*perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de*

tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección»⁴, el legislador ha sido consciente de que era necesario ir más allá. Una cosa es, por tanto, la *ocassio legis*, que propicia algunas de las medidas que causan más sensación en la opinión pública, como son la suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual de aquellas familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión (cfr. art. 1), o la extinción de la deuda mediante la dación en pago obligatoria del inmueble objeto de la garantía que se establece para proteger a ciertos deudores (art. 8.8); y otra diferente el alcance mucho más general de algunos de sus preceptos, o, incluso, las reflexiones que la Ley en su conjunto suscita sobre el contrato de préstamo de dinero.

2. LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO

El objeto temático de nuestro estudio, se refiere exclusivamente al contenido financiero del préstamo, que no es el objeto principal de la atención del legislador, aunque este no deja de abordar algunas de sus manifestaciones; quizá aquellas más criticadas en la actualidad.

La terminología «condiciones financieras» o «cláusulas financieras» del préstamo ha adquirido cierta carta de naturaleza en la jurisprudencia y la doctrina civil a partir de la hoy derogada Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁵; y ha tenido también consagración normativa de mayor rango en el poco afortunado artículo 12 LH en su redacción introducida por la Ley 41/2007. Esta terminología se quiere referir, como se ha dicho autorizadamente, a «las estipulaciones de naturaleza obligacional y objeto meramente dinerario que configuran el ‘crédito...’ (en un sentido amplio, comprensivo de principal, intereses y otras posibles obligaciones secundarias)»⁶.

Las normas sobre transparencia del año 1994 se plantearon el importante objetivo de «facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario»⁷; lo cual parece que, a tenor de lo dicho por las conocidas SSTS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660), no habrían logrado en absoluto. Cabe precisar que el ámbito de aplicación tanto de las normas del año 1994 como el de las actualmente vigentes, no son todos los clientes sino exclusivamente las personas físicas que concierten el préstamo para adquirir una vivienda o para «adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir» (art. 19.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). Cabe augurar para el futuro, en línea con el criterio de las SSTS 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)⁸ y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660), una atención más abundante de los Tribunales a este tipo de normas de transparencia, pero

también un creciente nivel de exigencia a los prestamistas profesionales, más allá, incluso, de lo preceptuado por las mismas.

En efecto, estas últimas SSTs se han ocupado de establecer una serie de afirmaciones que suponen tanto un ascenso en la consideración que deben merecer estas normas administrativas en la jurisdicción civil, como, paradójicamente, su relativa superación, pues el escrupuloso respeto a su contenido por parte del prestamista no garantiza que se logre una información a los consumidores que pueda estimarse suficiente. Así, por centrarnos en el primer pronunciamiento en el tiempo, la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) ha dicho lo siguiente⁹:

- Que sobre las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, y en este caso están las condiciones o cláusulas financieras del contrato de préstamo, no cabe por lo general el control de abusividad. Se ha zanjado de momento el debate jurisprudencial y doctrinal previo, y la actual STS se alinea con la doctrina que había sostenido la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)¹⁰.
- Pese a lo cual, se añade que el sistema jurídico vendría a someter estas cláusulas financieras a un doble control de transparencia. El primero sería el exigido por el artículo 7 LCGC para la incorporación al contrato de estas cláusulas de determinación de los intereses¹¹. Resulta importante destacar que, para la STS, «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor». En este sentido, la STS viene a ser una autorizada confirmación de la idea de que las normas de transparencia no tendrían un carácter meramente administrativo, puesto que vendrían «a integrar los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente. Buena muestra de ello es la referencia del artículo 7.b LCGC a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato»¹²; idea, esta última, casi ausente de nuestra jurisprudencia hasta el momento actual.
- La protección del prestatario no se va a quedar ahí sino que crece a partir de los niveles mínimos representados por la normativa específica. Esto es así porque debemos tomar en consideración que para la STS existe un segundo filtro de transparencia que se referiría específicamente a los contratos con consumidores, y no a cualquier condición general de la contratación y que derivaría del artículo 80.1 TRLCU que dispone que «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los si-

guientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido».

Para la STS, «en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas». Es decir, que el mero cumplimiento de las normas sobre transparencia garantiza la incorporación, pero puede no ser determinante de la validez de la cláusula a los efectos de este segundo examen o filtro. No lo fue, al menos, en el caso enjuiciado¹³. Tenemos, pues, que el control de contenido denegado inicialmente para estas cláusulas referidas al objeto principal del contrato, para la STS termina por producirse mediante este otro filtro de transparencia cualificada.

- Este segundo control tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez datos como los siguientes: la carga económica que supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y la carga jurídica del mismo, es decir su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo¹⁴.

No podemos detenernos en el comentario de estas importantes SSTs que tantas dudas suscitan. Tampoco sabemos cómo va a ser la evolución jurisprudencial futura en un contexto tan cambiante desde el punto de vista jurídico como es el actual¹⁵, pero cabría al menos decir que las normas administrativas sobre transparencia han comenzado a adquirir en el ámbito civil un papel más destacado que el que hasta ahora han podido desempeñar, si los Tribunales comienzan a realizar sistemáticamente un primer control de incorporación de acuerdo con dichas normas. Pero, por otra parte, habrá que tener en cuenta el carácter de mínimos de dichas prescripciones, que no impiden el control posterior de transparencia reforzada en el caso de la contratación con consumidores¹⁶. Todo ello dibuja un panorama un tanto confuso para los profesionales (entidades financieras), pues simultáneamente se ha tomado en cuenta por la jurisdicción civil un ascenso y una caída de esta categoría de normas. Si lo primero justificaría que dichas entidades siguieran confiando en el escrupuloso respeto de las mismas como modo de asegurar la vigencia de los contratos que estipulen; lo segundo quizá termina por recomendar para los profesionales del crédito una estrategia de simplificación extrema de los clausulados que proponen (e imponen) a sus clientes. Claro está que, por otra parte, existe otra radical

incertidumbre, porque no podemos prever si el cumplimiento de las normas de transparencia contenidas en la Orden EHA/2899/2011 podrá parecer suficiente a la jurisprudencia futura para superar este segundo control de transparencia de las cláusulas¹⁷; lo único seguro es que el cumplimiento de las normas de 1994 no lo fue en el caso examinado por las SSTS, a las que nos venimos refiriendo. Lo decimos porque las normas de transparencia del año 2011 suponen un desarrollo de las precedentes, y, en principio, brindan mayor protección a los clientes.

En cambio, sí podemos afirmar que, tanto el criterio de estas SSTS acerca del control jurisprudencial, que, en su caso, puede llevar a eliminar las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que sean declaradas abusivas por falta de transparencia, como la posibilidad brindada actualmente por la LEC de examinar en el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual, probablemente aconsejarían una estrategia a las entidades financieras muy diferente a la que ha sido su práctica anterior y actual. Pensamos en que estas entidades debieran establecer unos estándares de transparencia mucho más rigurosos que los disciplinados en las normas administrativas vigentes, que depuraran sus formularios de préstamos hipotecarios de cláusulas excesivamente protectoras de su propia posición jurídica, ya suficientemente garantizada por la hipoteca y, que, en el fondo simplificaran de una manera radical los contratos que ofrecen a sus clientes; ya que la menor complejidad redundaría casi siempre en una mejor transparencia. Les va en ello a los profesionales del crédito la posibilidad de realizar la garantía real con facilidad y sin que su eventual ejecución les acarrearía excesivos sobresaltos.

II. LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

1. LOS INTERESES MORATORIOS DE CARÁCTER CONVENCIONAL: LIMITACIÓN DE SU CUANTÍA Y PROHIBICIÓN DEL ANATOCISMO Y DE SU CAPITALIZACIÓN

El legislador ha considerado, y con razón, *«especialmente relevante (...) que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero»*¹⁸. La solución no se circunscribe subjetivamente a los deudores necesitados de protección por su especial vulnerabilidad o por encontrarse en riesgo de exclusión social, sino que se extiende a todos los deudores, cualquiera que sea su situación económica, siempre que se trate de deudas que procedan de un préstamo encaminado a la adquisición de la vivienda habitual. Naturalmente la situación de incumplimiento que genera la aplicación efectiva y actual de los intereses moratorios, y del criterio legal limitador de su cuantía, sí que puede implicar de hecho, en la mayoría de los

casos, una situación económicamente delicada, que es la que lleva a no atender unos compromisos económicos que devengan intereses remuneratorios más reducidos que los moratorios que ahora comenzarán a producirse. En este mismo caso, es decir en las hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual, la Ley *«prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses»* de demora¹⁹. Desde el punto de vista del sujeto activo, la norma no se restringe, a los prestamistas que sean profesionales.

Se trata de dos criterios de carácter imperativo de cuya importancia no cabe dudar, pero que, al igual que se extienden a todos los deudores de préstamo hipotecario concertado para adquirir la vivienda habitual, con independencia de la situación económica personal o familiar del deudor, tampoco se encuentran estrictamente relacionados con la situación de crisis económica, pues muy bien pueden subsistir en épocas de bonanza. En este sentido, probablemente se trate de una de las medidas legales de mayor alcance en el ámbito de nuestro tema²⁰.

En cuanto a la prevención contra el anatocismo, se puede encontrar ya un aparente criterio similar en nuestro artículo 317 CCom, si bien en él se muestra el legislador con un criterio meramente dispositivo que ha propiciado la habitual existencia en el contrato de un pacto de anatocismo²¹; mientras que para el artículo 1109 CC es la reclamación judicial de los intereses la que hace que estos devenguen el interés legal. Por tanto, estas normas han permitido una práctica habitual de exigencia del anatocismo, muchas veces derivado del pacto, o de la imposición en su caso mediante las cláusulas no negociadas, unido a unos altos intereses de demora, lo que ha confirmado que las normas miraran con desconfianza esta figura²². Hoy, en cambio, el nuevo artículo 114.3 LH queda redactado con una formulación netamente imperativa en lo que se refiere a la cuantía de los intereses moratorios, y así se excluye expresamente tanto el anatocismo como la capitalización de los intereses vencidos. Este es el tenor literal del nuevo artículo 114.3 LH:

«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 solo 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».

