

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)

MARINA PÉREZ MONGE

Profesora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. *Carácter usurario del préstamo*: A) Tipos de préstamos usurarios. B) Requisitos del interés usurario. C) Breve referencia al libre arbitrio judicial. D) Sanción de la usura.–II. *Subsistencia de la garantía hipotecaria*: A) Nulidad de los contratos accesorios. B) Posible ineficacia parcial del contrato de préstamo. C) Aspectos registrales.–CONCLUSIÓN.

Este Comentario tiene por objeto la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo el 20 de junio de 2001, y de la que fue ponente don Antonio Gullón Ballesteros.

Me parece útil para situar adecuadamente el tema reproducir a continuación los fundamentos de Derecho en que se apoya el fallo. Los hechos que dieron lugar a la sentencia se pueden deducir del fundamento de Derecho primero.

Primero.–El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4 LEC acusa infracción del artículo 1, párrafo 1.º, de la Ley de 23 de julio de 1980 (sic por 1908). Su fundamentación se dirige a calificar, en contra de la sentencia recurrida, el préstamo que obtuvieron del demandado como usurario, con apoyo en los siguientes hechos: A) un interés del 20 por 100 anual en la época en que fue convenido (1983), excedía notablemente el normal del dinero, aunque no se tuviese en cuenta que había de abonarse por anticipado; B) la situación de los prestatarios era de angustia y necesidad según la sentencia que se recurre; C) el prestamista, para garantizarse el cobro del crédito, exigió y obtuvo hipoteca sobre los bienes de los recurrentes de valor notable-

mente superior al capital, intereses y costas cuyo pago garantizaba; D) la finalidad del préstamo era la del pago de las deudas pendientes de los prestatarios.

La respuesta casacional al motivo ha de partir de la premisa de que esta Sala no puede convertirse en una tercera instancia en pleitos como el presente, a pretexto del artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908, sino que ha de respetar los hechos probados en la instancia, salvo que se alegue y demuestre error de derecho. Sin embargo, la Sala es competente para juzgar sobre si, dados aquellos hechos, los mismos entrañan o no vulneran (sic por vulneración) de los preceptos de la citada Ley. En suma, y de acuerdo con reiterada jurisprudencia actual de esta Sala, la misma entiende que el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908 le otorga plena libertad en la *calificación del préstamo* al que se tilda de usurario.

El préstamo litigioso entiende esta Sala que debe calificarse como usurario en atención a las siguientes circunstancias:

A) La forma clandestina en que se contrajo, pues está probado que la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada por los recurrentes en 1983 en favor del prestamista no era el negocio real concertado. En aquélla se fijaba un interés anual del 4 por 100 con un plazo anual de vencimiento de un año, cuando en realidad el interés anual se estipuló en un 20 por 100, pagadero al comienzo de cada anualidad de forma anticipada, y sin un plazo de duración, pues no se ha probado que se estableciese, sólo que los prestatarios sufrieron ejecución de la hipoteca concertada al tercer año, y que habían pagado lo estipulado privadamente los dos anteriores. No se ha alegado si quiera ninguna razón para este ocultamiento de la realidad, que no parece lógico si el interés pactado fuese normal, y se hubiese querido que con arreglo a lo convenido en la escritura pública hubiese discurrido el desenvolvimiento del préstamo.

B) El interés pactado debe conceptuarse de notablemente superior al valor del dinero en la época en que se contrajo el préstamo. Es cierto que en la misma (1983) el interés bancario del dinero era del 18,5 por 100 según la sentencia recurrida, pero este dato no puede ser sino orientador del interés del mercado, de ninguna manera un parámetro exacto con arreglo al que haya de calificarse todo préstamo, pues aquel interés se calcula en función de circunstancias propias de la intermediación en el mercado del dinero de las entidades financieras, tales como costo de la obtención del mismo, gastos de funcionamiento, previsiones de fallidos, etc.: el interés no es sinónimo de beneficio por el préstamo. De ahí que cuando es un particular el prestamista, no se puedan aplicar los mismos criterios, debe lógicamente ser el interés inferior. Por otra parte, al percibirse por anualidades adelantadas, la diferencia es todavía mayor, mucho más cuando el prestamista está garantizado con hipoteca sobre bienes que se ha probado que tenían un valor muy superior a la cantidad prestada (3.500.000 ptas.). El riesgo que corría en esta situación era nulo, y no aparecen en autos otros riesgos que pudieran justificar tamaño interés.

Todo lo anteriormente expuesto conforma de modo objetivo la exigencia legal de que el interés sea notablemente superior al normal. También se deduce de los autos la situación angustiosa de los prestatarios, que el artículo 1 de la tan citada Ley requiere para calificar de usurario un préstamo, que en la fecha del mismo el recurrente estaba separado del servicio como oficial de la

Administración de Justicia por Resolución del Ministerio de Justicia de 30 de noviembre de 1979, con esposa e hijos a su cargo, en el que no fue repuesto hasta agosto de 1987 tras los correspondientes recursos, y con deudas contraídas.

Segundo.—La estimación del motivo primero hace inútil el examen del segundo y último del recurso, pues se dirige a la misma finalidad.

Como consecuencia de esa estimación, se anula y casa la sentencia recurrida, resolviendo esta Sala en su lugar lo que sigue (art. 1715.1.3.º LEC).

El préstamo litigioso debe calificarse de usurario, por lo que los prestatarios han de devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos al prestamista (art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908).

La hipoteca concertada en la escritura pública de 4 de marzo de 1983 debe quedar también extinguida y su inscripción cancelada, dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal.

La sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1984 mantuvo el criterio de la subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por la aplicación del artículo 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo la accesoriadad de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar.

Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (sentencias de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriadad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción.

La nulidad de la hipoteca lleva consigo la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad; la del procedimiento de ejecución hipotecaria 493/1985, seguido a instancias del demandado y reconviniendo contra los actores ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, y la desestimación de la demanda reconvencional.

INTRODUCCIÓN

En esta Sentencia de 20 de junio de 2001 se califica el préstamo de usurario. En consecuencia, por aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, se declara nulo el contrato de préstamo usurario. Por ello, la hipoteca, garantía accesoria del préstamo, también se considera nula. Se entiende que las obligaciones de restitución de la prestación ya no derivan del contrato de préstamo, sino de la ley, y, por tanto, no cabe man-

tener una hipoteca constituida contractualmente sobre una obligación distinta y sin determinación de fecha.

En consecuencia, se ordena:

a) La cancelación de la inscripción de la hipoteca y del procedimiento de ejecución hipotecario.

b) La desestimación de la demanda reconventional.

Ahora bien, en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como por ejemplo la de 14 de junio de 1984, se mantuvo la hipoteca respecto a la cantidad que resultase de aplicar el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, por considerar que existía accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito a garantizar. En parecido sentido se pronuncia la STS de 8 de noviembre de 1991, respecto a la subsistencia de la fianza. Sin embargo, hay otras sentencias recientes (por ejemplo, la de 18 de noviembre de 1993) en las que una vez declarada la nulidad del préstamo se ordena la cancelación de la anotación e inscripción de hipoteca.

