2018 - 06 - 06

La Prevención del Sobreendeudamiento Privado. Hacia un Préstamo y Consumo Responsables. 1ª ed., marzo 2017

Capítulo II

Limitaciones a los intereses en el mercado del crédito y tutela del cliente en tiempo de crisis *)

FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR

ABOGADO Y ECONOMISTA PROFESOR DE DERECHO DEL MERCADO FINANCIERO UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Agradezco la labor de corrección de erratas del original a la doctoranda Paloma Corbal Ibáñez de la Cadinière.

Sumario:

I. Planteamiento
II. Libertad de precios
III. Régimen jurídico
1. Antecedentes
2. Derecho vigente
3. Proyecto de Código Mercantil
IV. Límites legales
1. Usura
1.1. Noción
1.2. Clases
1.3. Interés anormal
1.4. Interés desproporcionado
1.5. Consecuencias

1.5.1. Mora hipotecaria
1.5.2. Descubiertos en cuenta
V. Control de abusividad
1. Intereses remuneratorios
1.1. Cláusula suelo
1.2. Intereses negativos
1.2.1. Concepto
1.2.2. Justificación
2. Intereses moratorios
2.1. En el crédito personal
2.2. En el crédito hipotecario
VI. Consideraciones finales
VII. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de estas líneas es el estudio de las limitaciones a los tipos de interés en el mercado del crédito.[1)] Este estudio se realiza en un momento de crisis en el que se han adoptado nuevas limitaciones a los tipos de interés con abundante jurisprudencia destinada a proteger a los más vulnerables. Con esta finalidad se objetiviza la prevención de la usura, se limita la mora hipotecaria y se controla el abuso con cláusulas suelo o intereses moratorios. Son medidas que buscan lograr un equilibrio entre la protección del cliente y la estabilidad de las entidades que operan en el mercado del crédito, dotando al sistema de mayor seguridad jurídica.

II. LIBERTAD DE PRECIOS

El punto de partida es la libertad de precios en un mercado en el que los bancos y las demás entidades que se dedican a la concesión profesional de créditos[2)] actúan bajo el principio de libertad contractual. Los bancos diseñan productos financieros cada vez más complejos con novedades que afectan al modo en que se fijan los intereses en las operaciones de crédito.[3)] Estos cambios aumentan la complejidad de las operaciones y exigen reforzar los controles con el fin de asegurar la transparencia y la comprensión de las operaciones por parte de la clientela, para que puedan comparar y decidir con conocimiento de causa. Las necesidades de tutela aumentan cuando la banca pretende ejecutar créditos concedidos incumpliendo los límites legales, o que incluyen condiciones generales abusivas, en un momento de dificultad en el que el patrimonio de las familias se ha visto muy perjudicado por la crisis.

Las estadísticas del Banco de España reflejan que los intereses en España son mucho más elevados que los de la media de la Unión Europea.[4)] Estas diferencias no están justificadas en un mercado único que cuenta con una moneda común. Este sobreprecio puede ser debido al abuso del poder de mercado por parte de las entidades de crédito, o a la falta de transparencia en la comercialización de los servicios de crédito. La doctrina y los cambios legales se han dirigido a reforzar la transparencia y poner límite a las malas prácticas. Sin embargo, se sigue descuidando el control para hacer efectiva la

libre concurrencia en el mercado del crédito, complemento imprescindible para asegurar el buen funcionamiento del mismo.[5)]

Las entidades de crédito son empresas que fijan con libertad las comisiones que cobran por sus servicios y los tipos de interés que aplican a sus operaciones. Como en cualquier otro sector, rige la libertad de pactos y la libertad de precios. No obstante, se trata de empresas que utilizan de forma habitual condiciones generales. Es un hecho notorio que en la prestación de servicios bancarios los « *profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación* ».[6)] En este sentido, la contratación bancaria pertenece al modo de contratar propio de las empresas que contratan bajo condiciones generales. Modo de contratar que dispone de « *un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar la validez y eficacia última, no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales, en sí mismas consideradas* ».[7)] O así debería ser, pues todavía estamos lejos de conseguir un mercado financiero que ofrezca productos y servicios adecuados a las necesidades de los clientes.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen aplicable a las limitaciones a los intereses en el mercado del crédito se caracteriza por la pluralidad de fuentes. Hay normas de aplicación general a todas las operaciones de crédito, destinadas a la prevención de la usura, y otras especiales que limitan los intereses moratorios en los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda o los descubiertos en cuenta de consumidores. Ante el riesgo de abuso de poder de mercado por parte de las empresas de crédito surgen estos límites a la libertad de precios. Junto a estos límites legales se controla, desde la perspectiva del Derecho del consumo, la fijación de intereses mediante controles reforzados de transparencia de los intereses. Control que se extiende al equilibrio de las contraprestaciones en los intereses moratorios.

Se aplica el Derecho sectorial del mercado del crédito, al que se superpone el Derecho del consumo cuando el destinatario del servicio del crédito es un consumidor. Sin ánimo de exhaustividad, con el único objetivo de identificar las tendencias y objetivos del régimen legal, veamos a continuación las principales normas que limitan los intereses en el mercado del crédito, con una breve referencia a los antecedentes históricos.

1. ANTECEDENTES

En el Código de comercio de 1829 se recogió el principio de libertad bancaria por concesión real. Según dispuso el artículo 411, « *los depósitos que se hacen en los bancos públicos de comercio que tengan mi soberana autorización se rigen por las disposiciones particulares de sus estatutos, aprobados por Mí, y en cuanto en ellos no se halle especialmente determinado por las leyes de este Código* ».[8)] Este espíritu liberal se vio confirmado con la Ley de 14 de marzo de 1856 que abolió « *toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo* », reputando interés « *toda prestación pactada a favor de un acreedor* » y permitiendo pactar « *convencionalmente interés en el simple préstamo* ». En una época en la que se arrastraba la prohibición canónica de la usura y, por extensión, de los intereses, abolir las tasas de intereses tiene especial significado.[9)]

A su vez, el Código de comercio de 1885 consagró la libre concurrencia en la diversidad de categorías de bancos, respetando el privilegio de emisión del que gozaba

el Banco de España. Los bancos quedaron habilitados para dar préstamos con interés, aunque con limitaciones en los plazos y en las garantías. El Código de comercio dispone que los « *préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito* » (art. 314) y que « *podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie* » (art. 315). Concibe el préstamo bancario como una operación retribuida con intereses. En este sentido, menciona la natural existencia de intereses en los préstamos de los Bancos de crédito territorial (art. 202).

A su vez en 1889, el artículo 1.755 del Código civil vino a establecer, con cierto despego de la realidad a juicio de la doctrina, que en el simple préstamo no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.[10)] La misma presunción de gratuidad que ya recogía el artículo 314 del Código de comercio. En relación con la mora en las obligaciones pecuniarias, el artículo 1.108 del Código civil establece que « *la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal* ».[11)] Se tasan de este modo los intereses moratorios, lo cual lleva a considerar a la mejor doctrina que con este precepto el Código Civil « *objetiviza la responsabilidad contractual en materia de obligaciones pecuniarias* ».[12)]

La Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (conocida como Ley Azcárate por el diputado promotor de la iniciativa, Gumersindo Azcárate), dotó al sistema de un límite flexible que ha demostrado su adaptación a las más diversas circunstancias.[13)]

La libertad de comercio de los códigos decimonónicos dio paso, tras la Guerra Civil, al control administrativo de las tarifas bancarias. El artículo 43 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, autorizó al Ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior Bancario, para: « *Fijar los tipos de interés y comisiones mínimos en las operaciones activas y las condiciones de su aplicación. No obstante, podrán autorizarse variaciones en los tipos y condiciones en determinadas plazas cuando así lo aconsejen circunstancias especiales* ». A su vez, el artículo 10 del Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, de nacionalización y reorganización del Banco de España, facultó al Ministro de Hacienda en orden al Banco de España, de acuerdo con el Consejo de Ministros, para fijar los tipos de interés aplicables en las operaciones del Banco de España, que entonces operaba como un banco más.[14)] La diversidad de órdenes y circulares que a partir de entonces limitaron los tipos de interés fueron refundidas por la Orden de 11 de julio de 1964, a tenor de los criterios recogidos en la Orden de 30 de octubre de 1964. Según esta norma, se recuerda a bancos y cajas de ahorros « *el estricto cumplimiento de las normas vigentes sobre fijación de tipos de interés y comisiones en las operaciones activas y pasivas que realicen* ».

Frente a esta reglamentación de precios, la Orden ministerial de 17 de enero de 1981 liberalizó los tipos de interés en la contratación bancaria.[15)] Dicha liberalización se realiza para « *impulsar la financiación a largo plazo y liberalizar los dividendos bancarios, dentro de una acción encaminada a la adecuada ordenación del sistema financiero con dosis crecientes de libertad, flexibilidad y transparencia* ». Liberalización completada por Orden de 3 de marzo de 1987, que levantó las limitaciones subsistentes que afectaban a las operaciones pasivas a la vista o a corto plazo y a las comisiones anejas al crédito.[16)] Por fin, la Orden de 12 de diciembre de 1989[17)], en desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, extendió la libertad de precios al conjunto de las entidades de crédito. Según el artículo primero de esta Orden: « *Los tipos de interés*

de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito serán los que libremente se pacten ».

La crisis financiera, que se manifiesta con la quiebra de Lehman Brothers el 15 de septiembre de 2008, condiciona la libre fijación de tipos de interés. Los controles no vienen en este caso de las normas administrativas sino de nuevas interpretaciones de la Ley de usura y de nomas protectoras de los consumidores.

2. DERECHO VIGENTE

Hay pluralidad de fuentes sobre los intereses en los préstamos bancarios. Se aplica el Derecho común, el Derecho del consumo y la normativa sectorial. En Derecho común rige la libertad de pacto de intereses sin otra limitación que la prohibición de la usura. Como hemos mencionado, tanto el Código civil como el de comercio conciben el préstamo como un negocio gratuito, pero con libertad de pacto de intereses. Es un sistema en el que rige la libertad de contratación con la frontera de la usura.

El artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dicta normas de protección de los usuarios de servicios financieros, entre las que se encuentra la evaluación de la solvencia de los clientes prestatarios, « *sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela* ». En desarrollo de este precepto, el artículo 18.6 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, matiza que: « *La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes* ».

A su vez, el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, vuelve a mencionar la «libertad contractual» como un principio rector en el desarrollo de la protección del cliente de entidades de crédito.

A esta normativa sectorial se superpone la normativa de protección de los consumidores que exige ofrecer al cliente un producto que pueda comprender. Este ámbito de libertad controlada queda limitado por la Ley que prohíbe la usura y por algunas normas específicas que limitan el cobro de intereses, como es el límite de los moratorios en el crédito hipotecario para la adquisición de vivienda y el límite a los intereses en los descubiertos en cuenta de consumidores.

3. PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Frente a los códigos vigentes, el Proyecto de Código mercantil opta por la onerosidad natural del préstamo de dinero. Según dice el artículo 573-6.1, en el capítulo dedicado al préstamo de dinero: « *El interés es la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude. El interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista* ». Y añade en el apartado final: « *Cuando nada se hubiese pactado sobre la retribución del préstamo, se aplicará el interés legal del dinero establecido por la Autoridad competente* ». Se delimita de este modo el cobro de intereses. [18)]

Para la Comisión General de Codificación autora del proyecto, el préstamo de dinero es un contrato oneroso, retribuido con el interés pactado o, en defecto de pacto, con el interés legal. Considera este proyecto que el préstamo de dinero debe ser retribuido y que conviene hacer mención expresa a las razones económicas para esa retribución. El prestamista pierde la utilización del dinero, lo cual supone un coste de oportunidad y, además, asume dos riesgos: por un lado, el de depreciación de dinero, es decir, que valga menos al recibirlo al vencimiento que cuando fue entregado; y, por otro, el riesgo de impago o de insolvencia del deudor, es decir, de incumplimiento del deudor. La referencia a los costes se concreta en los gastos de gestión de su posición de prestamista que puede repercutir al prestatario en concepto de interés.

IV. LÍMITES LEGALES

1. USURA

En la actualidad, aunque pueda resultar paradójico, conviven los intereses muy bajos o negativos en el mercado monetario, con elevados tipos de interés en el crédito personal. A esta situación se añaden las dificultades económicas para hacer frente a las cuotas de los créditos ya sean al consumo o hipotecario, lo cual empuja a la refinanciación. Muchas familias están soportando una carga financiera desproporcionada.[19)] Miran a la sanción de la usura como una posible salida al desequilibrio contractual.