La norma merece ser destacada tanto en cuanto a la tasa de interés moratorio que se permite como máximo, como en relación con el hecho de que no pueda devengarse el interés de demora sobre los intereses ya vencidos, sino exclusivamente sobre el principal. La razón de estas medidas, y especialmente de la segunda, pretendería conjurar, en realidad sin conseguirlo, un peligro bastante común en el anatocismo; en definitiva a «evitar sorpresas a deudores *ignorantes*

del ritmo de crecimiento de la deuda, para que no acaben siendo ‘víctimas’ de un contrato al que pueden quedar vinculados sin posibilidad cierta de liberación»²³.

El hecho de que se introduzca un único supuesto excepcional en el que los intereses pueden ser capitalizados, significa, a nuestro juicio, zanjar la eventual duda que pudiera plantearse sobre si a la cantidad correspondiente a los intereses de demora por la que se haya despachado la ejecución, pueden aplicarse los intereses de la mora procesal establecidos en el artículo 576 LEC²⁴; estos últimos solamente se podrán aplicar a las cantidades que queden pendientes por otros conceptos. Entendemos que, para hacer posible esta limitación, el artículo 654.3 LEC que se inserta dentro del procedimiento de apremio, dispone que:

«el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas».

Se debe tener presente que, desde el punto de vista sistemático, la nueva norma incluida en el artículo 114.3 LH queda un tanto desubicada, pues tratándose de una limitación del interés que es aplicable subjetivamente, sin duda y principalmente, al propio deudor hipotecario, queda integrada en un precepto que, en sus restantes párrafos, tiene por objeto limitar la cobertura hipotecaria del interés solamente en presencia de terceros, y no respecto del hipotecante²⁵.

No va a ser objeto de exposición el sistema de límites a los intereses moratorios diseñado para la protección de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios sin recursos, por tratarse de una norma de un alcance meramente coyuntural. Sin duda se trata de una disposición importante, probablemente mejor orientada y más eficaz para los efectos pretendidos que la del artículo 114.3 LH, pero con escaso valor permanente²⁶.

2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

La norma que limita los intereses moratorios resulta destacable por su carácter inequívocamente retroactivo o de efecto inmediato. Decidir qué es dogmáticamente lo más correcto depende de si entendemos la eficacia temporal de las normas bajo la visión doctrinal del «hecho jurídico cumplido» o desde una perspectiva teórica distinta, desde la idea del efecto inmediato de las mismas²⁷.

En cualquier caso, sea cual sea la explicación doctrinal o técnica de la cuestión, la tasa de los intereses moratorios establecida por la Ley, si bien no alcanza a los intereses vencidos y pagados, sí supone una limitación efectiva de cualesquiera otros. En este aspecto el legislador no duda de la importancia de la tasa del interés para los deudores, entre los que estarán algunos con especial vulnerabilidad, e interviene con firmeza. Cabe destacar, también, que no resulta

frecuente que el legislador haga un uso tan intenso de la retroactividad, lo cual revela una opción legislativa por la evolución del ordenamiento en detrimento de la seguridad jurídica²⁸, que puede estar más que justificado. Así, a tenor de la DT 2.^a:

«La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, 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 el apartado anterior».

Se puede observar cómo, a partir de una declaración inicial de irretroactividad, se toma una medida de aplicación retroactiva si no de grado máximo, sí bastante intensa, pues el nuevo criterio legal se termina por aplicar a las siguientes tres situaciones:

- los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley;
- los intereses devengados antes de la entrada en vigor de la Ley y que no hubieran sido satisfechos;
- los intereses ya reclamados judicialmente en procedimientos no concluidos a la entrada en vigor de la Ley.

Ahora bien, el artículo 114.3 LH no se refiere expresamente a la solución que procede si se pactara un interés de demora superior al tasado legalmente, es decir, no establece ninguna sanción para el caso de contravención, pero las previsiones de la DT 2.^a apuntan con toda claridad a una sustitución imperativa de la cláusula, que quedará limitada al interés tasado por la Ley. La aplicación de esta DT 2.^a, combinada con los problemas relativos al carácter abusivo de las cláusulas de intereses y las de vencimiento anticipado, están ya originando problemas prácticos de aplicación, de modo que incluso ha motivado la interposición de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Citaremos dos casos: el Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Marchena (Sevilla) y el Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número dos de Santander²⁹.

En el primer auto, la pregunta planteada al TJUE parece tener un fundamento jurídico aparentemente irreprochable. La duda que se eleva al TJUE es esta: si la referida DT 2.^a supone una limitación «a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma», en definitiva si «contraviene la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular el artículo 6.1 de la mencionada directiva»³⁰.

Previamente el mismo Juzgado había estimado con relación al contrato que originó la ejecución hipotecaria que un interés de demora del 19% anual «en relación a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato no resulta, *prima facie*, desproporcionado al incumplimiento de las obligaciones del consumidor». Pero, en cambio, la imposición esos mismos «intereses moratorios al total de la cantidad prestada que quede por amortizar una vez usada la facultad de vencer anticipadamente el préstamo», penalizaría «al consumidor de una forma totalmente desproporcionada e injustificada». Estaríamos, pues, a juicio de este órgano judicial, ante una cláusula recogida en el artículo 85.6 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que establece que son abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones».

Ahora bien, a nuestro juicio habría que tener en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, los intereses moratorios convencionales han quedado sustituidos por los derivados de la nueva tasa legal que los sustituiría imperativamente, aunque ello no impida un control judicial posterior acerca del posible carácter abusivo de la cláusula, como resulta de la STJUE 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134)³¹. Por otra parte, también sería necesario considerar que el nuevo sistema legal sobre exigibilidad de los intereses de demora tiene un carácter más protector del deudor que el precedente; entenderíamos entonces que no se puede estimar que la reforma legal introduce la moderación judicial de una cláusula, sino que se trata de un cambio de sistema legal sobre los intereses moratorios, que afecta a su función disuasoria del incumplimiento e impulsora del cumplimiento. Por lo tanto el carácter abusivo de la cláusula debería enjuiciarse con relación a esa nueva tasa imperativamente establecida y a ese nuevo sistema legal sobre los intereses moratorios. Entonces la pregunta correcta sería si, vencido anticipadamente el préstamo por razón del incumplimiento del deudor, sería abusivo cobrar hoy una tasa del 10,50% como interés moratorio respecto del total de la cantidad adeudada. ¿Se apreciaría desproporción en la posición contractual del consumidor (integrado el contrato con el derecho imperativo), con relación a la que resulta de aplicar el remedio legal para el incumplimiento

(tasa de interés legal)? En realidad, si los términos de la comparación debieran ser estos, como entendemos que procede, faltaría argumentación suficiente acerca de las razones que justifican una eventual declaración de la cláusula como abusiva, incluso sin tener en cuenta normas como la del artículo 579.2 LEC y otras a las que nos referiremos luego.

El Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número dos de Santander parte del mismo enfoque expresado en la anterior cuestión prejudicial. En el caso, una vez en vigor la Ley 1/2013, el Juez había declarado abusiva una cláusula de interés moratorio del 20%. Más tarde el juez se plantea que la DT 2.^a le obliga a recalcular los intereses, «pero no señala con claridad (aunque a todas luces piensa en ello) que la consecuencia sea que el interés moratorio permanezca en ese tope de tres veces el interés legal»; ya que existirían otras dos alternativas: que se rebaje hasta al interés legal por aplicación del artículo 1108 CC³², o que no exista pena contractual y el tipo sea 0%³³. Al decir del Auto, en la práctica jurisprudencial «los partidarios de la primera y segunda alternativa postulan que no están integrando una pena contractual que saben nula sino dando aplicación supletoria a una norma legal. El TJUE ha dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10 y 30 de mayo de 2013, C-488/11) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva pero falta por clarificar si cabe que el interés moratorio *sobreviva* merced a la aplicación supletoria de una norma nacional. Esta es la sustancia de la cuestión que aquí se suscita». Queda, pues, mucho más claro en este auto que se debería cuestionar la coherencia con el Derecho europeo no solamente de la aplicación de la rebaja del interés moratorio como simple criterio de derecho transitorio, sino la aplicación de esta rebaja a todos los casos en que deba ser de aplicación la protección de los consumidores. Se estaba cuestionando, en definitiva, que el legislador nacional pueda establecer en estos casos una tasa máxima imperativa de intereses moratorios a la que se deban reconducir todos los pactos que la superen, lo cual la STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134) sí ha considerado admisible.

Al decir del mismo Auto, frente al criterio legal se plantea si «es compatible con el efecto disuasorio que el TJUE consideró en sus sentencias de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/10, apartado 69, y 30 de mayo de 2013, C-488/11, apartado 58. La nulidad tiene un componente sancionatorio que no debe ser desdeñado y que no es justo que el profesional infractor que predispone un pacto abusivo de intereses moratorios pueda obtener el interés legal por aplicación del artículo 1108 del CC, lo que supondría equiparar el infractor con el que no pactó ningún interés moratorio». La duda, por tanto, no nos parecería bien fundada si se restringe a la contemplación de las situaciones reguladas por la DT 2.^a, ya que precisamente en ellas no cabe hablar del efecto disuasorio de la nulidad, cuando se trata de un simple problema de derecho transitorio; relativo,

por tanto, a contratos que ya no pueden hoy concertarse y, por tanto, en cuyo consentimiento la nueva Ley no puede influir de ningún modo.

