UNIVERSIDAD DE DEUSTO

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

TRATAMIENTO DEL INTERÉS DE DEMORA EN EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO BANCARIO DE PRÉSTAMO

Tesis Doctoral presentada por

Dña. Cristina Fernández San Miguel

Director

Doctor. D. Javier Ibáñez Jiménez

Bilbao, 30 de septiembre de 2015.

«Tornate all'antico e sarà un progresso».

Giuseppe Verdi

AGRADECIMIENTOS

Quisiera dar las gracias en primer lugar a mi familia, porque siempre me ha apoyado, y especialmente a mis padres, que tuvieron la valentía temeraria de anteponer mi educación en una época de profunda crisis económica.

Gracias también a mis compañeros y profesores, en los que he tenido la suerte de encontrar personas que siguen enseñándome lecciones magistrales de vida.

A quienes me habéis alentado en los momentos difíciles.

A mi director de tesis, por haberme permitido llevar a cabo esta ilusión.

Los nombres son innumerables, y seguro que algunos todavía no los conozco, pero gracias a Rosi, Noelia, María José, Mónica, Puerto, Pablo, Aida, Geana, Janvi, Nayibe, Carlos….

A ti, lector, por detener tu atención en estas páginas.

Gracias a la vida, por su regalo.

Y a Dios, por mostrarme el camino. Y estar ahí. Siempre.

Gracias.

TESIS DOCTORAL

TRATAMIENTO DEL INTERÉS DE DEMORA EN EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO BANCARIO DE PRÉSTAMO

Cristina Fernández San Miguel

Director: Dr. D. Javier Ibáñez Jiménez

Universidad Pontificia de Comillas

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS 9

INTRODUCCIÓN 13

CAPITULO PRIMERO.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y ECONÓMICA AL TRATAMIENTO DEL INTERÉS DE DEMORA EN LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS 19

I.- INTRODUCCIÓN 19

II.- APROXIMACIÓN HISTÓRICO-ECONÓMICA 20

2.1.- LOS ORÍGENES DE LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS: LA GRECIA CLÁSICA 20
2.1.1.-Inicios de la actividad bancaria 20
2.1.2.-Funcionamiento de los depósitos y de los préstamos bancarios en la antigua Grecia. 21
2.1.3.-Préstamos marítimos 22
2.2.- ROMA: CULMINACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE INTERESES EN LA ANTIGÜEDAD 24
2.2.1.-El mutuo romano 24
2.2.2.- Tratamiento de los tipos de interés 25
2.2.3.- Usurae ex mora 25
2.3.- LOS INTERESES DE LOS PRÉSTAMOS EN LA ECONOMÍA EN LA EDAD MEDIA 26
2.3.1.- La tierra como primer factor de producción que genera una renta 26
2.3.2.- La revolución comercial de los siglos XI-XIV 27
2.3.3.- Debate sobre la licitud de los intereses en la Edad Media. Germen de los intereses moratorios como excepción a la prohibición canónica 29
2.3.4.- La crisis bajomedieval de los siglos XIV y XV 31
2.4.- LOS GRANDES CAMBIOS ECONÓMICOS DE LA EDAD MODERNA: REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y NACIMIENTO DE LA CONCEPCIÓN PRODUCTIVA DEL DINERO 32
2.4.1.- Orígenes del capitalismo 32
2.4.2.- Etapa preindustrial: mercantilismo, capitalismo comercial en la Edad Moderna (siglos XVI-XVIII) y nacimiento de la concepción productiva del dinero a nivel teórico 33
2.4.3.- Revolución industrial y capitalismo 36
2.4.4.- Otra explicación del nacimiento del mundo moderno: importancia de lo inmaterial. Alternativas al capitalismo 40
2.4.4.1.- Importancia de lo inmaterial 40
2.4.4.2.- Surgimiento de la economía social 41
2.4.4.3.- Banca ética como alternativa a la banca tradicional: referencia al microcrédito 42
2.5.- EVOLUCIÓN ECONÓMICA DESDE EL SIGLO XX 45
2.5.1.- Segunda revolución industrial y globalización 45
2.5.2.-Creación de los organismos internacionales FMI, BM y OMC 46

2.5.3.- Libertad económica y cooperación internacional 47
2.5.4.- Contexto histórico español en el período de 1977 a 1985: crisis bancaria 48
2.5.5.- Financiarización de la economía a nivel mundial 50

III.- APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL FENÓMENO DE LA GENERACIÓN DE INTERESES 52

3.1.- DEFINICIÓN ECONÓMICA DEL INTERÉS 52
3.2.- EL SISTEMA DE GENERACIÓN DE INTERESES PRODUCIDOS POR EL DINERO EN EL CAPITALISMO 52
3.3.- EL INTERÉS COMO PARTE DE LA GANANCIA OBTENIDA CON EL CAPITAL PRESTADO .. 57
3.4.- CONCEPCIÓN NEOCLÁSICA DEL INTERÉS 59
3.5.- ACTUAL SISTEMA ECONÓMICO DE DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS: REFERENCIA AL EURIBOR 60
3.5.1.-Definición de Euribor 60
3.5.2.-Problemática en la fijación del Euribor 61
3.5.3.-Los tipos de interés fijados por el BCE 61
3.6.-LA ÉTICA COMO COMPONENTE BÁSICO DE LA CONFIANZA EN LAS FINANZAS 62
3.6.1.- La propia economía apunta a soluciones éticas 62
3.6.2.- Componentes morales en la relación económica de préstamo 63
3.6.3.- La salvaguarda de la economía capitalista desde la ética 64
3.6.4.- Ciertas prescripciones éticas ya se encuentran reguladas en la generalidad del Derecho 65

IV.- ALGUNAS DELIMITACIONES ENTRE EL CONCEPTO JURÍDICO Y EL CONCEPTO ECONÓMICO DE INTERÉS. 68

CAPITULO SEGUNDO.- EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO, DEL INTERÉS DE DEMORA COMO PRECEDENTE DEL INTERÉS PROCESAL Y DE LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA USURA 71

I.- INTRODUCCIÓN 71

II. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO ESPAÑOL DEL PRÉSTAMO, DE LA USURA Y DEL INTERÉS 74

2.1.- CONCEPTO DE USURA E INTERÉS 74
2.2.- ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA USURA 77
2.3.- REGULACIÓN HISTÓRICA DE LA USURA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL HASTA LOS CÓDIGOS DEL SIGLO XIX 79
2.3.1.- Prohibición de la percepción de intereses en la normativa civil 79
2.3.2.- Evolución de la regulación de la mora como justificación del pago de intereses por compensación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor en las obligaciones pecuniarias: de los orígenes de la mora en el Derecho Romano a la Codificación, pasando por el Derecho Intermedio 80
2.3.2.1.- Orígenes de la mora: el Derecho Romano 81

2.3.2.2.- La mora del Derecho intermedio a la Codificación 88
2.3.2.3.- La regulación de la mora en la época de la precodificación: orígenes de la norma que con carácter general reconoce la generación de intereses ex lege como compensación del daño sufrido por un acreedor en las deudas de dinero pecuniarias 92
2.4.- LA MORA EN LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES DEL SIGLO XIX 98
2.4.1.- El Código de Comercio de 1829 98
2.4.2.- La regulación del préstamo y de los daños y perjuicios en el Proyecto de Código Civil de 1851 111
2.4.2.1.- La regla de artículo 1017 acerca de los daños y perjuicios que corresponden en las obligaciones pecuniarias 111
2.4.2.2.- Los artículos 1018 y 1081 en el Proyecto de 1851 113
2.4.2.3.- Regulación del contrato de préstamo en el Proyecto de 1851 117
2.4.3.- Derecho patrio vigente anterior a la Ley de 14 de marzo de 1856 sobre préstamo y daños y perjuicios 129
2.4.4.- Ley de 14 de marzo de 1856 aboliendo la tasa sobre el interés 130
2.4.5.- Regulación del préstamo mercantil en el Código de Comercio de 1885 131
2.4.5.1.- Explicación de la pauta codificadora acerca del préstamo y del interés, contenida en la exposición de motivos 131
2.4.5.2.- El interés legal como interés de demora en otros contratos mercantiles .. 134
2.4.5.3.- Regulación originaria y vigente del contrato de préstamo mercantil 135
2.4.5.3.- Propuesta de modificación del CCom 137
2.4.6.- Admisión de los intereses por el Código Civil y regulación específica del préstamo y del interés de demora en las deudas pecuniarias 137
2.4.6.1.- El interés como fruto civil y regulación del préstamo civil 137
2.4.6.2.- Tipologías tradicionales de deudas de dinero en la doctrina jurídica 138
2.4.6.3.- Nueva categorización de las deudas de dinero, según su finalidad 140
2.4.6.4.- Ley de bases de 1888 144
2.4.6.5.- El artículo 1108 CC 145
2.4.6.5.- La previsión del interés de demora en el Code francés 150
2.4.6.6.- Modificaciones del tipo legal establecido en el art. 1108, posteriores a su promulgación 150
2.4.6.7.- Proyecto actual de modificación del CC 153
2.4.7.- Ley de 23 de julio de 1908, Ley Azcárate o de represión de la usura y su vigencia actual 154
2.4.7.1- Interés usurario según la Ley de Azcárate 155
2.4.7.2.- Requisito de la situación angustiosa del prestatario 157
2.4.7.3.- Recibo de una cantidad inferior a la pactada 158
2.4.7.4.- Aplicabilidad de la Ley de represión de la usura a otros contratos 159
2.4.7.5.- Facultades de los tribunales concedidas por el artículo 2 de la Ley de usura 161
2.4.7.6.- Consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato por usurario 161

III.- REGULACIÓN PROCESAL DEL INTERÉS DE DEMORA. 163

3.1.- ALGUNOS SUPUESTOS DE PRIVILEGIOS Y PRÁCTICAS PROCESALES EN BENEFICIO DEL ACREEDOR A LO LARGO DE LA HISTORIA. 163
3.1.1.-Privilegios procesales para los comerciantes en la Atenas del siglo IV a.C. . 163
3.1.2.- Juicios convenidos 164
3.1.3.- Doble reclamación al deudor: daños y perjuicios más intereses de demora . 165
3.2.- LEY DE ENJUICIAMIENTO DE LOS NEGOCIOS DE 1829 167
3.3.- EVOLUCIÓN EN LA REGULACIÓN PROCESAL DEL INTERÉS EN LA LEC DE 1881 168
3.3.1.- Redacción originaria de la LEC de 1881 168
3.3.2.- Nacimiento de la categoría de los intereses moratorios procesales: creación del art. 921 bis 169
3.3.3.- Hacia el principio de autonomía de la voluntad en la Ley 34/1984: la posibilidad de pacto de intereses procesales 170
3.3.4.- Comentarios a la nueva categoría de interés procesal 175
3.3.4.1.- Intentos de explicación del fundamento de los intereses procesales 175
3.3.4.2.- Carácter ex lege: intereses procesales vs. intereses de la mora ordinaria 177
3.3.4.3.- Aspectos procesales 180
3.4.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA LEC 1/2000: EL ARTÍCULO 576 184

CAPITULO TERCERO.- EXÉGESIS DEL RÉGIMEN SOBRE DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA, EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO A TRAVÉS DE LA NORMATIVA BANCARIA SOBRE TRANSPARENCIA Y SERVICIOS DE RECLAMACIONES Y DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL DERECHO DE CONSUMO 187

I.- INTRODUCCIÓN 187

II.-EL PROBLEMA DE LA HIPERTROFIA NORMATIVA EN MATERIA DE DETERMINACION DEL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA 188

2.1.- NORMATIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO 188
2.2.- NORMATIVA DEL MERCADO HIPOTECARIO TRAS LAS MODIFICACIONES OPERADAS POR LEY 1/2013 191
2.3.- LÍMITE CUANTITATIVO AL INTERÉS DE DEMORA FIJADO COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL POR STS DE 22 DE ABRIL DE 2015 192
2.4.- OTRA NORMATIVA QUE DETERMINA UNA TASA CONCRETA DE INTERÉS DE DEMORA 194
2.4.1.-Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales 195
2.4.2.- La ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro 201
2.4.3.- Ley 57/1968 sobre cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas 202

III.- TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO: NORMATIVA BANCARIA SOBRE TRANSPARENCIA Y SERVICIOS DE RECLAMACIONES A SU DISPOSICIÓN 204

3.1.- ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS 205
3.2.- FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA BANCARIA 206
3.2.1.-La orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios 207
3.2.2.- La circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España 211
3.2.3.- La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito 214
3.2.4.- Normativa sectorial en materia de transparencia bancaria 215
3.3.- LOS SERVICIOS DE RECLAMACIONES A DISPOSICIÓN DEL USUARIO BANCARIO COMO MECANISMO PROTECTOR: NOTA CRÍTICA 218

IV.- ABUSIVIDAD COMO LÍMITE DEL INTERÉS DE DEMORA 220

4.1.- EL ABUSO AL CONSUMIDOR O USUARIO EN CLÁUSULAS CONTRACTUALES, EN EL RÉGIMEN DE LA DIRECTIVA 1993/13/CEE, DE 5 DE ABRIL DEL CONSEJO 220
4.2.- EL ABUSO DEL DESTINATARIO DE LAS CLÁUSULAS Y CONDICIONES GENERALES EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, Y EL ANÁLISIS DE SU INCORPORACIÓN AL ACERVO DEL SISTEMA TUTELAR DEL PRESTATARIO 222
4.3.- EXAMEN DE LA NOCIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS 225
4.4.- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEC PARA UN CONTROL *EX POST* DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS 226
4.5.- EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: DE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO A LA ELIMINACIÓN RADICAL DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA 227
4.6.- CONCLUSIÓN SOBRE EL SISTEMA DE CONTROLES EN EL ANÁLISIS DE ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA DE INTERESES 230
4.6.1.- Control de inclusión 233
4.6.2.- Control de transparencia 234
4.6.3.- Control de contenido o de abusividad 235
4.6.4.- Apreciación de oficio de la abusividad 237
4.6.5.- Efectos de la declaración de abusividad 239

CAPITULO CUARTO.-ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL ITER DE LA DEUDA PECUNIARIA RECLAMADA POR IMPAGO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO DESDE SU GÉNESIS CONTRACTUAL HASTA SU EJECUCIÓN JUDICIAL 245

I.- INTRODUCCIÓN 245

II.- FASE CONTRACTUAL. 246

2.1.-EL CONTRATO DE PRÉSTAMO 246

2.1.1.-Ubicación normativa del préstamo bancario: un subtipo del mutuo *246*
2.1.2- Naturaleza jurídica del préstamo: contrato real vs. contrato consensual *248*
2.1.3.- Caracteres del préstamo mutuo *251*
2.2.- NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS, RETRIBUTIVOS O CORRESPECTIVOS QUE COMPONEN EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA POR EL PRESTATARIO E INTEGRAN LA CAUSA DEL CONTRATO PARA EL MUTUANTE 253
2.3.- RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DE PAGOS DE LOS INTERESES RETRIBUTIVOS..... 256

III.- FASE PREJUDICIAL: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO 257