1.1. Noción

La usura es un concepto que, aunque enraizado en nuestra cultura, está en continua evolución. Se ha llegado incluso a juzgar la sanción de la usura como incompatible con la economía de mercado, por resultar contraria a la libertad de contratación (*caveat emptor*). Según el Diccionario de la RAE, usura es el « *interés que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo* », pero también el « *interés excesivo en un préstamo* ». Esta segunda acepción es la tenida en cuenta por el legislador. Según la vigente Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, se sanciona por usura entre otras conductas « *todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero manifiestamente desproporcionado* ».[20)] Es una Ley que goza de buena salud.[21)] Proporciona un marco flexible que se adapta bien a tiempos de crisis.

La Ley Azcárate no limita la protección exclusivamente a los consumidores. Es una medida de protección de la equidad en el mercado financiero, que tutela los intereses de quienes contratan préstamos, sean o no consumidores.[22)] La sanción a la usura se aplica a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido. Se podrá sancionar por usura una línea de crédito, un descuento o cualquier operación de crédito en la que el interés resulte desproporcionado. Incluso puede declararse que hay usura en operaciones distintas a los préstamos bancarios.

La Ley se aplica tanto a los intereses ordinarios como a los moratorios.[23)] Unos y otros tienen que ser tenidos en cuenta para calcular la desproporción entre los intereses de la operación y los del mercado. Donde la Ley no distingue no debe distinguir el intérprete. El crédito, como operación financiera, tiene unos costes integrados por intereses directos y comisiones que deben ser controlados desde el filtro de la «usurariedad». Dejar fuera los intereses moratorios proporcionaría incentivos para trasladar el coste de

los intereses remuneratorios a los moratorios y evitar de este modo la sanción de la usura. Tan usurero es el que coloca un interés remuneratorio anormal y desproporcionado como quien adjudica uno moratorio merecedor de tales calificativos. En suma, para calificar un préstamo como usurario, el juez debe valorar el interés, entendido como coste total del crédito, incluyendo los intereses moratorios.

Se sanciona la usura atendiendo a las circunstancias existentes en el momento de contratar el crédito, pero también se sanciona la usura «sobrevenida» ante el cambio de circunstancias en el mercado monetario, previsibles para el profesional del crédito.[24)] Del mismo modo, que una elevación de los tipos de mercado tras la firma del contrato no sana la usura ínsita en el contrato, tampoco una reducción de los tipos de mercado que materialice la desproporción puede dejar de sancionarse por usura.

En este marco, la Ley de represión de la usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1.255 del Código civil aplicable a los préstamos y, en general, a cualesquier operación de crédito sustancialmente equivalente al préstamo.[25)] La más reciente jurisprudencia renombra la Ley de 1908, como «de represión de la usura», en lugar del nombre original referido a la «nulidad de los contratos de préstamos usurarios», para destacar el carácter programático y general de la doctrina que la aplica. Su principal objetivo deja de ser la sanción de concretas conductas; se trata ahora de poner la frontera entre los intereses lícitos y los usurarios para mejorar el funcionamiento del mercado financiero. Se supera de este modo aquella doctrina que mantenía el «particularismo» de la ley de reprensión de la usura, frente al carácter programático de la legislación protectora del consumidor.[26)] La sanción de usura no se limita a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas por su carácter leonino; su función principal es configurar la contratación en el mercado financiero.

1.2. Clases

La Ley Azcárate distingue entre usura objetiva y subjetiva.[27)] Hay usura objetiva cuando se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.[28)] Es una usura en abstracto que se realiza por el mero hecho de que los intereses superen la tasa que resulte de aplicar los criterios fijados en la Ley.

Hay usura subjetiva cuando el interés es leonino, por haber motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.[29)] Es una usura en concreto destinada a identificar los supuestos más graves y, por fortuna, marginales.

Habrá usura cuando se acumulen los requisitos objetivos y subjetivos, pero también cuando se den por separado los subtipos de usura, ya sean de carácter objetivo como subjetivo. La jurisprudencia, tras una etapa inicial que exigía acumular los requisitos subjetivos y objetivos,[30)] optó tras la Guerra Civil por admitir la usura objetiva como categoría autónoma,[31)] para girar con posterioridad en alguna sentencia hacia una configuración unitaria de la usura.[32)] Según la STS 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857) , de la que es ponente Francisco Javier ORDUÑA, el control se proyecta sobre la relación negocial considerada en su unidad contractual a través de notas objetivas para extenderse, a continuación, al plano subjetivo.[33)] Lo que está en juego es el control de precios. Para esta doctrina unitaria, el artículo 1.293 del Código civil proscribe la rescisión por lesión y la regulación de la usura no introduce un control de precios.[34)]

Más respetuosa con la literalidad del artículo 1 de la Ley Azcárate resulta la STS

628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001) , de Rafael SARAZÁ como ponente, que enlaza con la doctrina más tradicional « *en el sentido de no exigir que, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley* ». Esta sentencia parte del reconocimiento de la flexibilidad de la regulación de la usura « *que ha permitido que la jurisprudencia haya ido adaptando su aplicación a las diversas circunstancias sociales y económicas* ». Es en el contexto de la globalización del crédito, en el ámbito del Mercado Bancario Único, con una profunda crisis causada por las malas prácticas financieras, lo que propicia renovar la interpretación de la ley usura como frontera de la conducta bancaria. En este marco, según dice la STS 628/2015, de 25 de noviembre, « *la Ley de Represión de la Usura Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil* ». Supone el más claro control legal del precio del servicio de crédito.[35)]

En la búsqueda de seguridad jurídica y del buen funcionamiento del mercado del crédito, formula SARAZÁ un criterio funcional para tasar cuándo el interés es usurario. En este sistema el juez dispone de un criterio abstracto para medir la usura que permite una continua adaptación al mercado monetario sin tener que cambiar la Ley.

Este criterio permite controlar la usura en el mercado del crédito ofreciendo a los operadores una previsibilidad que resulta necesaria para el negocio bancario.[36)] Es una usura de mercado, frente a la usura subjetiva de importancia marginal, destinada a sancionar a los prestamistas privados desaprensivos, quienes se aprovechan de las circunstancias personales y la necesidad de las personas necesitadas de financiación. Es raro que entidades de crédito, profesionales del mercado de crédito, incurran en este tipo de inmoralidades. El hecho de exigir una tacha de inmoralidad para sancionar por usura reduciría el número de sentencias condenatorias por usura bancaria.

Hay aquí dos doctrinas contrapuestas: ORDUÑA descarta que el régimen de la usura permita controlar el precio del crédito; SARAZÁ considera que es un límite a la autonomía de la voluntad. La STS 628/2015, de 25 de noviembre, trata de salvar esta contraposición.[37)] Se ocupa de un caso de usura objetiva en el que el interés pactado en un crédito « *revolving* » es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso. Veamos por separado estos dos requisitos de la usura objetiva.

1.3. Interés anormal

La usura objetiva es un concepto relativo que se determina por el sobrecoste de la operación sobre el medio del mercado.[38)]

En España no hay una tasa oficial de usura a partir de la cual todo interés debe ser declarado usurario. En otros países sí existe una tasa oficial actualizada periódicamente. Por ejemplo, en Italia trimestralmente se publican por Decreto los intereses efectivos globales (TEGM) de las distintas operaciones de crédito bancarias, considerando que hay usura cuando se cobre un interés que rebase en un cuarto el TEGM, con un margen ulterior de cuatro puntos porcentuales.

Ante la ausencia de tasa legal de usura, es necesario tomar una referencia para fijar la usura. A estos efectos, se podría tomar como referencia la prohibición de cobrar en descubiertos en cuenta de consumidores un interés superior a dos veces y media el interés legal del dinero (según dispone el art. 20.2 de la Ley del crédito al consumo). Este era el criterio seguido por algunas Audiencias provinciales.[39)]

La STS 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001) , considera que el interés pactado, del 24,6% TAE, en un crédito « *revolving* » es «notoriamente superior al normal del dinero» por superar el doble del interés medio ordinario en las operaciones de su categoría. A estos efectos considera que la referencia debe ser al interés habitual en el tráfico en la modalidad en que se encuadre la operación de crédito litigiosa. Descarta tomar como referencia el interés legal, por ser una referencia genérica para determinar el interés por mora.[40)] Es una opción conveniente ante la rigidez del interés legal del dinero que impide su adaptación al normal del dinero.[41)]

La sentencia pretende comparar la tasa efectiva de la operación con la media del mercado. A estos efectos, con buen criterio, considera que no es el interés nominal, sino la TAE la referencia más adecuada para controlar la usura pues « *se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados* ». En esta cuestión hay coincidencia con los supervisores financieros, quienes consideran que la TAE es el mejor indicador para comparar el precio del crédito.[42)] La contraprestación en el crédito puede ser directa, a través del interés en sentido estricto, o indirecta, a través de otros costes. La TAE es el indicador que mejor revela el rendimiento efectivo de un crédito bancario ya que incluye el interés en sentido estricto y los gastos y comisiones bancarias.[43)]

La búsqueda de una referencia al interés habitual en el tráfico para la modalidad de operaciones litigiosas lleva a la relación de « *tipos de interés practicados por las entidades* » publicada por el Banco de España en su web. Así, la STS 628/2015 considera, aplicando las estadísticas del segmento «crédito al consumo» de la citada relación, que el interés del 24,6% pactado en el contrato « *superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo* ». Pero dicha relación carece del desglose necesario para encontrar una referencia a la modalidad del crédito « *revolving*» objeto de la citada sentencia. De hecho, existen discrepancias entre los datos de esa relación agrupados en el epígrafe «crédito al consumo» y los ofrecidos como referencia de los créditos rápidos por el Banco de España en otra página de su web, en la que en un aviso específico del Banco de España dirigido a los usuarios de los créditos rápidos, con referencia al «aplazamiento del pago con tarjeta», indica que la media del sector cobra por encima del 20%».

Hay quien propone como referencia las cifras del interés remuneratorio de las tarjetas de crédito publicadas por los medios o por asociaciones de consumidores.[44)] Luego precisado al proponer tomar como referencia los «tipos de interés y comisiones aplicados a los servicios bancarios» disponible en la web del Banco de España.[45)] Conviene advertir que la media de la categoría que se utilice como referencia debe corresponder a los intereses efectivamente aplicados por las entidades y no la media de los tipos ofrecidos por las entidades. Pero no es esta la información disponible. Hay que tener en cuenta que las entidades de crédito solo deben publicar, en el formato establecido por el Banco de España, los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicados a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela.[46)] Dicha información debe figurar en la página de Internet de las entidades y ser remitida al Banco de España. Son tipos ofertados de manera más habitual, pero no tienen por qué coincidir con la media aplicada en su contratación. Se trata de información trimestral sobre « *tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas* ». En el caso de que el «tipo de interés modal» se aplique a un número de clientes que suponga un porcentaje inferior al 10% del colectivo al que se aplica, se debe reflejar el tipo de interés máximo. De tal modo que la información sobre «tipos practicados u ofertados» no es válida para servir de referencia a la fijación del interés medio de la categoría, pues

dejaría en manos de las entidades ofrecer unos tipos distintos a los efectivamente aplicados con el fin de manejar el riesgo de usura. Si en el segmento al que pertenezca la operación el «tipo de interés modal» del sector es muy elevado, este tipo será considerado como el interés normal a efectos de descartar la existencia de usura.

En suma, no existe la obligación de trasladar al Banco de España la media de los tipos realmente aplicados por las entidades en las distintas categorías de operaciones de crédito. Tampoco existe una segmentación suficiente. Tan solo se exige comunicar los tipos de interés modal de 8 categorías de operaciones. En Italia, por ejemplo, se ofrecen datos de 35 categorías de operaciones de crédito.[47)] Estas limitaciones condicionan la aplicación del criterio jurisprudencial. Sería necesario que el Banco de España segmentara de forma suficiente las operaciones de crédito y recabara los datos de los intereses aplicados en la contratación con el fin de publicar la media real de cada categoría. Con estos datos los jueces y tribunales podrían tasar qué interés es «notoriamente superior al normal del dinero» por superar el doble del interés medio ordinario en las operaciones de su categoría.

1.4. Interés desproporcionado

Estas críticas no afectan al fondo de la doctrina jurisprudencial. Desde luego que mejorar la base de datos de referencia resulta importante, pero lo esencial es que, constatado que el interés es «notablemente superior al normal del dinero», además sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».[48)] Respecto a este segundo requisito, la STS 628/2015 presume que es manifiestamente desproporcionado salvo que la entidad justifique « *la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo* ».

Esta doctrina pretende crear seguridad jurídica ofreciendo a los clientes una protección adecuada y un puerto seguro a las entidades en relación con la oferta de este tipo de productos. Para facilitar el diseño de los productos y su oferta segura, la sentencia enumera elementos que pueden ser utilizados por las entidades para justificar un interés notablemente superior al normal del dinero y otros que no se consideran válidos. Entre los elementos útiles menciona los relacionados con el riesgo de la operación o con el destino del crédito. Desde luego, a mayor riesgo de la operación está justificado, en principio, exigir mayor interés. Pero si la referencia tomada para medir la desviación es la categoría de crédito en el que puede encuadrarse la operación, por ejemplo, el crédito rápido con tarjetas « *revolving* », habrá que partir del hecho de que el interés medio ya recoge el riesgo elevado de este tipo de operaciones. Luego la desviación de la media, para estar justificada, debe atender a otras circunstancias.