Los términos literales de la cuestión planteada al TJUE son los siguientes: «Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la DT 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la DT 2.^a de la Ley 1/13».

A nuestro juicio en esta materia existen algunas dificultades argumentales, que es necesario poner de manifiesto, para entender bien el sentido de la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134), que resuelve una cuestión prejudicial sobre esta materia.

Por una parte, la primera de ella sería la representada por la siguiente afirmación: que si los intereses de demora fijados en el contrato son desproporcionadamente elevados, no debe entenderse que el artículo 114.3 LH impone su rebaja «pues 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 de 14 de junio de 2012. Efectivamente, 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, mediante una ley, imponer una reducción o moderación de esos intereses»³⁴. Este último juicio, base de la totalidad del argumento, nos resulta un poco aventurado, porque da por resuelta la duda de la que se parte, pero sin explicar las razones o criterios jurídicos que lo sustentan. En efecto, de la imposibilidad derivada del Derecho europeo de que el Juez modere una cláusula abusiva no puede deducirse que el legislador nacional no pueda tasar el importe máximo de los intereses moratorios. Desde luego, esta idea no se deriva directamente de la STJCE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), que se refiere exclusivamente a las facultades moderadoras del Juez; puede ser que un nuevo pronunciamiento de este Tribunal decida en un sentido o en otro, pero no es cierto que este resultado se encuentre implícito en su anterior pronunciamiento. En nuestra opinión, la acción de un legislador que considere conveniente determinar una tasa máxima de interés moratorio y reconduzca a ella los pactos que la superen, no supone ejercitar una facultad moderadora ya que esta, por definición, supone la atención a las circunstancias singulares de cada

caso por parte del Juez. En la decisión del legislador, en cambio, hay razones de política general que, a diferencia de la valoración judicial casuística, beneficiarían a todos los destinatarios de la norma puesto que conlleva introducir reglas claras predeterminadas acerca de los límites a la autonomía privada y sobre las consecuencias de la infracción de las normas. Pensamos que no hay obstáculo en el Derecho de la Unión para que el legislador actúe en el sentido en que lo ha hecho. Otra cosa será el acierto, mayor o menor, de su desenvolvimiento técnico; tema en el que nuestro legislador no sale bien parado.

En segundo lugar, nos parece que se tiende a ignorar que el efecto legal inmediato sobre la cláusula contractual de intereses moratorios excesivos que la DT 2.^a permite atribuir al artículo 114.3 LH se enmarca también dentro de un cambio de las reglas del juego de estos intereses que hace más improbable su posible aplicación y menos gravosa para el deudor su misma exigencia. El punto de partida debe ser que a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 el marco regulador de los intereses moratorios no es idéntico al previo a la Ley. Entendemos, por tanto, que la posible abusividad de una cláusula de intereses moratorios no se puede fundar, tras la entrada en vigor de la Ley, exclusivamente en su cuantía porcentual, sino que ha de mirar a otros importantes factores, como son el nuevo ámbito de aplicación que cabe atribuir al interés moratorio en el reformado sistema legal³⁵. En concreto, en nuestra opinión, habría que tener en cuenta normas como las siguientes: el artículo 670.1 LEC acerca del valor mínimo de adjudicación del bien en la subasta, porque ello va a condicionar decisivamente la cuantía de deuda que reste pendiente a cargo del deudor, y, por tanto, la base sobre la que se va a calcular el interés moratorio. Asimismo, y por idéntica razón, el artículo 671 LEC sobre el valor de la adjudicación cuando el bien se adjudique al acreedor por falta de postores. Y algo parecido habría que afirmar acerca del artículo 579.2 LEC, que se refiere a la cantidad de deuda que reste impagada tras la ejecución hipotecaria, porque su previsión minora legalmente tanto su importe total, como los intereses aplicables a la misma si se satisface en determinados plazos. Se trata de nuevos criterios normativos que afectan directamente al equilibrio entre los contratantes, con un sentido protector del deudor, y que no vemos cómo podrían ignorarse tras la reforma en el trance de examinar una eventual declaración de abusividad que precisamente se debe basar en el desequilibrio entre las partes que provoca la cláusula de interés moratorio. Sin tener presente los efectos de estas normas, claramente limitadoras de la posible aplicación, alcance y efectividad de los intereses moratorios, no nos parece que debiera apreciarse el carácter abusivo a partir simplemente de un determinado porcentaje de interés moratorio convencional. El problema del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo puede existir si radica en otras razones adicionales que habría que demostrar.

En tercer lugar, cabe referirse a que el sistema legal, pese a su imperfección, en ningún caso parece estar pensando en que los intereses moratorios excesivos

deban ser moderados por el juez. Todo indica que se trata de una sustitución imperativa de su cuantía por obra de la Ley, que simplemente obliga a un nuevo cálculo, pero no a una moderación judicial. Por lo tanto, en nuestra opinión el contrato cuyos intereses moratorios convencionales fueran superiores a tres veces el interés legal del dinero no se encuentra vigente en los términos inicialmente pactados, porque la cuantía de los intereses moratorios ha sido sustituida imperativamente por la disposición de la DT 2.^a.

Para iluminar la debatida cuestión de los criterios que deben apreciarse para declarar la abusividad de las concretas cláusulas contractuales de intereses moratorios, unidas habitualmente a cláusulas de vencimiento anticipado, lo que las hace mucho más gravosas, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*). En esta STJUE se contemplan con más detalle las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, su posible abusividad y, finalmente, sus consecuencias, a la luz del criterio de la Directiva acerca del carácter abusivo de las cláusulas que imponen «al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta».

En cuanto a la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, para la STJUE, el Juez nacional debería enjuiciar su carácter abusivo o no ponderando si el consumidor ha «incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»³⁶. Este último inciso claramente parece estar pensando en los mecanismos de rehabilitación del préstamo que permiten, en efecto, evitar los efectos del vencimiento anticipado, logrando la amortización del préstamo en los plazos y con los intereses remuneratorios inicialmente pactados (es decir, el sistema regulado por el artículo 693.3 LEC). Eventualmente, claro está, podrían estar en este caso las cláusulas contractuales que también se refieran a la rehabilitación.

En cuanto a la cláusula de intereses de demora, dice la STJUE que será el Juez quien «deberá comprobar en particular, (...) por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»³⁷.

Naturalmente en la aplicación de estas ideas a nuestro problema cabe diversidad de valoraciones, porque además de la ponderación de las cláusulas contractuales, resulta obligado el examen completo de las normas acerca del vencimiento anticipado³⁸, de las normas que en la ejecución hipotecaria disciplinan el valor de adjudicación, y también del régimen jurídico que, tras la ejecución, debe seguir la parte de deuda insatisfecha. En cuanto a esto último, el artículo 579.2 LEC precisamente viene a contrapesar el eventual crecimiento de la deuda fruto de los intereses de demora, con una minoración sustancial del principal y de los mismos intereses, en los casos en que se produzca el pago en cinco o diez años de la cantidad pendiente de satisfacción tras la ejecución. A la luz de todo ello, entendemos que una consideración meramente cuantitativa del porcentaje pactado como interés de demora no es significativa acerca de su carácter abusivo, porque a causa de la regulación legal actual el interés de demora pactado no va a ser aplicable de modo generalizado; de modo que el juicio sobre el desequilibrio que introduce en el contrato debe referirse a cada caso. En efecto, la combinación de las normas sobre el valor mínimo de adjudicación, y del precepto acabado de indicar, permite afirmar que el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, incluso una vez ejecutado el inmueble, puede realizarse a un coste no cuantificado necesariamente por la tasa de los intereses moratorios.

Por otra parte, tras la intervención imperativa del legislador, los intereses moratorios han quedado reducidos en su cuantía a un límite máximo (art. 114.3 LH en relación con la DT 2.^a), por lo que resulta difícilmente comprensible la tesis de que el tipo de interés moratorio vigente en la actualidad no rija para los préstamos hipotecarios concertados previamente a la entrada en vigor de la Ley, que se sancionarían con un tipo de interés menor (simplemente el legal) o sin intereses de demora. Otra cosa es que la norma del artículo 114.3 LH también se considere criticable, como muy probablemente lo deba ser, para todos los supuestos de préstamos en los que exista garantía hipotecaria. Pero ello depende, repetimos, de un examen completo de la vigente normativa española y no solamente de alguno de sus elementos. Es decir, que o criticamos derechamente el artículo 114.3 LH en su completa aplicación, dentro del actual contexto normativo o lo aceptamos también en toda su amplitud, pero criticarlo tan solo para una de sus hipótesis de aplicación (la derivada de su aplicación como derecho transitorio) resultaría incorrecto, según nuestro juicio.

3. EL DESTINO DEL INMUEBLE A VIVIENDA HABITUAL Y EL MODO EN QUE SE PUEDE ACREDITAR

El hecho de que el destino del inmueble adquirido modifique el régimen financiero del préstamo en los términos que acabamos de examinar puede pro-

vocar que el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual se restrinja y encarezca en comparación con el préstamo hipotecario normal. Tendremos, pues, que la intervención legal imperativa formalmente protectora del deudor (comprador de vivienda) introduce un incentivo, tanto para él mismo como para el vendedor de la vivienda, que favorece el intento de evitar el sobrecoste financiero que la operación conlleva. Incluso las entidades financieras podrían estar interesadas en no conceder préstamo para la adquisición de vivienda, por su carácter más inseguro o por el temor de intervenciones legales futuras. Todo ello podría propiciar operaciones poco claras, desde el punto de vista de sus efectos.