3.1.- LA FACULTAD DEL PRESTAMISTA DE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO MÁS LOS DAÑOS Y PERJUICIOS *VS.* LA RESOLUCIÓN JUNTO CON LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO 257
3.1.1.-Remedios jurídicos frente al incumplimiento: petición de cumplimiento tardío, resolución del vínculo contractual, indemnización de daños y perjuicios y perpetuatio obligationis o traslación de riesgos *259*
3.1.2.- Racionalidad de la opción por el cumplimiento del contrato de préstamo *261*
3.1.3.- La resolución del contrato de préstamo como alternativa *263*
3.1.4.- Comparación de eficiencia entre la exigencia de cumplimiento y la resolución desde la perspectiva bancaria y la del cliente *264*
3.2.- REFERENCIA AL RÉGIMEN GENERAL DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, Y ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO Y SU APLICACIÓN EN EL SUPUESTO CONTEMPLADO..... 265
3.3.- PECULIARIDAD DE LA REGULACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LAS DEUDAS PECUNIARIAS: EL ART. 1108 CC 267
3.3.1.- El régimen del art. 1108 CC *267*
3.3.2.- El problema del mayor daño *271*
3.3.3.- El problema del brocardo in illiquidis non fit mora *274*
3.4.- NATURALEZA DE LOS INTERESES DE DEMORA ORDINARIOS 276
3.5.- BREVE REFERENCIA A LA CUESTIÓN DEL ANATOCISMO..... 279
3.6.- POSIBLE INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL EN EL IMPAGO DEL PRESTATARIO 280
3.6.1.- Características generales de la cláusula penal *280*
3.6.2.- La cláusula penal moratoria y su posible equiparación al pacto de intereses moratorios *286*
3.7.- RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DE PAGOS EN LA MORA ORDINARIA..... 289

IV. FASE PROCESAL. RECLAMACIÓN JUDICIAL 291

4.1.- ACCIONES EJERCITABLES POR EL PRESTAMISTA Y REFERENCIA A LAS EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL CLIENTE (PAGO, COMPENSACIÓN Y PRESCRIPCIÓN, EN PARTICULAR). 291
4.2.- NATURALEZA Y PROBLEMAS CONCEPTUALES VINCULADOS AL TRATAMIENTO LEGAL DE LOS LLAMADOS INTERESES PROCESALES O EJECUTORIOS 295
4.2.1.- Naturaleza de los intereses procesales o ejecutorios *295*
4.2.2.- Problemas de delimitación tipológica de los intereses procesales conforme a su verdadera naturaleza *300*

4.3.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS DERIVADOS DE LA GENERACIÓN DE INTERESES MORATORIOS EN FASE EJECUTIVA. HIPÓTESIS SOBRE EL NACIMIENTO DEL PROBLEMA: LOS INTERESES MORATORIOS COMO CONSTITUTIVOS DE UN PRÉSTAMO INDETERMINADO EN SU CUANTÍA POR SU DURACIÓN 305
4.4.- EL PROBLEMA DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE LOS PAGOS AMORTIZATIVOS DE LAS DEUDAS ACUMULADAS SOBRE EL CAPITAL Y LOS INTERESES EN LA FASE PROCESAL 308
4.5.- PROCEDIMIENTOS PARA LIQUIDAR LA DEUDA DE INTERESES MORATORIOS EN FASE PROCESAL 311
4.6.- DEFICIENCIAS PROCESALES E INSUFICIENCIA SOCIAL DE LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR LA LEC, AGRAVADA POR SU INCOHERENCIA CONCEPTUAL Y POR LA GENERALIZACIÓN Y ADMISIÓN JUDICIAL DE MALAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN EL PROCESO EJECUTIVO 316
4.6.1.- El requisito de la determinación o liquidez de la cantidad a ejecutar 316
4.6.2.- Malas prácticas bancarias en el proceso ejecutivo 318
4.7.- INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS* Y DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE LA USURA 319
4.8.- CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL QUE PESA SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS A LA LUZ DE LAS DIFICULTADES PLANTEADAS EN LA FASE PROCESAL 321

CAPITULO QUINTO.-PERSPECTIVAS NORMATIVAS Y METODOLÓGICAS DE SOLUCIÓN FRENTE AL PROBLEMA DE EXCESIVA ONEROSIDAD DE LOS INTERESES PROCESALES ACUMULADOS 325

I.- INTRODUCCIÓN 325

II.- VALORACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL 327

2.1.- DERECHO CONSTITUCIONAL A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 327
2.2.- DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS 333
2.3.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD PRIVADA 334
2.4.- OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y PODER JUDICIAL DE HACER EJECUTAR LO RESUELTO EN MATERIA DE INTERESES PROCESALES: ¿*BIS IN IDEM*? 338
2.5- VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO (ART. 1 CE): HACIA LA EQUIDAD 341

III.- LIMITACIONES DEL DERECHO CONCURSAL PARA PONER FIN A LA GENERACIÓN DE INTERESES MORATORIOS 343

3.1.- DIFICULTADES PARA LA INICIACIÓN DE UN PROCESO CONCURSAL E INADECUACIÓN DEL MISMO CUANDO LO DISCUTIDO ES EL IMPORTE DE LA DEUDA 343
3.2.- ESPECIALIDADES DEL DERECHO CONCURSAL ANTE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS 347
3.3.- SUSPENSIÓN DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO: LOS CONTRATOS BANCARIOS COMO EXCEPCIÓN 348

3.3.1.- Suspensión de procedimientos ejecutivos que conlleva la suspensión en la generación de intereses de demora *348*
3.3.2.- Reglas directas de suspensión en la generación de intereses en sede concursal *348*
3.4.- EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA *VS.* PERVIVENCIA DE LA PERSONA NATURAL Y SU DEUDA PENDIENTE 353
3.5.- BREVE REFERENCIA A LA SAREB Y AL FROB COMO MECANISMOS ESPECIALES PARA LAS CRISIS DE ENTIDADES Y SU INCIDENCIA EN LOS CRÉDITOS LITIGIOSOS CON INTERESES MORATORIOS: LA EXCEPCIÓN DEL ART. 1535 CC 358

IV.- VALORACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO 359

4.1.- GENERALIDADES DEL AED 359
4.1.1.- Utilidades del AED *362*
4.1.2.- Críticas comunes a la aplicación del AED *363*
4.2.- APLICACIÓN DEL AED DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-CONCEPTUAL EN LAS CATEGORÍAS INHERENTES AL INTERÉS DE DEMORA 364
4.2.1.- El AED en la correcta aplicación del interés moratorio como norma indemnizatoria (I): el deber de mitigar el daño *364*
4.2.2.- El AED en la correcta aplicación del interés moratorio como norma indemnizatoria (II): la imputación de pagos *364*
4.2.3.- El principio de proporcionalidad en el interés de demora: exigencia jurídica y solución del AED *365*
4.3.- APLICACIÓN DEL AED PARA OBTENER LA CANTIDAD INDEMNIZATORIA ÓPTIMA POR IMPAGO DE UN PRÉSTAMO BANCARIO 368
4.3.1.- Selección de hechos relevantes para el AED *368*
4.3.2.- El AED en la mitigación del daño: valoración de hipótesis de imputación de pagos *368*
4.3.3.- AED: relación de costes-beneficios para las partes de un proceso ejecutivo en el que se generan intereses moratorios *371*
4.3.4.- Conclusión: hacia un sistema de liquidación de intereses moratorios por conceptos *376*

CONCLUSIONES 379

BIBLIOGRAFÍA 385

ANEXO JURISPRUDENCIAL 408

ANEXO LEGISLATIVO - RCL 416

ANEXO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN 419

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

A. C.: Antes de Cristo

AEB: Asociación Española de la Banca

AED: Análisis Económico del Derecho

Art.: Artículo

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

AUSBANC: Asociación de Usuarios Bancarios

B.C.: Banco Central

BCE: Banco Central Europeo

BM: Banco Mundial

BOE: Boletín Oficial del Estado

C. A.: Código Antiguo

C. Nap.: Código de Napoleón

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio

CE: Constitución Española

CEDH: Carta Europea de Derechos Humanos

CEE: Comunidad Económica Europea

Cfr.: Confróntese

CLE: Colección Legislativa de España

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

CNUCCIM: Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Coord.: Coordinador

Coords.: Coordinadores

D.A.: Disposición Adicional

Dir.: Director

D-M-D: Dinero-Mercancía-Dinero

Ed.: Edición

EEUU: Estados Unidos

Etc.: Etcétera

FJ: Fundamento Jurídico

FMI: Fondo Monetario Internacional

FROB: Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

Ib.: Ibídem (en el mismo lugar)

ICASV: Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya

IP: *Intensive Program* (Curso Intensivo)

LC: Ley Concursal

LCGC: Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación

LCU: Ley de Consumidores y Usuarios

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LH: Ley Hipotecaria

LMV: Ley del Mercado de Valores

Loc. cit.: Loco citato (en el lugar citado)

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

MIFID: *Markets in Financial Instruments Directive* (Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros)

Núm.: Número

ODM: Objetivos de Desarrollo del Milenio

OM: Orden Ministerial

Op. cit.: *Opere citato* (obra citada)

Pág.: Página

Págs.: Páginas

PECL: *Principles of European Contract Law* (Principios de Derecho Contractual Europeo)

PIB: Producto Interior Bruto

RCL: Repertorio Cronológico de Legislación

RD: Real Decreto

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REAS: Red de Economía Alternativa y Solidaria

RJ: Repertorio de Jurisprudencia

RSE: Responsabilidad Social Empresarial

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SAREB: Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria

Ss.: siguientes

SSTJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Trad.: Traducción

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

V.gr.: *verbi gracia* (por ejemplo)

Vid.: *vide* (véase)

Vs.: versus (contra)

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral versa sobre el tratamiento del interés de demora en el supuesto de incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de pago en los contratos bancarios de préstamo.

1.- Planteamiento del problema. El ordenamiento español vigente en su aplicación e interpretación actual por los operadores jurídicos permite sostener reclamaciones de intereses moratorios en sede judicial por parte de las entidades bancarias frente a sus clientes en los contratos de préstamo incumplidos que pueden superar sin límite alguno el importe principal otorgado, dando lugar a un endeudamiento excesivamente oneroso para el usuario bancario, ya que dicha deuda de intereses no permanece estática en el tiempo y su generación puede no ir acompasada a las variaciones del interés de mercado si el tipo pactado es fijo y superior o muy superior a dicho interés de mercado o incluso al interés legal.

Este problema adquiere una nueva dimensión en épocas de crisis económica, porque es insostenible: las entidades financieras procurarán la reclamación agotando todos los mecanismos jurídicos a su alcance[1], y por su parte, el usuario bancario se verá abocado a estas situaciones, fruto de sus dificultades de pago por motivos económicos. Esto mismo, a su vez, implicará un aumento de la deuda ante la imposibilidad de atender el pago inmediato de todo el importe de préstamo pendiente, que se habrá vuelto exigible por el pacto de vencimiento anticipado y/o por el efecto de la resolución del contrato.

2.- Motivación. Esta investigación pretende aportar el conocimiento para dar una solución al problema objeto de estudio, porque difícilmente podrá ser atendido por los usuarios bancarios que lo padecen: bien por falta de medios y conocimiento, bien porque no les sea rentable económicamente ni accesible una buena reclamación o defensa legal. Es necesario además que el propio ordenamiento se erija como verdadero sistema, con todas sus piezas en correcto engranaje y procurador de una convivencia acorde con sus máximos valores. En el mismo sentido todos los agentes que lo utilizan deben aplicarlo correctamente para evitar situaciones que además de ser antijurídicas son dramáticas.

[1] La prensa se hace eco de la usual política de las entidades financieras consistente en utilizar todos los mecanismos legales de que pueda disponer (cfr. BARANDIARÁN, A.: "La banca insiste en recurrir hasta el final en la deuda perpetua pese al varapalo del Supremo", en *El Correo*, 12-04-2015, pág. 54).

3.- Justificación de la investigación. El artículo 1108 CC es concebido como el más importante en el tráfico jurídico[2]. Establece la generación de intereses legales o pactados, para el caso de mora en las obligaciones pecuniarias, de la misma forma que el 316 CCom para el préstamo mercantil y el 576 LEC en el ámbito procesal. Dichas normas en conjunción con lo dispuesto por los arts. 1911 CC (responsabilidad universal del deudor) y 570 LEC (la ejecución forzosa solamente terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante), pueden desencadenar consecuencias excesivamente gravosas para el prestatario-ejecutado. Se ha tomado concretamente la figura del préstamo y específicamente el bancario, por ser un supuesto en el que concurren una serie de circunstancias (ser un contrato de adhesión, ser usual que figure entre su clausulado el pacto de interés de demora, recurrirse ante los tribunales como política habitual en defensa de los derechos e intereses del prestamista ante el impago del prestatario, etc.), que lo hacen especialmente necesitado de un control para que no se produzcan situaciones de abuso por aplicación del vigente régimen relativo al interés de demora.

En épocas de crisis y situaciones de sobreendeudamiento, el problema, como se ha apuntado antes, se recrudece. A pesar de que la tragedia de los desahucios que se está viviendo no es objeto de estudio, puede ser uno de los escenarios en los que se reproduzca. Sería la siguiente complicación a la que se enfrentarán los afectados, si su deuda no se extinguió y sigue viva en el juzgado a pesar de la subasta de su vivienda habitual.

Al ser una materia que afecta a varias ramas del ordenamiento (Derecho Civil, Mercantil, Procesal, Concursal, Constitucional), necesita de un detenido estudio de conjunto para que puedan realizarse las interrelaciones correspondientes en aras de alcanzar una solución completa y armonizada.

Se hace necesaria la investigación ante la ineficacia judicial para apreciar mecanismos claros de que poder valerse y que únicamente los percibe vía directrices del TJUE[3], que también empuja al legislador a realizar unos obligados pero insuficientes y confusos

[2] Puede constatarse en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 583.

[3] Por citar algún ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1, de 13 de abril de 2011 entiende que "la legislación cada vez pretende una mayor tutela de los consumidores, (…) pero ninguna de las normas existentes pone algún límite a la clase de intereses que nos ocupan, los moratorios"; la reciente STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358) intenta seguir el criterio del TJUE manifestado entre otras, en la famosa sentencia del caso Aziz (STJUE de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013/89), pero advierte una ausencia del mandato del legislador para entender qué es un tipo abusivo, y utiliza como referencia las tasas establecidas en normativa sectorial.

cambios legislativos. Desde la perspectiva doctrinal es también requerido el estudio porque a lo máximo a lo que se ha llegado es a advertir de la gravedad del problema, sin darle una solución completa y definitiva[4]. Realmente, sólo quien padece una situación de reclamación desorbitada de intereses de demora puede saber su verdadero alcance, pero no lo reflejará en estudios científicos ni especializados[5].

4.- Objetivos. Se plantean como objetivos de la investigación la propuesta de soluciones frente a los abusos derivados del problema planteado.

Estas soluciones podrán consistir bien en una interpretación de conjunto del ordenamiento jurídico analizando todas las ramas afectadas, o bien en la propuesta de reformas legales. Es decir, el resultado final podrá adoptar la forma de interpretación (en ese sentido se habrá concluido que el propio sistema tiene la solución, que debe alcanzarse con una correcta interpretación de las normas) o la forma de propuesta de reforma legal o bien ambas.

5.- Metodología y fuentes. En primer lugar se ha utilizado un método económico para la aproximación a la operación bancaria base de la investigación, que es el préstamo bancario, con las cláusulas que suelen pactarse en el mismo (cláusulas de pago de intereses ordinarios, moratorios, vencimiento anticipado, resolución, imputación de pagos, duración, etc.). Este procedimiento lógico de investigación permite observar las instituciones bancarias con perspectiva realista, diferenciando sus características concretas, delimitando su verdadera causa y naturaleza que muchas veces se esconde tras la forma jurídica[6].