Según dice la STS 628/2015, cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa, pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal. Pero este argumento no es muy afortunado pues el cliente no es gestor ni socio del banco. Toma dinero en préstamo por cuenta propia. Si pierde no puede alegar la pérdida para no reembolsar al banco. Lo esencial son las garantías.

Para la STS 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045) , « *declarado que el interés pactado era «notablemente» superior al normal del dinero, es lógica la deducción de que era manifiestamente desproporcionado también con las circunstancias del caso, cuando no exista riesgo alguno de la no devolución de la cantidad prestada por la hipoteca que para asegurarla había constituido el prestatario sobre inmueble, de valor muy superior a*

aquella cantidad. Tampoco se ha alegado por la recurrente ningún hecho o situación que, pese a la garantía constituida, el riesgo de devolución no estaba cubierto. Finalmente, el que el préstamo litigioso sea mercantil no evita el anormal interés pactado, que sobrepasa lo que es un lucro razonable ».

Es habitual tratar de justificar la desviación atendiendo a la solvencia del cliente, es decir, a la capacidad de reembolso atendiendo a su situación patrimonial. Pero lo que no puede admitirse −y la sentencia descarta− es que la omisión de una norma de conducta, como es la evaluación de la solvencia el cliente, pueda servir para justificar que la entidad cobre un interés notablemente superior a la media.

Pues, según dice la STS 628/2015, no puede justificarse una elevación desproporcionada del tipo de interés « *sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico* ». De este modo, por vez primera, el Tribunal Supremo condena la concesión irresponsable de crédito.[49)] La entidad que incumple esta norma de conducta al dar crédito sin evaluar la solvencia del cliente no puede justificar por este motivo la elevación anormal de los intereses. Tampoco es admisible, en consecuencia, que se pretenda justificar la elevación anormal de los intereses por impagos consecuencia de la concesión o renovación irresponsable de crédito.

La responsabilidad de conceder crédito por encima de los límites que marca la prudencia bancaría es del profesional. No se puede poner en un mismo plano la responsabilidad del banco en la concesión imprudente de créditos y la del cliente por solicitarlos por encima de sus posibilidades. Las normas de conducta bancarias protegen al cliente incluso contra sus propias decisiones. Es el banco quien debe medir la capacidad de reembolso del cliente y abstenerse de dar créditos que rebasen las normas prudenciales.[50)]

La crisis ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se contrataban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento. Se hacían necesarias medidas adicionales más efectivas. Surge así el principio de crédito responsable según el cual es el profesional concedente del crédito quien debe verificar la adecuación del crédito a la solvencia del cliente.[51)] La solvencia de la entidad, protegida por las normas prudenciales sobre gestión de riesgos y control interno, se complementa con las normas de conducta sobre evaluación de la solvencia del cliente.[52)]

1.5. Consecuencias

Ante una operación de crédito bancaria afectada de usura se puede acudir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, solicitando que declare la mala práctica bancaria por falta de equidad. Aunque si la operación se ha concertado con prestamista privado la reclamación quedaría en este caso fuera de las competencias del Banco de España.[53)] También se puede acudir a los tribunales a solicitar la nulidad del contrato.

La declaración de usura conlleva la nulidad del contrato. El prestatario queda obligado a entregar tan solo la suma recibida. Si ya hubiera reembolsado parte de la suma recibida y satisfecho los intereses vencidos, el prestamista deberá devolver al prestatario lo que

exceda del capital prestado. La jurisprudencia califica la nulidad por usura como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva.[54)] Se puede declarar usurario y, en consecuencia, nulo, un contrato vencido, pues no cabe convalidación.

Se castiga de forma especial a los usureros reincidentes. A todo usurero que le hayan anulado tres o más contratos de préstamo, se le impondrá una corrección disciplinaria en forma de multa, según la gravedad del abuso y al grado de reincidencia.[55)]

1.5.1. Mora hipotecaria

Entre las medidas adoptadas para aliviar la situación de los deudores hipotecarios afectados por la crisis económica, destaca la limitación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero en los créditos otorgados para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca constituida sobre la misma vivienda, introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.[56)] Se trata de un límite de legalidad, no de abusividad.[57)]

La exposición de motivos de la norma reconoce que nos encontramos ante circunstancias excepcionales motivadas por la crisis económica y financiera. Pese a ser una situación que afecta al conjunto de los hipotecados, solo se protege a los más vulnerables.[58)] Solo se limitan aquellos intereses moratorios de créditos destinados a la adquisición de la vivienda habitual y si la hipoteca recae sobre dicha vivienda. Quedan fuera de la limitación los créditos hipotecarios para adquirir una segunda vivienda, para realizar una reforma en la vivienda habitual o para reestructurar la economía familiar mediante una reunificación de créditos al consumo.

Por lo demás, en los créditos hipotecarios afectados por la medida los intereses moratorios solo se pueden devengar sobre el principal pendiente de pago y no pueden capitalizarse.[59)] Hay en este caso prohibición de anatocismo.[60)]

Esta reforma responde a la propuesta del Defensor del Pueblo incluida en su informe sobre Crisis económica y deudores hipotecarios.[61)] Este Informe concluye que: « *Con el fin de evitar la usura, los intereses de demora deben quedar limitados a dos veces el interés legal del dinero según criterio jurisprudencial* ». Según el Defensor del Pueblo, « *Por imperativo legal se deberían limitar estos gastos para el deudor de buena fe que únicamente hacen crecer la deuda desproporcionadamente, provocando la imposibilidad para el deudor de enfrentarse al pago de la misma* ». Siguiendo estas recomendaciones, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, limita los intereses de demora de las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual a tres veces el interés legal del dinero, medida justificada en atención a las « *circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones* ». Sin embargo, el Gobierno no ha adecuado el interés legal del dinero a la situación actual para que esta medida pudiera tener efectividad y evitar el « *drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual* ». Con un interés principal del Banco Central Europeo cercano a cero y un interés de la Deuda Pública en mínimos históricos, las familias que no pueden pagar sus hipotecas siguen pagando un 9% de interés moratorio. Son penalizados en exceso en un momento de grave situación económica. Son superiores a

los que pagan los morosos en las operaciones comerciales. Se sacrifica a los más vulnerables para que la banca siga manteniendo sus ingresos. Hay quien dirá que esta penalidad es el precio que deben pagar los incumplidores para evitar el contagio, es decir, el riesgo moral (*moral hazard*) de que otros dejen de pagar las hipotecas o incurran en descubiertos. Por esta razón, corresponde valorar si es un castigo merecido y si es legítimo. En cuanto a lo primero, conviene destacar que el sobreendeudamiento de las familias es en buena medida consecuencia de la negligencia bancaria al dar crédito de forma irresponsable. Si la banca hubiera evaluado la solvencia del cliente antes de darle crédito no estaríamos en la situación en las que nos encontramos.

Respecto a la legitimidad de la tasa por mora en los créditos hipotecario para la adquisición de vivienda, esta debe responder a la realidad del mercado y, en estos momentos, el interés legal del 3% que le sirve de referencia está fuera de mercado. La bajada del interés legal del dinero que sirve de referencia al interés por mora no es solo una medida social de rescate a las familias en tiempo de crisis, es una obligación legal. El Gobierno está obligado por Ley a adecuar el interés legal del dinero tomando como referencia el tipo principal del Banco Central Europeo y los intereses que se pagan por la Deuda Pública.[62)]

1.5.2. Descubiertos en cuenta

El artículo 20.2 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, prohíbe aplicar a los descubiertos tácitos en cuenta corriente una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

El descubierto es un anticipo de la provisión de fondos al que no resulta de aplicación el régimen jurídico del préstamo mercantil.[63)] No obstante, deben respetarse las reglas especiales del crédito al consumo y de protección de la transparencia en el mercado financiero. En los descubiertos aceptados tácitamente por el cliente que actúe como consumidor con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, la entidad de crédito debe informar al cliente del tipo de interés aplicable y de las condiciones en las que puede modificarse. En caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor sin demora del importe del descubierto, tipo deudor y de las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables.[64)] Es en este tipo de descubiertos tácitos en los que el prestamista en ningún caso puede aplicar una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

V. CONTROL DE ABUSIVIDAD

1. INTERESES REMUNERATORIOS

En el contrato de préstamo bancario el prestatario cumple sus obligaciones reembolsando el principal en el plazo pactado y pagando lo pactado como interés remuneratorio. El interés remuneratorio constituye el precio del servicio de crédito.[65)] Es un elemento esencial del contrato. Por tal razón, la cláusula que lo incluya no puede ser objeto de control del contenido según lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. De este modo se preserva la libertad de contratación y de fijación de precios en la economía de mercado. Los intereses remuneratorios solo se someten al control de inclusión en el contrato. No obstante, en la contratación con consumidores la cláusula que fija el interés remuneratorio puede ser objeto de un control reforzado de

transparencia destinado a verificar la comprensión jurídica y económica de la operación. Se exige que la cláusula no solo sea clara y comprensible gramaticalmente, sino que además exponga de manera transparente su funcionamiento de forma que el consumidor pueda evaluar sus consecuencias económicas. Esta doctrina ha sido desarrollada por el Tribunal Supremo en los contenciosos sobre las cláusulas suelo.[66)]

En los créditos a interés variable, la banca, ante la cercanía de la crisis, procedió a incluir condiciones generales que limitaban la bajada, conocidas como «cláusulas suelo». Estas cláusulas, al limitar las bajadas en un momento de crisis económica con desplome de los tipos de interés, pueden dar lugar a intereses remuneratorios abusivos por desproporcionados con las circunstancias del mercado. Por otro lado, el descenso de los tipos ha llegado hasta el extremo de que bajen por debajo de cero, es decir, negativos. Como consecuencia de la fórmula pactada para calcular los intereses, en estos casos de intereses negativos, puede resultar que sea el banco prestamista quien deba pagar al cliente prestatario en concepto de intereses. En estos supuestos el banco ha pretendido desentenderse de lo pactado y considerar que nos encontramos ante una clausula cero implícita en los contratos de préstamo.

1.1. Cláusula suelo

Una de las limitaciones a los tipos de interés más habituales es la fijación por parte de las entidades de crédito de un suelo en la variación a la baja del tipo de interés. Un tercio de los créditos hipotecarios contratados cuando se avecinaba la crisis incluyen «cláusulas suelo».[67)] Son créditos a interés variable con un suelo a la baja.

Estas cláusulas son condiciones generales predispuestas por las entidades de crédito. Han dado lugar a miles de contenciosos que han generado una rica jurisprudencia.[68)] Como toda condición general, las cláusulas suelo se someten al control de inclusión derivado de la aplicación del art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Según este precepto, no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, lo cual exige que deban ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.[69)]

Las condiciones generales incorporadas a contratos con consumidores, se someten además a un control reforzado de transparencia que ha sido perfilado por la jurisprudencia. Según esta doctrina, la protección de los consumidores impone la compresibilidad real de la carga jurídica y económica del contrato. Este control se aplica a las cláusulas suelo incluidas en contratos con consumidores aunque este tipo de cláusulas regulen el precio del servicio de crédito, elemento esencial del contrato.

Hay un primer control de transparencia, relativo a la inclusión del contenido de la cláusula en el contrato y un segundo control de transparencia reforzado, con el fin de asegurar que el consumidor pueda comprender la carga jurídica y económica del contrato. Las cláusulas que fijan el interés a los créditos con consumidores se someten a este control reforzado de transparencia. Pueden ser declaradas abusivas por falta de transparencia cuando el consumidor no haya podido comprender su alcance económico.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que las cláusulas que descartan el pago de intereses negativos constituyen una modalidad de cláusula suelo. Desde esta perspectiva, son cláusulas de suelo cero y, como tales, deben someterse al régimen de las cláusulas suelo, en concreto a la obligación de condicionar su inclusión a una manifestación manuscrita del cliente sobre su comprensión.[70)]

1.2. Intereses negativos

En este artículo nos acercamos a la limitación de intereses desde la perspectiva de la regulación del mercado del crédito, es decir, desde de la normativa sectorial. Lo cierto es que desde esta perspectiva la presencia en el mercado de los llamados «intereses negativos» aporta nuevas consideraciones al concepto de intereses en el préstamo a interés variable, útiles para configurar el control de la actuación de la banca ante esta novedad.

1.2.1. Concepto

La doctrina entiende por interés la contraprestación por el dinero recibido. Desde el punto de vista económico, es la retribución por disponer de fondos ajenos. En el préstamo bancario simple el interés fijo es el precio de servicio de crédito. Si bien el interés variable convierte al préstamo bancario en un contrato aleatorio. Lo dota de un elemento, en forma de pacto de interés variable, que le permite acomodarse a la evolución del mercado monetario. Esta adaptación, en tiempos de deflación como los actuales, puede llevar −y está llevando− a que, del resultado de aplicar la fórmula prevista para el cálculo de los intereses, resulten unos «intereses negativos».