Las cuestiones fundamentales que se plantean en esta sentencia son las siguientes: I) carácter usurario del préstamo, y II) subsistencia de la garantía hipotecaria.

I) Carácter usurario del préstamo

Me referiré brevemente a los tipos de préstamos usurarios, a continuación a los requisitos del interés usurario, posteriormente a la sanción señalada por la ley para los contratos comprendidos en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908¹.

¹ Para facilitar la comprensión del fundamento de esta Ley de Represión de la Usura es útil el texto del discurso que precede a la inicial Proposición de Ley (tomado de SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 149 ss.), en el que se afirma: «Constituyó una aspiración esencial de la Revolución en su primer período el anhelo de consagrar la libertad en todas las esferas sociales. Por lo que hace a la industria, se caracterizaba su organización en el antiguo régimen por una extensa intervención del Estado en la misma, como lo muestran la instrucción de los gremios, las Compañías privilegiadas, la policía de abastos, el régimen aduanero prohibicionista, la tasa, etc. Y como no podía menos de suceder, se afirmó la libertad del interés en los préstamos más pronto o más tarde, hasta tal punto que al presente muy contados pueblos conservan la tasa.

Pero es éste un particular respecto del cual puede bien apreciarse la necesidad de no destruir lo que había sido resultado de la aspiración más arriba anotada, sino de completar lo hecho, en vista de los resultados que ha ofrecido en la práctica. Por eso Austria y Alemania, conservando la libertad de interés que consagraron, respectivamente, las Leyes de 14 de junio de 1868 y de 14 de noviembre de 1867, han venido, la primera por las de 19 de junio de 1877 y 28 de mayo de 1881, y la segunda por las de 24 de mayo de 1880 y 19 de junio de 1893, a salir al encuentro de los abusos escandalosos de los prestamistas [...].

La doctrina en que se inspiran estas Leyes es una aplicación de la general referente a las circunstancias que vician el consentimiento, y es manifestación de la política que ha dado en llamarse intervencionista, en la que se inspiraba el actual Presidente de la República norteamericana al escribir estas palabras: “Será quizá necesario intervenir en las transacciones privadas más de lo que se ha hecho hasta aquí y poner trabas a la astucia, como las hemos puesto a la violencia”.

Desde una perspectiva legal, el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura establece: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo 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.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».

El primer párrafo de este artículo procede de la proposición de Azcárate, pues no se modificó.

A) TIPOS DE PRESTAMOS USUARIOS

A juicio de Díez Picazo la redacción de este artículo, calificada como «poco precisa y desafortunada técnicamente, cobija tres tipos de préstamos usurarios:

Primero. Los que contienen estipulación de un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, que hacen presumir al legislador la falta de libertad del prestatario para aceptarlos.

Segundo. Aquellos en que se consignan condiciones tales que resulten leoninos o pactados en forma de que todas las ventajas sean para el acreedor, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a consecuencia de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Tercero. Los contratos en los que figure mayor cantidad recibida que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias, aun cuando en ella se incluyesen los posibles intereses o rentas pactadas, sin necesidad de concurrir otro requisito»².

Los primeros se conocen como contratos usurarios; los segundos, leoninos, y, finalmente, los terceros, como falsificados. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de marzo de 1942, 12 de julio de 1943, 29 de mayo de 1952, 13 de diciembre de 1958, 15 de diciembre de 1965, 18 de

Por estas razones, e inspirándose en el espíritu de los artículos 1255, 1265, 1276, 1303 y 1305 del Código Civil, el que suscribe hubo de presentar en las Cortes últimas una Proposición de Ley sobre la cual la Comisión correspondiente acordó un dictamen, del que no llegó a darse lectura por haberse disuelto aquéllas [...].

En su vista, el Diputado que suscribe tiene el honor de presentar al Congreso la siguiente Proposición de Ley sobre nulidad de ciertos contratos de préstamo.»

² DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, p. 462; cfr., también, SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), p. 109; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en Martínez de Aguirre Aldaz; De Pablo Contreras; Pérez Álvarez, y Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 681. Cfr. también la amplia bibliografía citada por Marín Pérez, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDERSA*, Madrid, 1982, pp. 19 ss.

octubre de 1968, 19 de diciembre de 1974, 30 de diciembre de 1987 y 11 de febrero de 1989, entre otras. Sin embargo, otra línea jurisprudencial distingue únicamente dos clases (los usurarios y leoninos y, por otra parte, los falsificados). Así, por ejemplo, en Sentencias de 8 de octubre de 1981, 25 de febrero de 1988, 17 de abril de 1989 y 27 de mayo de 1991. En este sentido, afirma Díez Picazo, refiriéndose primero a la distinción tripartita —en relación a la bipartita—: «Esta dirección jurisprudencial justa se opone a otra más estricta, según la cual sólo hay dos clases de préstamos usurarios: aquellos en que se afirma recibida mayor cantidad que la entregada, y los contratos en los que se pacta un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, y que haya motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»³.

Como indica Sancho Rebullida⁴, el Tribunal Supremo realizó esta distinción trimembre en los comienzos. Sin embargo, posteriormente refundió en un mismo tipo aquellos contratos que reunían cumulativamente los requisitos contenidos en los dos primeros grupos. Pasados unos años, se siguió el criterio inicial, es decir, se mantiene la existencia de tres tipos de contratos, de tal modo que el carácter usurario (grupo primero) o leonino (grupo segundo) eran requisitos alternativos. Más tarde, el Tribunal Supremo cambia de nuevo de criterio. Así, en STS de 8 de octubre de 1981 se afirma: «Para esa definición [la calificación de usurario] se requiere no solamente la existencia de interés pactado, sino también que éste resulte normalmente excesivo y aceptado por el prestatario a causa exclusivamente de situación angustiosa».

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante en esta materia, como puede deducirse de la fecha correspondiente a las sentencias referidas, que optan por distinguir dos o tres tipos de contratos usurarios.

Respecto de la sentencia objeto de comentario, concurren los requisitos que caracterizan tanto el contrato usurario como el leonino, como veremos inmediatamente.

B) REQUISITOS DEL INTERÉS USUARIO

Matizando aspectos ya citados en el apartado A), son requisitos del interés usurario:

1) Tipo de interés notablemente superior al normal del dinero.—En este sentido, en el fundamento de Derecho primero de la STS de 20 de junio de 2001 se afirma: «Un interés del 20 por 100 anual en la época en que fue convenido (1983), excedía notablemente el normal del dinero, aunque no se tuviese en cuenta que había de abonarse por anticipado».

Ha de advertirse también que no se entiende la razón por la que se hace constar el interés del 4 por 100 en el documento público, y un tipo del 20 por 100 en el documento privado, si ciertamente el 18,5 por 100 era un interés normal en aquella época. Posiblemente, no era el tipo de interés entre particulares, ni tampoco en los supuestos en que se cobraba por anualidades adelan-

³ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, pp. 462 y 463.