[4] Madrid Rodríguez, denuncia que "la legislación española, sustantiva y procesal, al exigir el estricto cumplimiento de los elevados intereses de demora pactados, se ha revelado como un sistema que condena a muchas personas a una situación de insolvencia de por vida" (*vid.* MADRID RODRÍGUEZ, F.: "El nuevo escenario de los intereses de demora conforma a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia", en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2013, pág. 945; DE PADURA BALLESTEROS únicamente menciona que "podemos estar hablando de mucho dinero cuando los tipos de interés sean elevados", incurriendo en el error que se manifiesta en la presente investigación de no tener en cuenta todos los elementos matemáticos del interés, como es el tiempo de su aplicación (*vid.* DE PADURA BALLESTEROS, M. T..: *Los intereses procesales por demora. Su fundamento. Régimen legal y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Getafe (Madrid), 1999, pág. 212); Pulgar Ezquerra toma la calificación de "deuda perpetua" a la existente por virtud del art. 1911 CC ante la insuficiencia del bien inmueble subastado (*vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, enero-marzo 2014, pág. 219).

[5] A lo sumo contactará con otros medios para que difundan su trágica vivencia (cfr. *Revista pronto*, "Un testimonio real", núm. 2178, 01-02-2014, págs. 36 y 37).

[6] Este procedimiento de investigación es defendido por el maestro Joaquín GARRIGUES en *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, págs. 9 y 10.

Dado el necesario estudio de la evolución en la institución del préstamo y concretamente del interés, se realizan sendas aproximaciones históricas (económica y jurídica) con materiales propios de las épocas estudiadas.

Se ha utilizado un método hermenéutico y exegético para delimitar los conceptos e instituciones objeto de estudio, así como para integrarlos en el conjunto del ordenamiento jurídico. Se ha acudido al método del análisis económico del derecho para analizar la situación actual y las soluciones propuestas.

Las fuentes utilizadas son las propias del Derecho Bancario: Constitución, normativa comunitaria, leyes y reglamentos estatales, circulares del Banco de España, usos, principios generales del Derecho (en especial el principio de buena fe, teniendo en cuenta que la confianza es la base del sistema económico-financiero). También se ha acudido a lo expuesto por la doctrina y por los órganos judiciales en sus resoluciones.

Asimismo se han utilizado fuentes extrajurídicas en lo relativo a aspectos éticos y económicos para dotar de un carácter más completo a la investigación.

6.- Estructura. En el primer capítulo, siguiendo la metodología expuesta, se realiza una aproximación histórico-económica con el fin de indagar sobre el origen del préstamo y el uso del interés en su sentido económico. Se realiza un recorrido por las distintas épocas exponiendo los postulados teóricos, muchas veces contradichos con la práctica. Como punto de enlace con el siguiente capítulo, se introduce un apartado relativo a la delimitación entre lo jurídico y lo económico en materia de intereses.

En el siguiente capítulo, la aproximación es histórico-jurídica, a partir de las pesquisas obtenidas en el capítulo precedente. De esta forma, además de describir la evolución normativa, se hace especial hincapié en la prohibición histórica del interés y la utilización en la práctica de mecanismos alternativos con el mismo fin pero diferente forma jurídica. En esta parte es importante el detenido y detallado estudio de la normativa decimonónica, origen jurídico de la actual concepción de la institución objeto de estudio, y su evolución posterior. Asimismo se explican cronológicamente las diversas modificaciones legislativas que llevan a crear la categoría, en el plano procesal, del interés ejecutorio.

A finales del siglo XX, en la materia que nos ocupa, se ha producido una proliferación normativa, fenómeno que se ha superpuesto con otro que posteriormente se ha ido desarrollando, la crisis iniciada en 2008, lo que se expone en el capítulo tercero. Merece

distinción esta evolución jurídica hipertrófica respecto a la realizada en el capítulo precedente, porque es sectorial, concurrente en el tiempo debido a un escenario de crisis, y configura un nuevo estatuto en favor de los usuarios de servicios bancarios, basado en principios de defensa de una nueva rama del Derecho (de consumo), desconocida en la época de la codificación.

En el capítulo cuarto, una vez dibujado el escenario jurídico básico, se expone el *iter* que seguirá la deuda pecuniaria del prestatario desde su génesis contractual, pasando por el impago, hasta su reclamación judicial. Este camino se compone de explicaciones conceptuales y su incidencia en el análisis de la trayectoria.

Por último, se abordan las perspectivas constitucional, -como marco del ordenamiento jurídico-, y concursal, -como mecanismo jurídico previsto para situaciones de insolvencia-, y las deficiencias o soluciones que ahí se encuentran para el problema planteado. El cierre final entronca con la perspectiva económica inicial, si bien incorporando criterios jurídicos: es el AED que se incorpora como técnica de evaluación de las soluciones propuestas.

7.- Tesis defendida y aportaciones. En la presente investigación se predice la aparición y progresiva masificación de un problema derivado de la regulación -legal y contractual- del interés de demora, concretamente en préstamos bancarios, a la vez que se advierte del mismo. La constatación de esta posibilidad según la normativa existente y según algunos episodios tan sólo iniciados, ha llevado a buscar una solución interdisciplinar, no acometida hasta la fecha, y de enorme utilidad práctica para quien se enfrente a su defensa o a su juicio.

En esa búsqueda, además, se han encontrado explicaciones novedosas, de índole histórica, no esgrimidas por los operadores jurídicos cuando se han enfrentado a este tipo de problemática. La originalidad del trabajo, a nuestro modo de ver, descansa, entre otros aspectos, en una aproximación al problema de la excesiva onerosidad de la deuda del mutuario cuya novedad consiste en la forma de conectar la especialidad de la normativa sobre daños y perjuicios en deudas dinerarias demoradas con la evolución en la prohibición histórica de los intereses. Esa visión, conduce a conclusiones fiables acerca de la trayectoria que debe seguir la normativa para que suponga un avance. Extracción que, a su vez, permite al juez y a otros operadores aplicar el ordenamiento vigente con su verdadero y pleno sentido.

Esta interpretación novedosa sobre instituciones tan clásicas como el préstamo y el interés, ha sido posible, entre otras vías hermenéuticas empleadas: por cuestionar áreas que se tenían por fijas e inamovibles, tales como la genérica concepción de la libertad de pactos permitida por los Códigos; por incluir un AED como método para alcanzar la eficiencia requerida en una institución de naturaleza indemnizatoria (y no lucrativa o retributiva) y, finalmente, por considerar a través de las técnicas propias de la matemática financiera, el concepto completo de todo interés, compuesto por tres elementos (cantidad, rédito y tiempo), única fórmula para alcanzar el objetivo de un interés proporcional, equitativo y no abusivo.

8.- Menciones. La presente tesis doctoral se ha beneficiado de la participación de la investigadora, entre otras actividades de investigación, en el IP internacional *Insolvency Law*, celebrado en la Universidad de Deusto en Septiembre de 2002; en el *Ágora* del ATLAS DOCTORAL PROGRAM celebrado en la *London School of Economics* entre junio y julio de 2009; asimismo, la doctoranda ha aprovechado en la investigación su formación práctica recibida en el Master en Práctica y Abogacía Jurídica, y el ejercicio de la abogacía desde noviembre de 2005 (núm. colegiada 6606 del ICASV) en empresas y prestigiosos despachos de abogados.

CAPITULO PRIMERO.- APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y ECONÓMICA AL TRATAMIENTO DEL INTERÉS DE DEMORA EN LOS PRÉSTAMOS BANCARIOS

I.- INTRODUCCIÓN

El préstamo bancario es una actividad mercantil que se remonta a la antigua Grecia de los siglos V y IV a.C. Para entender esta figura, y más concretamente la del interés, es precisa una aproximación, tanto a su origen y tratamiento histórico como a su sentido económico. Este método de investigación permite observar las instituciones bancarias con perspectiva realista, diferenciando sus características concretas que muchas veces se esconde tras la forma jurídica[7].

En el presente capítulo se abordan por lo tanto los orígenes del préstamo bancario y su evolución en el contexto histórico-económico. Es importante la referencia a la mención de la situación de España en el período 1977-1980, porque como veremos, es el momento en el que por primera vez en nuestro ordenamiento se recoge la institución de los intereses moratorios procesales. En el segundo apartado, se expone la explicación económica de la generación de intereses que existía en la época del nacimiento del mundo moderno tras la Revolución Industrial -que es cuando económicamente se sientan las bases de productividad del dinero y jurídicamente aparecen los Códigos que recogen una regulación de la materia que sigue vigente hasta el día de hoy-.

[7]GARRIGUES, J.: *Contratos…, op. cit.*, págs. 9 y 10.

II.- APROXIMACIÓN HISTÓRICO-ECONÓMICA

2.1.- Los orígenes de los préstamos bancarios: la Grecia clásica

2.1.1.-Inicios de la actividad bancaria

Para los historiadores, los griegos son los inventores de la banca. Fueron los primeros en la historia en establecer el sistema de crédito en el que los depósitos devengaban intereses y eran a su vez prestados a intereses más elevados[8].

La estructura de los bancos era muy primitiva. La actividad de los banqueros en la Atenas de los siglos V y IV a.C. giraba en torno al significado literal de la palabra italiana "banca", que significa mesa[9]: los banqueros se colocaban detrás de una mesa, en la que tenían diversas monedas extranjeras, un ábaco, cofres cerrados, una balanza y una piedra con la que reconocían la cantidad de metal de las monedas al rayarlas con ella. Se situaban en el mercado y en el puerto del Pireo. Aparte de esta actividad centrada en el comercio y ofrecida por los banqueros de la época, los templos del Atica también prestaban dinero, y se lo ofrecían a la población local.

Los banqueros ejercían su actividad por sí mismos, o se rodeaban de esclavos instruidos para la actividad, quienes podían llegar a ser libres e incluso hacerse cargo del negocio cuando sus superiores formadores morían[10].

Los *trapezites* griegos eran originariamente cambistas de monedas y no banqueros[11]. Su actividad nace en torno al comercio, dada la inmensa variedad de monedas acuñadas por más de un millar de ciudades-Estado.

Aunque hay quienes consideran que el nacimiento de la banca se produce en la Edad Media, y concretamente en las ciudades italianas, coinciden en explicar que el negocio

[8] HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects of Athenian society in the fourth century B.C.*, Odense University Press, Odense (Dinamarca), 1975, pág. 96.

[9] En griego se utilizaban las palabras "trapeza" y "trapezites", que significaban, respectivamente, "mesa" y "hombre detrás de la mesa".

[10] Los esclavos podían alcanzar la ciudadanía, a través de pagos al Estado con las ganancias obtenidas del banco (*vid.* HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…*, *op. cit.*, pág. 89).

[11] En el siglo IV a.C. los metales preciosos eran suficientes para ser los únicos medios de pago; en la Edad Media, ante la falta de oro y plata en circulación, los bancos desarrollaron otros medios de pago como las letras de cambio, pagarés o sistemas de giro (*ib.*, pág. 98).

bancario surge de los cambistas de monedas que acudían a los mercados y ferias al comenzar a prestar los depósitos que recibían, dado que no les era solicitado su reembolso de inmediato[12].

2.1.2.-Funcionamiento de los depósitos y de los préstamos bancarios en la antigua Grecia.

Los depósitos bancarios de la antigua Grecia, consistían en recibir monedas y otros artículos de valor de los comerciantes, quienes depositaban sus ganancias en los bancos, y con eso pagaban sus compras de nueva mercancía[13].

Hay quienes sostienen que los banqueros griegos pagaban altos tipos de interés para atraer depósitos, y en concordancia tenían que pedir altos tipos de interés por los préstamos que hacían[14]. Sin embargo, esta concepción es refutada por el hecho de que por una parte, los banqueros prestaban fundamentalmente a productores y comerciantes, no a consumidores finales[15]; por otra parte, y en base a lo anterior, los banqueros podían obtener fondos sencillamente ofreciendo a los mercaderes los servicios del propio sistema bancario consistentes en registrar las propias operaciones (lo que era considerado una fuente más fiable que cualquier testigo para acreditar que un pago se había realizado correctamente), o en conseguir tener sus depósitos a salvo mientras realizaban sus transacciones comerciales o se aprovisionaban de nueva mercancía[16]. Es decir, había razones que podían atraer a los mercaderes a depositar su dinero sin necesidad de recibir intereses por ello. En esa época

[12] Esta es la postura sostenida, por todos, en COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad,* Alianza editorial, Madrid, 2011, págs. 218 y ss.

[13] Los comerciantes obtenían con el depósito seguridad de lo depositado y una forma fiable de realizar los pagos de sus transacciones comerciales (cfr. HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…., op. cit.,* págs. 92 y 93).

[14] Esta tesis es sostenida por el historiador Bogaert y posteriormente por Hansen (cfr. HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…., op. cit.,* págs. 92 y ss.).

[15] Bogaert y Thompson coinciden en que los atenienses preferían tener el dinero guardado en sus casas antes que depositado en los bancos. Es más preferían incluso prestarlo directamente a quien lo solicitaba, y solamente acudían a pedir préstamo a los bancos cuando se hallaban en una grave necesidad y no les quedaba más remedio que acudir a ellos para financiarse (*vid.* THOMPSON, W. E.: "A view of Athenian Banking", *Museum Helveticum,* núm. 36, Zürich, 1979, págs. 229 y 230).

[16] THOMPSON, W. E.: "A view of Athenian…, *op .cit.,* págs. 237 a 240.

no existía una economía financiera, sino real, donde el factor tiempo en la tenencia del dinero era prácticamente irrelevante.

Esto no quiere decir que no existieran depósitos remunerados, sino que no era necesario conectar el dinero recibido por prestar con los intereses pagados a los depositantes: el hecho mismo de la indisponibilidad financiera, -que es común a prestamistas y depositantes-, puede justificar su remuneración. Y la explicación de la exigencia de elevados tipos de interés en determinados préstamos se debía a la existencia de alto riesgo en su devolución.

Los banqueros en la antigua Grecia ofrecían dos tipos de depósito:

- los depósitos regulares, que consistían en custodiar los valores depositados y devolver posteriormente esos mismos objetos. Este servicio se ofrecía a cambio de una comisión o como servicio adicional.
- los depósitos irregulares, que consistían en recibir dinero con la obligación de devolver la suma de dinero, no las monedas concretas. En este caso, estas sumas eran a su vez utilizadas por el banquero para ser prestadas, si no las habían recibido para ser pagadas a otra persona en cuyo caso las custodiaban por poco período de tiempo. La ganancia del banquero consistía en la diferencia entre los intereses recibidos por prestar dinero y los intereses pagados por los depósitos. Es lo que conocemos como *margen de interés*[17].

Lo expuesto hasta aquí responde a la práctica que se hacía en la Antigua Grecia, si bien, a nivel filosófico, el pensamiento acerca de los préstamos era diferente, pues se entendía que los préstamos no tenían que devengar interés[18].

2.1.3.-Préstamos marítimos

Los préstamos marítimos eran una categoría diferenciada de préstamo, porque combinaban el préstamo con el seguro. Por ello, el prestamista asumía el riesgo de naufragio, pero para

[17] HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…, op. cit.*, pág. 96.