Para la doctrina civilista, el préstamo bancario es un contrato unilateral que solo produce obligaciones para una de las partes, el prestatario, que queda obligado al reembolso del principal y pago de los intereses que se hubieran pactado.[71)] Desde esta doctrina se considera que el reembolso es la obligación principal del prestatario, siendo el pago de intereses una obligación accesoria. Pero el mercado financiero permite desarrollos que obligan a reconsiderar los conceptos tradicionales acuñados por la doctrina civilista. Si bien es cierto que, en el préstamo entre particulares, entregado el dinero solo surgen obligaciones para el prestatario, en las condiciones del mercado creadas por la actuación de los bancos centrales, se puede llegar a invertir, en caso de intereses negativos, la obligación de pago de intereses que pasa a ser una obligación del prestamista. Este hecho desconcierta a la doctrina civilista.[72)]

La existencia de «intereses negativos» indica que el pago de intereses en el mercado del crédito puede ser, como venía siendo habitual, una obligación del prestatario, pero ante situaciones persistentes de bajadas de precios (deflación), en las que el dinero se revaloriza, puede resultar, aplicando la fórmula para el cálculo de los intereses recogida en el contrato, que sea el prestamista quien quede obligado a pagar intereses (negativos) al prestatario.

Para la doctrina civilista los intereses son la retribución del capital, el precio que se paga por disponer del dinero ajeno. Es una visión económica. La misma que recoge el Diccionario de la Real Academia al considerar, como término procedente de la economía, por «tipo de interés» la « *retribución por el uso de una unidad de capital durante un período de tiempo* ». Según dice el artículo 573-6.1 del Proyecto de Código mercantil, el interés compensa la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista. Y esta es la clave, el interés compensa la eventual depreciación de la suma prestada. Pero cuando no existe depreciación, porque no hay inflación, sino que nos encontramos ante un periodo de deflación con apreciación del dinero, el interés debe compensar la apreciación de la suma prestada.

Por esta razón, resulta más adecuado, desde el punto de vista jurídico, al margen de las vicisitudes del mercado monetario, considerar que el interés es la «contraprestación» pactada ante la eventual depreciación o apreciación del dinero prestado. Los intereses son el «correspectivo» que permite reestablecer el equilibrio económico entre quien

dispone del dinero y quien lo prestó. El término «correspectivo» indica «onerosidad». En el Diccionario del Español Jurídico por «interés» se entiende el « *precio o rendimiento del dinero* », pero en su primera acepción es « *aquello que conviene o tiene importancia* ».[73)]

Es cierto que el artículo 315 del Código de comercio reputa «interés» « *toda prestación pactada a favor del acreedor* », y que en la situación de mercado en que se promulga el Código, por acreedor se entiende al prestamista acreedor de una suma que se deprecia con el paso del tiempo. Pero las normas hay que interpretarlas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y la realidad actual es de deflación con revalorización del dinero. En un mercado con deflación es el prestatario el acreedor de la compensación por tener que reembolsar una mercancía apreciada con el transcurso del tiempo.

Si bien es cierto que en el préstamo a interés fijo el interés es el motivo por el que el banco otorga el crédito, cuando se opta por ofrecer un préstamo a interés variable, el motivo pasa a ser mixto, a la retribución se añade un elemento de gestión de riesgo. Con la inclusión de una fórmula de interés variable como mecanismo de cálculo del interés, el banco traslada el riesgo y los beneficios de la variación de los intereses de mercado al cliente. De tal modo que si sube el tipo de interés de referencia el cliente prestatario pagará más en concepto de intereses, y si baja el tipo de interés de referencia el cliente pagará menos, pudiendo llegarse a la eventualidad de que sea el cliente prestatario quien resulte acreedor del banco en concepto de interés.

1.2.2. Justificación

El préstamo bancario es un contrato oneroso en el que se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (art. 1.274 Código civil), para el banco colocar dinero con la seguridad de que el cliente asume la contraprestación de intereses según resulte de la aplicación de una fórmula, contemplando la eventualidad de tener que pagar al cliente en caso de deflación. Es cierto, como mantiene García-Cruces, que el pacto de interés variable tiene relevancia causal en el préstamo bancario. Pero en el sentido indicado. La cláusula que recoge la fórmula para calcular el interés « *regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio* » (STS 628/2015, de 25 noviembre (RJ 2015, 5001)). O, para mayor precisión, la fórmula del interés variable es el precio o compensación que fijan las partes, que comprende un tipo variable más un margen destinado a remunerar la prestación del servicio y compensar el riesgo que asume el banco prestatario. El interés, calculado con dicha fórmula, cumple una función mixta, remuneratoria y compensatoria.

La fórmula utiliza un tipo de referencia, por ejemplo, el Euribor, y un margen sobre dicha referencia, por ejemplo, el Euribor más 0,50 %. Ese margen compensa el riesgo de insolvencia del prestatario, el riesgo de que incumpla su obligación de reembolso y carezca de liquidez o solvencia para hacer frente a su compromiso.

Lo anterior demuestra que el préstamo bancario se diferencia del simple mutuo, de tal modo que la doctrina del préstamo de dinero, entendido como simple mutuo, debe ser matizada cuando, fruto de la ingeniería financiera, se convierte en un contrato complejo que incluye una fórmula para la determinación de los intereses. Dicho pacto de interés variable genera una estructura difícil de comprender para el cliente, en particular para el consumidor. Por esta razón se somete a un control de transparencia reforzada.

La política monetaria ha propiciado la aparición de intereses negativos. El Banco Central Europeo (BCE) cobra por los depósitos que recibe de las entidades de crédito y

paga a las entidades que reciben su financiación. Es una anomalía que afecta a la contratación financiera. Vivimos una crisis profunda y las autoridades consideran que es necesario actuar con medidas no convencionales para reactivar la economía.[74)] Estas variaciones en el valor de la moneda introducen en el préstamo a interés variable un elemento adicional de aleatoriedad. Es un riesgo que afecta « *gravemente al equilibrio de los intereses negociales haciendo más incierta su satisfacción* » (*vid* . Ernesto SIMONETTO, *Los contratos de crédito* , Barcelona, 1958, pág. 274).

Según lo pactado en el contrato, cuando el tipo de referencia negativo supere el diferencial, el banco se verá obligado a pagar al cliente deudor. La doctrina más tradicional niega esta posibilidad.[75)] Consideran estos autores que, en el préstamo, el interés es la remuneración por el uso de fondos ajenos, de tal modo que existiría una condición implícita en los contratos de préstamo según la cual, ante intereses negativos, se dejan de pagar intereses.[76)] Desde esta posición se modifica el contenido del contrato para incluir una cláusula suelo según la cual en todos los préstamos hay un suelo cero en relación con la fijación de los intereses. Esta doctrina aplica el régimen del préstamo simple del código civil al préstamo a interés variable referenciado al Euribor, contrato financiero complejo y aleatorio. Otros consideran que el pago del banco al deudor carecería de causa, dado que el prestatario « *ni ha prometido ni ha hecho ninguna aportación económica que pueda considerarse como un sacrificio de cara al prestamista* ».[77)] Por fin, hay quien considera que deben contemplarse la operación en su conjunto y que lo relevante es que a su término resulte que el prestatario ha pagado un interés neto al banco prestamista, aunque en algún periodo el banco, como consecuencia de la fórmula pactada para la fijación de los intereses, se haya visto obligado a pagar al prestatario.

Lo cierto es que el préstamo es un contrato naturalmente gratuito. Según los códigos, el préstamo es gratuito y para que se deban intereses deben haberse pactado.[78)] Los elementos constitutivos del pacto de intereses son distintos de los elementos del préstamo. Se puede pactar un interés fijo o variable y, siendo variable, referenciarlo a un índice con un diferencial. El pacto de intereses necesita su propio acuerdo de voluntades, tiene su propio objeto y su propia causa. La causa del préstamo no se confunde con la causa de los intereses. La causa del préstamo es la entrega de una suma que habrá de ser reembolsada; la de los intereses es la contraprestación pactada ante la eventual depreciación o apreciación del dinero prestado. El pacto de intereses tiene cierta autonomía respecto del préstamo. Frente al pago del precio en la compraventa o de la renta en el arrendamiento, que forman parte esencial del contrato, la remuneración en el préstamo es un pacto accesorio.

En principio, los intereses son la remuneración por el plazo en el cual los fondos son puestos a disposición del prestatario beneficiario del crédito. Pero esta visión del simple préstamo a interés fijo, hay que matizarla en el préstamo a interés variable en el que, dependiendo de la situación económica, el beneficiario de la puesta a disposición del dinero puede ser el prestatario, como estamos habituados, pero también puede serlo el prestamista, como sucede en caso de crisis severa con deflación, donde se aparca el dinero en una operación segura para recibirlo más adelante revalorizado. Hay quien considera que en estos casos el contrato muta para convertirse en depósito remunerado.

La doctrina de la DGRN formula distintas interpretaciones sobre los intereses negativos sin decantarse por ninguna de ellas.[79)] Cita como primera interpretación que, con los intereses negativos, el préstamo se convierte en depósito retribuido, al alterar la concurrencia de intereses negativos durante un determinado período del préstamo la naturaleza jurídica del contrato. Frete a esta posición, se puede considerar que los intereses negativos constituyen únicamente una forma acordada por las partes de fijar

el precio final, al tratarse de un contrato de larga duración y constituir el interés, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, el precio de préstamo, el cual gozará de cierta aleatoriedad (la fluctuación del interés) y vendrá constituido por el montante neto de los intereses devengados al término del contrato, montante que sí deberá ser siempre positivo. En este sentido, añade esta doctrina que se puede tanto considerar que la cláusula de variabilidad del interés no es suficiente para generar una obligación de pago por parte del prestamista (los intereses negativos), como entenderse, en el segundo caso, que los intereses que finalmente pague el prestatario serán una consecuencia de la propia operatividad de la variabilidad de los mismos, la cual se asemeja, en cierta medida, a la de los instrumentos estructurados, cuya contratación asociada a un préstamo hipotecario no altera la naturaleza jurídica del préstamo.

Desde nuestra perspectiva, los préstamos a interés variable constituyen una financiación estructurada fruto de la ingeniería financiera. Los bancos han dejado de ser meros intermediarios que toman depósitos para dar crédito, dedicados a lo que Joaquín GARRIGUES denominó «interposición en el crédito». Son bancos de inversión que prestan servicios financieros en muchas ocasiones dando contrapartida en conflicto de interés. Han evolucionado hacia unas finanzas derivadas con las que crean y trasladan riesgo a los clientes. El préstamo hipotecario a interés variable no es un simple préstamo. Es una operación compleja unitaria compuesta de un préstamo y un pacto accesorio que afecta a su naturaleza al acercarlo a un negocio aleatorio. Combina un contrato de préstamo con una fórmula diferencial para determinar la compensación en concepto de intereses. Su causa es mixta, de financiación, por el préstamo, y de gestión de riesgos, por el pacto de intereses que incluye una fórmula para su determinación. Al préstamo se añade un pacto aleatorio con la finalidad de adaptar los intereses a la marcha del mercado; pacto cercano, en su función económica, a un derivado implícito.[80)]

La causa del contrato es obtener un préstamo sobre un capital que deberá ser reembolsado en los plazos pactados y, en cuanto al interés, adaptarse al tipo de referencia del mercado. De tal modo que si, como es habitual, el tipo de referencia es positivo, el deudor pagará al acreedor el interés resultante de añadir al tipo de referencia el margen pactado. Pero, ante situaciones excepcionales en las que el tipo de referencia sea negativo, para calcular el interés a pagar habrá que deducir del tipo de referencia el diferencial y, en los casos más extremos en que el diferencial pactado sea superado por el tipo de referencia negativo, será el acreedor quien vendrá obligado a pagar al deudor la correspondiente liquidación, como «correspectivo» de la operación.

Estos pagos periódicos resultan de aplicar la fórmula recogida en el contrato. Corresponden a la liquidación periódica del pacto que cumple la función de derivado implícito. Lo cierto es que se les suele atribuir la naturaleza jurídica de intereses cuando el resultante es positivo, pero se cuestiona que tengan esa consideración cuando el diferencial es negativo. Hay quien mantiene que los pagos del acreedor al deudor pueden ser considerados una comisión por el servicio de mantener dinero prestado en momentos de crisis económica Así lo ha entendido la Tribunal Federal suizo. Estas situaciones se presentan acompañadas de inflación negativa. El dinero pierde valor en el tiempo y se paga por aparcar en empleos que moderan la pérdida de valor y ofrecen seguridad. Otros mantienen que el pago de «intereses negativos» responde al pago por la custodia de una mercancía que se revaloriza.