⁴ Cfr. SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, pp. 158 ss.

tadas. Por ello, es preciso, como se indica a continuación, relacionar el tipo de interés con las circunstancias del caso, pues la diferencia objetiva (1,5 por 100) no parece relevante por sí sola.

2) Desproporcionado con las circunstancias del caso.—Se trata de un interés inadecuado para cubrir el riesgo de la operación crediticia. Así, afirma Sancho Rebullida: «Con carácter general [el TS] ha declarado la necesidad de relacionar la cantidad del interés estipulado con el fin a que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que corre el prestamista»⁵. Ha de observarse que el riesgo es inferior si existe garantía hipotecaria⁶.

Así sucede en el supuesto de la Sentencia de 20 de junio de 2001, como se indica en el fundamento de Derecho primero: «C) El prestamista, para garantizarse el cobro del crédito, exigió y obtuvo hipoteca sobre los bienes de los recurrentes de valor notablemente superior al capital, intereses y costas cuyo pago garantizaba».

En concreto, en el fundamento de Derecho primero.B), *in fine*, se afirma que el riesgo es nulo, ya que el prestamista percibe las cantidades correspondientes por anualidades adelantadas, y goza de garantía hipotecaria sobre bienes con valor muy superior a la cantidad prestada.

Respecto de los dos primeros requisitos, Sancho Rebullida afirma: «La normalidad del interés no viene numéricamente cifrado en la ley, sino referida a las circunstancias del caso»⁷. Por ello puede suceder que el Tribunal Supremo declare usurario un préstamo con un tipo de interés del 18 por 100, y no considere como tal otro préstamo en el que el interés sea del 20 por 100. García Cantero explica con claridad la razón. Afirma: «La uniformidad en la

⁵ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. Cfr. también Díez Pícazo y Gullón, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, volumen I, Madrid, 1973, p. 422; Sabater Bayle, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 206 ss.; Rodríguez Sainz García, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, p. 154; Rivero Hernández, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, p. 109.

⁶ Díez Pícazo, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, volumen I, Madrid, 1973, p. 422, en relación al caso *Cortés García c. Gual Ubach y Alemany Esplugas*, STS de 13 de marzo de 1943, afirma: «de manera manifiesta resultaba desproporcionado con las circunstancias del caso, por haberse garantizado el crédito con hipoteca—garantía que eliminaba el riesgo de pérdida del capital—. En el mismo sentido, Sabater Bayle, «Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia», *Aranzadi Civil*, 1994-I, p. XXIII, afirma: «Por lo que se refiere a la circunstancia del riesgo asumido por el prestamista, es criterio comúnmente aceptado que los intereses tolerables en los préstamos garantizados con hipoteca deben ser inferiores a los permisibles en préstamos sin garantía, en relación a la seguridad que tiene el prestamista de recuperar (en aquéllos) el capital y los intereses». Sin embargo, esta consideración apenas ha tenido reflejo. SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En la misma línea, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109, allí puede verse jurisprudencia reciente.

⁷ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 108. Así, también, García Cantero, «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *AC*, 1989, p. 210, afirma: «El concepto clave de “interés notablemente superior al normal del dinero” no viene definido por la ley sino que se encomienda a la libre apreciación judicial según las circunstancias del caso». En el mismo sentido, cfr. Hernández Gil, Francisco, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), p. 1020.

jurisprudencia hubiera requerido el mantenimiento inalterado de las circunstancias económico-sociales de nuestro país, lo que obviamente no se ha producido, por lo que no resulta difícil encontrar decisiones aparentemente contradictorias [...]. Con carácter general, el TS ha declarado la necesidad de relacionar la cuantía del interés con el fin a que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que corre el prestamista; así la Sentencia de 13 de marzo de 1943 toma en cuenta la circunstancia de haberse garantizado el crédito con hipoteca y destinado al pago de deudas»⁸. Como puede observarse, así sucede también en el supuesto que comento.

3) Situación angustiosa, atendiendo a las circunstancias de hecho que le rodean.—Sancho Rebullida apunta: «Ha declarado el TS que la calificación de usurario un contrato por esta circunstancia debe relacionarse con las situaciones fácticas de angustia personal, sean permanentes o transitorias, y cualquiera que sea la causa (SS de 6 julio 1942, 28 enero y 14 noviembre 1957 y 7 marzo 1959)»⁹.

Así se deduce del fundamento de Derecho primero, en el que se afirma: «B) La situación de los prestatarios era de angustia y necesidad según la sentencia que se recurre [...] D) La finalidad del préstamo era la del pago de las deudas pendientes de los prestatarios»¹⁰.

En esta misma línea, como se indica en el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de 29 de septiembre de 1992, se trata de supuestos «en que la normalidad de las gentes vería afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes».

Respecto al referido carácter cumulativo o alternativo de los dos primeros requisitos no se plantean dudas, ya que ambos (tipo de interés y circunstancias personales de angustia) concurren en este supuesto.

C) BREVE REFERENCIA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL

El artículo 2 de la Ley de 1908 establece: «Los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes». Contempla la libre apreciación de los Tribunales en la calificación del préstamo, es decir los Tribunales fallarán según lo alegado por las partes (no según lo alegado y probado por las partes, principio que regía en la práctica judicial). En este sentido, Marín Perez lo califica como «aplúsimo arbi-

⁸ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

⁹ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109. ALBALADEJO, «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 36 y 37, ha matizado que «en cuanto al [préstamo] concertado en condiciones tales que resulte leonino, habiendo 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, parece que —aparte de que ello pueda suponer un vicio de la voluntad— será preciso que el préstamo resulte también con un interés o notablemente superior o al menos superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, pues si el interés no es exagerado sino corriente, no se ve cómo pueda ser usurario, aunque sin embargo el contrato quepa impugnarse por el vicio de la voluntad a que pueda haber dado causa la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales».

¹⁰ En parecido sentido se pronuncia la STS de 14 de septiembre de 1992, en su Fundamento de Derecho tercero: «La normalidad de las gentes verían afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes».

trio judicial»¹¹. Afirma: «El sistema abierto y eminentemente de arbitrio judicial que con la ley se implantó causó profunda extrañeza entre los civilistas de por aquel entonces, demasiado apegados al legalismo, llegando, incluso, a considerarse peligroso para la seguridad jurídica al reservarse al arbitrio judicial facultades hasta el momento insospechadas; criterio legal que es, indudablemente, el único que podía otorgar una cierta vigencia a los pronunciamientos de la ley represiva en maniobras de tan difícil demostración como las usurarias»¹².

Así, en el segundo párrafo del fundamento de Derecho primero de la Sentencia objeto de comentario se alude a la plena libertad de la Sala en la calificación del préstamo al que se tilda de usurario.

D) SANCIÓN DE LA USURA

En principio, la sanción que establece la Ley de 23 de julio de 1908, para los contratos calificados como usurarios, es la nulidad.