[18] Así lo sostienen los dos grandes filósofos griegos, Platón (427-347 a.C.) y Aristóteles (384-322 a.C.). Un mayor detalle sobre las aportaciones de estos filósofos a las teorías monetarias se contiene en MARTÍN MARTÍN, V. (coord.): *Lecciones de historia económica*, Mc Graw Hill, Madrid, 2006, págs. 74 y ss.

el caso de que la travesía resultara con éxito, podía obtener fuertes ganancias conocidas como *interés marítimo* (en oposición al *interés de tierra*, que tenía menor riesgo para el prestamista). En este tipo de préstamos, también existía el razonamiento de que la tasa de interés dependía del riesgo asumido, en este caso, el peligro y duración del viaje. Los préstamos marítimos eran conocidos por tener tipos de interés elevadísimos. Era usual que los prestamistas exigieran garantías al prestatario tales como el propio buque, la tripulación esclava u otros bienes. Los préstamos marítimos se utilizaban en el comercio del Mediterráneo en la Antigüedad. En Atenas no era posible comprar a crédito, y por ello se necesitaba de una fuente de financiación. Además, el préstamo marítimo permitía la contratación de la única forma de seguro que se conocía entonces. Este tipo de préstamos supervivió en la Edad Media, pero el protagonismo entonces lo tenían los llamados *commenda*: préstamos en los que el prestatario además de devolver el principal con intereses, compartía los beneficios con el prestamista[19]. La vida de los préstamos marítimos ante la prohibición de los intereses por parte de la Iglesia Católica pervivió ocultando la existencia de los intereses marítimos formalmente: la devolución del principal en diferente moneda permitía exigir altas tasas por el cambio.

Normalmente este tipo de préstamos marítimos constaban por escrito, debido a su complejidad y a la cantidad de condiciones que eran exigidas. Es llamativo que de las dos copias, una la ostentara el prestamista y otra una tercera parte, normalmente un banquero. Los banqueros de la Atenas del siglo IV a.C. no ofrecían este tipo de préstamos[20], pero sí participaban como posibles testigos para facilitar una eventual reclamación en un juicio

[19] Los principales institutos del tráfico marítimo fueron elaborados por los griegos, como el *foenus nauticum* o préstamo a la gruesa, antecedente de la *commenda*, la asociación naval o el contrato de seguro a prima (*vid.* VARGAS VASSEROT, C.: *La evolución histórica del Derecho Mercantil y su concepto*, Repositorio institucional, Universidad de Almería, pág. 9 nota 12, publicado el 19-03-2012, disponible en http://hdl.handle.net/10835/1199, última consulta 12-05-2015). Sin embargo, es en el Derecho Romano donde encontramos las primeras fuentes legales que se conservan. El Digesto del *nauticum foenus* (XII, 2) regula un préstamo para adquirir mercancía que era transportada por mar a riesgo del prestamista, de forma que sólo recobraría el capital con los intereses si el buque llegaba con éxito a su destino. Para profundizar más en las instituciones de Derecho marítimo de la Antigüedad, *vid.* BRUNETTI, A: *Derecho Marítimo Privado*, tomo I, trad. y anotado por Gay de Montellá, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 111 y ss.

[20] Hay coincidencia entre los historiadores en afirmar que los banqueros de la antigua Grecia no realizaban préstamos marítimos (cfr. THOMPSON, W. E.: "A view…, *op. cit.* pág. 241 y HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…*, *op. cit.*, pág. 88). Entre las explicaciones que se han dado, hay quienes sostienen que ello requería de conocimientos de comercio marítimo y de navegación, pero este argumento es refutado con la constatación de que un banquero famoso, Phormio, era dueño de varios barcos (HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…*, *op. cit.*, pág. 84).

marítimo. Para Hansen, los préstamos marítimos son el precedente respecto a los contratos porque su constancia por escrito era obligatoria[21].

2.2.- Roma: culminación de la evolución del tratamiento de intereses en la Antigüedad

La figura del interés era conocida y utilizada en todo el mundo antiguo, no solamente en Grecia, como acabamos de exponer. Así, en la antigua India se establecían diferenciaciones en los tipos según la existencia o no de garantía, y de la casta de procedencia del prestatario, variando del 1,25 % mensual al 5%. En Mesopotamia se operaba con unos tipos del 20% anual para los préstamos de cebada, 33,3% para los de plata y 6% para los realizados por los templos a los agricultores. En Egipto se seguía la regla de no superar el doble de la cantidad originaria dada en préstamo.

Pero no será hasta la llegada de la civilización romana cuando el interés experimente un tratamiento más amplio y preciso.

2.2.1.-El mutuo romano

En Roma, el préstamo de dinero se encuadraba en la categoría del mutuo: contrato real y unilateral por el cual una persona (mutuante) entregaba la propiedad de un bien fungible a otra y se comprometía a devolver, pasado un cierto tiempo, igual cantidad de cosas y del mismo género y calidad[22]. No cabía el abono de un importe adicional por disponibilidad de ese bien porque el préstamo romano era por sí solo gratuito. No obstante esta naturaleza (así concebida en época arcaica), posteriormente pasó a considerarse esencialmente gratuito, al poder añadirse por medio de una *stipulatio* especial e independiente del préstamo, el pago de intereses[23].

[21] HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…, op. cit.*, págs. 78 y 79.

[22] Cfr. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho romano. Obligaciones. Familia. Sucesiones.*, vol. 2, ed. 18ª, EDERSA, Madrid, 1988, págs. 624 y 625.

[23] Para Herrera Bravo la gratuidad del mutuo romano proviene de una exigencia procesal, al no poder reclamarse a través de la *condictio* intereses, ni tampoco a través de la arcaica ejecución personal por impago de deudas o *nexum;* esta dificultad procesal mejorará al generalizarse la utilización de un único negocio reclamable mediante una única acción. Asimismo, la gratuidad tiene una explicación ética porque giraba en

2.2.2.- Tratamiento de los tipos de interés

Roma sufrió los efectos de una devastadora usura que trató de combatir con limitaciones y hasta prohibiciones legales sobre los tipos de interés[24]. Se adoptaron regulaciones de muy diverso signo y sin ninguna sistemática[25].

2.2.3.- Usurae *ex* mora

Los intereses moratorios eran uno de los supuestos de intereses legales, en el sentido de no convenidos por las partes[26]. En un inicio, debido al tipo de proceso, solamente los jueces estaban facultados para imponer intereses en el caso de mora, como uno de los efectos resarcitorios de la misma. Las *usurae ex mora* estaban ligadas al proceso y al *iudex*, y eran independientes de la voluntad de las partes. Posteriormente se admitió que derivaran directamente de la mora, pero en caso de retraso en la restitución del capital (mora de un préstamo), no podían ser exigidas con la *actio* del mutuo sino por vía extraordinaria como consecuencia del daño sufrido. Esta diferenciación es una reafirmación de la gratuidad del préstamo[27].

De la existencia de normas que limitaban la tasa de interés, de la consideración de las *usurae ex* mora como supuestos de intereses legales y de que los supuestos de agravación de intereses por mora se constatan pero para préstamos públicos[28], se podría colegir que en Roma los intereses moratorios estaban controlados y limitados por ley. No obstante, no

---

torno a los valores de amistad y confianza. Cuando decayeron esos principios, se empezaron a estipular intereses sobre las cantidades entregadas, pero se mantuvo el carácter gratuito(cfr. HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae". Problemática jurídica de los intereses en derecho romano,* Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1997, págs. 117 y 118).

[24] La *lex Genucia* del 342 a.C. prohibió todo tipo de intereses en el territorio de Roma y la *lex Sempronia* para los latinos y demás pueblos aliados de Roma (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses,* Dykinson, Madrid, 2010, pág. 27).

[25] *Vid.* HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae"…, op. cit.,* pág. 117.

[26] Una exposición completa sobre los diferentes supuestos de intereses legales en el derecho romano puede encontrarse en HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae"…, op. cit.,* págs. 101 y ss.

[27]Coincidimos con esta conclusión, que se expone en HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae"…, op. cit.,* pág. 34.

[28] D. 22,1,11pr. (traducido en BONET CORREA, J.: *Las deudas de dinero,* Civitas, Madrid, 1.981, pág. 378).

podemos afirmar categóricamente ni la imposibilidad del pacto de intereses moratorios, ni su cuantía, ni su tratamiento con carácter general dada la casuística del Derecho Romano, de la cual nos llega además la afirmación de que la mora era una cuestión más de hecho que de derecho[29], lo que imposibilita aún más la configuración de unos caracteres abstractos de los intereses moratorios y de su regulación. Y en todo caso, en Roma no se fijó un criterio uniforme para determinar la indemnización en caso de incumplimiento del deudor por su origen procesal (el procedimiento formulario exigía que todas las condenas lo fueran a una suma de dinero) sino que fueron los intérpretes los que sentaron como principio general, recogido por las legislaciones modernas, que el deudor debe resarcir del daño emergente y del lucro cesante[30].

En el siguiente capítulo tendremos ocasión de exponer más ampliamente el instituto romano de la mora. Baste aquí la mención de los intereses como aspecto concreto de la mora para conformar la secuencia histórica.

2.3.- Los intereses de los préstamos en la economía en la Edad Media

2.3.1.- La tierra como primer factor de producción que genera una renta

La economía de la Edad Media era la propia de una sociedad fundamentalmente agraria. A partir del siglo IX se desarrolla la institución del feudalismo, debido al aumento de poder por la aristocracia y la nobleza, que se dirigió hacia la usurpación de las propiedades de los campesinos y de su propia libertad, pues fueron obligados a trabajar forzosamente en su reserva. En el medievo hubo un declive tanto del comercio como del uso de la moneda, lo que llevó a artesanos y comerciantes a integrarse en las propias estructuras feudales, teniendo una situación económica similar a la de los campesinos. Los *mansos* fueron concebidos como unidades autosuficientes.

Las relaciones económicas entre los vasallos y su señor eran rígidas y carentes de todo incentivo. Sin embargo, desde el siglo XI se produce una transformación en los señoríos al sustituirse los trabajos forzados en la reserva del señor feudal por el pago al mismo de

[29] D. 22,1, *de usuris et fructibus, 32, pr.* Texto de Marciano, cuya traducción puede encontrarse en ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *"Usurae"…*, *op. cit.*, pág. 938.

[30]ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *"Usurae"…*, *op. cit.*, pág. 593.

rentas en especie y en dinero. Hay varias teorías que explican este cambio[31], si bien los historiadores coinciden en que los efectos del cambio supusieron un aumento total de la producción y de los beneficios tanto para el señor feudal como para los propios campesinos. En efecto, el permitir a los labradores trabajar sus propias tierras a cambio del pago de rentas en lugar de prestar su propio trabajo, incentivó su actividad para llegar a generar excedentes propios (más allá de las rentas debidas) que pudieran vender en el mercado. Este es el nacimiento de la economía agraria basada en las rentas de la tierra. Conceptualmente significa que el uso de un bien productivo como es la tierra genera unas ganancias, parte de las cuales se entregan como precio por la disposición de ese bien -y/o, en términos de feudalismo, por ser debidas al señor-.

En esta situación económica caracterizada por la escasez de circulación y de uso monetario, no se produjo ningún desarrollo significativo del préstamo mutuo o con interés. El dinero todavía era considerado como mero medio de cambio, y el único factor que se consideraba productivo era la tierra, base de la economía medieval, y por ello debía ser retribuido con una renta.

2.3.2.- La revolución comercial de los siglos XI-XIV

Las ciudades europeas occidentales empezaron a resurgir a partir del siglo XI. Aparecieron los burgueses como nueva clase social diferente de los siervos, los clérigos y los nobles, dedicada a actividades artesanales y comerciales y que paulatinamente fueron adquiriendo poder político. Lo característico de las ciudades en esta época es que contaban con privilegios legales que defendían la libertad personal frente al derecho señorial de servidumbre. Esto permitió la especialización de los habitantes de las ciudades en actividades comerciales, artesanales y financieras que desarrollaban directamente con el mercado, de quien dependían.

Las relaciones de la ciudad con los señoríos fueron de carácter simbiótico, pues fueron recíprocamente el mercado de sus productos. La legislación propia de las ciudades, que alcanzó el autogobierno, perseguía escapar a la arbitrariedad y dominio de los señores feudales, desarrollar el comercio y abastecer a la población local. Para ello adoptaron medidas de proteccionismo del comercio local frente al extranjero. Es destacable a los

[31] Para un mayor detalle, consultar COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.*, págs. 199 a 202.

efectos de esta investigación que se fijara una fuerte reglamentación que alcanzaba tanto a niveles de calidad como a la fijación de los precios[32]. Estas prácticas locales serían las que posteriormente adoptarían las políticas del mercantilismo aplicadas a los Estados Modernos.

En las ciudades se desarrolló la conocida estructura gremial. Eran asociaciones de comerciantes y artesanos del mismo oficio, que pretendían defender sus intereses colectivos así como controlar la producción y calidad para evitar la competencia entre los talleres y que todos pudieran operar. Por ello la actividad estaba fuertemente reglamentada, desde el número de talleres que se podían abrir en la ciudad, hasta las especificaciones técnicas de los productos así como las propias categorías laborales (maestro, oficial y aprendiz) y en general las compras, la producción y las ventas.

Las innovaciones económicas desarrolladas en las ciudades fueron tan importantes que son consideradas por los historiadores como revolución comercial y sentaron las bases del capitalismo y la revolución industrial[33]. El contexto histórico es el de las cruzadas, lo cual permitió el intercambio de conocimientos entre el mundo árabe y el cristiano. A pesar de que los musulmanes eran el enemigo, hicieron grandes aportaciones a la Europa occidental, tales como la utilización de la letra de cambio, la introducción del sistema numérico decimal o la aplicación de las matemáticas a la economía como es el caso del cálculo del valor actual de una corriente de rentas futuras[34].

La revolución comercial supuso:

1) la aparición de las compañías comerciales para reunir capital y compartir riesgos;
2) innovación en los servicios financieros[35].

[32] COMÍN COMÍN, F.: *Historia…*, *op. cit.*, pág. 208.

[33] *Ib.*, págs. 203 y ss.

[34] En 1202 se publicó el libro *Liber abaci* (Libro de cálculos) que introdujo en Europa el sistema numérico decimal y los procedimientos de cálculo orientales (citado por COMÍN COMÍN, F.: *Historia …*, *op. cit.*, pág. 212).

[35]En la Florencia del siglo XIV tuvo lugar, si no la invención de la banca, el nacimiento de la banca moderna (*ib.*, págs. 220 y ss.).

2.3.3.- Debate sobre la licitud de los intereses en la Edad Media. Germen de los intereses moratorios como excepción a la prohibición canónica

La Iglesia prohibió la percepción de intereses en los préstamos, aduciendo que el dinero no era fértil como la tierra. No admitía el cobro de los elevados intereses por los préstamos marítimos porque no había justificación para el riesgo comercial. Sin embargo, sí admitió la percepción de intereses por el cambio de moneda y por ello muchos contratos encubrieron la percepción de intereses utilizando esta modalidad. Esta condena a la usura (desde el Concilio de 1179, que promulgó la excomunión de los usureros y el de Viena de 1311-1312, que condenaba a todo aquel que sostuviera que la usura no era pecado) fue suavizándose en los siglos posteriores gracias a los argumentos de los escolásticos. La teoría escolástica, en el ámbito de la denominada Escuela de Salamanca, fundada por Francisco de Vitoria (1480-1546), analiza desde un punto de vista moral los fenómenos económicos. Por ello defienden la idea del justo precio, que a su vez provenía del concepto de justicia conmutativa defendida por Aristóteles, y critican la inflación entendida como impuesto no aprobado por los ciudadanos al provenir de un uso indebido de la prerrogativa real de acuñación de moneda utilizando menor metal que el correspondiente.