Lo cierto es que, con el pacto de intereses, las partes acuerdan acompasar el contrato a la marcha de la economía, reflejada en el tipo de interés de referencia. Si la economía está en expansión, con devaluación de la moneda (es decir, con inflación), lo habitual es que el Euribor sea positivo. En tal caso, la aplicación de la fórmula pactada para el

cálculo de interés, dará como resultado que el prestatario pague al banco una suma en concepto de interés. Sin embargo, en caso de crisis económica severa, con revalorización de la moneda (es decir, con deflación), puede ocurrir que el Euribor sea negativo. En tal caso, la aplicación del diferencial, puede no compensar el Euribor negativo y resultará que el banco tenga que pagar un «interés negativo» al prestatario. En términos habituales, se considera interés la remuneración que paga el prestatario al prestamista. Lo que ocurre es que, con la deflación, la moneda se revaloriza y se produce una reversión de los «intereses» de las partes en el contrato. Si con la devaluación el prestamista pierde con el paso del tiempo, lo cual debe ser compensado por el prestatario, con la revalorización de la moneda, consecuencia de la deflación, es el prestamista quien se beneficia del plazo, lo cual justifica que llegue a compensar al prestatario. Cuando, transcurrido el plazo fijado en el contrato, el prestatario le reembolse el principal, esa suma de dinero tendrá más valor adquisitivo que cuando fue recibida por el prestatario. Por otro lado, en situación de crisis económica con deflación, el prestatario debe realizar un esfuerzo adicional para poder hacer frente a su obligación de reembolso del principal. Hay un «interés» querido por las partes al contratar el préstamo a interés variable de compensar al acreedor en caso de devaluación de la moneda y, al contrario, de compensar al deudor en caso de revalorización de la moneda. Por esta razón, fijan una fórmula para el cálculo de los intereses. En suma, el acuerdo de pagar el interés resultante de aplicar al principal pendiente de amortización el Euribor más un diferencial, mantiene su validez en caso de Euribor negativo que supere al diferencial, y que, por esta razón, resulte una cantidad a pagar por el banco al prestatario. Dicho pago tiene su propia causa, pues compensa al deudor de su esfuerzo por cumplir con el contrato, aunque el dinero que tiene que devolver se haya revalorizado.

No es admisible que se repudie el contrato alegando que pagar por tener dinero prestado es una perversión. Esta actitud socava la seguridad jurídica. Los contratos están para ser cumplidos, con sus ventajas y con sus desventajas (*pacta sunt servanda*).[81)] Tampoco está justificado alegar que los tipos negativos era una situación que no se podía prever. En relación con los derivados, ISDA modificó el 8 de agosto de 2009 sus modelos de contratos para gestionar los diferenciales negativos, incorporando unos anexos para establecer un suelo cero o, como alternativa, aplicar a las liquidaciones el interés negativo. La solución ISDA supone que, a falta de pacto, se aplica el contenido del contrato y se deberá aplicar por lo tanto el interés negativo resultante.

La suma a pagar por el banco al prestatario, es un «interés» o compensación, el «correspectivo», según dice el Código civil italiano. El Tribunal Federal suizo prefiere denominar a este pago comisión. Lo cierto es que es un pago que se calcula con una fórmula que comprende un margen de rentabilidad y un coeficiente de compensación por la seguridad de mantener una suma apartada sobre la que se mantiene el derecho a recibir su valor nominal. Luego la causa del pago del «interés negativo» es remuneratoria, por el uso a plazo del dinero ajeno, pero también de seguridad o custodia. No obstante, no consideramos que la naturaleza de la operación cambie por la evolución del Euribor. La causa es única, pues tanto con Euribor positivo como con Euribor negativo, las partes desean adaptar el contrato de préstamo a la marcha de la economía y compensar a la contraparte que se vea afectada. Si hay crecimiento con inflación quien debe compensar es el deudor al banco, pues recibe un nominal en dinero que con el transcurso del tiempo pierde valor. Al contrario, en caso de crisis con deflación, es el prestatario quien recibe una cantidad que deberá devolver revalorizada, lo cual deber ser también compensado.

En suma, puede considerarse que el interés es la contraprestación del plazo de uso del dinero ajeno o el precio por el sacrificio de la liquidez. Pero esta contraprestación

presupone una estabilidad económica, con demanda estable de capitales, sin peligro de inflación o deflación, contando con deudores solventes que vayan a devolver el capital al termino pactado. Pero como estas situaciones no se dan en la práctica, el tipo de interés se fija tanto atendiendo a la remuneración por el uso del dinero ajeno, como al riesgo de variación de los precios y de insolvencia del deudor. Luego al interés por el uso del dinero (interés puro o neto) hay que añadir unos coeficientes derivados del riesgo de insolvencia del deudor y de la mayor o menor estabilidad económica (*vid* . SIMONETTO, ob. cit., pág. 271). Lo cierto es que una buena parte de los intereses se pagan por la concurrencia de «premios de riesgo» (*vid* . SIMONETTO, ob. cit., pág. 273). Uno de los principales factores de riesgo es el derivado del cambio del poder adquisitivo de la moneda. Hay situaciones en las que, como consecuencia de la política monetaria, el tipo de interés en lugar de aumentar, resulta negativo. Por estos peligros los contratos de crédito « *tienen un grado de aleatoriedad económica que no tienen los conmutativos»* .[82)] Es el «precio de la ansiedad», en afortunada frase de GALLIANI.[83)] Situación en la que nos encontramos con ansiedad de las autoridades monetarias.

2. INTERESES MORATORIOS

El pacto de interés moratorio supone una liquidación preventiva del daño resarcible. Constituye la cuantificación anticipada del daño por incumplimiento del prestatario. Es una cláusula penal. No constituyen como los remuneratorios la compensación por el uso de fondos ajenos.

Los intereses moratorios se distinguen de los regulatorios por su función y por su naturaleza. Así lo recoge la jurisprudencia: « *Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones* ».[84)]

Con gran claridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 2012, considera que « *la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario)* ».

Las partes son libres de incluir y cuantificar el interés moratorio, si bien este pacto se somete al control de abusividad, tanto de contenido como de transparencia.[85)]

2.1. En el crédito personal

En España no existe una limitación legal a los intereses moratorios en el crédito personal sin garantía real, que es la forma más habitual del crédito al consumo. Este tipo de crédito puede otorgarse con garantía real, incluso hipotecaria, pero lo habitual es su concesión con la mera garantía personal.

En aras a dotar al sistema de seguridad jurídica, la STS 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360) , fija como doctrina jurisprudencial que, en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.[86)]

Esta sentencia cumple con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues utiliza las referencias del Derecho interno, de un lado, y realiza un pronóstico sobre lo que habría resultado de una negociación entre la empresa prestamista y el consumidor, de otro.[87)]

En relación con el primer criterio, el Tribunal Supremo encuentra seis referencias legales que tratan el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor.[88)] Dos generales y cuatro especiales. Considera que todas estas referencias cumplen una función disuasoria al incentivar el cumplimiento en plazo. Tras analizar estas referencias normativas, utiliza una consideración financiera, como si de una máxima de la experiencia se tratara, a saber, que « *el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado* »· Con estos antecedentes, considera que el criterio de la mora procesal del art. 576 de la LEC, una de las normas utilizadas como referencia, es el más idóneo para para fijar la frontera de la mora en los créditos personales concertados con consumidores.[89)] Pero aplicando el margen de dos puntos al interés remuneratorio en lugar de aplicarlo al interés legal del dinero.

Esta consideración es clave para hacerse la siguiente pregunta, en aplicación del segundo criterio de la jurisprudencia del TJUE, a saber, lo que una empresa de crédito aceptaría como interés de demora razonable en el marco de una negociación, descartando el que fuera excesivo. La adición de un porcentaje superior a dos puntos sobre el remuneratorio « *conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto*». [90)]

Según esta doctrina, en su aspecto más innovador, considera que, aunque « *la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad* ».

De este modo, el Tribunal Supremo ofrece un puerto seguro a la banca, evitando la disparidad de criterios de los órganos judiciales, con una protección al consumidor que juzga adecuada a la normativa interna y respetuosa con la doctrina del TJUE.

Esta doctrina ha generado fuertes críticas. Hay quien la rechaza por reglamentar el mercado, en lugar de fijar principios generales.[91)]

En opinión del magistrado de la sala primera del Tribunal Supremo, Francisco Javier Orduña, « *la automática sustitución del interés de demora por la cláusula del interés remuneratorio a los efectos de la liquidación de la relación contractual supone un salto en el vacío que es imposible justificar* » (ob. cit, pág. 144).

Para José María Miquel, esta solución no es conforme con las consecuencias de la nulidad, pues « *si la cláusula es nula, se tiene por no puesta, y se aplica la norma que corresponda al supuesto de hecho, norma que, para la mora, es el art. 1108CC. El predisponente podía haber previsto unos intereses moratorios no abusivos, si no lo ha hecho, debe imputarse así mismo su torpeza* ».[92)] Es, en su opinión, un ejemplo más de una doctrina que se dirige a proteger al consumidor pero que acaba protegiendo la solvencia de la banca. Si la cláusula de intereses moratorios es abusiva se debe tener por

no puesta y el banco prestamista pierde el derecho a cobrar intereses ante la demora en el pago del cliente prestatario. Pero esta circunstancia podría crear un riesgo sistémico pues lo habitual es haber incluido en los contratos unos intereses de demora superiores en más de dos puntos al interés remuneratorio. De ahí la solución de considerar que en caso de nulidad de los intereses moratorios pase a aplicarse el interés remuneratorio. Con esta doctrina, el control de abusividad pierde su función disuasoria, pues de abusar y ser constatado el abuso, en todo caso, el banco tendrá derecho a cobrar el interés ordinario. Es un incentivo para el abuso pues, de ser descubierto, podrá cobrar el interés ordinario.[93)]

También se critica que no se haya utilizado como referencia el interés legal del dinero en lugar del interés remuneratorio.[94)] La banca puede caer en la tentación de elevar los intereses remuneratorios para compensar la pérdida del exceso en los moratorios. Según la STS 265/2015, los intereses moratorios nunca serían abusivos de no superar el remuneratorio más dos puntos. Y no hay límite a los remuneratorios, salvo el control de abusividad por falta de compresión. Al provocar que los bancos eleven los intereses remuneratorios con el fin de compensar la rebaja en los moratorios, se produciría el efecto perverso de penalizar a los deudores cumplidores a cambio de proteger a los incumplidores.

Pero estas críticas contemplan un mercado cautivo en el que las entidades pueden decidir subsidios entre clientes que se encuentran en distintas circunstancias. Los intereses remuneratorios cumplen una función distinta a los moratorios. Por esta razón, siendo distinta su función, no cabe en un régimen de libre concurrencia pretender gravar a los clientes que cumplen con lo que se deja de cobrar al limitarse los intereses de mora. Serían conductas contrarias a la leal concurrencia en el mercado.

2.2. En el crédito hipotecario

En los intereses moratorios del crédito hipotecario existe un límite de legalidad, al que nos hemos referido más arriba,[95)] y un control de abusividad al que nos vamos a referir en este apartado.

La existencia de un límite de legalidad no prejuzga el control de abusividad de las cláusulas de intereses de demora. En este sentido, la STS 364/2016, de 3 de junio (RJ 2016, 2300) , del Pleno de la Sala Primera, considera que el límite legal no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula de interés moratorio. De tal modo que procede extender el criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora de préstamos hipotecarios y, en consecuencia, fija el límite de abusividad en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. En aplicación de esta misma doctrina, ante la supresión de la cláusula del interés moratorio, rige el interés remuneratorio pues, en tal supuesto, sigue cumpliendo la función de retribuir el uso de los fondos por parte del prestatario.

Con la previsibilidad de lo que puede ser considerado abusivo aumenta la seguridad jurídica en la fijación del interés moratorio de las operaciones de crédito. De algún modo, en aras de la sencillez y claridad, se sacrifican las diferencias que existen entre el crédito personal y el hipotecario, dado que en este último la existencia de una garantía real podría justificar un margen inferior al previsto para el personal. Lo que no estaría justificado es considerar que el margen de mora en el hipotecario fuera superior al personal. Lo cual podría resultar de haber tomado como referencia de la abusividad el límite legal de tres veces el interés legal del dinero, lo cual era un criterio que estaban adoptando algunas juntas de jueces.[96)]

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Tras el estudio de los límites a los tipos de interés en el mercado del crédito desde la perspectiva de la protección de la clientela, en particular de los consumidores que contratan con las entidades de crédito, podemos ofrecer algunas consideraciones finales.

La crisis financiera afecta a la contratación financiera al materializarse riesgos no informados trasladados a los clientes en las condiciones predispuestas en los contratos. La gravedad de la situación hace reaccionar a los jueces y se promueven cambios legales. En principio, son cambios destinados a proteger a los más vulnerables. Pero se tiene muy en cuenta la estabilidad de la banca. Son medidas que buscan lograr un equilibrio entre la protección del cliente y la estabilidad de las entidades, dotando al sistema de mayor seguridad jurídica.