Conviene recordar que en el artículo 3 se establece: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

Es discutida la naturaleza de esta sanción. En este sentido, Martínez de Aguirre Aldaz califica dicha nulidad como «atípica: a la acción para solicitarla se le aplica el plazo de prescripción quincenal del artículo 1964 (entre otras, SSTS de 23 de febrero de 1957 y 27 de octubre de 1960), y el único legitimado para ejercitarla es el contratante perjudicado (SS de 23 de mayo de 1929 y 11 de octubre de 1958)»¹³.

La jurisprudencia es contradictoria¹⁴. Me parece oportuno realizar una referencia doctrinal para observar los efectos diversos que se atribuyen —según se considere un supuesto de nulidad o anulabilidad—, por ejemplo respecto a la posibilidad de aseguramiento. Así, algunos autores consideran que se trata de nulidad absoluta y otros entienden que es un supuesto de anulabilidad.

¹¹ MARÍN PÉREZ, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDESA*, Madrid, 1982, p. 130.

¹² MARÍN PÉREZ, *op et loc. ult. cit.*, afirma: «En recta interpretación del citado artículo 2.º, ha venido afirmando siempre numerosa doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo el libre albedrío de los juzgadores, tanto de instancia como del propio Órgano Supremo, para calificar conforme a las disposiciones de dicha ley el contrato litigioso sometido a su conocimiento, esto, reconociendo el amplísimo arbitrio judicial existente en la materia»; RODRÍGUEZ SAINZ GARCÍA, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, p. 156; SABATER BAYLE, «Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia», *Aranzadi Civil*, 1994-I, p. VII. Este artículo 2 de la Ley de Represión de la Usura ha sido derogado por la disposición derogatoria única, Apartado 4.º, de la LEC de 7 de enero de 2000, aun cuando se ha mantenido este principio en la regulación de la LEC (art. 319). Así, en la regulación de las normas sobre prueba mediante documentos públicos, establece que los Tribunales formarán libremente su convicción sin atenerse a la regla legal que señala la eficacia en el proceso de dichos documentos (art. 319.3).

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, p. 682. En el mismo sentido, MARÍN PÉREZ, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDESA*, Madrid, 1982, p. 137, mantiene una postura matizada, pues entiende que aunque la nulidad sea imprescriptible, se ha limitado la prescripción de la acción de nulidad al plazo de quince años, mediante la aplicación del artículo 1964 del Código Civil.

¹⁴ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 38 ss.

1.º Entre quienes defienden que se trata de nulidad radical, cabe citar a Hernández Gil¹⁵, Albaladejo¹⁶ o Blasco Gascó¹⁷.

La nulidad absoluta ya fue proclamada en las SSTs de 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963, 14 de abril de 1966 y 30 de diciembre de 1987. En esta sentencia, en su fundamento jurídico quinto se afirma: «IV) La nulidad de los contratos a que se refiere el artículo 1 de la citada Ley de 1908 es la radical, por lo que a diferencia de lo que acontece con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señalan otros efectos (art. 6.3 del Código Civil), no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes. V) Como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en los contratos de 21 y 22 de enero de 1980 es radicalmente nula, la novación no puede operar su convalidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 en relación con el 6.3, ambos del Código Civil; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar –Sentencia de 26 de octubre de 1959–».

Quienes defienden la nulidad del préstamo usurario obtienen las siguientes consecuencias:

a) La acción de nulidad contra préstamos usurarios es imprescriptible. Como se señala más adelante, Albaladejo matiza que sin embargo es prescriptible y está sujeta al plazo de prescripción de quince años la acción de restitución.

b) Son contratos no confirmables ni convalidables.

c) No son susceptibles de novación porque ésta no se extiende a la obligación de restituir salvo que se hubiese previsto así en el contrato.

d) La acción de nulidad corresponde a todos los interesados en que ésta conste.

e) No son susceptibles de aseguramiento.

f) La obligación de devolver no nace del contrato, que es nulo, sino del artículo 1303 del Código Civil y del 3 de la Ley de Represión de la Usura.

2.º Otros autores se manifiestan contra la nulidad absoluta. En este sentido, afirma Marín Pérez: «Por lo demás, el alcance de la nulidad de estos contratos que la ley declara, no envuelve, como estableció, entre otras, la Sentencia de 6 marzo 1961, una nulidad radical o inexistencia del contrato por falta de alguno de sus requisitos esenciales, sino que es una nulidad decretada por la ley por hallarse viciado el contrato. Por otra parte, la acción de nulidad a que nos referimos no es una acción pública que pueda ser ejercida por todos los ciudadanos, pues se concede exclusivamente a favor del contratante perjudicado por el contrato tachado de usurario, habiéndose de referir a contratos pendientes de extinción o de total cumplimiento, como así lo revela claramente el texto de los artículos 3 y 4»¹⁸. De la misma opinión es De Ángel Yáguez¹⁹.

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), p. 1022.

¹⁶ ALBALADEJO, *op. cit.* pp. 33 ss.

¹⁷ BLASCO GASCÓ, en *Derecho de obligaciones y Contratos* (Coordinadora: Valpuesca Fernández), Valencia, 1994, p. 714.

¹⁸ MARÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 138.

¹⁹ DE ÁNGEL YÁGUEZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, p. 1631.

Así, quienes defienden la anulabilidad del préstamo usurario, aportan algunas de las siguientes razones²⁰:

- a) La existencia de plazo de prescripción, cuya duración es discutida. Algunos autores consideran que se trata de un plazo de cuatro años²¹, otros entienden que el plazo es de quince años²².
- b) La acción corresponde al contratante perjudicado.
- c) Es susceptible de aseguramiento.
- d) Son contratos confirmables o convalidables por actos de los interesados o por el cumplimiento.
- e) Son susceptibles de novación.
- f) Del contrato usurario queda subsistente la obligación de devolver, por lo que los efectos no desaparecen en su integridad.

Desde otro punto de vista, García Cantero propone la posible aplicación del artículo 10.1.c F.4 de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, de tal modo que sería nula la cláusula relativa al tipo de interés, no todo el contrato, salvo que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual (art. 10.4.2)²³. A mi juicio, sería deseable esta solución, aun cuando no es seguro que los Tribunales se pronuncien en este sentido con la legislación vigente. Por ello, me parece oportuna una reforma legal adoptando expresamente la adecuada solución propuesta por García Cantero²⁴.

²⁰ Cfr. MARÍN PÉREZ, *op. et loc. ult. cit.*; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. et loc. ult. cit.*; RODRÍGUEZ-SAINZ GARCÍA, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, pp. 157 ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 40, se refiere a sentencias que acogen la anulabilidad.