Santo Tomás de Aquino, defendía que el dinero era improductivo y por ello no se podían cobrar intereses por el préstamo, porque iba *contra natura*[36]. Esta doctrina es desarrollada por la escolástica salmantina, argumentando la ilicitud del pago de intereses en el préstamo en: (i) la prohibición religiosa, (ii) la esterilidad del dinero, (iii) la igualdad de las prestaciones (al restituir el prestatario el mismo montante que recibió, equilibra las prestaciones) y (iv) en que la propiedad del dinero pasa del prestamista al prestatario y por ello no es lícito obtener frutos de cosa ajena[37]. Junto a la regla general de la no admisión de intereses en el préstamo, se fueron construyendo unas excepciones que se justificaban en los siguientes casos[38]:

- en la propia duración del contrato de préstamo, el coste de oportunidad que suponía para el prestamista no destinar los fondos a otras inversiones (*lucrum cessans);*

[36] Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, pág. 33.

[37] Este último argumento muestra su debilidad si se tiene en cuenta, como apunta Jiménez Muñoz (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.,* pág. 37) que el usufructo, ya conocido por los romanos, viene a ser precisamente ejemplo de la percepción de frutos por cosas ajenas.

[38]Cfr. COMÍN COMÍN, F.: *Historia…*, *op. cit.*, págs. 216 y 217.

- en el perjuicio ocasionado al acreedor (*dammun emergens).*

Vemos por lo tanto que el aspecto de indemnización es el que se admite incluso en la censura del tipo de interés. Este es el germen de los intereses moratorios, conectados con la institución de la indemnización de daños y perjuicios y no con la necesidad de prolongación financiera del devengo de los intereses del propio préstamo, porque como compensación por la indisponibilidad temporal del dinero eran inexistentes -al menos a nivel teórico-[39].

Sin embargo, todavía no existía la prebenda legal de entender acreditados y cuantificados los daños y perjuicios en el interés legal, que será lo que posteriormente incluya, en nuestro Ordenamiento, el artículo 1108 CC. Y estaría por llegar la admisión de la percepción de intereses en el propio préstamo, que ya se contiene en el propio Código Civil, con la única limitación de su constancia por escrito.

Las anteriores excepciones conforman lo que se denominaron los *títulos extrínsecos* para justificar el recibo de una cantidad adicional a la prestada, en concepto de compensación. Hay autores que entienden que existía una tercera justificación externa, la *poena conventionalis*[40]. Consistía en una sanción por el pago retrasado. En este caso sí se trata de una sanción por incumplimiento, y es de origen convencional.

En cuanto al destino o finalidad del dinero recibido en préstamo, también fue un criterio utilizado para justificar o no la percepción de intereses, así:

- si el dinero se entregaba para financiar operaciones comerciales, dado que el prestatario obtenía un beneficio por ello, entonces se entendía que el prestamista estaba legitimado para percibir una parte de esas ganancias en forma de interés;

- en cambio, si el dinero se recibía para atender situaciones de calamidad, como por ejemplo la supervivencia de un campesino para su propio autoabastecimiento, entonces no se justificaba la existencia de intereses, porque el dinero no producía ninguna ganancia pecuniaria para el prestatario.

[39] Jiménez Muñoz también entiende que los intereses moratorios se justificaban por las instituciones del *damnum emergens* y del *lucrum cessans* (JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* pág. 34).

[40] Cfr. MARTÍN MARTÍN, V. (coord.): *Lecciones…, op. cit.,* págs. 83 y 84.

Este debate y censura de los intereses en el préstamo, no fue trasladado a otras operaciones financieras de mayor envergadura como fueron las letras de cambio, consideradas la forma de préstamo más usuraria de la Baja Edad Media[41]. Para los escolásticos, la incertidumbre acerca del tipo de cambio futuro, en el momento del vencimiento y el lugar en el que se habría de hacer efectiva la letra de cambio, justificaban el cobro de intereses.

El dinero era todavía considerado como mero medio de cambio, lo que no justificaba la percepción de intereses con carácter general.

2.3.4.- La crisis bajomedieval de los siglos XIV y XV

Europa sufrió una gran depresión en los siglos XIV y XV. Los historiadores apuntan a diversas causas. Entre las que nos interesan están las fuertes pérdidas ocasionadas por derrotas militares sufridas por los principales prestatarios de la época: reyes y nobles. Precisamente solicitaban préstamos para financiar las guerras.

Ante su situación de imposibilidad de atender sus obligaciones como prestatarios, optaron por ajusticiar a sus prestamistas o bien forzarlos al exilio para saldar sus deudas y de paso apropiarse de sus bienes[42]. El resultado fue la aniquilación de los principales prestamistas que estaban exentos de las prohibiciones de la Iglesia. Ello condujo a la necesidad de buscar justificaciones para el cobro de intereses en determinados casos (que vinieron de los propios teólogos) y poder recurrir a prestamistas cristianos, si bien, ante el impago era más difícil recurrir al destierro de los mismos o a la confiscación de sus bienes. Así que se declararon en bancarrota o procedieron al repudio de la deuda. Esto llegó a suponer la quiebra de importantes bancos italianos que no advirtieron a tiempo que las monarquías tenían un mayor riesgo de impago.

Estas soluciones extrajurídicas extremas que se dieron en la historia, ponen de manifiesto que entonces, se utilizaba el recurso a la imposición, ante la falta de argumentación

[41] Así, COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.,* pág. 217.

[42] Esta situación de hecho es constatada y denunciada en COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.,* págs. 248 y 249. En España, la orden de expulsión de los judíos, principales prestamistas por no estar vinculados subjetivamente por las prohibiciones sobre la usura de la Iglesia, es de 1492. Sin embargo, la orden de expulsión apela a motivos religiosos (http://es.wikipedia.org/wiki/Expulsi%C3%B3n_de_los_jud%C3%ADos_de_Espa%C3%B1a última consulta: 17-03-2015).

jurídica. Era simple y llanamente el incumplimiento de una obligación que se saldaba en beneficio de la parte incumplidora recurriendo al uso (¿ilegítimo?) de un poder externo a la relación jurídico-económica.

2.4.- Los grandes cambios económicos de la Edad Moderna: Revolución Industrial y nacimiento de la concepción productiva del dinero

2.4.1.- Orígenes del capitalismo

El capitalismo es un concepto que se asocia normalmente con el de Revolución Industrial y se utiliza incluso como su sinónimo, sin embargo es diferenciable de la misma (de hecho esta fue posible por aquel). El capitalismo es una concepción económica racional que supone la introducción de una sistematización en el proceso de producción a partir de un capital generador. El capitalismo se ha aplicado al comercio, y de ahí que se hable de capitalismo comercial; a la política, dando lugar al llamado mercantilismo y también y más significativamente se ha unido a los avances tecnológicos, contribuyendo a que tuviera lugar la primera Revolución Industrial.

Los historiadores, en general, apuntan en los orígenes del afán de lucro, a la distinción que se hacía entre las relaciones con los miembros de un grupo o sector, de carácter piadoso, y las que se fijaban para los extraños a ella, frente a quienes no se oponía ningún límite moral económico. Este proteccionismo interior irá despareciendo con la adopción de un sistema económico y jurídico racional y calculable, que se opone a esas concepciones compasivas. Escribió en ese sentido Weber que "los gérmenes del capitalismo deben buscarse en un sector donde oficialmente dominó una teoría económica hostil al capitalismo, distinta de la oriental y de la Antigua[43]". Se está refiriendo al cristianismo occidental. En el mismo sentido, se considera que la Revolución Industrial solamente pudo nacer en Europa porque es donde previamente se había difundido la concepción cristiana que exaltaba la libertad del hombre pero a su vez la limitaba para que fuera precisamente

[43] Cfr. WEBER, M.: *Historia económica general*, 3ª ed., Fondo de cultura económica, México, 2011, pág. 358.

posible la de los demás[44]. Este es el escenario propio en el que tiene cabida la competencia, resorte del progreso.

La moral económica de la Iglesia se basaba en la concepción de que el mercader nunca o casi nunca puede complacer a Dios[45]. Lo que se rechazaba era la impersonalidad de las relaciones económicas en el capitalismo. Desde un punto de vista sociológico, se ha explicado esta concepción de la Iglesia en el sentido de que ésta no podía influir en las relaciones capitalistas (sirva como ejemplo la relación de un acreedor pignoraticio o la finca que es hipotecada), a diferencia de lo que ocurría en las relaciones entre el señor y sus esclavos. El criterio eclesiástico era el del *iustum pretium*, que excluía el regateo y la libre competencia, de forma que todos pudieran garantizarse la posibilidad de vivir[46]. Pero se necesitaba basar la vida en concepciones racionalistas, capaces de superar la magia, que son la base de la ciencia moderna y el capitalismo.

2.4.2.- Etapa preindustrial: mercantilismo, capitalismo comercial en la Edad Moderna (siglos XVI-XVIII) y nacimiento de la concepción productiva del dinero a nivel teórico

La Edad Moderna abarca desde el descubrimiento de América en 1492 hasta la Revolución francesa de 1789. Es el período conocido como el Antiguo Régimen, caracterizado por una sociedad estamental, una base económica fundamentalmente agraria, la existencia de señoríos donde se mantenía el feudalismo, y la concesión de privilegios y monopolios a comerciantes y burgueses por monarcas absolutistas. Este marco tendrá que derrocarse para dar paso al nacimiento de los Estados liberales basados en la separación de poderes, y

[44] Cfr. ZAMAGNI, V.: *Historia económica de la Europa contemporánea*, Editorial crítica, Barcelona, 2011, pág. 9.

[45] La norma *homo mercator vixaut numquam potest Deo placere*, estaría vigente hasta el siglo xv; a partir de entonces se intentó atenuar en Florencia por la presión de las circunstancias económicas (WEBER, M.: *Historia….*, *op. cit.*, pág. 359).

[46] Weber sostiene que los judíos no fueron el origen del capitalismo -a pesar de operar con dinero al no estar bajo las prohibiciones de la Iglesia católica-, porque no desarrollaron un capitalismo racional, se hallaban fuera del sistema de gremios y eran reacios a toda innovación que fuera contra la tradición; no coincide con la concepción de Sombart, sobre la imputación a los judíos del quebranto de la fijación de los precios por criterios de justicia y no según las reglas de mercado. Precisamente su religión no les imponía las reglas de la doctrina católica; lo que sí aportaron al cristianismo fue el aborrecimiento a la magia, lo que facilitó el camino a la implantación de un sistema económico racional (*vid.* WEBER, M.: *Historia….*, *op. cit.*, pág. 359 donde cita a SOMBART, W.: *Die Judenund das Wirtschaftsleben*, Munich y Leipzig, 1911).

a la promulgación de constituciones y legislaciones liberales basadas en la propiedad privada, la libertad de mercado y de contratación. Será la normativa objeto de análisis de esta investigación puesto que o bien se mantiene vigente hoy día, o bien sus bases fueron sentadas entonces.

El mercantilismo de origen inglés es la primera expresión de una economía sistematizada, y supone el traslado a la política de las ideas de afán de lucro capitalistas: se trataba de vender al mayor precio posible y de comprar lo más barato posible[47]. Entre los pensadores del mercantilismo inglés destaca la figura de Gerard Malynes quien critica las prácticas usureras de banqueros, comerciantes y cambistas[48]. También sobresale Sir Josiah Child quien defiende la moderación en los tipos de interés y por ello entiende que el Gobierno debe fijar los tipos máximos[49]. Aboga por una disminución por ley de los tipos del 6 al 4 por 100 (de lo que se sigue que esa era la tasa que se utilizaba), basado en la rivalidad que Holanda representaba para el comercio inglés. Esta propuesta fue criticada por John Locke, quien no admite que deba imponerse el precio por el Gobierno, puesto que bajar el tipo de interés supondría una disminución de los fondos prestables[50]. Defiende la existencia de una tasa natural del interés determinada por la oferta y la demanda de fondos prestables. Hay que recordar que estamos en pleno mercantilismo, y se concibe que el tipo de interés varía inversamente con la cantidad de dinero existente en el país[51]. Locke ya distingue entre el valor del dinero como cualquier otra mercancía, con la que se produce el intercambio, de su valor para producir otros bienes, lo mismo que la tierra. Serán las concepciones que luego desarrollará Marx: la diferencia entre el valor de cambio del dinero y su valor de uso.

[47] Para Weber, el mercantilismo pone de manifiesto la alianza del Estado con las ideas capitalistas: la recepción del derecho romano, formalista y racional favoreció indirectamente al capital, porque ese derecho es calculable, a diferencia de las creencias mágicas o del énfasis en el derecho material, que podría autorizar a deshacer un negocio jurídico con el único fundamento de la empatía y ayuda al prójimo. Sólo en un Estado que se apoya en una burocracia especializada, profesional y en un derecho racional podrá perdurar el capitalismo (WEBER, M.: *Historia…, op. cit.*, págs. 23 a 24 y 341 y ss.).

[48] Recogido en su obra *Treatise of the Canker of England´s Commonwealth* (1601), *-vid.* MARTIN MARTIN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, pág. 110-.

[49] MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, pág. 111, donde cita la obra de Sir Josiah Child, *Brief Observations concerning trade and Interest of Money* (1668).

[50] MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, pág. 112.

[51] Esta consideración es criticada porque supone confundir el dinero con el capital (cfr. MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, pág. 112, citando a Jacob Viner, textualmente: "*Studies in theTheory of International Trade*, 1937, Clifton: August M. Kelly").

Es el nacimiento de la concepción del dinero como factor productivo capaz de generar un interés, de la misma forma que el factor de producción tierra genera una renta.

En la misma línea de oposición a la fijación del tipo de interés por ley, se muestra su contemporáneo William Petty, quien también relaciona el tipo de interés con la renta de la tierra, de forma que su cuantía debiera ser como mínimo el precio que se paga en renta por una tierra que se pueda adquirir con el dinero prestado[52].

En el siglo XVIII, destaca el economista, médico y pensador francés, Quesnay, quien fundó la corriente llamada fisiocracia y refleja en su obra sus vivencias acerca del valor de lo natural. Defiende la aplicación del *laissez faire,* de forma que el Estado debe permitir libertad para la realización de las concretas ocupaciones económicas y la libre concurrencia entendida como ausencia de monopolio, de manera que los precios se determinan de una forma casi natural. Por ello critica duramente la política mercantilista. Concibe que el único factor de producción es la tierra (ni siquiera la industria o la artesanía), y consecuentemente entiende que el dinero es un mero medio de pago[53]. En coherencia con sus postulados sostiene que solamente puede estar en circulación el dinero generado por las rentas, que es el único no inflacionario. Realmente, está apuntando a la economía real y por lo tanto no se encuentra con el problema de la inflación en sentido macroeconómico actual.

Las concepciones fisiocráticas sobre la producción y su distribución chocan frontalmente con las concepciones mercantilistas de su época basadas en la adquisición como forma de obtener riqueza.

Adam Smith criticó esa deficiencia de considerar la agricultura como único sector productivo porque cualquier actividad económica lo era, incluyendo por tanto la naciente actividad industrial[54]. Describe el *sistema mercantil* de su época, que supuso una preocupación por obtener una balanza comercial favorable como política exterior, a la vez que lo critica porque se estaba coartando la libertad natural al fomentar sólo las

[52] Citado en MARTIN MARTIN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, págs. 112 y 113.