Las soluciones ofrecidas no deben olvidar que la banca funciona en un sistema financiero globalizado. En la Unión Europea existe un mercado único que exige soluciones armonizadas. Las soluciones unilaterales pueden ser contraproducentes. Pueden no garantizar la protección de los interesados y resultar contrarias a la libre concurrencia y al buen funcionamiento del mercado financiero.

Tras estas novedades el sistema se refuerza y se estabiliza. Dispone de un límite claro en la prohibición de la usura y en el límite legal a la mora hipotecaria y a los descubiertos en cuenta de consumidores. Los jueces pueden ahora controlar con criterios claros y objetivos la trasparencia de las cláusulas que fijan los intereses, tanto los remuneratorios como los moratorios. Los remuneratorios deben ser transparentes pues sobre el banco recae la obligación de ofrecer productos comprensibles en relación con su naturaleza jurídica y su carga económica. El foco se ha puesto sobre las cláusulas suelo, doctrina aplicable a las cláusulas de suelo cero con las que la banca pretende separarse del contrato ante la aparición de intereses negativos. Respecto a los moratorios, la doctrina fija su límite en dos puntos sobre los remuneratorios.

Con el fin de proteger a los clientes afectados por las malas prácticas, la jurisprudencia activa normas que estaban dormidas, como la sanción de la usura objetiva. Esta doctrina permite avanzar hacia una protección del cliente prestatario compatible con la seguridad del sistema. No obstante, se podría actualizarse la Ley de prevención de la usura con el fin de confirmar su carácter objetivo, sin perjuicio de que existan conductas leoninas, y habilitar al gobierno para que, con la colaboración técnica del Banco de España, fije la tasa variable de usura atendiendo a la diversidad de categorías de crédito existentes en el mercado.[97)]

Hay autores que abogan por la necesidad de un planteamiento equilibrado no «demonizador» de los intereses superiores al normal del dinero.[98)] Es cierto que necesitamos un marco global con intereses adecuados a las circunstancias del caso. Pero ese marco global no puede construirse solo con la transparencia de las condiciones en que se contrata. Es necesario adecuar el servicio de crédito al perfil del cliente. Está claro que la entidad prestamista debe informar de los intereses como precio del servicio. Pero, además, debe condicionar la oferta del crédito a la previa evaluación del cliente mediante el correspondiente test de solvencia. No se puede justificar la elevación anormal de los intereses en la incapacidad del cliente para hacer frente al reembolso de la suma prestada. Cuando un cliente no supera el test de solvencia la entidad no debe ofrecerle el crédito.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Alicia Agüero Ortiz, «No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo», *Blog CESCO* , 4 de octubre del 2016.

- «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio», *Blog CESC* O, 29 junio 2016.

- «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* , N.º 14, 2015.

- «Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas», *Blog CESCO* , 2013.

Segismundo Álvarez Royo-Villanova, «Intereses de demora abusivos en los préstamos hipotecarios: nueva doctrina del TS», *Hay Derecho* , 15 junio, 2016.

Ricardo de Ángel Yágüez, «Comentario al artículo 1740 y al 1755», en *Comentario del Código Civil* , Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Enrique Barrero Rodríguez, en «La apreciación de la usura en créditos revolventes o rotativos vinculados a la utilización de tarjetas de crédito: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* , Número 39, Año 2016.

Jesús Antonio Broto Cartagena, «La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios», *El Notario del Siglo XXI* , N.º 66, marzo-abril 2016.

Miguel Bajo Fernandez, «Usura», *Actualidad Penal* , N° 14, abril 1987.

Jeremy Bentham, *Defence os Usury* , 1787, citado de la traducción española, *En defensa de la usura* , Madrid, 2009.

Ángel Carrasco Perera, «¿Están los bancos obligados a devolver dinero a los prestatarios cuando el Euribor baja de cero?», *Blog CESCO* , 29 de abril de 2015.

Ángel Carrasco Perera y Alicia Agüero Ortiz, «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatis» un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* , N.º 16, 2015.

Matilde Cuena Casas: «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar», Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuena Casas y Carlos Alonso Martínez (coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* , Ed. Aranzadi, 2014.

Giovanni D'Amico, «Interessi usurari e contratti bancari», en Giovanni D'Amico/ Stefano Pagliantini/ Fabrizio Piraino/ Ugo Salanitro (a cura di) Giovanni D'AMICO, *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso* , 2016.

DEFENSOR Del Pueblo, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo* , Madrid, enero 2012.

Emilio Díaz Ruiz/ Juan Alberto Díaz López, «Usura. Destipificación penal y control jurídico-privado», *La Ley Mercantil* , n.º 20, diciembre 2015, 1 de dic. de 2015.

Luis Diez-Picazo, «Comentario al artículo 1.109», en *Comentario del Código Civil* , Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

Luis Díez-Picazo Y Ponce De León, «Contrato y libertad contractual», *THEMIS Revista de Derecho* , N.º 49, 2004.

Javier Domínguez Romero, «Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios», *InDret* , 1/2016.

José Antonio García-Cruces González, «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* , N.º 143, julio-septiembre, 2016 (versión en línea).

Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios* , 2.ª Ed. puesta al día por Moll De Miguel, Madrid, 1975, *passim* .

François GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire* , Ed. Litec, París, 2001.

Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010.

Gerardo Landrove Diaz, «Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* , Tomo 34, Fasc/Mes 2-3, 1981.

Roberto Marcelli, *L'usura «fotografata» dalla Cassazione e l'usura gestita dalla Banca d'Italia* , en eBook Altalex, 2015.

José Ángel Martínez Sanchiz, «De nuevo sobre los intereses moratorios», *El Notario del Siglo XXI* , N.º 63, octubre 2015.

María Medina Alcoz, «Anatocismo. Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret* , 4/2011.

José María Miquel, «Cláusulas abusivas», *CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación* , N.º 49, 2015.

Santiago Muñoz Machado (Dir.), *Diccionario del Español Jurídico* , Barcelona, 2016.

Jacques de Maleville, *Analyse raisonnee de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat* , tomo IV, 3.ª ed., París, 1822

Francisco Javier Orduña Moreno/ Carlos Sánchez Martín/ Raquel Guillén Catalán, *Control de Transparencia y Contratación Bancaria* , Tirant Lo Blanch, 2016.

Miguel Pasquau Liaño, «Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento», *Estudios sobre consumo* , N.º 18, 1990.

Elsa Sabater Bayle , *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización* , Pamplona, 1986.

Ernesto Simonetto, *Los contratos de crédito* , Ed. S. M. Bosch, Barcelona, 1958.

VV. AA., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* , José María López Jiménez (dir.), 2.ª ed., Barcelona, 2015.

Fernando Zunzunegui:

- «¿Por qué no baja el interés legal del dinero?», *Revista de Derecho del Mercado Financiero* , Madrid, 16 de septiembre 2014.

- «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», *Revista de derecho bancario y bursátil* , Año N.º 32, N.º 129, 2013, págs. 35-76.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

1

La doctrina jurídica y la literatura económica sobre el interés y sus límites es muy abundante. La usura como límite al interés ocupa un lugar destacado.

2

Entendido el contrato como « *una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada* » (Luis Díez-Picazo Y Ponce De León, «Contrato y libertad contractual», *THEMIS Revista de Derecho* , N.º 49, 2004, pág. 13).

Para mayor claridad y sencillez nos vamos a referir a banco o banca como prestatario típico, sin perjuicio de que el prestatario pueda ser otro tipo de entidad y en algún caso prestamistas personas físicas.

3

Se utiliza el término «crédito» para referirnos tanto a los préstamos como a las aperturas de crédito, siguiendo la opción del art. 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, que define al profesional como «entidad de crédito», aunque se dediquen tanto a la concesión de préstamos como a abrir créditos, y del art. 1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, según el cual: « *Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito* », concepto que comprende los préstamos al consumo.

4

Banco de España, *Los tipos de interés practicados por las entidades* (disponible en http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/entidades/). Según esta base de datos, en julio de 2016 la TAE en España de los créditos al consumo era del 8,65 frente al 6,28 de la

zona euro. Según los datos que ofrece José María Miquel, la diferencia con Alemania es escandalosa en los préstamos a consumidores: « *En Alemania el interés de demora en general en contratos con consumidores importa 5 puntos sobre el interés básico conforme a los §§ 288 y 497 BGB. Este interés básico* (Basiszinssatz) *actualmente está por debajo de cero, menos 0.83, así el límite imperativo del interés de demora actualmente para contratos con consumidores es 4.17 (5 - 0.83 = 4.17), y en los préstamos hipotecarios 2.5 puntos –sumados, no multiplicados– a dicho interés básico conforme al § 503 BGB, por tanto, ahora 1.67 es el interés de demora en los préstamos hipotecarios a consumidores* » (en «Cláusulas abusivas», *CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación* , N.º 49, 2015, pág. 39).

5

El control de la concurrencia en el mercado del crédito corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que no identifica el sector financiero como uno de los sectores objeto de control especial. La CNMC tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios. Ejerce sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos, incluido el financiero. No obstante, participa en el grupo de trabajo sobre Bancos y Medios de Pago de la Red Europea de Competencia (ECN). Le corresponde autorizar las concentraciones de empresas, incluidas las del sector financiero. Ha ejercido una vigilancia especial sobre los servicios de pagos (*vid* . Expte. VS 515/01 BANCOS).

6

STS 265/2015, criterio reiterado en la 364/2016, según la cual « *el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente* ». En cualquier caso, el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba de esa negociación.

7

Cfr. Francisco Javier Orduña Moreno/ Carlos Sánchez Martín/ Raquel Guillén Catalán, *Control de Transparencia y Contratación Bancaria* , Tirant Lo Blanch, 2016, pág. 19; doctrina recogida en las SSTS 406/2012, 464/2014 y 677/2014, en las que es ponente el propio Francisco Javier Orduña Moreno, llegando a la conclusión en la última sentencia de que los elementos esenciales del contrato, entre los que se encuentran los intereses ordinarios, « *si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto del control por la vía de inclusión y de transparencia* ».

8

Según el artículo 375 del Código de comercio de 1829, las demoras en la entrega dan lugar a « *la obligación de pagar el rédito legal* ».

9

Reflejan un ambiente de cambio abierto a ideas como las expresadas por Jeremy Bentham, para quien « *limitar los tipos de interés legal a unos tipos en los que solo les resulte conveniente tomar prestado a los que se dedican a las industrias más asentadas y menos peligrosas, significa dar esta clase de industriales el monopolio del mercado del dinero* » (en *Defence os Usury* , 1787, citado de la traducción española, *En defensa de la usura* , Madrid, 2009, pág. 87).

10

Vid . Ricardo de Ángel Yágüez, «Comentario al artículo 1740 y al 1755», en *Comentario del Código Civil* , Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1600-1603, 1628-1631.

11

Es un precepto que procede del Código civil francés, considerado por Maleville un precepto esencial, pues un Estado no puede subsistir sin tal norma, la Justicia quedaría paralizada; no se sabría qué pena poner a los morosos (cfr.. Jacques de Maleville, *Analyse raisonnee de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat* , tomo IV, 3.ª ed., parís, 1822, pág. 39 ss.) *Vid* . Fernando Zunzunegui, «¿Por qué no baja el interés legal del dinero?», *Revista de Derecho del Mercado Financiero* , Madrid, 16 de septiembre 2014.

12

Luis Diez-Picazo, «Comentario al artículo 1.109», en *Comentario del Código Civil* , Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 64.

13

Vid . Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010, pág. 63.

14

El Reglamento del Banco de España era tomado por la doctrina, ante la ausencia de régimen

legal, como criterio de interpretación para resolver los contenciosos bancarios. *Vid* . Joaquín Garrigues, *Contratos bancarios* , 2.ª Ed. puesta al día por Moll de Miguel, Madrid, 1975, *passim* .

15

Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1981).

16

Orden de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1987).

17

Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989).

18

Este artículo dio lugar a una viva discusión de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, entre los partidarios de considerar que el interés es la contraprestación sin otras referencias propias de la economía (Olivencia, Vergez, Bercovitz), frente a los partidarios de incluir referencias al coste o retribución efectiva en la noción legal de interés (Piñel, Sastre Papiol). Vid. Acta de la sesión 2 de noviembre de 2010, págs. 7-10.

19

Vid . Fernando Zunzunegui, «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», *Revista de derecho bancario y bursátil* , Año N.º 32, N.º 129, 2013, págs. 35-76. Según Emilio Díaz Ruiz y Juan Alberto Díaz López, « *en el período de crisis económica que llevamos viviendo desde hace más de un lustro, se han incrementado las conductas usurarias, especialmente debido a la proliferación de intermediarios y agentes distintos a las entidades bancarias»* (en «Usura. Destipificación penal y control jurídico-privado», *La Ley Mercantil* , n.º 20, diciembre 2015, 1 de dic. de 2015).