²¹ SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, p. 161, manifiesta: «En el Código Civil la acción de nulidad está prevista genéricamente para caso de que falten los requisitos esenciales, consentimiento, objeto y causa (art. 1261) y el artículo 1301 señala el plazo de ejercicio de cuatro años, a partir del día en que cesó la intimidación o violencia en el consentimiento, o desde la consumación del contrato en caso de error, dolo o falsedad de la causa. Por tanto, hay que entender que el artículo 1301 se aplica por analogía a las nulidades arbitradas en los artículos 1 y 9 de la Ley especial y, por tanto, su plazo es de cuatro años». Ha de tenerse en cuenta también que el propio Azcárate manifiesta en el discurso que precede a la inicial Proposición de Ley citado anteriormente (tomado de SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 149 ss.) su inspiración en los artículos del Código Civil relativos a la nulidad de los contratos.

²² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, p. 1631, afirma: «La ley no declara la nulidad radical del contrato, por lo que la acción ha de ejercitarse dentro del plazo general de quince años (art. 1964)».

²³ GARCÍA CANTERO, «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *AC*, 1989, p. 209. Por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la disposición adicional primera, apartado dos, se da nueva redacción al artículo 10 y, en su apartado tres, se añade un nuevo artículo 10 bis. En dicho artículo 10 bis, apartado 2, *in fine*, se contiene la vigente redacción de esta materia en los siguientes términos: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato».

²⁴ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

3.º En una posición intermedia, Díez Picazo parece que opta por la anulabilidad, aun cuando juzga más adecuada la sanción de la nulidad absoluta. Afirma: «La acción ha de ejercitarse dentro de un plazo determinado, pues la Ley de 1908 no declara expresamente la nulidad radical del contrato con su secuela de imprescriptibilidad de la acción. Pero, al no fijar tampoco aquel plazo, se estará al general de quince años (art. 1964) (SS de 14 de diciembre de 1949 y 27 de octubre de 1960), debiendo ejercitarse la acción mientras el contrato no esté consumado (S de 2 de noviembre de 1982). Más correcta parece la tesis de que el contrato es radicalmente nulo, no susceptible de confirmación, por lo que no tiene razón de ser ni la prescriptibilidad de la acción, ni la necesidad de su ejercicio mientras el contrato no está consumado»²⁵. Así también, Martínez de Aguirre Aldaz considera que «esta doctrina [relativa a que la acción de nulidad no cabe cuando el contrato está ya consumado] es discutible, ya que supone la definitiva legalización del préstamo usurario ya pagado: la cuestión no es si el prestatario ha podido pagarlo o no, sino si el préstamo es, en sí, usurario»²⁶. Por todo ello, me parece que no ha de ser relevante el hecho de que el préstamo se haya pagado o todavía no se haya completado el pago.

En mi opinión, en el caso resuelto por la sentencia comentada, considero que se trata de un préstamo usurario por las siguientes razones:

1.ª La forma clandestina en que se contrajo, de modo que el interés pactado en el documento público era del 4 por 100 y el real de un 20 por 100. Como se indica en la sentencia comentada, no parece lógico el ocultamiento del tipo de interés del 20 por 100 si éste fuese normal, teniendo en cuenta —entre otras circunstancias que se indican a continuación— que se cobraba por anualidades adelantadas.

2.ª El prestamista era un particular, que no debe contar con las posibles fallidos de otros préstamos concedidos. Por ello, el tipo de interés debería ser inferior al fijado por una entidad de crédito.

3.ª La garantía hipotecaria sobre bienes de un valor muy superior al importe del préstamo determina que el prestamista se asegura el pago, de tal manera que el riesgo del prestamista era mínimo.

4.ª La situación del prestatario era de angustia, pues estaba separado del servicio, y con cargas familiares, de modo que el préstamo se contrató para pagar deudas pendientes.

Por todo ello, considero que se trata de un préstamo usurario, pues el interés es superior al normal del dinero teniendo en cuenta las referidas circunstancias del caso (préstamo de un particular con garantía hipotecaria), así como la situación de angustia del prestatario.

En consecuencia, me parece ajustado a Derecho el fallo de la sentencia comentada, que declara nulo el contrato de préstamo. Así pues, cada uno debe devolver las sumas indicadas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura.

²⁵ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, p. 463.

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. et loc. ult. cit.*

II) Subsistencia de la garantía hipotecaria

A) NULIDAD DE CONTRATOS ACCESORIOS

En principio, se admite la nulidad del contrato accesorio una vez declarado nulo el negocio principal. En este sentido, la STS de 20 de junio de 2001 declara la nulidad del préstamo y ordena la cancelación de la inscripción de hipoteca. Desde un punto de vista estricto, es la solución más acorde con el carácter accesorio de la hipoteca (cfr. arts. 1857 del CC y 104 LH), así como con los principios hipotecarios de especialidad y determinación. Posiblemente, el legislador de 1908 quiso sancionar con la extinción de la garantía accesorio al prestamista cuyo contrato se califica como usurario. Me parece que no es una solución segura, y quizá es una sanción excesivamente grave para el prestamista, aun cuando, insisto, a mi juicio, es la más ajustada a Derecho.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria en esta materia. Así, hay sentencias en las que una vez declarada la nulidad –por usurario– del préstamo hipotecario, se ordena la cancelación de la inscripción y anotación relativas a la hipoteca. Sin embargo, en otras sentencias se mantiene la garantía hipotecaria. Así, en la Sentencia de 14 de junio de 1984, considerando cuarto, el Tribunal Supremo resuelve en los siguientes términos: «el pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada, y ya se entienda que esta obligación de restituir se genera *ex mutuo* en lo que el negocio fue válido, o que surge como aspecto de la declaración de nulidad, es incuestionable en todo caso que, aun sin traer a colación el principio favorable a la nulidad parcial de los contratos sancionado por la jurisprudencia –SS de 30 de marzo de 1950, 3 de junio de 1953 y 10 de octubre de 1977– asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, y, por consiguiente, no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca consagrado en los artículos 1528 y 1857, número 1.º, del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria, como ligada que está a la existencia del derecho principal asegurado, cuya extensión y la de la correspondiente garantía pactada por los contratantes reduce en justa proporción la Sala en atención a la nulidad operada, pero por obra misma de su accesoriidad habrá de subsistir la hipoteca en tanto el pago del crédito no provoque su extinción (arts. 144 de dicha Ley y 240 del Reglamento Hipotecario), doctrina ya mantenida por este Tribunal en Sentencia de 6 de marzo de 1961». Ciertamente, de este modo se respeta el principio de accesoriidad de la hipoteca respecto al crédito, pero quiebran los principios de determinación y especialidad, que rigen en Derecho hipotecario para la inscripción de la hipoteca. Así, en la STS de 20 de junio de 2001 se afirma: «Esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (Sentencias de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipo-

teca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». A mi juicio, es más ajustada al Derecho vigente, en interpretación estricta, el fallo de la STS de 20 de junio de 2001, por el que se declara la nulidad del contrato de préstamo y la cancelación de la inscripción de la hipoteca, todo ello, como se ha indicado, a la luz de los referidos principios de especialidad y determinación que rigen en Derecho hipotecario, así como al principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del contrato que garantiza.