[53] QUESNAY, F.: *Le tableau economique y otros estudios económicos,* Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1974, pág. 32.

[54]ANDRÉS ÁLVAREZ, V.: "Estudio preliminar" en QUESNAY, F.: "*Le tableau economique"y otros estudios económicos,* Ediciones de la revista de trabajo, Madrid, 1974, pág. 48.

exportaciones y prohibir, limitar o penalizar las importaciones[55]. Sin embargo, sí entiende que junto con la mano invisible, la fuerza coercitiva del Estado canaliza los intereses privados hacia el bien común.

Este es el ambiente de las doctrinas económicas, en el que se sucedieron intentos de supresión de aranceles internos. Sin embargo, la dificultad de eliminar esa fuente de ingreso y en general, la incapacidad del sistema fiscal de producir suficientes ingresos provocó la convocatoria de los Estados Generales en 1789, lo que supuso el principio del fin del Antiguo Régimen, escenario que en lo jurídico desembocaría en el movimiento codificador, como veremos.

El sucesor de Colbert, Turgot, tampoco fue capaz de crear un comercio interno libre, porque no pudo prescindir de los ingresos provenientes de las aduanas internas.

Vemos por lo tanto que en esta época surgen las concepciones acerca del dinero como factor de producción, junto al ya tradicional sector agrícola. Y de la misma forma que la tierra es retribuida con una renta, el dinero debe serlo con un interés.

2.4.3.- Revolución industrial y capitalismo

Las grandes revoluciones económicas han tenido lugar en espacios dilatados en el tiempo, a diferencia de las políticas, que se caracterizan por ser episodios breves y violentos. El hombre empezó siendo recolector, y fue en el neolítico cuando se produjo la primera gran revolución económica al transformarse en productor pasando a ser ganadero y agricultor. Esta nueva forma tardó mucho tiempo en extenderse en todo el planeta, y ha perdurado hasta el siglo XVIII en el que tuvo lugar la siguiente gran revolución económica: la industrial, que ha supuesto el aumento exponencial de la producción y el consumo, manteniéndose hasta hoy día este sistema capitalista e industrial[56]. La Revolución

[55] CAMERON, R.: *Historia económica mundial*, Alianza editorial, Madrid, 1990, pág. 160 donde cita la célebre obra de Adam Smith, *Investigación sobre la riqueza de las naciones*, publicada en 1776.

[56] Se apuntan como fechas a tener en cuenta, la de 1769 en la que James Watt patentó la máquina de vapor y Richard Arkwright la *waterframe* (máquina hiladora de energía hidráulica). Sin embargo, esta primera revolución se venía incubando desde mucho antes y hasta 1830 no produjo efectos significativos en Inglaterra. Posteriormente fue expandiéndose a otros países y continentes, si bien hoy día hay regiones y Estados a los que todavía no ha llegado (cfr. COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.*, págs. 354 y 355).

Industrial no supuso el abandono de las otras formas de producción, sino que ayudó a mejorarlas introduciendo técnicas que aumentaron su productividad y eficiencia.

Todos los economistas coinciden en admitir que la revolución industrial que tuvo lugar entre los siglos XVI y XVIII, de origen inglés, es indudablemente el cambio más significativo y radical de la historia económica por sus efectos en el modo de vida (se produjeron fuertes emigraciones a las ciudades, las nuevas condiciones de trabajo exigían horarios estrictos, la familia nuclear cada vez se reducía más, etc.), en la aceleración vertiginosa de la producción y el consumo y en el aumento de la esperanza y calidad de vida, aunque todavía queda por lograr un mayor reparto de la riqueza de forma que llegue a los millones de personas que todavía están al margen[57].

Estas transformaciones económicas y sociales fueron fruto de diversos factores y acontecimientos que coincidieron en el tiempo[58]. Así, el Antiguo Régimen y las trabas del sistema mercantilista quedaron abolidos y fue dando paso a sistemas políticos constitucionales, apareciendo primero los Estados liberales basados en el respeto al Derecho si bien dirigidos por los intereses de la burguesía europea, y posteriormente se dotaron de las características de Estados democráticos y sociales resultando el Estado de Bienestar.

Sin embargo, no fue en Europa donde se desarrollaron estos avances que inició: al ser escenario de las grandes contiendas que destruyeron importantes recursos, Estados Unidos tomó el relevo y desde el siglo XX el proceso fue inverso. Desde el otro lado del Atlántico llegaban nuevas ideas y procesos que no podían incorporarse de inmediato[59].

Desde el punto de vista bancario, la Revolución industrial inglesa no se financió a través de los bancos, sino de los propios ahorros privados (propios y de familiares o conocidos) por

[57] ZAMAGNI, V.: *Historia…, op. cit.*, pág. 13 donde manifiesta que a pesar de la rapidez de estos cambios económicos si se comparan con el largo período anterior, no tienen el cariz de las llamadas revoluciones en el plano político, que tienen lugar de forma repentina. Hay que tener en cuenta que la llamada civilización agraria duró unos 9.000 años, y la etapa industrial apenas es de hace dos siglos.

[58] Entre otros coadyuvantes de la Revolución industrial, se encuentran: la invención de nuevas máquinas que suprimen el trabajo manual, la aparición del sistema de fábrica, la Revolución Gloriosa (1688), la Revolución francesa (1789), la independencia de las colonias británicas (1776), el surgimiento de nuevas ideas económicas liberalizadores (Adam Smith, 1776), etc. (cfr. HERNÁNDEZ ANDREU, J. (dir.): *Lecciones de historia económica*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2008, págs. 90 a 95).

[59] ZAMAGNI, V.: *Historia económica…, op. cit.*, pág. 239, quien apunta la dificultad que entonces ya se percibía de pasar de un nacionalismo extremo a un federalismo.

parte de quienes se lanzaron a financiar sus inventos (Watt, Arkwright o Cort) o su actividad industrial. Gran Bretaña controló su deuda pública -evitando la nefasta experiencia previa de bancarrotas originadas por los impagos de los monarcas ingleses-, tras la Revolución Gloriosa de 1688, lo que le dio una mayor reputación y credibilidad[60]. Desde entonces se instauraron instituciones políticas y económicas que aseguraron la propiedad privada y controlaron el arbitrio del Gobierno. Esto hizo que no se hablara de quiebras de bancos debidos al proceso de industrialización, más bien todo lo contrario: el sistema bancario intervino en el proceso de industrialización facilitando el descuento de letras de cambio y demás operaciones de la propia actividad industrial.

En definitiva, el mercantilismo y la autonomía del hombre iniciada en el Renacimiento van calando en la mentalidad de los agentes económicos que empiezan, merced a la expansión de la banca, a considerar el dinero como un activo autónomo, con un precio propio: el tipo de interés.

En este contexto económico de incipiente capitalismo se enmarcan las regulaciones liberales de la época. Entonces, todavía no se habían advertido ni denunciado sus carencias, abusos, etc. (y quizá no tuvieran la suficiente fuerza las voces que pudieran hacerlo)[61]. Por ello, la atención del legislador se centró en fijar una reglamentación que ayudara a su desarrollo, sustentada en una base de libertad respecto a la forma de producción anterior, precisamente para poder desgajarse de ella y que fuera posible el desarrollo de esta nueva forma de producción capitalista. Para ello se necesitaba romper con dos factores que habían existido hasta entonces, propios de la estructura gremial:

a) La adscripción al trabajo. En este sentido se estableció la libertad de profesión, lo que permitiría la movilidad de la mano de obra, necesaria para llenar las fábricas y centros de producción.

[60] El concepto de prima de riesgo ya existía entonces, desde que el préstamo se orientó a prestatarios públicos. La gran revolución financiera de Inglaterra consistió en reducir su prima de riesgo, al reducir los altos intereses previos a la Revolución Gloriosa, reestructurando su deuda en 1688 y adquiriendo el compromiso de pagar puntualmente las amortizaciones y esos nuevos tipos de interés más reducidos y adoptando nuevas técnicas financieras importadas de los holandeses. Para un mayor detalle, *vid.* COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.,* págs. 320 y ss.

[61] Son muy gráficos los testimonios que se conservan sobre las pésimas e infrahumanas condiciones de trabajo que se vivían en la época de la Revolución Industrial: niñas aprendices que trabajaban de tres de la mañana a diez de la noche, mujeres que realizaban el trabajo minero que era rechazado por los hombres, etc. Para un mayor detalle, *vid.* las lecturas complementarias contenidas en MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 41 y 42.

b) La estricta reglamentación de la actividad económica y financiera. Se declaró la libertad de empresa y la libertad de contratación[62].

Desde un punto de vista del Derecho, fue culminándose el proceso histórico de juridificación del trabajo por cuenta ajena, emergiendo el Derecho del Trabajo[63]. En ese sentido, el capitalismo, observado desde el punto de vista del destinatario final, el consumidor, también ha originado el nacimiento y desarrollo de una rama del Derecho reguladora de estas nuevas formas de negocio: el Derecho de Consumo. Sin embargo, no será hasta la segunda mitad del siglo XX cuando aparezca este mecanismo jurídico tendente a la estabilización de las desigualdades reales entre las partes contratantes, base de la regulación liberal. En la figura del préstamo, el prestatario es el consumidor o usuario de los productos y servicios financieros, concretamente de la disponibilidad del dinero que es objeto de dicho contrato. Si bien, no toda operación de préstamo está salvaguardada por el Derecho de Consumo, porque puede haber prestatarios que no cumplan la condición de consumidor o usuario.

Desde la adopción de las regulaciones liberales que favorecieron el desarrollo del capitalismo industrial, la situación ha cambiado sustancialmente, tanto desde un punto de vista económico, como jurídico. Sin embargo, hay normas de la época que se mantienen. Por ello, es preciso determinar si esas normas tienen encaje en la situación actual, teniendo en cuenta el grado de avance social, jurídico y económico alcanzado. Es especialmente destacable que hoy día se hable de una financiarización de la economía, por la creciente importancia del capital financiero y los intereses del mismo hasta el punto de ser el eje económico tanto directamente como indirectamente al infundir su lógica a otras actividades económicas no financieras, incluso a gobiernos y familias[64].

[62] MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones …, op. cit.,* pág. 39.

[63] Esto no significa que el Derecho no regulara con anterioridad las relaciones de subordinación, pero no podía hablarse de que existiera un Derecho del Trabajo (cfr. MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones…*, *op. cit.*, págs. 38 y 39).

[64] Sobre los orígenes y alcance de la financiarización actual de la economía, *vid*. MEDIALDEA GARCÍA, B. y SANABRIA MARTÍN, A.: "La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización" en *Revista de economía mundial*, núm. 32, año 2013, págs. 195 a 227, también disponible en http://hdl.handle.net/10272/7532, última consulta: 26-09-15.

2.4.4.- Otra explicación del nacimiento del mundo moderno: importancia de lo inmaterial. Alternativas al capitalismo

2.4.4.1.- Importancia de lo inmaterial

En contra de lo sostenido tradicionalmente por economistas como Adam Smith o Karl Marx, hay quienes sostienen que la gran historia económica (y lo que ha enriquecido al mundo) no se explica por causas materiales como el comercio, el ahorro, la inversión o la explotación, sino por las ideas. Esta corriente defiende que la innovación respaldada por la ideología, es lo que puede proporcionar una mejor calidad de vida para todos[65]. Esto se corrobora con la propia evidencia histórica: ha funcionado durante dos siglos aumentando y extendiendo la calidad de vida a gran parte de la población, por lo que propone continuar con ello, si bien respetando mejor su ética[66].

Una nueva corriente económica llamada "humanomics" defiende entre otras la integración entre lo económico y lo humanístico, se centra en el discurso y no en los cambios materiales en el comercio exterior o inversión interna como causa del despegue de las posibilidades de la curva de producción, esto es, de las posibles vidas imaginables. El comercio y la inversión son antiguas prácticas para generar riqueza, pero la libertad y dignidad de que disfruta la gente común, son únicas en nuestra era[67].

Desde un punto de vista eficiente, económico, cabe concluir que es defendible que el aspecto humano, ético, es lo que verdaderamente contribuye (y ha contribuido) a la

[65]*Vid.* MCCLOSKEY, D. N.: *Bourgeois dignity. Why economics can´t explain the modern world,* University of Chicago Press, Chicago, 2010, prefacio, pág. xiii; coincide Joel Mokyr, quien afirma que "los cambios económicos en todos los períodos dependen, más de lo que muchos economistas piensan, en lo que la gente cree" (MOKYR, J.: *The Enlightened Economy: An Economic History of Britain 1700-1850,* Penguin Press, Londres, 2010, pág. 1).

[66]MCCLOSKEY, D. N.: *Bourgeois…, op. cit.*, prefacio, pág. xiv. McCloskey aporta datos sobre la evolución positiva que ha supuesto el capitalismo -para ella, la innovación-, de manera que hace tan sólo dos siglos, un ciudadano medio de Japón o Francia o Noruega, vivía sólo con $3, (lo que hoy día sucede en Bangladesh) mientras que hoy día el consumo medio por persona en esos mismos países sería de unos $100 (MCCLOSKEY, D. N.: *Bourgeois…, op. cit.* págs. 1 y 2). Comín también coincide en alabar el espectacular avance para la economía mundial que supuso la Revolución Industrial y el aumento sin precedentes de su productividad, lo que permitió aumentar la renta *per capita* a la vez que su distribución, haciendo que la humanidad escapara del estancamiento de las economías agrarias y la trampa malthusiana, pero no apunta como causa raíz al discurso o la ideología (cfr. COMÍN COMÍN, F.: *Historia…, op. cit.*, págs. 349 y 350).

[67] MCCLOSKEY, D. N.: *Bourgeois…, op. cit.*, pág. 9, donde indica que la nueva ciencia "humanomics" es así denominada por Bart Wilson, y se trataría de una ciencia humanística de la economía. En concordancia con esta corriente, sostiene que los horrores de los nacionalismos, la pobreza a que da lugar la falta de innovación y las catástrofes que han producido concepciones religiosas antiburguesas pueden superarse integrando lo económico y lo humanístico.

generación de riqueza y a que su disfrute se haya expandido entre gran parte de la población. Es decir, incluso desde una perspectiva económica, la explicación del gran cambio que ha supuesto el advenimiento de la era moderna, y el enriquecimiento que ello ha supuesto, no viene de fenómenos relacionados con el dinero o aspectos materialistas, sino que tiene su origen en la idea de utilidad (individual y subjetiva, como mostró Wilfred Pareto), que las éticas públicas (a través de los gobiernos) deben simplemente tutelar y respetar en el marco de las libertades individuales, entre otras la de empresa[68].

Desde un punto de vista jurídico, y concretamente desde un ordenamiento (como el nuestro) que propugna como valores fundamentales la libertad, la justicia y la igualdad, no puede perderse de vista el marco que constituyen dichos valores, a la hora de regular cualquier institución, aunque sea de índole económica. Máxime cuando, los propios parámetros económicos, apuntan precisamente en esa misma dirección.

Sin centrarse en la ideología, también se defiende que las instituciones capitalistas son fundamentales para asegurar el crecimiento económico a muy largo plazo[69].