20

En España la usura no es un delito. Fue despenalizada por el Código penal de 1995, rompiendo el criterio de criminalización recogido por el Código penal de 1928. Las propuestas

de despenalización fueron criticadas por Gerardo Landrove Diaz, pues « *Solamente desde muy comprometidas posiciones puede defenderse la perpetuación de inmorales impunidades* » (en «Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* , Tomo 34, Fasc/Mes 2-3, 1981, pág. 598). A favor de mantener la descriminalización, *vid.* Emilio Díaz Ruiz y Juan Alberto Díaz López, «Usura. Destipificación penal y control jurídico-privado», *La Ley Mercantil* , n.º 20, diciembre 2015, 1 de dic. de 2015, para quienes la « *criminalización de la usura afectaría al correcto funcionamiento de la economía de Mercado* ».

21

En afortunada expresión de Enrique Barrero Rodríguez, en «La apreciación de la usura en créditos revolventes o rotativos vinculados a la utilización de tarjetas de crédito: Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5001)», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* , Número 39, Año 2016, págs. 393-406. La persistente inflación monetaria llevó a algunos autores a considerar que había quedado en desuso (*vid.* Elsa Sabater Bayle , *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización* , Pamplona, 1986, pág. 338) o estaba moribunda (*vid.* Miguel Pasquau Liaño, «Propuestas para una protección jurídica de los consumidores en materia de créditos de consumo: medidas de prevención y de solución de los problemas derivados del sobreendeudamiento», *Estudios sobre consumo* , N.º 18, 1990, págs. 18). Lo cual indica que su virtualidad renace en un contexto persistente de deflación (*vid* . Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010, pág. 63 y 64).

22

Según la STS 628/2015, con cita de otras anteriores, « *la* Ley de Represión de la Usura *Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualesquiera operaciones de crédito «sustancialmente equivalente» al préstamo* ».

23

Así lo entiende la STS 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045) , de la que es ponente Antonio Gullón Ballesteros al destacar que « *por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código civil Código civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1.908 Ley de 23 de julio de 1.908 , que se refiere en el art. 1.º a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza»*. También aplica la usura a los intereses moratorios la STS 677/2014, de 2 de diciembre (RJ 2014, 6872) , siendo ponente Francisco Javier Orduña Moreno. No obstante, existen también algunas sentencias contrarias a aplicar la usura a los intereses moratorios, como las SSTS de 19 de mayo de 1995, 18 febrero de 1998, 15 de noviembre de 2000, 2 de octubre de 2001 y 26 de octubre de 2011. *Vid.* Jesús Antonio Broto Cartagena, «La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios», *El Notario del Siglo XXI* , N.º 66, marzo-abril 2016 (disponible en

http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-66/6508-la-revitalizacion-de-la-ley-sobre-prestamos-usurarios).

24

El cambio de una situación de inflación a otra de deflación puede dar lugar a que se materialicen intereses usurarios ínsitos en el contrato, por ejemplo, como consecuencia de una clausula suelo que, al impedir al prestatario beneficiarse de la bajada de tipos, crea el riesgo de un desajuste que puede llegar a materializarse con el cambio de circunstancias monetarias. *Vid* . un planteamiento dispar en Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010, pág. 72.

25

SSTS 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857) , 113/2013, de 22 de febrero (RJ 2013, 1609) , y 677/2014, de 2 de diciembre, y 628/2015, de 25 de noviembre.

26

Vid. , por todas, STS 406/2012, de 18 de junio, ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

27

La doctrina civilista (Albadalejo, Diez-Picazo, Hernández Gil, Puig Brutau, Rojo Ajuria) y mercantilista (Sánchez Calero, Tapia Hermida, Vicent Chuliá) distingue entre usura en sentido estricto y contratos leoninos. *Vid* . Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010, pág. 69, nota 221. También los penalistas consideran que la Ley Azcárate distingue entre usura objetiva y subjetiva al estudiar el concepto civil de la Ley de 1908 como presupuesto ineludible del concepto de préstamo penal usurario, hasta su despenalización. *Vid* . Miguel Bajo Fernandez, «Usura», *Actualidad Penal* , N.° 14, abril 1987, págs. 654-656.

28

También hay usura objetiva cuando se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, y por el mero hecho de la discrepancia entre esas dos cantidades (STS de 7 de marzo 1986).

29

Por ejemplo, cuando hay « *apremio grave de orden económico que fuerza a quién lo sufre a*

aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales » (STS de 6 de julio 1942). Aunque no puede considerarse angustiosa la aspiración de convertirse en propietario o el mero hecho de que vayan mal los negocios (STS de 30 de marzo 1931).

30

Según dice la STS de 4 de octubre de 1911, siendo ponente Octavio Cuartero, « *no basta para declarar nulo un contrato de préstamo que se estipule en él un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado, sino además, según las circunstancias del caso y en tales condiciones que resulte leonino y haberlo aceptado el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, esto es, por llevarse a efecto en términos que implican, según el legislador, una falta real y positiva de consentimiento, un vicio en el fondo, que determina, dada la relación del orden jurídico con el orden ético, la necesidad que obliga al primero a imponer una sanción a las infracciones del segundo* ».

31

Por todas, resaltamos la STS 12 de julio de 1943, con José Castán como ponente, según la cual « *esta Sala, en su más reciente doctrina, tiene definido que no es necesario, para que un contrato deba ser declarado nulo como usurario, que existan conjuntamente todos los requisitos contenidos en dicho art, 1.°, pues "basta que se aprecie la existencia de un interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para que proceda declarar la nulidad del contrato, sin que se requiera ninguna otra circunstancia"* ». Doctrina recogida por las SSTS de 18 de junio de 1945, 14 de noviembre de 1957, 23 de noviembre de 1958 y 26 de mayo de 1964.

32

Vid . Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses* , Madrid, 2010, págs. 70-71, con cita de sentencias en las notas 224 a 227.

33

De tal modo que « *el control se proyecta de un modo objetivo u objetivable a través de las notas del «interés notablemente superior al normal del dinero» y de su carácter de «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», para extenderse, a continuación, al plano subjetivo de la valoración de la validez del consentimiento prestado concretado alternativamente a la situación angustiosa del prestatario, a su inexperiencia o a la limitación de sus facultades mentales* ». (STS 406/2012, de 18 de junio), de la que es ponente Francisco Javier Orduña. Si bien, esta misma doctrina reconoce que « *cuando se recibe una cantidad de dinero prestado inferior a la nominalmente contratada, el control se objetiviza plenamente en orden a la nulidad del*

contrato, con independencia de otras posibles consideraciones: «cualesquiera que sean su entidad y circunstancias» ».

34

« *De este modo, el control que se establece a través de la* ley de represión de la usura *ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos».* (STS 406/2012, de 18 de junio). Doctrina respaldada por José María Miquel, para quien: « *La usura es un abuso inmoral, especialmente grave cuando explota una situación subjetiva* » ob. cit., pág. 27.

35

Según Enrique Barrero Rodríguez es el « *último bastión, el remedio único y exclusivo para dilucidar sobre la improcedencia y desproporción de los intereses remuneratorios* », en «La apreciación de la usura en créditos revolventes», cit.

36

En este sentido, el Tribunal Constitucional destaca « *la imperiosa necesidad de que las entidades de crédito mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada que es esencial en la intermediación financiera, en la que los incumplimientos de los deudores típicos tienen mucha mayor importancia que para otro tipo de empresas* » (STC 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992, 14)).

37

Al decir que «sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de “unidad” y “sistematización” que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del art. 1 de la Ley». Como mejor precedente de la doctrina tradicional, *vid* . STS 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045) , siendo ponente Antonio Gullón Ballesteros.

38

Como dice la STS 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045) , el criterio de interés normal del dinero lo marca el mercado, en una situación de libertad en su estipulación, de ahí que un tipo de interés que en una época es muy alto, en otra se entienda que es normal.

39

Ante la ausencia en la Ley Azcárate de una tasa que determine automáticamente la existencia de usura, la ley del crédito al consumo « *nos estaría dando una referencia legal y útil a efectos prácticos según que los créditos se alejen en más o menos a esas 2,5 veces* » (SAP La Coruña, 19 febrero 2008, con cita de las anteriores).

40

Art. 1.108 del Código civil: « *Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal* ».

41

El interés legal del dinero ha pasado por muchas vicisitudes. El art. 1.108 del Código civil estableció en su redacción original que mientras « *no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés de 6 por 100 al año*». Fue reducido al 5% por Ley de 2 de agosto de 1899. A su vez, la Ley de 7 de octubre de 1939, atendiendo a los « *cursos actuales del mercado de Fondos Públicos a largo plazo* », lo fija en el 4% anual que « *deberá abonarse por el deudor constituido legítimamente en mora* ». La Ley 24/1984, de 29 de junio, deroga el inciso final del art. 1.108 del Código civil que fijaba el interés legal al 6%, mientras no fijara otro el Gobierno, estableciendo que « *El interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente*». Por Ley 13/1994, de 1 de junio, se modifica este precepto para decir que « *El interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado*». Y, por fin, la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, establece que « *El interés legal del dinero se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado*». Y añade que « *El Gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podrá revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado*». Desde entonces ha oscilado entre el 7,5% y el 3%.

42

Este es su aviso al usuario de los «créditos rápidos»: « *fíjate en la TAE (Tasa Anual Equivalente) y no en el TIN (Tipo de Interés Nominal), que es inferior al primero y tan sólo refleja lo que el banco*

cobra como tipo de interés. El TIN no incluye comisiones y otros gastos, claves para saber el coste real de la financiación, que sí están recogidos en la TAE». Disponible en http://www.finanzasparatodos.es/es/secciones/actualidad/cuidadoconfinanciarlasvacaciones.html (visitado el 31/10/2016).

43

Aunque el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, permite a las entidades utilizar en la información destinada a los clientes la « *TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales* », conforme a la habilitación contenida en ese precepto el Banco de España, este organismo ha establecido que en la Información trimestral sobre comisiones y tipos practicados u ofertados de manera más habitual en las operaciones más frecuentes con los perfiles de clientes más comunes que sean personas físicas, se informe de la TAE de los préstamos hipotecarios y personales, según Anejo I de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Según dice la norma decimotercera de la citada Circular, la TAE « *iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos entregados y recibidos a lo largo de la operación* ». Y precisa que en « *los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente, que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato. En estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la TAEVariable* ».

44

ÁngelCarrasco Perera y Alicia Agüero Ortiz, «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatis» un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* , N.º 16, 2015, págs. 73-94.

45

Accesible en http://app.bde.es/csfwciu/faces/csfwciuias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp.
Herramienta comentada en Alicia Agüero Ortiz, «No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo», *Blog CESCO* , 4 de octubre del 2016, págs. 8 y 9.

46

Vid . Norma tercera de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de

crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, según habilitación recogida en el art. 3.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

47

Lo cual permite un gran nivel de homogeneidad en el seno de cada categoría al efecto de que el Banco de Italia publique el Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM) de cada categoría, es decir el TAE, que permite calcular la correspondiente tasa de usura, aumentando en un cuarto el TEGM, con un margen ulterior de cuatro puntos porcentuales. *Vid.* Giovanni D'Amico, «Interessi usurari e contratti bancari», en Giovanni D'Amico/ Stefano Pagliantini/ Fabrizio Piraino/ Ugo Salanitro (a cura di) Giovanni D'Amico, *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso* , 2016, pág. 7, nota 14. Lo que ofrece el Banco de Italia es una fotografía de la evolución de los tipos de interés destinada a fijar la frontera de la usura. *Vid* . Roberto Marcelli, *L'usura «fotografata» dalla Cassazione e l'usura gestita dalla Banca d'Italia* , en eBook Altalex, 2015.

48

Según dice la STS 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857) : « *la referencia del Boletín Estadístico del Banco de España, si bien debe tenerse en cuenta, no determina por ella sola el sentido del juicio o valoración del posible carácter usurario del préstamo. En este caso, aunque el diferencial resulta elevado respecto del interés pactado, también dicho dato debe ponderarse en orden a la manifiesta desproporcionalidad* ».

49

Con esta restricción se trata de prevenir el sobreendeudamiento. *Vid* . Matilde Cuena Casas, «El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar» en Lorenzo Prats Albentosa/ Matilde Cuena Casas/ Carlos Alonso Martínez (coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* , Aranzadi, 2014, págs. 27-92, para quien « *No basta, una mera protección contractual del consumidor (inundándole de información que no comprende), estrategia que se ha evidenciado a todas luces insuficiente, sino que hay que ir más allá: que el prestamista asuma algún coste por comportamientos irregulares (y no meras multas administrativas impuestas por el regulador), que tenga incidencia en la eficacia del contrato celebrado con el cliente y que su conducta pueda ser evaluada a efectos de una subordinación crediticia en el procedimiento concursal* ».