Por ejemplo: si estas modificaciones normativas propician un coste más barato para el préstamo no destinado a la adquisición de vivienda, puede declararse, falsamente, que la vivienda adquirida no se empleará en la residencia habitual. ¿Se aplicarán las normas protectoras al comprador del inmueble que no declaró el uso como vivienda habitual en la escritura? Porque el reformado artículo 21.3 LH establece la obligación de declarar el uso pretendido, pero no señala las consecuencias de una declaración falsa o incorrecta:

«En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».

¿Qué sucederá en el caso, contrario al contemplado, de que la vivienda se destine a vivienda habitual después de haberse declarado que no se dedicará a ese uso? ¿Cómo se acredita esto en el procedimiento de ejecución? Asimismo se introduce cierta dificultad procesal en el caso del cambio de uso de la vivienda: ¿cómo debe acreditar el prestamista que el inmueble ha dejado de ser vivienda habitual? El procedimiento ejecutivo, al que parece aludir la norma, parece poco indicado para resolver estas cuestiones³⁹.

III. ALGUNAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON INFLUENCIA EN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Nos parece del máximo interés a los efectos de interpretar las modificaciones procesales introducidas por la Ley 1/2013, la siguiente afirmación sobre el significado de la reforma: *«El Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario*

sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución»⁴⁰. Esto significa que, pese a que las nuevas normas procesales tengan a veces un sentido general, aplicable a todo supuesto de ejecución, para el legislador su utilidad principal debe buscarse dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria.

1. LA IMPUTACIÓN A LOS DIFERENTES CONCEPTOS DE LA DEUDA DE LAS CANTIDADES OBTENIDAS EN LA EJECUCIÓN

Es suficientemente conocido que si una «deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses» (art. 1173 CC). La razón de ser de la norma es evitar que por la sola voluntad del deudor, o por decisión del Tribunal, quede transformada una deuda que produce intereses en una deuda simple, en perjuicio del acreedor; lo cual sucede cuando no se ha pactado el anatocismo⁴¹. Igualmente también es sabido que, en el caso de pago no voluntario sino forzoso (procedimiento de ejecución) el deudor no puede determinar a qué parte de la deuda se imputa el pago, sino que procede la aplicación de las normas legales, como es esta del artículo 1173 CC⁴².

Hoy en día, según explica el Preámbulo:

«En caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés».

Pese a que la medida que se introduce se explica en el contexto de la protección del deudor de un préstamo hipotecario empleado en la adquisición de su vivienda habitual, técnicamente se articula a través de una modificación de la LEC que tiene carácter general porque no se circunscribe a deudores sin recursos ni siquiera a las deudas procedentes de un préstamo obtenido para la adquisición de vivienda. Nos referimos al nuevo artículo 654.3 LEC que dispone:

«En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas».

Es obvio, leyendo la presente norma desde el Preámbulo de la Ley, que el orden de imputación establecido está mirando al empeño de limitar el importe

de los intereses moratorios en los préstamos para adquirir vivienda: facilitando la liberación del capital antes que los intereses moratorios se está recortando el juego de estos últimos, porque por disposición del artículo 114.3 LH (introducido por la propia ley) no pueden devengar intereses, ni siquiera de mora procesal⁴³. Por tanto, pese al retraso en el pago de los intereses, la deuda dejará de crecer en cuanto a ellos, y, en definitiva, crecerá más lentamente en su conjunto.

Pero la medida, según su ubicación sistemática en la LEC dentro de las normas generales sobre ejecución dineraria, adquiere formalmente un alcance general que no se limita las ejecuciones sobre inmuebles hipotecados para garantizar el préstamo empleado en su adquisición, sino que se refiere a cualquier ejecución sobre un bien perteneciente al deudor. Se trata, pues, de un criterio ni de suyo excepcional, ni circunscrito a la vivienda. En la práctica, no obstante, la imputación establecida solamente tendrá trascendencia en aquellos casos en que el régimen de intereses aplicable a cada uno de los conceptos (intereses remuneratorios, intereses moratorios, principal y costas) sea diferente. Por ejemplo, cuando no se haya pactado en la obligación que basa la ejecución que los intereses moratorios generen a su vez intereses; pero, en la práctica, ese pacto existirá casi siempre, ya que no resulta excluido por ninguna norma, salvo en el caso del nuevo artículo 114.3 LH.

2. VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR INCUMPLIMIENTO

No podemos entrar, por razones de espacio, en todos los detalles acerca de esta importante cuestión, en la que son tan posibles los abusos si el vencimiento anticipado se produce como consecuencia de incumplimientos nimios⁴⁴. Ciertamente, como estamos ante una cláusula de naturaleza penal, su aplicación puede en ocasiones representar un abuso de derecho o una práctica injusta: en la doctrina se cita en este sentido precisamente el caso de la vivienda familiar, único inmueble del deudor, que incumple la restitución de las cuotas del préstamo en unas circunstancias de crisis económica⁴⁵. El ordenamiento, para paliar estos posibles problemas, establece una serie de medidas, reforzadas en la reforma que estamos analizando⁴⁶. Es necesario destacar que, técnicamente, las medidas no se circunscriben al contrato de préstamo garantizado con hipoteca, ni mucho menos al préstamo cuyo importe se emplee en la adquisición de la vivienda. Nada de ello se encuentra en el artículo 693 LEC: solamente se alude en él al crédito cuyo pago deba hacerse en plazos, mensuales o no, y que se encuentre garantizado con hipoteca. Otra cosa es que, si el bien hipotecado es la vivienda habitual, el deudor puede, sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades previstas en la norma. Por otra parte, como es lógico, el criterio general establecido en el precepto puede tener aplicación frecuente al préstamo cuyo importe se emplee en la adquisición de la vivienda.

El nuevo artículo 693.2 LEC, para paliar las consecuencias más graves de un uso indebido de la autonomía de la voluntad, que lleve a pactos en que incumplimientos poco importantes desencadenen consecuencias graves para el deudor, prevé ahora que solamente *«podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago»*.

Por tanto, se ha pasado de una redacción en que la falta de pago de cualquiera de los plazos podía dar lugar al vencimiento anticipado, a este criterio más restrictivo que exige al menos el impago de tres mensualidades⁴⁷. La ubicación sistemática de norma, dentro de un capítulo destinado a regular las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, permite afirmar que se aplica por igual a los bienes hipotecados y pignorados en garantía de cualquier tipo de deuda: no atañe en exclusiva al vencimiento anticipado en caso de préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual. No obstante, el alcance real de esta restricción cabe pensar que es bastante escaso, pues era raro en la práctica que con un solo impago pretendiera el acreedor el vencimiento anticipado de todo el crédito temporalmente diferido⁴⁸.

Habría que analizar el sistema legal vigente acerca del vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo a la luz de los criterios que, según la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*), debe utilizar el Juez nacional para enjuiciar su carácter abusivo o no. Básicamente nos debemos ocupar de analizar si la regulación garantiza: a) que la cláusula se aplica al consumidor que haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual; es decir que la facultad de vencimiento anticipado está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; b) que dicha facultad no constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y c) que el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

En lo que se refiere al primer punto, nuestra jurisprudencia viene sosteniendo con base en el artículo 1255 CC «la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa —verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo—» (STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702⁴⁹; anteriormente, STS de 12 de diciembre de 2008, *RJ* 2009, 152). Naturalmente resultaba muy discutible que el incumplimiento de un solo plazo permitiera entenderlo suficiente para la resolución o vencimiento anticipado⁵⁰, pero en la actualidad este requisito se ha endurecido legalmente, como acabamos de ver; si bien cabe pensar que sería mucho más adecuado cuantificar el incumplimiento

con relación a un porcentaje de la totalidad de lo adeudado, que hacerlo con relación a un determinado número de plazos. En cuanto a lo segundo: el pacto de vencimiento anticipado no es más que un modo de concretar la facultad resolutoria del artículo 1124 CC eliminando las posibles incertidumbres en la apreciación y valoración del incumplimiento necesario para resolver. Y en cuanto a lo tercero, hay que destacar que el artículo 693.3 LEC dispone que el deudor, aun sin el consentimiento del acreedor, puede liberar la vivienda habitual mediante la consignación de la cantidad que, por principal e intereses, estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y que resulten impagados. Esta facultad existe hasta el día señalado para la celebración de la subasta⁵¹.

No obstante, no es fácil afirmar que las reseñadas previsiones legales vigentes sean suficientes para evitar el abuso. Compartimos la opinión de que lo más conveniente para garantizarlo sería que las entidades de préstamo se plantearan «la conveniencia de incluir una cláusula en la que se permita al deudor, en todo caso, y cuantas veces sea necesario, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida a la fecha de la presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Es decir, se trata de generalizar la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC, pero incorporada al propio clausulado de la escritura de hipoteca para equilibrar los derechos y obligaciones de las partes, y especificar que no hace falta que medien tres años entre la fecha de la última liberación y la de la requerimiento de pago que efectúe el acreedor. Con ello se consigue “equilibrar” los derechos y obligaciones de las partes»⁵². En efecto, de esta manera sin un detrimento apreciable para el acreedor, es más facilitando el cumplimiento del contrato tal como fue diseñado; pero evitando además las posibles alegaciones de abuso por el deudor o incluso la apreciación de oficio por el Juez⁵³, queda suficientemente protegida la posición del deudor frente a una cláusula tan enérgica como la del vencimiento anticipado.

3. LA LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS COSTAS DE LA EJECUCIÓN CUANDO RECAE SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

El artículo 575, 1 *bis* LEC queda redactado hoy del siguiente modo: «En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva». En sí misma la limitación no plantea demasiadas dificultades, en los casos generales de ejecución dineraria. En el supuesto del

préstamo hipotecario, en cambio, la limitación puede contrastar con la disciplina contractual que estableciera una cobertura hipotecaria de las costas más amplia que la ahora establecida legalmente. Hay que suponer, porque el legislador nada dice, que la norma precedente establecería una limitación imperativa a la autonomía de la voluntad, y que en consecuencia su aplicación debe implicar la ineficacia del pacto en contrario.