2.4.4.2.- Surgimiento de la economía social

Frente a esta tesis hay quienes sostienen que el capitalismo ha acarreado problemas de injusticia y desigualdad, y que el libre mercado no responde a las necesidades de las personas y los pueblos por lo que a finales del siglo XIX empezaron movimientos sociales alternativos al capitalismo denominados Economía Social que tienen como rasgos diferenciadores la supremacía de la persona frente al capital, la adhesión voluntaria, el control democrático de la organización, la conjunción entre los intereses de sus miembros y el de la sociedad, la autonomía frente a otros agentes y poderes públicos y privados y el destino de sus excedentes para el desarrollo de sus miembros y el de la sociedad en general[70]. Dentro de este movimiento hay sectores muy concretos, como el de Economía Social o Solidaria, que desde el último cuarto del siglo XX viene desarrollando un enfoque

[68] PARETO, W.: *Manual of political economy*, ed. de MONTESANO, A., Oxford University Press, Oxford, 2014, págs. 35 y ss.

[69] COMÍN COMÍN, F.: *Historia…*, *op. cit.*, pág. 352.

[70] ASKUNZE ELIZAGA, C.: "Más allá del capitalismo: alternativas desde la Economía Solidaria", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 168, año 2013, págs. 97 a 101.

diferente a la forma de entender las relaciones de financiación, producción, y consumo de forma que los mercados son meros instrumentos al servicio de las personas, se busca el fomento de la justicia social y la cooperación y de la inclusión social y financiera. Estas nuevas tendencias impulsan la creación de normas que recojan estas realidades en el mundo comercial, como son las «empresas del tercer sector». En el ámbito del préstamo, se han acuñado los conceptos de «microcrédito» y «finanzas sociales», como motores de una nueva economía socialmente responsable[71].

2.4.4.3.- Banca ética como alternativa a la banca tradicional: referencia al microcrédito

Otra expresión alternativa a la banca tradicional lo han constituido los Montes de Piedad, que nacieron para prestar servicio a quienes no tenían un nivel suficiente de renta como para ser atendidos por los bancos de la época (que se orientaron a la actividad empresarial y productiva), y las Cajas de Ahorros, que surgieron en muchas ocasiones de aquellos Montes de Piedad con un marcado carácter social. En 1977 se eliminaron las restricciones a la actividad de las Cajas de Ahorros, por lo que prestaron los mismos servicios que los bancos. Actualmente las Cajas de Ahorros han desaparecido. La alternativa que se presenta ahora es la denominada banca ética. No se trata de un banco más. Es una opción a nivel conceptual y su distinción radica en la transparencia de su información, en el conocimiento del destino de los ahorros y en la financiación de proyectos de economía social que buscan el desarrollo local y la cohesión social y no son considerados por el sector bancario tradicional. Realmente, esta forma de entender la banca, con límites y controles en su actividad, ejercida con honestidad, transparencia, fomento del desarrollo local y de la

[71] Sobre el concepto de responsabilidad social de la empresa y economía sostenible, *vid*. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (coord.): *Responsabilidad social de la empresa y finanzas sociales*, Universidad Internacional de Andalucía y Akal, 2004, pág. 54; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Gobierno de los bancos y conflictos de interés con clientes: neoliberalismo vs responsabilidad social de la empresa", *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 7, vol. 3, 2011, págs. 105 a 128; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. y PARTAL UREÑA, A.: "Finanzas sociales: innovación financiera para la cooperación internacional", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (coords.): *Ética y mercado de valores*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 77 a 94; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., PARTAL UREÑA, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ-AGUADO, P.: "Más allá de la responsabilidad social en los mercados financieros: las finanzas sociales como reflexión ética singular", *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 206, vol. LXVII, Universidad Comercial de Deusto, agosto 2012, págs. 349 a 364.

productividad, dando lugar a la confianza y en definitiva para bien de la persona y la construcción de una sociedad más humana, es lo que siempre debió ser[72].

Como ejemplo de prácticas de banca ética en lo concerniente a los tipos de interés en los préstamos, la Red de Economía Alternativa y Solidaria (REAS) ofrece préstamos cuya obligación de devolución consiste en el principal prestado y la variación de IPC experimentada. Este índice de actualización del préstamo refleja fielmente la variación de la inflación y por lo tanto se trata de superar el principio nominalista, devolviendo el mismo poder adquisitivo.

Estas otras formas de hacer economía buscan el bienestar de las personas como objetivo principal y no el máximo beneficio a cualquier precio. Se han mostrado complementarias de la actividad capitalista, coexistentes con ella y también sustitutivas de la misma llegando a ser consideradas los nuevos modelos post-capitalistas[73].

Deben distinguirse, por lo demás, los criterios de banca ética, específicos de las finanzas sociales, de los criterios generales de *responsabilidad social de la empresa,* que también adopta la banca común, de la mano de la globalización, haciendo a los consejeros de los bancos promover internamente reflexiones sobre el papel de los propios bancos como empresas inmersas en la sociedad. Ahí se ubica el concepto de responsabilidad social de la empresa bancaria, que alude no sólo a las relaciones internas de la propia banca como empresa, sino también al entramado externo con el que se relaciona (proveedores, clientes, medio ambiente, y demás *stakeholders*). Desde un punto de vista empresarial, el concepto de los *stakeholders* nació como herramienta de planificación estratégica, si bien se ha adoptado por la ética aplicada como instrumento útil para tomar conciencia del alcance del creciente poder de las empresas y el debilitamiento del poder de los Estados, todo lo cual redunda en una obligación si no legal, sí socialmente reclamada de atender las necesidades de las personas en todas esas áreas de actuación e influencia[74].

---

[72] Cfr. DE CASTRO SANZ, M.: "Banca ética o trabajar para una sociedad más equitativa", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 168, año 2013, págs. 117 a 132.

[73] *Vid.* ASKUNZE ELIZAGA, C.: "Más allá…", *op. cit.*, pág. 101.

[74] Como pone de manifiesto Argandoña (cfr. ARGANDOÑA RAMIZ, A.: "RSE ¿Qué modelo económico? ¿Qué modelo de empresa?", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 146, julio-septiembre 2007, págs. 11 a 24), no hay una definición única de qué es RSE ni las obligaciones concretas que se le atribuyen a la empresa, incluso es posible que las propias organizaciones empresariales a la hora de tratarlo no sobrepasen la visión mecanicista o relacionada con la propia actividad

La RSE, en el ámbito bancario, es conectada con la doctrina social de la Iglesia que aboga por una defensa de la verdadera libertad de la persona, que no debe ceñirse a su faceta económica, y por la implantación de mecanismos de *solidaridad*[75]. La obra social de las entonces Cajas de Ahorro es un buen exponente de este modo de hacer banca. Ahora bien, es preciso distinguir perfectamente entre la banca ordinaria, que hoy debe ser socialmente responsable, y la banca ética propiamente dicha, que renuncia al objetivo de rentabilidad en aras de la sostenibilidad de los clientes, pobres o excluidos sociales, que son los prestatarios del microcrédito[76].

El problema de carácter privado que se estudia en esta investigación, a nivel internacional y público en alguna medida puede asimilarse a la situación de la deuda externa, entendida como endeudamiento acumulativo y desproporción de compromisos adquiridos que requiere considerar la capacidad de generar renta por parte de los países afectados. No nos detendremos en su estudio, por exceder notablemente el ámbito que nos hemos marcado, si bien, además de apuntarlo como una línea de investigación futura, de desarrollo de la

---

de la empresa sin abrirse a las funciones ética y psicosociológica que les infundirían un mayor grado de actuación de responsabilidad social, por lo que es posible que no se desarrolle este concepto y se abandone como una moda pasajera.

[75] Cfr. CAMACHO LASAÑA, I.: "La RSE y la Doctrina Social de la Iglesia", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 146, julio-septiembre 2007, págs. 79 a 93, donde alude a la desfiguración del concepto de libertad por el marxismo y el liberalismo y explica que si bien la doctrina social de la Iglesia no se centra específicamente en la RSE sí puede aportarle elementos desde su tradicional visión amplia del ser humano en todas sus facetas y las exigencias de la economía de estar al servicio de la persona y su desarrollo auténtico, integral y solidario.

[76] Para un mayor detalle sobre banca ética, RSE y microcrédito, *vid*, entre otros: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Optimal Legal Form and Governance for Microbanks and Microfinancial Institutions: A European Survey", en *Journal of International Banking Law Review*, Issue 12, Thomson Reuters (Professional) Sweet & Maxwell, London (United Kingdom), 2012, págs. 501 a 508; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "La Asociación Española de Microfinanzas en el desarrollo institucional y regulatorio de las finanzas sociales", en *Microfinanzas y ONG, Revista de Responsabilidad social de la empresa*, núm. 16, cuatrimestre I, 2014, págs. 169 a 190; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Desarrollos recientes (2012-2014) de la financiación para el emprendimiento social y del régimen de las sociedades e instituciones microfinancieras en el derecho europeo y español", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. y MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (dirs.): *Cuadernos de la Cátedra Garrigues de Derecho de Sociedades*, núm. 1, diciembre 2014, págs. 7 a 26, disponible en: http://www.upcomillas.es/images/catedras/Garrigues/Cuadernos_C%C3%A1tedr a Garrigues vol. 1.pdf, última consulta: 27-04-15 ; IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Derecho de sociedades y autonomía de la voluntad de las instituciones microfinancieras", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. y MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (dirs.): *Cuadernos de la Cátedra Garrigues de Derecho de Sociedades* , núm. 3, junio 2015, págs. 5 a 30, disponible en: http://www.upcomillas.es/images/catedras/Garrigues/Cuadernos_C%C3%A1tedra_Garrigues_vol._3.pdf, última consulta: 27-07-15.

presente, mencionaremos la conexión que ha tenido con los llamados *objetivos del milenio* (ODM), marcados por la ONU[77].

2.5.- Evolución económica desde el siglo XX

2.5.1.- Segunda revolución industrial y globalización

La primera globalización se produjo a finales del siglo XIX y principios del XX debido a que no había limitaciones migratorias en los países y a la caída de los precios de los transportes. Por otra parte, se produjo una segunda revolución industrial al introducirse nuevas técnicas y formas organizativas que superaron lo que ya se había producido en Inglaterra en el siglo XVIII y se expandió posteriormente al resto del continente y a algunas colonias británicas.

A finales del siglo XIX todavía el dinero era metálico o directamente convertible, es decir, todavía pertenecía a la economía real. El siglo XX se ha caracterizado por ser el siglo de las fuertes inflaciones. Hasta entonces, la estabilidad de los precios había estado ligada a esa concepción metalista del dinero. Es en el siglo XX cuando tiene lugar por primera vez la ruptura del dinero con los metales preciosos. Keynes ya apuntaba que "la larga era del dinero mercancía [había] dejado paso finalmente a la era del dinero representativo"[78]. Hay economistas que explican esas fuertes inflaciones con ese cambio[79], incluso hay quienes, ante la última crisis financiera abogan por una vuelta al patrón oro[80].

[77]ATIENZA AZCONA, J.: "¿Cómo hacer que la deuda externa favorezca el cumplimiento de los ODM?", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 136, enero-marzo 2005, págs. 89 a 102.

[78] KEYNES, J. M.: *Tratado sobre el dinero,* Editorial Síntesis, Madrid, 2010, pág. 583.

[79] MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…, op. cit.,* págs. 193 y 194.

[80]Cfr. HUERTA DE SOTO, J: *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos,* 4ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2009. Ya se manifestaba en contra Keynes, quien cuestionaba que fuera aconsejable el mantenimiento del patrón oro porque su buen funcionamiento en el pasado debido al azar de los descubrimientos de yacimientos, no es extrapolable a un futuro. Incluso cuestionaba que lo ideal fuera un patrón internacional, entre otras razones, porque dudaba que hubiera una autoridad capaz de gestionar un patrón a ese nivel mundial (cfr. KEYNES, J. M.: *Tratado…, op. cit.,* págs. 579 y ss donde sostiene que es de ilusos confiar en que el valor del oro se mantenga estable, sin embargo, si se fuera capaz de superar los problemas que plantea el patrón oro, podría pretenderse que una autoridad supranacional mantuviera el nivel del valor del oro y se tuviera discrecionalidad para variar el valor de cada una de las monedas que guardan paridad con él en, por ejemplo, el 2 por ciento. Esta es la cifra que precisamente ha definido el Banco Central Europeo, pero no respecto a los cambios de moneda, sino respecto a la variación de los tipos de interés para conseguir la

Como ejemplo paradigmático de hiperinflación destaca el caso excepcionalísimo de Alemania, que alcanzó, después de la primera guerra mundial, la astronómica cifra de 4,2 billones de marcos como paridad de su moneda con el dólar. En esta situación le era imposible atender los pagos que le habían sido impuestos en el Tratado de Versalles. La solución vino por un cambio en las condiciones de pago, no en la cuantía de la deuda, de forma que las cuotas anuales se redujeron y se estableció que se actualizaran en función del crecimiento de la economía alemana. A lo anterior se añadió la concesión de un préstamo de 800 millones de marcos, en gran parte y precisamente por su principal acreedor, Estados Unidos[81]. Así, Alemania pudo cumplir con sus pagos, el marco recuperó su estabilidad y comenzó un período de crecimiento alentado por la llegada de capitales extranjeros. Hay que advertir la brevedad de esta situación de bonanza por el contagio de la crisis del 29, pero lo expuesto sirve para tomar nota de cómo se resolvió en la historia una situación caótica de inflación con resultado positivo, sin recurrir ni a la condonación de la deuda ni a otras instituciones de moderación de la misma. Se optó por una vía realista y adaptada a la capacidad de pago de la parte deudora, así como al correcto entendimiento del concepto de actualización de las cuotas fijando el índice más fiable y equilibrado para la parte prestataria que se puede tener, que es el crecimiento económico propio.

2.5.2.-Creación de los organismos internacionales FMI, BM y OMC

Tras la segunda guerra mundial, se crearon tres instituciones a nivel mundial, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio. Estos organismos se crearon con el ánimo de una cooperación internacional de forma que se evitara la repetición de las políticas que llevaron al mundo a la Gran Depresión de 1929 (parece sentirse la idea keynesiana de la necesidad de organismos internacionales que vigilen las políticas monetarias) y así conseguir la liberalización del comercio internacional, una vez aprendida por los países la experiencia de los resultados negativos a que conduce la existencia de fuertes aranceles.

---

estabilidad en el nivel de precios). En la misma línea, Keynes aboga por la apertura del mercado internacional con la supresión de aranceles, pues lo contrario lleva realmente a un empobrecimiento general (*ib.*, pág. 590).

[81] Estas medidas fueron recogidas en el denominado Plan Dawes, cuyo autor (el norteamericano Charles G. Dawes) recibió el Nobel de la Paz en 1925 por su inestimable contribución en la comisión en la que se adoptó dicho plan (cfr. MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…, op. cit.*, pág. 202).

A la expansión de la liberalización de los tipos de interés, en el siglo XX contribuyó la inclusión de la denominada cláusula de condicionalidad en los préstamos que el FMI concedía a los países tras la segunda guerra mundial para su recuperación. Esta cláusula implicaba la aceptación por el Estado prestatario del cumplimiento de medidas tales como la disciplina fiscal, la liberalización de los tipos de interés o la liberalización del comercio exterior[82]. Además, debía estar de acuerdo en aplicar las directrices económicas y financieras que marcara el FMI.

2.5.3.- Libertad económica y cooperación internacional

Los economistas clásicos (Adam Smith, David Ricardo, Stuart Mill) ya defendían la libertad económica como la mejor forma para lograr el desarrollo económico y mejora del bienestar[83]. Estados Unidos, no abandonó las políticas proteccionistas hasta después de la gran crisis de los años treinta[84], cuando experimentó las consecuencias negativas del establecimiento de elevados aranceles en el comercio exterior.