Por otra parte, el hecho de que el prestatario pretenda la extinción del derecho real de garantía lleva a dudar acerca de su voluntad de devolver lo que recibió. Así, continúa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 1984: «No deja de resultar sospechoso ese afán de la sociedad deudora por lograr la desaparición del derecho real de garantía que sujeta a los bienes hipotecados, cuando van transcurridos más de seis años desde la entrega del numerario y no consta en las actuaciones antecedente alguno que permita basar la creencia en su presta disposición a reintegrar la suma recibida que por exigencias nominalistas será reintegrada al mutuante en la misma cifra del numerario, aunque con moneda cuyo valor ha experimentado disminución». Me parece que, en la práctica, el prestatario difícilmente podrá devolver el importe del capital, por lo que la subsistencia de la garantía hipotecaria aseguraría que el prestamista pudiera cobrar aquello que entregó. Si se cancela dicha garantía, podría suceder que otros acreedores fuesen preferentes y por tanto el prestamista no obtendría la restitución, lo que parece una sanción excesiva para quien prestó el dinero. Ahora bien, no es seguro si la *voluntas legis* es sancionar al prestamista usurero con la pérdida de la garantía hipotecaria como medida disuasoria en la concesión de tales préstamos.

Además, mediante una interpretación sociológica del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, junto con el artículo 10 de la Ley 26/1984 –como propone García Cantero²⁷–, que sanciona con nulidad únicamente la cláusula –en este caso relativa al tipo de interés–, no el contrato; y aplicando el principio de conservación del negocio, podría defenderse la validez del contrato, sustituyendo la cláusula relativa al tipo de interés. De este modo, se mantendría la garantía hipotecaria. Ahora bien, esta solución no es segura. Por ello, me parece que, en aras de la seguridad jurídica, debería reformarse la Ley de Usura en el sentido de que no se declare nulo el contrato, sino simplemente la sustitución de la cláusula en que se fije el tipo de interés por aquella en que el tipo sea el 0 por 100, o, en su caso, el interés legal, de tal modo que se incluiría en el apartado siguiente relativo a la posible ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas²⁸.

En el mismo sentido, en la STS de 8 de noviembre de 1991 se declara la nulidad del préstamo por usurario, pero subsiste la obligación de devolver el importe recibido y subsiste la hipoteca a tal fin. Así, en el fundamento jurídico sexto cita la referida argumentación de la STS de 14 de junio de 1984.

²⁷ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

²⁸ Cfr. artículos 1508 y 1608 del Código Civil; 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, y 3 de la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995.

A mi juicio, aun reconociendo que no carece de objeciones²⁹, resulta más equitativa para ambas partes la subsistencia de la garantía hipotecaria limitada al importe del capital que se debe devolver, que podría concretarse en una novación del contrato primitivo.

En nuestra doctrina, afirma Rivero Hernández: «En principio la invalidez de un acto debe trascender a otro posterior que con él se relacione, o que se apoye en él, “no sólo cuando éste presuponga, para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar la ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso perseguido” (SS de 20 de noviembre de 1964)»³⁰. Por ello, una vez declarada la nulidad del préstamo, debe cancelarse la garantía accesoria, es decir, la hipoteca. No obstante, advierte que el TS, aun tratándose de nulidad, tiene declarado que asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, por lo que subsiste en esta proporción la hipoteca constituida (SS de 14 de junio de 1984 y 8 de noviembre de 1991)³¹.

En el mismo sentido, De Pablo Contreras afirma: «La nulidad del contrato puede determinar la de otros coligados o conexos, lo que ocurrirá cuando sean accesorios de aquél (así, art. 1824 CC, para la fianza)»³². Tras referirse a diversos supuestos, afirma finalmente: «En lo demás, situados en el contenido del contrato que no posea la condición de esencial, no hay inconveniente en

²⁹ Como he indicado *supra*, es más ajustado a Derecho, a mi juicio, entender que si el contrato de préstamo es nulo, debe cancelarse la inscripción de hipoteca que lo garantizaba.

³⁰ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, 2.ª edición (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), pp. 561 y 562.

³¹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, volumen II, Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito, 1999, 2.ª edición (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109.

³² DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez Parra Lucan, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 460. En el mismo sentido, Díez Pícazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 2001, p. 105, afirma, respecto a la nulidad absoluta: «La nulidad tiene una tendencia propagadora, es decir, alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo (S de 13 de abril de 1988). Sin embargo, dada la carencia de una norma positiva, no se pueden dar principios generales, y la decisión de cuándo existe aquella dependencia queda a criterio del juzgador. Parece que la nulidad de los negocios posteriores se declarará cuando existe una *unidad intencional* que presida la celebración de los mismos, en suma, cuando el anterior sea causa o razón suficiente de la celebración del posterior (S de 10 de noviembre de 1964)». Así, si se declara la nulidad, los contratantes están obligados a restituirse recíprocamente, y además se ordenará la cancelación de la hipoteca. Parece deseable que se declarase únicamente la nulidad de la cláusula y se mantuviese la hipoteca. Ahora bien, siguiendo una interpretación teleológica de la ley —que pretende reprimir la usura, protegiendo al prestatario, evitando los préstamos usurarios—, posiblemente sea más acorde con la finalidad de la ley la nulidad de la hipoteca para sancionar así al prestamista que concede un préstamo usurario.

Respecto de los contratos anulables, en Díez Pícazo y Gullón, *op. ult. cit.*, p. 109, afirma: «Los contratos anulables producen efectos legales desde su perfección, pero son claudicantes o provisionales, en el sentido de que cesarán y se tendrán por no existentes ab initio si la nulidad se declara judicialmente.

Esta declaración judicial llevará consigo la restitución del estado de cosas existente a la celebración del contrato».

admitir que valga el resto del contrato cuando, suprimida la cláusula o cláusulas específicamente afectadas por la invalidez, se pueda inferir que, sin ellas, las partes lo habrían igualmente celebrado. En este sentido, puede entenderse vigente en nuestro Derecho el principio que expresa la máxima *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no resulta viciado por lo inútil)³³. Si se aplica este principio, es dudoso que se pudiese mantener la validez del contrato de préstamo, ya que ciertamente el tipo de interés es una condición esencial en este contrato. Por tanto, seguramente que sin esta cláusula el prestamista no habría concedido el préstamo.

Así, Delgado Echeverría afirma: «Respecto de la propagación de la ineficacia, y en ausencia de norma legal, puede razonarse, en primer lugar, sobre la idea de accesoriedad. La invalidez de la obligación, cláusula o contrato principal acarreará la de lo accesorio, tanto si es parte del mismo contrato (por ejemplo, cláusula penal) como si se trata de contrato coligado o conexo (por ejemplo, fianza, art. 1824)³⁴. Añade: «Para la Sentencia de 8 diciembre 1991, una vez declarado nulo un préstamo por usurario, no desaparece el contrato accesorio de fianza, al quedar subsistente la obligación de restituir la suma efectivamente recibida por el prestatario. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia francesa (Ghestin, ob. cit., p. 1063). La solución es dudosa, y acaso pueda argumentarse por ser indiferente para el fiador que la obligación de restituir sea la fundada en el contrato o en la ley»³⁵. A mi juicio, sería deseable, para evitar estas dudas, una redacción clara de esta materia, de modo que se declarase nula la cláusula y se mantuviese el contrato principal. Así, claramente quedaría vigente la garantía accesorio correspondiente.