Por otra parte la disposición debe aplicarse a los procedimientos en curso, aunque el Derecho transitorio aplicable claramente no está pensado para nuestro problema. El intérprete habría de optar por la aplicación de la DT 1.^a o por la DT 4.^a. La primera establece que la Ley «será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento». Mientras que la DT 4.^a.1, señala que «Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar». En realidad, literalmente nuestro problema no estaría contemplado en ninguna de estas normas, por lo que entendemos que habría que aplicar la solución que, en cada proceso permita una más amplia aplicación del criterio limitativo de las costas, guiados por el criterio interpretativo del *favor debitoris*, que es el que preside la Ley 1/2013 en su conjunto.

IV. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS RELATIVOS A LOS INTERESES NO ABORDADOS POR LA LEY

Técnicamente el artículo 114.3 LH no es una norma sobre protección a los consumidores, pues para ser aplicada no exige la profesionalidad del prestamista. Cabría pensar que se trataría más bien de un precepto que se mueve en el ámbito de la represión de la usura, aunque tampoco esto es enteramente exacto ya que su aplicación no es generalizada, sino que se encuentra restringida a la financiación de la adquisición de la vivienda habitual. Probablemente este estrecho margen del campo de juego del criterio normativo termine superándose en la aplicación jurisprudencial del precepto.

En cualquier caso, una vez que se ha abandonado parcialmente el criterio legal de no intervención imperativa en la determinación de la tasa de interés, queda la duda de si hubiera sido el momento de una revisión legislativa de mayor calado en toda esta materia: desde la clarificación de los criterios del Código Civil y Código de Comercio, hasta la modernización de la legislación represora de la usura, pasando por una revisión de las normas de protección a los consumidores aplicables a los contratos de préstamo de dinero. Varias cuestiones actualmente controvertidas en la práctica pudieran

haber sido objeto de consideración en lo que se refiere, por ejemplo, a las normas sobre usura.

En primer lugar, se podría haber pensado introducir una tasa máxima de interés por encima de la cual el contrato debiera considerarse necesariamente usurario. Ciertamente, para rechazar esta posibilidad se pudiera alegar la flexibilidad que introduce la Ley de 23 de julio de 1908, que deja un amplio margen a la apreciación judicial para adaptarse a las circunstancias económicas cambiantes⁵⁴. Pero, no se trataría de perder esa flexibilidad, sino de otorgar al Juez mejores parámetros de juicio, y que, a su vez esos parámetros sean flexibles⁵⁵. En este sentido, la introducción de unos índices máximos por encima de los cuales existiría siempre usura no impide la flexibilidad judicial en la apreciación de la misma en los casos que los respeten, pero sigan estableciendo intereses desproporcionados en relación a las circunstancias del caso⁵⁶. Y, por otra parte, la existencia de índices que reflejan el cambio de la coyuntura económica permitiría referenciar respecto de ellos una tasa que, por definición, es flexible porque se adapta a las condiciones económicas de cada momento⁵⁷.

Es conocido que la jurisprudencia, en la aplicación de la norma represora de la usura, es muy variable en la apreciación de la cuantía que permite calificar un concreto interés como usurario⁵⁸, a veces sin una justificación suficiente que permita cierta previsión sobre eventuales decisiones futuras. ¿La introducción de una tasa imperativa a los intereses moratorios no propicia reflexionar sobre la conveniencia de una tasa que afectara a los de carácter remuneratorio? Al menos es lícito preguntárselo; ciertamente se alega a veces que la introducción de una tasa retraería la concesión de préstamos a colectivos menos favorecidos⁵⁹. Pero esta explicación aparentemente protectora no resulta plenamente convincente, cuando estamos comprobando que la existencia de préstamos a deudores con escasa solvencia termina repercutiendo negativamente en el estado general de la economía y, de ese modo, perjudica ciertamente a esos colectivos, y también a los demás.

Por otra parte, la existencia de una tasa en los intereses moratorios hace más difícil, hoy, que determinados intereses retributivos puedan salvar su consideración como usurarios: ¿podría, razonable y justificadamente, considerarse no usurarios unos intereses retributivos más altos que los permitidos como moratorios?⁶⁰ Estaríamos, sin duda, ante un efecto limitador provocado indirectamente por la Ley, pese a que es casi seguro que no fue directamente pretendido.

Un ejemplo de la intolerable diversidad en el criterio jurisprudencial y, quien sabe, si una prueba de la influencia de la actual sensibilización social y mediática por estos problemas, puede verse en dos casos recientes. Nos importa menos que las sumas obtenidas mediante los préstamos hipotecarios de esos casos no se emplearan en la adquisición de la vivienda, porque solamente nos interesa poner de manifiesto la discrepancia interpretativa en la aplicación de la Ley represora de la usura.

La STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857) se refiere a un caso en que los intereses ordinarios se pactaron a un interés nominal anual del 20,50%, y se fijó un interés de demora, al tipo del 26% anual y se garantizaba también con la hipoteca un 15% del principal para costas y gastos. El TS no consideró que esos intereses fueran usurarios, pese a que el interés legal en la fecha de la operación era del 4%. En cambio, un interés remuneratorio del 20% anual y un interés moratorio del 22% anual, siendo el legal del 5,5%, con igual garantía hipotecaria sí lo consideró usurario la STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609)⁶¹. Por mucha buena voluntad con la que se quieran ver las cosas, la discrepancia entre las respectivas soluciones, que podría ejemplificarse con otros muchos casos, resulta insuficientemente justificada.

Una segunda cuestión acerca del régimen de la represión de la usura es el trato que pueda darse a los intereses moratorios. El TS sigue manteniendo con bastante frecuencia que los intereses moratorios no resultan controlables mediante la legislación represora de la usura: así por ejemplo, más recientemente, las SSTS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747) y 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1126)⁶². No obstante lo cual en otros casos algo más antiguos se afirmaba con un criterio contrario que «por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza»: así STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045)⁶³. En la muy reciente STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) se vuelve al criterio de que el control como usurarios afecta también a los intereses moratorios («unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes... pero con la limitación que impone la mencionada Ley de usura»). Quizá una clave de esta última decisión fuera que en el caso, según destacó la Audiencia, el tipo remuneratorio del 20% operaba solo durante el breve plazo previsto para el vencimiento del préstamo (un semestre), rigiendo a partir de entonces un tipo de demora del 22%, el cual tenía un «carácter desproporcionado y usurario». Y la razón utilizada para justificar este último aserto es esta: «no puede desconocerse que el escaso plazo pactado para la devolución del principal, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía y el que no se previeran pagos fraccionados, determinaban la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, por lo que si no se aplicase la Ley de 1908 a estos intereses sancionadores se propiciaría una actuación contraria a lo que la norma pretende evitar con matices de fraude de ley». Esta consideración acerca de la escasa vigencia temporal de la tasa de interés remuneratorio (no obstante, también muy elevado) como propiciadora del fraude de Ley puede ser bastante interesante en la práctica para tenerla en cuenta en los supuestos de vencimiento anticipado del completo préstamo por impago de escasos plazos⁶⁴.

Obviamente, la nueva tasa legal de los intereses moratorios introducida en la Ley Hipotecaria supone rebajar la importancia de esta discrepancia interpretativa

en el caso de préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual. Pero, no obstante, quedarán otros muchos supuestos en que los intereses moratorios puedan ser excesivos. Quizá la nueva sensibilidad social hacia los deudores sin recursos, la presión que la misma ejerce sobre los Tribunales de Justicia y la propia diversidad de soluciones jurisprudenciales, hubieran justificado una intervención legislativa clarificadora de carácter más general. Y, a nuestro juicio, la intervención debería dirigirse a equiparar a estos efectos el tratamiento de ambas clases de intereses: tanto da cómo se pueda calificar jurídicamente el interés, porque lo cierto es que desde el punto de vista financiero, tanto en el caso del interés remuneratorio como en el del moratorio, estamos ante una cláusula que, si es excesiva, puede hacer crecer la deuda de modo imparable, de forma que impida al deudor toda posibilidad real de satisfacerla. Por otra parte, la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado por impago de pocos plazos hace que, efectivamente, los intereses moratorios puedan desplazar a los remuneratorios en un tiempo inusitadamente breve para la inicial previsión contractual, con lo que es obvio que el prestatario no va a contar con recursos suficientes para restituir, y su deuda va a crecer de modo desmesurado, haciéndose de imposible cumplimiento. Y precisamente lo que intenta evitar la Ley sobre Usura es este problema: que los intereses sean notablemente superiores al normal del dinero, lo que se daría aquí; y que, además, resulten manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, lo cual se produce especialmente cuando el prestamista cuenta con una garantía real y con un mecanismo enérgico de vencimiento anticipado ante incumplimientos de escasa importancia en relación con la totalidad del importe adeudado.

En tercer lugar, nos encontramos con el debate acerca de la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario. A este respecto la STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) ha considerado que el carácter accesorio de todos los derechos de garantía sería determinante de la nulidad de la hipoteca, contra la tesis de los recurrentes de que la nulidad de la hipoteca no derivaría de la declaración de un préstamo como usurario⁶⁵. Es verdad que esta solución ha sido bastante debatida con anterioridad por la jurisprudencia y la doctrina: así la STS de 14 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3239) mantuvo la validez de la hipoteca, y la STS de 8 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8148), también lo sostuvo en relación con la fianza⁶⁶; pero en otras SSTS posteriores se ha considerado que la restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad del contrato es una obligación legal y no contractual, por lo que la hipoteca no podría subsistir para garantizarla. Así SSTS de 18 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9149), 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001/4346)⁶⁷ y 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365).