50

Fernando Zunzunegui, «Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», *Revista de derecho bancario y bursátil* , Año N.º 32, N.º 129, 2013, págs. 35-76.

51

Es un principio recogido en el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, donde se contempla como un deber de asistencia al cliente.

52

Las normas sobre evaluación de la solvencia son normas de conducta que integran, junto con las normas prudenciales, el estatuto de las entidades de crédito, de tal modo que para la « *evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica* » (Art. 29.1, segundo, Ley 2/2011, de 4 de marzo).

53

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

54

SSTS 539/2009, de 14 de julio (RJ 2009, 4467) y 628/2015, de 25 de noviembre.

55

Art. 5 Ley Azcárate. Esta corrección será impuesta por el mismo juez que declare la nulidad (art. 6).

56

Cfr. artículo 3.Dos, que añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, según el cual: « *Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago».*

57

Según el ATJUE de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224); Asunto C-602/13), dicho artículo no se opone a la Directiva 93/13/CEE siempre que « *no prejuzgue la apreciación del carácter*

“abusivo” de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato; y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es “abusiva” en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva ». *Vid* . Alicia Agüero Ortiz, «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio», *Blog CESC* O, 29 junio 2016.

58

Hay quien propone extender la limitación de los intereses de demora a los créditos al consumo y que sea de unos puntos adicionales sobre el remuneratorio (José Ángel Martínez Sanchiz, «De nuevo sobre los intereses moratorios», *El Notario del Siglo XXI* , N.º 63, octubre 2015).

59

Salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite al acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba en la ejecución hipotecaria cuando se dan determinados presupuestos enumerados en el citado precepto.

60

El art. 317 del Código de comercio permite el pacto de anatocismo. Parte de que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, sin embargo, los contratantes podrán « *capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos».* A su vez, el primer párrafo del art. 1.109 Código civil dispone que los « *intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto».* El pacto de anatocismo viene vinculado exclusivamente al interés moratorio. En este sentido, la STS 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714) , dice: « *A tal efecto, no puede obviarse que el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración «arrastra» la validez de la estipulación accesoria, que no puede subsistir independientemente». « Desde el punto de vista del control de abusividad, la cláusula, por sí sola, no puede entenderse como generadora de un desequilibrio importante en contratos con consumidores, a salvo de que vaya ligada exclusivamente al pacto de un interés moratorio considerado nulo* » (SAP, Civil sección 1, 335/2016, 23 de junio de 2016, ponente: Jacinto José Pérez Benítez). *Vid* . María Medina Alcoz, «Anatocismo. Derecho español y Draft Common Frame of Reference», *InDret* , 4/2011.

61

«Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo»,

Madrid, enero 2012.

62

El interés legal del dinero sirve de referencia a lo que paga el deudor moroso, y debe depender del interés del dinero que en este momento fija el Banco Central Europeo y de los tipos de interés que se pagan por la Deuda Pública. Estando el tipo principal del Banco Central Europeo en el cero por ciento y en mínimos históricos los que se pagan por la Deuda Pública española, el Gobierno debe cumplir el mandato de revisar a la baja el tipo de interés. En esta función cuenta con el asesoramiento del Banco de España (art. 7.2.e Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España).

63

La condición general del contrato que reconoce a la entidad de crédito la facultad de reclamar el saldo deudor resultante de la cuenta sin sujeción a plazo es válida por no ser de aplicación lo dispuesto en el art. 313 del Código de comercio, que condiciona la exigencia del pago al deudor en los préstamos sin plazo pactado de vencimiento al plazo de treinta días desde el requerimiento notarial que se hubiese hecho (SSTS de 14 de diciembre de 1983 y de 26 de febrero de 1992). Por esta misma razón, tampoco resulta de aplicación a los descubiertos en cuenta el art. 314 del Código de comercio, que establece que los préstamos no devengarán interés si no se hubiese pactado por escrito.

64

Art. 20.3 Ley 16/2011.

65

Según Francisco Javier Orduña, la « *cláusula del interés remuneratorio se integra en el ámbito genético y sinalagmático de perfección y ejecución del contrato, como precio o retribución del capital prestado* », en Francisco Javier Orduña Moreno/ Carlos Sánchez Martín/ Raquel Guillén Catalán, *Control de Transparencia y Contratación Bancaria* , Tirant Lo Blanch, 2016, pág. 144.

66

Sobre esta doctrina aplicada a las cláusulas suelo, *vid* . STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo, STS (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre, STS (Pleno), 138/2015, de 24 de marzo y STS 139/2015, de 24 de marzo, dictada esta última de conformidad con las SSTJUE de 30 de abril de 2014 y de 26 de febrero de 2015. La bibliografía que comenta esta doctrina es muy abundante, por todos: VV. AA., *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* , José María López Jiménez (dir.), 2.ª ed., Barcelona, 2015.

67

Vid . Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, BOCG, SENADO, SERIE I, 7 de mayo de 2010, págs. 18 y 19.

68

Hay publicadas en CENDOJ 6.184 sentencias sobre cláusulas suelo, 10 del TS, en continuo crecimiento según reflejan los datos anualizados: 2010 {2}, 2011 {25},2012 {88},2013 {208},2014 {784},2015 {2735} y 2016, hasta 12 de noviembre {2342}.

69

Art. 5.5 Ley 7/1998.

70

Expresión manuscrita exigida el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. *Vid* ., por todas, RDGRN de 15 de junio de 2016, según la cual « *debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros* ».

71

Queda al margen del presente trabajo la discusión sobre el carácter real o consensual del préstamo bancario. El Anteproyecto de Código mercantil, en el título dedicado a los «contratos financieros», opta por el carácter consensual del «préstamo de dinero», al considerar que « *Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés*». Sea el contrato considerado real o consensual, a los efectos que aquí nos interesa, desde la perspectiva de la doctrina civilista, realizada la entrega, es el prestatario el único obligado.

72

Vid . José Antonio García-Cruces González, «Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* , N.º 143, julio-septiembre, 2016 (versión en línea). A favor de la vigencia del *pacta sunt servanda* se manifiesta Javier Domínguez Romero, pues el banco ha de esperar que, sin una válida tasa mínima a cobrar, el tipo de interés sea el que arroje el índice de mercado y margen convenidos, ya acontezca una remuneración positiva, como será de forma corriente en las liquidaciones periódicas, o una contingente y puntual

remuneración negativa (en «Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios», *InDret* , 1/2016).

73

Santiago Muñoz Machado (Dir.), *Diccionario del Español Jurídico* , Barcelona, 2016, págs. 959 y 960.

74

En este escenario, por un lado, la banca cobra por tomar dinero prestado del BCE y, de otro, se ve obligada a pagar a sus clientes hipotecados cuando el diferencial pactado sobre el Euribor da un resultado negativo. Por ejemplo, si lo pactado es el Euribor más 0,10 por ciento y el Euribor está en negativo en un 0,25 por ciento, el banco se verá obligado a pagar al cliente el 0,15 por ciento en concepto de intereses negativos. Todo ello respetando del plan de amortización que se haya pactado con el banco para devolución del principal. En este contexto, el banco puede seguir haciendo negocio pues recibe del BCE dinero prestado a un tipo de interés negativo que puede ser del 0,40 por ciento y paga al cliente el 0,15 por ciento, con un margen de intermediación del 0,25 por ciento.

75

Garcia-Cruces, ob. cit.

76

Garcia-Cruces, ob. cit.

77

Ángel Carrasco Perera, «¿Están los bancos obligados a devolver dinero a los prestatarios cuando el Euribor baja de cero?», *Blog CESCO* , 29 de abril de 2015.

78

Vid . art. 1.755Código civil y 314 Código de comercio.

79

RDGRN de 15 de julio de 2016, con cita de las anteriores de 12 de marzo, 8 y 27 de octubre y 10

de diciembre de 2015.

80

Lo cual no significa que estemos ante un instrumento financiero. El préstamo a interés variable no está incluido en la relación de instrumentos financieros del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. La intermediación sobre este producto financiero no constituye una prestación de un servicio de inversión, ni le resultan, por lo tanto, aplicables las normas de conducta aplicables a este tipo de servicios.

81

Vid . Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Estrasburgo, de 5 de enero de 2016, que respalda la validez de la obligación de pagar intereses negativos como consecuencia de un pacto de interés variable referenciado a un índice, al considerar que: « *cette variation est le principe même du contrat avec la clause d'indexation contractuellement choisie* ». Para concluir que: « *Les parties ont prévu une clause de variabilité. L'intention du client est de respecter la clause du contrat Le juge doit rappeler à la banque son obligation d' appliquer strictement les stipulations du contrat, à savoir l'évolution de l'indice Liber au taux d'intérêts* ».

82

Vid . SIMONETTO, ob. cit., pág. 272.

83

Citada por SIMONETTO, ob. cit., pág. 273.

84

STS 265/2015, de 22 de abril.

85

Según la STJUE de 14 de marzo 2013, el juez nacional debe comprobar que « *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 éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos* » [Asunto C415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)].

86

Doctrina reiterada en la STS 469/2015, de 8 de septiembre. Con esta doctrina se trata de poner fin a la diversidad de criterios de las sentencias de las Audiencias Provinciales para fijar el límite por abuso a los intereses moratorios, pues unas optaban por el tres veces el interés legal, aplicando por analogía el art. el límite del art. 114 de la Ley Hipotecaria (SAP Burgos de 12 enero de 2015), otras por dos veces y media la TAE, en aplicación analógica del art. 20.2 de la Ley de Crédito al Consumo (SAP Barcelona, Sección 16.ª, de 29 de enero de 2015), y alguna por utilizar un conjunto de variables (SAP Lérida de 27 de abril de 2015, SAP Barcelona, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 2015).

87

Para medir el desequilibrio, « *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual* ». [STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), parágrafo 69].

88

Son los siguientes: « *A fin de aplicar estos criterios jurisprudenciales, es pertinente observar que el art. 1108 del Código Civil establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal, que en la década anterior a la concertación del contrato osciló entre el 3,75% y el 5,5%, y en el año en que se concertó el préstamo era del 5%.*

En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo), establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual.

El nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago».

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés

previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.

Por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero ».

89

Según este precepto, la « *resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos* ». Para la sentencia, este criterio resulta idóneo por cuatro razones: « *Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia».*

90

Esta tasa se justifica en aplicación de la doctrina del TJUE. La STS 265/2015 « *considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».*

91

En opinión de José Ángel Martínez Sanchiz, el Tribunal Supremo, en lugar de establecer unos principios generales, lleva la motivación de la sentencia al fallo para fijar una regla precisa dirigida a modo de reglamento, pues « *el Tribunal Supremo no debe sustituir al legislador* » (en «De nuevo sobre los intereses moratorios», *El Notario del Siglo XXI* , N.º 63, Octubre 2015; en este mismo sentido, *vid* . Segismundo Alvarez Royo-Villanova, «Intereses de demora abusivos en los préstamos hipotecarios: nueva doctrina del TS», *Hay Derecho* , 15 junio, 2016).

92

Ob. cit., pág. 66.

93

Como dice José María Miquel, « *si la integración ha de realizarse en beneficio del consumidor, el interés aplicable debiera ser el legal del dinero conforme dispone el art. 1108CC. Se cumpliría así una función preventiva contra el uso de cláusulas abusivas y se sigue la doctrina que se opone a la aplicación de una reducción conservadora de la validez de la cláusula* » (ob. cit., pág. 67).

94

Vid . Alicia Agüero Ortiz, «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* , N.º 14, 2015, págs. 262-274. El rechazo aumenta cuando se advierte que en el supuesto de hecho de la sentencia estamos ante un caso de vencimiento anticipado del crédito y, en tal caso, la nulidad de los intereses moratorios no puede dar lugar al pago de los remuneratorios sobre un crédito que no está vivo, pues no han sido pactados para ese supuesto.

95

Párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por el art. 3.dos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

96

Alicia Agüero Ortiz, «Los jueces alcanzan acuerdos para homogeneizar criterios respecto a las cláusulas abusivas», *Blog CESCO* , 2013.

97

En este sentido, Emilio Díaz Ruiz y Juan Alberto Díaz López, consideran « *quizás pudiera resultar conveniente, con el fin de delimitar la naturaleza de «lo usurario» y facilitar la aplicación de las consecuencias civiles que dicha delimitación conlleva, introducir alguna delimitación legislativa algo más explícita que la del mentado texto centenario, optando por hacer referencia a una tasa, pero no a una fija, sino variable* », en «Usura. Destipificación penal y control jurídico-privado», *La Ley Mercantil* , n.º 20, diciembre 2015.

98

Enrique Barrero Rodríguez, ob. cit.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Investigadora principal: Matilde CUENA.

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Matilde Cuena Casas (Dir.) y otros]© Portada: Thomson Reuters (Legal)

Limited