Desde otro punto de vista, Albaladejo, defensor de la nulidad absoluta del contrato de préstamo usurario, afirma: «En cuanto a la fianza, que “no puede existir sin una obligación válida” (art. 1824.1.^a), es claro que no cabe que sea prestada válidamente para las de un contrato nulo como el de préstamo usurario que, por definición no obliga. Esto es claro y no tiene más que decir para la fianza de la obligación de pagar intereses. En cuanto a la de restituir, lo mismo el prestatario lo que recibió, que el prestamista lo que cobró, ciertamente que hay obligación, pero no procedente del contrato, sino de la recepción de la suma prestada o del cobro de los intereses ilegales. Casos los cuales, en los dos, hay una obligación válida, que es, por tanto, afianzable. Si la fianza se prestó específicamente para ella, no hay cuestión. Pero si se prestó para el contrato de préstamo ¿vale para la obligación de restituir, que no nace de él, sino de su nulidad? Yo creo que a pesar del tratamiento restrictivo de la fianza (art. 1827 CC), es seguro que se debe mantener que, salvo que se excluya, la voluntad de afianzar comprende tanto la de afianzar las obligaciones contractuales como las que pueda generar la invalidez del contrato. Otra cosa sería por completo inequitativa e iría contra el espíritu del artículo 1258»³⁶.

³³ DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 474.

³⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo XVII, vol. II, artículos 1281 a 1314 del Código Civil, Madrid, 1995, p. 403.

³⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*

³⁶ ALBALADEJO, «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, p. 44. Respecto del carácter restrictivo de la fianza, el artículo 1827 establece: «La fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

En parecido sentido, y respecto a la hipoteca, el artículo 1876 del Código Civil, relativo a la hipoteca, establece: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre

El efecto, respecto a la existencia del aseguramiento, según Albaladejo, sería el mismo si consideramos el contrato de préstamo nulo o anulable:

– Si es nulo, la garantía hipotecaria se extiende a la obligación de restitución, sea porque así se expresó o por aplicación del artículo 1258 del Código Civil, según el cual: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

– Si es anulable, la obligación de restitución sería un efecto del contrato, en los términos que se hubiese pactado, y se mantendría la garantía hipotecaria.

En definitiva, la hipoteca garantizaría la obligación de restituir el capital, descontando de él los intereses indebidamente pagados por tratarse de préstamo usurario, cuya sanción es que se devuelve la cantidad del capital, pero no los intereses. En mi opinión, es dudoso que los Tribunales resolvieran en este sentido, ateniéndose al Derecho vigente, pues entiendo que no se respetan los principios de especialidad y determinación que rigen para la inscripción de la hipoteca.

Respecto a los efectos de la nulidad, Albaladejo insiste en que «siendo nulo el préstamo, carece de efectos, y el restitutorio procede, no del contrato, sino de las entregas hechas por el prestamista o prestatario»³⁷.

Criticando la nulidad establecida por la Ley de Represión de la Usura, propone como mejor solución que el tipo de interés se sustituya por el que corresponda al interés legal del dinero, o que se tratase de un contrato rescindible por el prestatario, tomando como referencia la regulación establecida en otros países³⁸. En este sentido, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, redactado por la Academia de Privatistas Europeos, en su artículo 30.3, establece: «Es rescindible, como se prevé en el artículo 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la dependencia eco-

que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». El artículo 104 de la Ley Hipotecaria tiene el mismo contenido.

³⁷ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 48. Esta acción está sujeta al plazo de prescripción de quince años.

³⁸ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 48 y 49. En concreto, se refiere al Código italiano de 1942 y al Código portugués de 1966. Así, en relación al primero advierte «que si los intereses son usurarios, la cláusula es nula y se deben sólo en la cuantía legal. Con lo que el contrato vale con sustitución del interés pactado por el legal, así que sigue sin más funcionando, pero ya sin usura». Respecto del segundo, afirma: «Solución también del Código portugués de 1966, artículo 1146.3, en el que el interés usurario, que lo es el que supera una cierta cifra máxima según los casos, se reduce por la ley a ese máximo, manteniéndose el contrato; y solución asimismo de la Ley francesa de 26 de diciembre de 1966, artículo 5, para la que los intereses excesivos “se imputan de pleno derecho a los normales ya devengados y subsidiariamente al capital”». También MARÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 113, refiriéndose al Derecho italiano advierte: «Si se han convenido intereses usurarios la respectiva cláusula contractual es nula; sin embargo, se trata de nulidad parcial, a tenor del artículo 1419, apartado primero, el citado CC italiano, con la consecuencia de que queda firme la obligación de los intereses, pero en la medida legal (art. 1815), y que, por otra parte, el mutuante, no quedando enteramente sin efecto el contrato, no tiene el poder de constreñir al mutuuario a la inmediata restitución del capital que se le ha prestado, aunque la medida de los intereses sea inferior a la pactada.»

nómica y moral de la otra parte, hace prometer o proporcionar a ella misma o a un tercero una prestación o otras ventajas patrimoniales, manifiestamente desproporcionadas en relación a la prestación que le ha sido proporcionada o prometida»³⁹. El artículo 156.1 establece: «Sin perjuicio de lo previsto para la usura por las reglas comunitarias o en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea que son aplicables, en la hipótesis prevista por el artículo 30, apartado 3, la parte que pretenda proceder a la rescisión del contrato debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la cual se aplican las disposiciones que figuran en los artículos 21 y 36, apartado 2».

Se prevé la posibilidad de rescindir el contrato, es decir se considera que el contrato ha sido válidamente celebrado, pero se permite que quien sufrió lesión pueda proceder a la rescisión del mismo.

Ahora bien, por una parte, la solución ofrecida por la Ley de Represión de la Usura es más beneficiosa para el prestatario, ya que sólo debe restituir el capital prestado –no los intereses legales–, pero, por otra parte, en pocas ocasiones se califica el préstamo de usurario.

En definitiva, considero, de acuerdo con el pronunciamiento judicial comentado, que la hipoteca es accesoria del contrato de préstamo. En consecuencia, una vez declarada la nulidad del préstamo usurario, debe ordenarse la cancelación de la hipoteca –según los preceptos y principios vigentes a los que me he referido *supra*–, pues lo accesorio (hipoteca) no puede garantizar un contrato nulo (contrato usurario de préstamo). Además, entiendo, con la STS de 20 de junio de 2001, que de este modo se respetan los principios de especialidad y determinación que rigen en Derecho hipotecario. No obstante, considero con García Cantero que se podría realizar una interpretación sociológica del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, junto con el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –que sanciona con nulidad únicamente la cláusula, referida en este supuesto al tipo de interés, no el contrato; y aplicando el principio de conservación del negocio podría mantenerse la validez del contrato, sustituyendo la cláusula relativa al tipo de interés–, que sería más equitativa, aun cuando no es seguro que fuese adoptada por nuestros Tribunales, con el Derecho vigente.