A nuestro juicio, la tesis dominante en esta última jurisprudencia, que sostiene la decadencia de las garantías, tiene algo de artificiosa, puesto que se basa en una sutilísima distinción sobre el origen, contractual o legal, de la obligación de

restituir el capital entregado, según el préstamo que ha casualizado esa entrega sea válido o nulo. Esta solución parece estar muy alejada de la voluntad de las partes, de los resultados a que conduciría la integración del contrato y de la realidad de las cosas, porque el concreto objeto de la garantía es la restitución de una misma suma de dinero (en cuanto al principal), sea o no eficaz el contrato que causalizó su entrega al prestatario. Por otra parte, esta Jurisprudencia viene a imponer como resultado de la declaración de nulidad una consecuencia que no está ni mucho menos claro que el legislador pretenda al hablar de accesoriedad, pues no cabe duda de que tras la declaración de nulidad sigue existiendo una obligación de restituir exactamente coincidente (en cuanto al principal) a la derivada del contrato⁶⁸. En cualquier caso, si no se discute que sea posible el pacto de extensión de la garantía a la obligación de restitución de las prestaciones fruto de un contrato nulo, esta nueva y asentada doctrina jurisprudencial estará simplemente propiciando la aparición de una nueva cláusula de estilo en la constitución de la garantía, hipotecaria o de otra clase.

En cuarto lugar, tendríamos el importante debate acerca del momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario, que es un tema muy cercano al que nos acabamos de plantear⁶⁹. Un autor resume acertadamente el sentir de una buena parte de la doctrina actual: «El prestatario *conserva* el beneficio del uso del capital recibido, pero retiene en su poder los frutos de este empleo, con lo que se enriquece a costa del usurero. Tiene acción para recobrar el pago de intereses, si lo hubo, y no cabe proponer una reducción cuantitativa de estos hasta la cifra de los intereses legales (...) El prestatario retiene el disfrute del capital por todo el tiempo en que este fue contratado, sin que la declaración de nulidad comporte vencimiento automático de deuda. Solo al final del plazo contratado deberá restituir el capital, que, ciertamente, no podrá retener como suyo definitivamente, pues la *retentio* conforme al artículo 1306 CC solo procede respecto de lo que recibió en virtud del contrato nulo, y solo se recibió el préstamo temporal (...). No se suele entender bien en la práctica y en los autores cómo es posible que la obligación de devolver el préstamo subsista. No se trata de una nulidad parcial del contrato. El contrato es nulo en su totalidad, y la retención-devolución es una consecuencia del régimen restitutorio del artículo 1306, no de la validez parcial del contrato de préstamo. También es un error sostener que el prestatario pierde el beneficio del plazo. Se trata de una conclusión absurda, y contraria precisamente al régimen restitutorio del artículo 1306 CC. ¿Qué gana el prestatario si tiene que devolver *in continenti* un dinero que seguramente no tiene? ¿Entra en mora de esta obligación legal, y deberá pagar los intereses legales de esta cantidad anticipadamente vencida? No hay obligación inmediata de devolver el capital, que es la solución a la que llevaría el artículo 1303 CC, pero no el artículo 1306 CC, que quiere consagrar una *solutionis retentio*, para lo cual el prestatario ha de poder disfrutar del préstamo durante el tiempo pactado»⁷⁰.

Un importante apoyo para anclar sólidamente esta última tesis en el régimen codicial de la ineficacia de los contratos, podría encontrarse en la calificación de los contratos usurarios como contratos con causa ilícita. Esta calificación se encuentra ocasionalmente en algunas SSTs: así 22 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8031) y 14 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4467), lo que permitiría conectar los efectos de la declaración de su nulidad con las especiales consecuencias restitutorias contempladas en los artículos 1305 y 1306 CC.

Las cuatro cuestiones examinadas, solamente una muestra de los problemas planteados en relación con el préstamo usurario, si bien las más próximas al problema general de las cláusulas financieras, hubieran justificado que, al hilo de la reforma que estamos comentando, el legislador hubiera tomado postura sobre los diversos problemas que el régimen del contrato de préstamo presenta, y así evitado la inseguridad jurídica que reina en esta materia. Se trata, en todos los casos, de unas tareas que subsisten pendientes, y que debieran abordarse cuanto antes.

V. CONCLUSIONES

I. Tras las SSTs de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660) el cumplimiento por las entidades financieras de las normas de transparencia acerca de su actividad con relación a los clientes no garantiza que las cláusulas contractuales no sean declaradas abusivas por los Tribunales.

II. Esto aconsejaría que dichas entidades establecieran unos estándares de transparencia mucho más rigurosos, que depuraran sus formularios de préstamos hipotecarios de cláusulas excesivamente protectoras de su propia posición jurídica, ya suficientemente garantizada por la hipoteca y, que, simplificaran de una manera radical los contratos que ofrecen a sus clientes ya que la menor complejidad redundaría casi siempre en una mejor transparencia.

III. El nuevo sistema sobre los intereses moratorios pactados en un préstamo hipotecario utilizado para la adquisición de vivienda habitual no implica que los que superen el límite legal deban ser moderados por el juez. Se trata de una sustitución imperativa de su cuantía por obra de la Ley, que simplemente obliga a un nuevo cálculo. La opción legal no supone ejercitar una facultad moderadora y pensamos que no hay obstáculo en el Derecho de la Unión para que el legislador actúe en el sentido en que lo ha hecho.

IV. El carácter abusivo de una cláusula de interés moratorio debería enjuiciarse hoy no contemplando exclusivamente su cuantía, sino la totalidad del nuevo régimen legal sobre dichos intereses. En particular habría que tener en cuenta los artículos 670.1, 671 y 579.2 LEC.

V. Para evitar el abuso en las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento o en su aplicación práctica, no es fácil afirmar que las previsiones

legales vigentes sean suficientes, pues debiera haberse establecido su validez cuando el incumplimiento llegara a un porcentaje del total de lo adeudado. Desde el punto de vista contractual lo más conveniente para impedir el carácter abusivo sería insertar una cláusula que permitiera al deudor, cuantas veces sea necesario, rehabilitar el préstamo incumplido abonando las cantidades a las que se refiere el artículo 693.3 LEC. Lo cual no produciría un detrimento apreciable para el acreedor porque facilita el cumplimiento del contrato.

VI. La Ley 1/2013 ha desaprovechado la ocasión de aclarar cuestiones acerca del régimen jurídico de los intereses que se presentan muy discutidos en la práctica jurisprudencial. Así, la conveniencia de introducir tasas máximas de interés que debieran considerarse necesariamente usurarias, para acabar con la intolerable diversidad jurisprudencial en su apreciación; la afirmación de que los intereses moratorios pueden ser controlados como usurarios; la subsistencia de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario, para garantizar la restitución del principal; y la aclaración de que el momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario, es el plazo previsto para el vencimiento del préstamo.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162, *caso Caja Madrid*)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143, *caso Banesto*)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145, *Caso Asbeek Brusse y de Man Garabito*)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3239)
- STS de 22 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8031)
- STS de 8 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8148)
- STS de 18 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9149)
- STS de 24 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7681)
- STS de 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 4346)
- STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045)

- STS de 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365)
- STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152)
- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747)
- STS de 14 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4467)
- STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702)
- STS de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1126)
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)
- STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Marchena (Sevilla)
- Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Santander.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., (2013). La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos. *Diario La Ley*, núm. 8181, Sección Doctrina, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372 [en línea], disponible en laleydigital.es
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1995). La nulidad de los préstamos usurarios. *Anuario de Derecho Civil*, 33-49.
- ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (1999). *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada: Comares.
- (2012). La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10, 2012. *Comentario* [en línea], disponible en aranzadidigital.es
- BASOZABAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sináagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1973). *La imputación de pagos*. Madrid: Montecorvo.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* Navarra: Aranzadi.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo (no es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, 98-115, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Pamplona: Aranzadi.

- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, 164-183, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2013). La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, 126-163, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los derechos de garantía*, I, Pamplona: Aranzadi.
- CORDERO LOBATO, E. (2013, a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Documento on-line, 22 de mayo de 2013, Ref. D-192. [en línea], disponible en laleydigital.es
- (2013, b). Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 26-34, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- (2013, c). Comentario al artículo 1857. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (dir.). *Comentarios al Código Civil*, IX, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1995). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1281 a 1314, Madrid: Edersa.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M. A., (2005). *Las nulidades de los contratos*. Madrid: Dykinson.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2013). Comentario a los artículos 1755-1756. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (dir.). *Comentarios al Código Civil*, VIII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013, a). Comentario a los artículos 12 y 114. En: A. Domínguez Luelmo (dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova.
- (2013, b). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 5-25, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- (2013, c). La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013. *La Ley Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013, La Ley 4832/2013. [en línea], disponible en laleydigital.es
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F. (2010). *Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)*, Valladolid: Lex Nova.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., (2014). Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario. En: A. Núñez Iglesias (dir.). *La protección del deudor hipotecario*. Granada: Comares, pp. 37-54.
- GARCÍA CANTERO, G., (2015). En el 125.º aniversario del Código Civil: hablemos de futuro. *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59 [en línea], disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3954-en-el-125-aniversario-del-codigo-civil-hablemos-de-futuro>
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumi-*

- dores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1, 2007), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 955-1152.
- (2010). Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, 1645-1728.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2010). *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*. Madrid: Dykinson.
- LYCZKOWSKA, K. M. (2013). Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 103-109, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJCE de 21 de enero de 2015), [en línea], disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>
- (2013). Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 184 y sigs. [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Madrid: Colex.
- MEDINA ALCOZ, M. (2011). Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference. *InDret* 4, 2011 [en línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/857_es.pdf
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2013). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013-I, 223-252 [en línea], disponible en <http://hdl.handle.net/10486/663188>
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2010). La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis. *Revista de Derecho Privado*, abril-mayo 2010, pp. 3-39.
- (1999). *La prestación de intereses*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- ORDÁS ALONSO, M. (2004). *El interés de demora*, Navarra: Aranzadi.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (2008). En P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Madrid: Colex.
- PÉREZ HEREZA, J., (2015). Repaso a la jurisprudencia sobre cláusulas suelo: una visión crítica. *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59 [en línea], disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3963-repaso-a-la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-una-vision-critica>
- PÉREZ MONGE, M. (2003). Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001). *Anuario de Derecho Civil*, 295-315.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). Comentario al artículo 80. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret* 3, 2013, [en línea], disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>

- RAMOS CHAPARRO, E., (2010). Las cláusulas financieras en la inscripción de la hipoteca. En: *Jornadas sobre legalidad y función notarial y registral*, Sevilla, pp. 99-158.
- (2008). *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*. Pamplona: Aranzadi.
- SABATER BAYLE, E. (1986). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona: Aranzadi.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241, 2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, Ref. D-199, [en línea], disponible en laleydigital.es
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2004). Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa, [en línea], disponible en <http://www.ecri.eu/new/system/files/12+intereses-excesivos-spanish-urena.pdf>
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002). *La deuda de intereses*. Barcelona: EUB.