B) POSIBLE INEFICACIA PARCIAL DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Respecto a la ineficacia parcial, afirma Rivero Hernández: «No resulta con claridad si, fuera de los supuestos legalmente previstos, el punto de partida es la ineficacia parcial (salvo que se pruebe que no se hubiera querido el contrato así, disminuido en sus efectos, solución italiana) o la total ineficacia,

³⁹ La redacción del texto francés es la siguiente: «Est rescindable, comme il est prévu à l'art. 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique et moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qui lui a été fournie ou promise».

Artículo 156.1: «Mis à part ce qui est prévu pour l'usure par les règles communautaires ou en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne qui se rendent applicables, dans l'hypothèse prévue par l'art. 30 al. 3, la partie qui désire procéder à la rescision du contrat doit adresser à la contrepartie une déclaration, contenant les indications nécessaires, à laquelle s'appliquent les dispositions figurant dans les art. 21 et 36 al. 2».

salvo prueba de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato (solución del BGB, y la más acorde con el sistema de nuestro Código, en que la nulidad parcial no está prevista sino para casos determinados)»⁴⁰.

En relación a la ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas (fenómeno consistente en la «sustitución automática de las cláusulas contractuales contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que se incrustan en el contrato en sustitución de la voluntad privada en contrario. En tales casos –legislación, por ejemplo, contra la usura [...]– la nulidad parcial (eliminación de las cláusulas disconformes con los preceptos imperativos) es sólo el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato»⁴¹.

Según este planteamiento si el contrato se mantenía, también la hipoteca vendría a garantizar la obligación de restituir, en el supuesto objeto de estudio, el capital prestado.

Ahora bien, en la Sentencia de 20 de junio de 2001 se afirma: «La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriidad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». Parece, a mi juicio, la interpretación más ajustada a la regulación establecida por la Ley de Represión de la Usura, y precisamente, porque en el afán de reprimir la usura, se sanciona al prestamista, no sólo con la pérdida de los intereses, sino también con la de la garantía, en este caso, hipotecaria.

C) ASPECTOS REGISTRALES

En el supuesto de que la propia sentencia declare la nulidad del préstamo usurario, y la cancelación de la inscripción de la hipoteca, como sucede en este supuesto, el Registrador lo realizará en virtud del artículo 82 LH, que establece: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

En el caso de que la sentencia declare la nulidad del préstamo y no se pronuncie respecto de la hipoteca que lo garantizaba, probablemente pudie-

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, p. 562; MARÍN PADILLA, «El principio general de conservación de los negocios jurídicos, *Utile per inutile non vitiatur*», Barcelona, 1990, p. 32, recoge cómo ya en Derecho Romano, se podía observar la aplicación de la máxima referida en algunos supuestos. Así, respecto a los contratos en donde se pacten intereses superiores a los legalmente establecidos, afirma: «En realidad, por un medio o por otro, de lo que se trata es de salvar el contrato, como dice textualmente Paulo: “Es sabido, que solamente no se deben los mismos intereses ilícitos mezclados con el capital, pero que no vicia el capital”».

⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen I.º. Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, pp. 561 y 562.

ra acceder al Registro de la Propiedad como una novación, el nuevo importe de capital que garantizaría la hipoteca sustituyendo el tipo de interés pactado –y calificado como usurario– por un tipo del 0 por 100, en virtud de los referidos artículos 82 y 144 LH. En este sentido, el artículo 144 LH establece: «Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o compromiso de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos».

En definitiva, se trataría de una novación, semejante a la prevista por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en cuanto que su objetivo es modificar el tipo de interés. El artículo 2 de dicha ley, referido a los requisitos de la subrogación, califica dicha modificación como novación modificativa en los siguientes términos: «Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario». A continuación, el artículo 5 ab initio concreta su acceso al Registro, en este caso, mediante nota marginal: «El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal».

Por todo ello, considero que mediante la sentencia que declara usurario el préstamo, se podrá sustituir el importe que inicialmente garantizaba la hipoteca (capital prestado e intereses calificados como usurarios) por la nueva suma que se garantiza (únicamente el capital del préstamo). Así, en virtud del artículo 82 LH, referido a las modificaciones registrales en virtud de sentencia, junto con el 144, que contempla la novación, y las normas contenidas en la referida Ley 2/1994, entiendo que podrá acceder al Registro de la Propiedad el nuevo importe que garantizaría la hipoteca.

CONCLUSIÓN

El artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura sanciona con nulidad el contrato de préstamo calificado como usurario. La garantía hipotecaria es accesoria de la obligación principal del prestatario. A mi juicio, esta solución no es satisfactoria.

Caben aquí tres perspectivas:

1.^a Interpretación estricta del Derecho vigente.–Desde este punto de vista (fundamentalmente la Ley de 1908 y el art. 1857 del Código Civil y el 104 LH, referidos estos últimos al carácter accesorio de la hipoteca respecto del préstamo garantizado), y siendo que la nueva LEC (no aplicable al supuesto objeto de comentario) no ha derogado el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, pudiera pensarse que nuestro legislador quiere sancionar con la nulidad de la garantía hipotecaria a quien prestó a un interés usurario.

2.^a Interpretación sociológica y principio de conservación del negocio.–El artículo 10 de Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumi-

dores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece la nulidad de la cláusula, salvo que la solución no fuese equitativa⁴².

Teniendo en cuenta que el prestamista ha concedido un préstamo en condiciones que han llevado a calificarlo de usurario, ha de sancionarse a dicho contratante. Considero que sería equitativo que se mantuviese la garantía hipotecaria en favor del prestamista, y que el prestatario únicamente tuviese obligación de devolver el importe del capital.

Por tanto, a la luz del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, en interpretación sociológica con el artículo 10 de la Ley 26/1984, me parece más adecuado que, una vez calificado el préstamo como usurario, se sancione con nulidad únicamente la cláusula relativa al tipo de interés, cuya consecuencia es devolver sólo el capital. Ahora bien, la garantía hipotecaria no desaparece, sino que se limita al capital pendiente de devolución. No obstante, admito que es dudoso que ésta sea la *voluntas legis*.

3.^a Propuesta *de lege ferenda*.—Sería deseable que se reformase la ley en el sentido de que se declarase nula la cláusula relativa al tipo de interés, pero se mantuviese el resto del contrato de tal modo que la garantía hipotecaria garantizaría el capital que se deba restituir.

⁴² Actualmente se regula en su artículo 10 bis.2 *in fine*, en los términos referidos *supra*.