NOTAS

¹ Dos límites significativos en el ámbito de la deuda de intereses son la represión de la usura y la protección de los consumidores: como afirma VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 122).

² Por ejemplo la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³ Este problema se detecta también en la propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que no se hace eco de estas necesidades y se limita a reiterar los planteamientos del Código decimonónico. Frente a esta situación, y teniendo a la vista una posible reforma profunda de nuestro Derecho patrimonial civil, se han señalado tanto el contrato de préstamo como la hipoteca, como figuras necesitadas de una revisión especial: así GARCÍA CANTERO (2015).

⁴ Así, literalmente, el Preámbulo Ley 1/2013.

⁵ Derogada por la vigente Orden Ministerial (Economía y Hacienda), EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁶ Así RAMOS CHAPARRO (2010, 105).

⁷ Preámbulo de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁸ Y el Auto TS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), que aclara la referida STS.

⁹ En el caso enjuiciado por la STS se trataba de las cláusulas suelo, pero muchos de sus argumentos serían extensibles a otras condiciones financieras del préstamo. En los siguientes párrafos sintetizamos los extensos argumentos de la STS.

¹⁰ Sobre el debate teórico acerca de la cuestión del control de abusividad de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato y de si existe o no un doble control de transparencia en estos casos: *vid.*, CÁMARA LAPUENTE (2006, 123 y sigs.; 33-34, nota 29; 157-158, nota 172); CARRASCO PERERA (2010, 801 y sigs.); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, (2011, 706-707). Con la vista puesta en los pronunciamientos de los últimos años: CÁMARA LAPUENTE (2013, 98).

¹¹ A tenor del mismo: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

¹² Son los términos literales de la SAP Madrid de 2 de marzo de 2006 (AC 2007, 64), que han permanecido bastante aislados en el contexto jurisprudencial, y que ahora quedan, incluso, superados por la nueva doctrina jurisprudencial.

¹³ Una dura crítica a este criterio de la STS, y en general a muchos aspectos de la misma: CARRASCO PERERA, GONZÁLEZ CARRASCO (2013, 129 y sigs.). Según lo dispuesto por la STS, el cumplimiento de fórmulas preestablecidas en la legislación sectorial no será suficiente para impedir la falta de transparencia». Más adelante se pregunta con razón «¿Pero valdrá entonces el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez?» (cfr. p. 131). En el mismo sentido, en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO (2013, 164) Un planteamiento y valoración radicalmente diferente de la misma sentencia en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013).

¹⁴ Sobre este tema, la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660) cuenta con un muy bien argumentado voto particular que sí consideró válida la cláusula suelo insertada en el contrato del caso, por contar con una información al consumidor bastante cualificada.

¹⁵ Sobre la influencia de ambas SSTs en los pronunciamientos posteriores de las Audiencias Provinciales, puede verse el resumen realizado PÉREZ HERESA (2015).

¹⁶ Por tanto, las SSTs por fuerza deben influir en la opinión de «quien cuestiona la capacidad de esta normativa sectorial de origen ministerial para incidir en las relaciones de las entidades de crédito con su clientela, esto es, para establecer obligaciones para las partes cuyo incumplimiento pueda afectar a la relación de derecho privado (p. ej. como causa de nulidad o ineficacia del contrato), sin perjuicio del reconocimiento de ciertos efectos indirectos de la normativa sectorial en la relación jurídico privada»: ÁLVAREZ OLALLA (2012).

¹⁷ Nótese que tampoco lo deja claro PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 10-12) pese a que afirme «el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994», y que «las exigencias informativas de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, han sido ampliamente superadas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, (...) y por la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que en su artículo 6 exige que se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés». Incluimos algunas de las cuestiones que deben aparecer en la Ficha de información personalizada (FIPER) y que se describen en el ANEXO II de la Orden EHA/2899/2011. Así, por ejemplo en la Sección relativa al tipo de interés, se indica que «además del tipo de interés, se especificarán todos los restantes costes que entran en la TAE. Se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés». Sobre el importe de cada cuota hipotecaria: «1. Se indicará claramente la moneda en que vaya expresado el préstamo.

2. Si el importe de la cuota hipotecaria puede variar debido a que el tipo de interés de referencia fuera variable o a que el préstamo estuviera denominado en divisa, se utilizará como referencia para el cálculo de esta cuota el tipo de interés o tipo de cambio del día más próximo a la fecha de emisión de la FIPER. Adicionalmente se consignará cuándo y con cuánta periodicidad variará posteriormente.

Si el importe de las cuotas puede variar durante la vigencia del préstamo, pero se mantiene fijo durante un determinado periodo inicial, la entidad especificará el periodo durante el cual el importe inicial de la cuota seguirá siendo válido, y cuándo y con qué periodicidad variará posteriormente.

3. Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

- a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho periodo;
- b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;
- c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

4. Si la moneda del préstamo no es el euro, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de cambio afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de cambio serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

- a) variación experimentada por el tipo de cambio de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho periodo;
- b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años y las fechas en que tales valores se alcanzaron;
- c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

5. Cuando la moneda utilizada para el pago de las cuotas difiera de la moneda del préstamo, se indicará con claridad el tipo de cambio que vaya a aplicarse. Dicha indicación incluirá el nombre del organismo encargado de publicar el tipo de cambio aplicable y el momento de cálculo de este».

¹⁸ Son los términos literales del Preámbulo Ley 1/2013.

¹⁹ Así, literalmente, el Preámbulo Ley 1/2013.

²⁰ Tan es así que se ha difundido el acuerdo sobre Unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/unificacion.pdf>), según el cual, «con independencia de lo que establecen los artículos 114 LH y 20.4 LCC, se considerarán abusivos en los contratos con consumidores los intereses que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». Extensión, pues, del criterio limitador fuera del caso para el que se encuentra planteado: se puede observar que en el texto no existe referencia al tipo de contrato, ni a la clase de intereses. Otra cosa es que se pueda criticar la decisión legal, como hace MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 245-248), por ser todavía excesivamente protectora de las entidades financieras, ya que aboca a que la deuda crezca según la aplicación de unos intereses desmesurados, que hará virtualmente imposible el cumplimiento.

²¹ «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos».

²² Disfavor que se mantiene en el artículo 573-9 sobre anatocismo de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Sobre el anatocismo y sobre su tratamiento en nuestro Derecho: *vid.*, MEDINA ALCOZ (2011) y la bibliografía allí citada; y UREÑA MARTÍNEZ (2004).

²³ Así BASOZABAL ARRUE (2004, 79). Parecidas consideraciones sobre la peligrosidad de un incremento poco moderado del ritmo de crecimiento de la deuda, unido a la falta de transparencia que pueden acompañar a este tipo de cláusulas en ORDÁS ALONSO (2004, 156 y sigs.); y en VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 273 y sigs.).

²⁴ Sobre esta norma, su justificación y antecedentes pueden verse, por ejemplo, las consideraciones de MÚRTULA LAFUENTE (1999, 442 y sigs.); ORDÁS ALONSO (2004, 26 y sigs.).

²⁵ En este sentido, MARÍN LÓPEZ (2013, 189); sobre el contenido general del artículo 114 LH: RAMOS CHAPARRO (2008, 383); ÁLVAREZ OLALLA (1999, 31 y sigs.); DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 a, 709-710).

²⁶ Nos hemos ocupado de esta cuestión en ESPEJO (2014, 42-44).

²⁷ Sobre la distinción, y con un ejemplo especialmente parecido al planteado por la Disposición Transitoria que estamos analizando, se puede ver: PÉREZ ÁLVAREZ (2008, 210-211).

²⁸ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ (2008, 209).

²⁹ Nos centramos en ellos, porque el contenido completo de ambos se pueden consultar en la www.poderjudicial.es. Hay otros casos en los que se han planteado cuestiones prejudiciales en esta materia, para realizar la búsqueda debe acudir a <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>. De hecho sobre el problema concreto al que se refieren estos autos, ya se ha pronunciado la recentísima STJUE 21 enero 2015 (JUR 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*), que resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el mismo Juzgado de Marchena.

³⁰ Participa del planteamiento, MARÍN LÓPEZ (2013, 191 y sigs.): «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, mediante una ley, imponer una reducción o moderación de esos intereses. La norma que así lo establezca (el art. 114.III LH) será considerada contraria a la Directiva 93/13/CEE, pues permite la moderación de los intereses moratorios que la Directiva europea y la STJCE citada enérgicamente rechazan». Sobre este punto se debe ver, ahora, la STJUE de 21 de enero de 2015 (JUR 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*). Y, también, comentándola, a MARÍN LÓPEZ (2015). Discrepamos de este autor, que sostiene que la referida STJUE confirma su opinión acabada de reproducir. No lo vemos así. En el núm. 41 la STJUE dice literalmente que «en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula».

³¹ Cfr. el texto de esta STJUE que resulta a este respecto más significativo en la nota anterior.

³² Es el criterio de LYCZKOWSKA (2013, 109).

³³ Sobre las diferentes tesis, v. MARÍN LÓPEZ (2013, 187-188).

³⁴ Es esta la tesis de MARÍN LÓPEZ (2013, p. 191).

³⁵ No es posible, por tanto según nos parece, fundarse en el hecho de que la pasada Jurisprudencia venía considerando abusivas unas determinadas tasas de interés, para estimar que esa misma tasa debe considerarse actualmente abusiva. En contra, MARÍN LÓPEZ (2013, 186 y 192 y sigs.).

³⁶ STJUE 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*).

³⁷ STJUE 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*).

³⁸ Abordamos esa cuestión más adelante: *vid.*, Apartado III.2.

³⁹ Sobre esto estamos por completo de acuerdo con que ya «que el legislador concede tanta relevancia a que el inmueble hipotecado ostente la consideración de vivienda habitual del deudor, no resulta coherente que no haya previsto algún trámite o incidente en el seno de la ejecución para discutir dicho extremo si existe discrepancia entre las partes»: ACHÓN BRUNÉN (2013).

⁴⁰ Así el Preámbulo de la Ley 1/2013.

⁴¹ Cfr. en este sentido la STS de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7681).

⁴² Cfr. BERCOVITZ (1973, 131-132).

⁴³ Cfr. supra apartado II, 1.

⁴⁴ Valga la remisión al estudio que hacen del problema: CORDERO LOBATO, en CARRASCO, CORDERO, MARÍN (2008, 1062 y sigs.); RAMOS CHAPARRO (2008, 613 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009, 1040 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1706 y sigs.); DOMÍNGUEZ LUELMO, TORIBIOS FUENTES (2010, 81 y sigs.); MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁴⁵ RAMOS CHAPARRO (2008, 614).

⁴⁶ Para GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1707), puede producirse también un abuso no tanto en el tenor de la cláusula como en la aplicación de la misma, lo cual nos remitiría «a la buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), cuya evidente in—fracción —por parte del acreedor— puede suponer la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, y este en cualquier caso; es decir, aunque no sea consumidor el prestatario».

⁴⁷ Se ha seguido el parecer de autores que abogaban por la fijación de un cierto número de cuotas impagadas como GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1707 y sigs.). Pero muy probablemente la limitación legal resulta todavía insuficiente: cfr. la argumentación de MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁴⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 b, 20) subraya que es esta la práctica bancaria habitual.

⁴⁹ *Vid.*, el comentario de GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, pp. 1645 y sigs.). Y las referencias a esta STS en MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁵⁰ CARRASCO PERERA (2010, 1120).

⁵¹ Naturalmente, cabe discutir el acierto legal como lo hace ACHÓN BRUÑÉN (2013).

⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 c). DOMÍNGUEZ LUELMO, TORIBIOS FUENTES (2010, 23-24), dan cuenta de la existencia, incluso anterior a la LEC de una práctica bancaria favorable a la rehabilitación del préstamo. Lógicamente se trataría de ir más allá de una decisión discrecional de la entidad a la vista del caso concreto, sino de la introducción en los contratos de préstamo hipotecario de una previsión expresa sobre esta cuestión.

⁵³ Puesto que «las mayores inseguridades en esta materia no provienen del aspecto procesal de la intervención judicial, sino de la falta de criterios uniformes en la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales»: así CORDERO LOBATO (2013 b, 33).

⁵⁴ A esta flexibilidad se refieren, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 743); JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 73). Pero, en realidad, a lo que ha llevado la norma es a un casuismo poco deseable: cfr. BASOZABAL ARRUE (2004, 105 y 112); JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 76); SABATER BAYLE (1986, 206).

⁵⁵ VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 133, nota 382).

⁵⁶ No se olvide, por ejemplo, que la existencia de la garantía hipotecaria minimiza los riesgos del prestamista y justifica que los intereses sean menores: así STS 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 4346).

⁵⁷ De hecho ya resulta conocido el recurso a estos índices en nuestra legislación sobre cuantía y limitación de los intereses. Así, el artículo 20. 4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo dispone: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Y, en el ámbito estricto de la legislación de usura, se puede recordar la propuesta legislativa de introducir una tasa parecida a la anterior en la Ley de Usura de la que se hace eco ORDÁS ALONSO (2004, 78). Para VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 134), el interés legal «no solo aporta un baremo acorde con el tráfico jurídico, sino que ofrece una delimitación cuantitativa de la deuda de intereses, que puede acabar con el arbitrio judicial en este ámbito, favoreciendo el principio de seguridad jurídica».

⁵⁸ Toda esta materia no era ajena al legislador de 1908. Debemos remitirnos a SABATER BAYLE (1986, 154 y sigs.; 175 y sigs.; 187 y sigs.). Pero hay que convenir con la autora que

quizá fuera conveniente que el legislador suministrara a la jurisprudencia algunos criterios más seguros para determinar el carácter usurario del interés: cfr. p. 337.

⁵⁹ No nos acaba de convencer la idea de que la fijación material de los límites de la usura contribuya «a que los prestamistas se apoltronen en los límites del interés permitido, con la consiguiente disminución del nivel de competencia real, en perjuicio de todos los prestatarios»: así BASOZABAL ARRUE (2004, 116). En realidad nos parece que la competencia solamente beneficia a quien es solvente y puede obtener el préstamo sin dificultad: él si tiene posibilidad de elegir. Para el prestatario con poca capacidad económica, la libre competencia no resulta un consuelo: pues a él nadie le presta, como no sea a un interés usurario, que no está en condiciones de reducir acudiendo a otro prestamista. Con la fijación de una tasa se trataría de prevenir este problema, evitando a la vez la incerteza en la aplicación del Derecho.

⁶⁰ No nos referimos en el texto a las tasas vigentes en un contrato singular para los intereses retributivos y los moratorios, pues obviamente los intereses moratorios serán más elevados: así ÁLVAREZ OLALLA (1999, 196). Simplemente afirmamos que la introducción de la tasa hace hoy imposible un interés remuneratorio superior a la medida legal. Es verdad que en el crédito hipotecario profesional para la adquisición de vivienda no resultan conocidos unos intereses remuneratorios tan elevados.

⁶¹ La solución de la primera STS es considerada discutible por DE VERDA Y BEAMONTE (2013, 12004).

⁶² En la doctrina pueden verse las consideraciones y referencias de JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 82 y sigs.). Nítidamente a favor del control de los intereses moratorios a la luz de la Ley de usura: VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 132 y 136).

⁶³ Esta segunda opción interpretativa ha alcanzado bastante extensión en diversas Sentencias recientes de las Audiencias Provinciales, si bien por la vía de su control no como usurarios sino como abusivos: cfr. su cita por DOMÍNGUEZ LUELMO (2013, a, 159). En contra, DE VERDA Y BEAMONTE (2013, 12004-12005), quien piensa que en caso de intereses de demora excesivos lo que procede es su moderación judicial.

⁶⁴ De hecho, incluso los autores contrarios a la aplicación de la Ley de Usura al control de los intereses moratorios terminan reconociendo que estos últimos pueden encubrir pactos usurarios con lo que no habrá más remedio que someternos a dicha Ley. Así, por ejemplo, ORDÁS ALONSO (2004, 106 y sigs.); JIMÉNEZ MUÑOZ, (2010, 87-88); MÚRTULA LAFUENTE (2010, 9-10). En particular se cita el caso en que se haya pactado un plazo de amortización del préstamo muy breve o una cuantía muy elevada del préstamo; es decir, un caso muy similar al de la STS referida en el texto.

⁶⁵ En este sentido, también, CORDERO LOBATO (2013 c, 12747).

⁶⁶ Se muestran de acuerdo con la doctrina de estas dos SSTs: CARRASCO PERERA (2010, 701); ALBALADEJO (1995, 44), con relación a la fianza y VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 138, nota 397). Para DELGADO ECHEVERRÍA (1995, 403 nota 7): «La solución es dudosa, y acaso pueda argumentarse por ser indiferente para el fiador que la obligación de restituir sea la fundada en el contrato o en la ley». Posteriormente en un sentido favorable: DELGADO ECHEVERRÍA, PARRA LUCÁN (2005, 312 y sigs.)

⁶⁷ Comentada por PÉREZ MONGE (2003, 295 y sigs.)

⁶⁸ Viene a reconocer, quizá involuntariamente, este exceso de conceptualismo la propia STS 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) «la aplicación de la nulidad de la misma [hipoteca] no la contempla ni la niega norma alguna, sino que se deduce del propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoriidad». Si esta ausencia de condicionante legal fuera cierto, más valdría detenerse en la voluntad de las partes: desde este punto de vista, resulta poco comprensible que quien se desprende de una suma bajo una fuerte garantía de restitución, como es la hipoteca, pueda quedar despojado de la garantía por un presunto problema conceptual.

⁶⁹ Porque si se mantiene la vigencia del plazo inicial de amortización, parece más imprecisa la subsistencia de la hipoteca que si no fuera así.

⁷⁰ CARRASCO PERERA (2010, 759-760). Anteriormente, DELGADO ECHEVERRÍA, PARRA LUCÁN (2005, 313 y sigs.) En el mismo sentido: BASOZABAL ARRUE (2004, 97); ORDÁS ALONSO (2004, 116-117). En contra, JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 101-102), con otras referencias y VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 138).

(Trabajo recibido el 5-6-2014 y aceptado
para su publicación el 30-12-2014)