Un paso más allá de esa libertad económica, es la constatación de las aportaciones positivas a la economía de conductas de cooperación internacional. Los acontecimientos de la historia política han puesto de manifiesto que a los acreedores les interesa ayudar a sus deudores y perjudicados económicamente, porque los necesitan. Muestra de ello es el Plan Marshall, programa de ayudas de Estados Unidos a la Europa de la posguerra, concebido como la mejor posición de la potencia americana frente a la opción de dejar a su posible socio y mercado que se arruinara. Además, la entrada en la guerra de Estados Unidos confirmó que no era posible mantener su tradicional aislamiento del resto del mundo, porque de una u otra forma le repercutía[85]. Previamente y en el mismo sentido se había adoptado el Plan Dawes encaminado a la reconstrucción tras la primera gran guerra.

---

[82] MARTÍN MARTÍN, V.: *Lecciones…*, *op. cit.*, pág. 223.

[83] Para un detalle de las aportaciones de cada uno de los economistas clásicos, *vid.* HERNÁNDEZ ANDREU, J.: *Lecciones…*, *op. cit.*, págs. 119 y ss.

[84] ZAMAGNI, V.: *Historia económica…*, *op. cit.*, pág. 45.

[85] *Ib.*, pág. 218.

2.5.4.- Contexto histórico español en el período de 1977 a 1985: crisis bancaria

En la doctrina económica se concluye que crisis bancarias ha habido siempre, con causas que han sido similares en todos los tiempos[86], pero lo que las ha diferenciado ha sido la forma de resolverlas[87]. En épocas anteriores, el mercado era el encargado de solucionar tales crisis eliminando a las entidades bancarias en situación de bancarrota[88]; hoy día, se entiende que prevalecen otros intereses como los de los depositantes, por ello el sector público interviene en su defensa evitando la desaparición de las entidades en situación de crisis.

España padeció una grave crisis bancaria en el período de 1977 a 1985 cuyo desencadenante fue la famosa crisis del petróleo de 1973: entraron en crisis el 52% de los bancos, se vio afectado un pasivo de 3.771.737 millones de las antiguas pesetas, el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios intervino en 29 entidades, se tomaron medidas especiales como sucedió con el grupo bancario Rumasa que fue expropiado por RD 2/1983, de 23 de febrero y en otros casos la crisis fue resuelta con ayuda del Banco de España, de su banco matriz o por la absorción de terceros[89]. Las medidas macroeconómicas de ese período indicaban una fuerte bajada del crecimiento del PIB acompañada por una elevada inflación (los precios subieron un 19,8 % en 1976 y un 26,4% en 1977[90]). Esta situación tiene su reflejo negativo en el sector bancario, haciendo que los tipos de interés se disparen por su volatilidad en este contexto de inflación, y que a medio plazo aumente la morosidad e insolvencias. Hay quienes concluyen que el encarecimiento del crédito en España en el período de crisis bancaria de 1977 a 1985 fue

[86] Se apunta a causas exógenas, en el entorno económico tales como innovaciones tecnológicas, cambios de producto; causas endógenas como actuaciones irresponsables dentro del sector bancario, falta de suficientes controles por parte de organismos que controlen la solvencia y períodos que van de la estabilidad a la euforia por un crecimiento desmesurado y especulativo (para un mayor detalle, *vid.* CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis bancaria en España 1977-1985*, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, págs. 33 y ss.).

[87] CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis…*, *op. cit.*, pág. 19.

[88] Como apunta Sánchez Calero (en SANCHEZ CALERO, F: "Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 11, julio-septiembre 1983, pág. 534), en la Edad Media los banqueros fueron los primeros en sentir el rigor de la quiebra, cuyo nombre viene de ruptura del banco que utilizaban, o "bancarrota". Cuervo García tilda de "darwinismo" esta expulsión del mercado de los ineficientes como medida autorregulatoria (cfr. CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis…*, *op. cit.*, pág. 33).

[89] CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis…*, *op. cit.*, págs. 23 a 29.

[90] Ib., pág. 37.

en parte debido a los costes que supuso su política expansionista y a la ineficacia intermediadora de la propia banca[91]. El precio del dinero aumentó porque incluía las tasas de inflación de la economía real, los costes de intermediación -incluidos los de la política expansionista- y las dotaciones por el aumento de insolvencias y morosidad.

Debido a la estrecha interrelación entre la economía real y el sector bancario, de forma que la crisis de la primera lleva a la crisis a la segunda (la cual, fruto de sus deficiencias acentúa los efectos negativos), la salida de esta situación pasa por la recuperación de la rentabilidad en el sector de la economía real y la adopción de políticas monetarias de bajada de las tasas de inflación para que los costes financieros también disminuyan. De otra forma, las entidades financieras seguirán haciendo dotaciones para morosos e insolventes que repercutirán en sus costes y en el precio del dinero expresado en los tipos de interés exigidos en los préstamos[92].

Como antecedentes de la situación en nuestro país, hay que señalar que en el período de 1936 a 1962 hubo una intervención administrativa en la fijación de tipos de interés bancarios. A partir de entonces, y tras la promulgación de la Ley de Bases de 1962 se comienza un período de liberalización que culmina, en cuanto a nuestra materia de estudio, los intereses, en una completa liberalización en la fijación de los mismos[93]. La liberalización en el sistema financiero no tiene los mismos efectos que en el sistema real porque la experiencia demuestra que los ineficientes no salen del sistema ni el aumento de competencia implica una mayor eficiencia, por lo tanto, las reglas de autorregulación del mercado, no funcionan para este sector[94].

En 1977, España sufría una grave crisis económica, con cifras negativas en sus principales parámetros[95]. Estaba en una situación política de preparación de la Constitución que se adoptaría en 1978.

---

[91] CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis…*, *op. cit.*, pág. 44.

[92] *Ib.*, págs. 62 y 63.

[93] La Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 completa el proceso.

[94] CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis…*, *op. cit.*, pág. 42.

[95] La tasa de inflación era del 28,4 por 100; el PIB pasó de crecer un 8 por 100 (1972) a sólo un 1 por 100 (1975) y 3 por 100 (1977); la Balanza por cuenta corriente pasó a ser deficitaria (4.293 millones en 1976); los precios habían crecido un 58 por 100; el desempleo se duplicó en 3 años (de 1973 a 1977); crecieron las importaciones de petróleo. Datos tomados de HERNÁNDEZ ANDREU, J. (dir.): *Lecciones…*, *op. cit.*, págs. 299 y ss.

Además de lo anterior, España sufrió la crisis bancaria de 1977 a 1985 antes referida que supuso lo siguiente: a) se liberalizó el establecimiento de entidades lo que implicó la entrada en el sector de banqueros inexpertos, b) aumentó el coste del dinero con el alza de los tipos de interés, c) los costes financieros de las empresas aumentaron lo que contribuyó a la crisis económica. Fruto de todo ello fue la quiebra de 58 bancos.

España no se había incorporado a la actual Unión Europea ni en 1980 (cuando se establece en la LEC el interés moratorio procesal) ni en l984 (cuando se introduce la posibilidad de pacto de intereses moratorios procesales, como veremos). Por tanto no estaba obligada al cumplimiento de las directrices del Banco Central Europeo, que actualmente es quien fija los tipos de interés por cesión de las competencias de los respectivos bancos centrales de los Estados miembros.

2.5.5.- Financiarización de la economía a nivel mundial

A nivel mundial, se ha venido gestando un proceso denominado financiarización de la economía que consiste en un modelo de acumulación en el cual los beneficios surgen fundamentalmente a través de la vía financiera, ante la constatación del descenso de la producción o el comercio de mercancías a finales de la década de los 60. Este mercado financiero y su lógica se expanden insaciablemente alcanzando incluso sectores ajenos a su actividad: por una parte, empresas no financieras, familias e incluso gobiernos destinan recursos a este mercado financiero que trata de procurar el mayor beneficio en el menor tiempo posible (lo cual a su vez implica la asunción de elevados riesgos); por otra parte, se crean nuevos productos más complejos y opacos fruto de la ingeniería financiera, que amplían las posibilidades de captación de recursos y la banca comercial se suma a desempeñar estas nuevas actividades ante la decadencia de su tradicional negocio lo que incorpora más agentes que extienden la actividad financiera.

En este contexto económico, que hizo que en los años 80 se incrementen sustancialmente las rentas de naturaleza financiera, es en el que operó la modificación procesal en nuestro ordenamiento creando la figura de los intereses moratorios procesales, como veremos en el capítulo segundo.

No faltan sectores críticos que ponen de manifiesto el lado negativo de este imperio del capital financiero[96]:

- los mercados financieros son cada vez más complejos y opacos y generan comportamientos miméticos e irracionales por las posibilidades de realizar movimientos repentinos y por la asimetría de información. Prueba de ello es la masiva colocación de productos nuevos y complejos a destinatarios inadecuados como ha ocurrido con la suscripción de productos derivados o de renta perpetua.

- la expansión del capital financiero se resiste ante cualquier restricción o regulación.

- el afán de búsqueda de rentabilidad hace que tenga sus propios mecanismos de auto reproducción: aprovecha sus propias inestabilidades para generar negocio. Tal es el caso de los productos creados para apostar sobre la evolución de sus variables, o la titulización de operaciones con valoraciones irreales y especulativas.

- este proceso de financiarización conlleva una polarización en las rentas de forma que perjudica a los trabajadores asalariados que no ven incrementados sus salarios y a las familias que no tienen rentas para entrar en ese mercado financiero (es decir, a las clases más pobres) e incrementa significativamente las grandes rentas concentradas en manos de unos pocos.

- a nivel político, los Estados se ven limitados en sus políticas económicas por las exigencias del mercado financiero.

- se privilegia a accionistas y prestamistas al aplicarse entre otras medidas el mantenimiento de tipos de interés elevados y la liberalización de los sistemas financieros y los tipos de interés, que dejan de ser administrados por el poder político.

- esta financiarización de la economía da lugar a problemas que desembocan en crisis financieras, como la iniciada en Estados Unidos en 2007 y extendida al resto de países en 2008.

[96]MEDIALDEA GARCÍA, B. y SANABRIA MARTÍN, A.: "La financiarización…, *op. cit.*, págs. 195 a 227. En el mismo sentido los opositores del "neoliberalismo", que entre otras denuncias, reclaman el mantenimiento del Estado de bienestar ante las negociaciones existentes entre Estados Unidos y la Unión Europea para tratar de reducir el mismo mediante privatizaciones (http://noalttip.blogspot.com.es/2014/07/ttip-estados-unidos-negocia-con-europa.html última consulta: 22-04-2015).

Desde la doctrina social de la Iglesia ya se venía denunciando la invasión de la lógica de mercado en todas las facetas de la vida, reduciendo la persona a su carácter de productor y consumidor[97].

III.- APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL FENÓMENO DE LA GENERACIÓN DE INTERESES

En el apartado precedente hemos visto la evolución histórica del significado y alcance del dinero desde una perspectiva económica, que ha culminado en una admisión de su productividad. A partir de esa concepción productiva, a continuación sigue una exposición exclusivamente económica del interés: desde su definición económica hasta la explicación de cómo se generan intereses por parte de un capital dinerario.

3.1.- Definición económica del interés

Desde un punto de vista económico, el interés se considera como el precio o recompensa a pagar por la disposición de capitales ajenos durante un determinado período de tiempo[98]. Es la retribución del capital dinerario.

3.2.- El sistema de generación de intereses producidos por el dinero en el capitalismo

Desde sus formulaciones iniciales, el modo de producción capitalista se basa en las mercancías para producir riqueza. Son entendidas como objetos exteriores con un valor de uso y un valor de cambio[99]. Las mercancías sirven para satisfacer necesidades y por eso su

[97] CAMACHO LASAÑA, I.: "La RSE…, *op. cit.*, págs. 87 a 93, donde hace referencia a las palabras de Juan Pablo II en su *Discurso a la Academia Pontificia de Ciencias Sociales* (viernes 27 de abril de 2001).

[98]NAVARRO, E. y NAVE, J. M.: *Fundamentos de matemáticas financieras,* Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 1.

[99] MARX precisa incluso la distinción utilizada en la terminología de los escritores ingleses del siglo XVII, entre *worth* (destinado al valor de uso) y *value*(valor de cambio), advirtiendo además que la palabra de origen germánico se utiliza para expresar la cosa directa, y la de origen latino para la refleja (MARX, K.: *El capital.*

valor de uso se hace efectivo con el consumo, mientras que el valor de cambio es una relación entre valores de uso, es contingente y puramente relativo, por eso nunca puede ser intrínseco a la mercancía. El valor de uso hace referencia a las cualidades de las mercancías, mientras que el valor de cambio a la cantidad, de forma que dos mercancías pueden diferenciarse en cuanto a su valor de uso, pero, si tienen un mismo valor de cambio (aun siendo diferentes), sólo la cantidad las diferenciará.

El dinero puede ser transformado, sobre la base de la producción capitalista, en capital, y en virtud de esta transformación se convierte de un valor dado en un valor que se valoriza a sí mismo, que se automultiplica. Pero esta productividad o fecundidad del dinero existe en la medida en la que se transforma o se utiliza para generar ganancias. Este hecho es lo que justifica el pago de un interés al prestamista, porque el que tiene dinero, puede adquirir con ello un bien y producir una ganancia. Quien se desprende de ese dinero, no puede obtener tal ganancia, pero permite a otro que lo haga, por ello, "el hecho de que un hombre que toma dinero en préstamo con la intención de obtener ganancias con él deba darle al prestamista una parte de la ganancia, es un principio evidentísimo de justicia natural[100]".

Pero para Marx, es absurdo hablar de justicia natural. Las formas jurídicas no pueden determinar el contenido de las relaciones de producción y sus transacciones, solamente pueden expresarlas. "Ese contenido es justo en cuanto corresponde al modo de producción, si es adecuado a él"[101]. En este punto, la explicación económica de la existencia de interés es que es una parte de la ganancia que se ha obtenido con el dinero prestado. Los principios de justicia natural no lo explican. Por eso coincidimos con Marx a la hora de delimitar lo jurídico de lo económico, es decir, las relaciones de producción y sus transacciones determinan su propio contenido, que es expresado de una forma jurídica. Si bien, no compartimos la idea de que la justicia de ese contenido venga dada también económicamente. El Derecho, como Ordenamiento Jurídico, tiene unos Principios generales y otras fuentes formales y materiales cuya aplicación sistemática e interpretación

---

Crítica de la economía política, libro I (*El proceso de producción del capital*), tomo I, volumen 1 de la edición a cargo de Pedro Scaron, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1981, página 44).

[100] El propio Marx cita a Gilbart (GILBART, *TheHistory and Principles of Banking*, Londres, 1834, pág. 163), en MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III (El proceso global de la producción capitalista), tomo III, volumen 7 de la edición a cargo de Pedro Scaron, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1981, págs. 434 y 435.

[101] *Loc. cit*.

o hermenéutica servirán de filtro al contenido económico para incorporarlo como obligación jurídica.

Por lo tanto, el sentido que tiene el interés, es que el que recibe dinero a préstamo lo utilice como capital y genere una ganancia con ello, parte de la cual es precisamente ese interés. Para Marx, el prestamista ya estaría utilizando como capital el dinero que presta por el simple hecho de cedérselo al otro para que lo gaste como capital[102]. Entiende que ambas partes de la relación son capitalistas: tanto el prestamista (a quien llama capitalista dinerario), como el prestatario (a quien llama capitalista industrial o comercial).

La diferencia entre el préstamo y la venta, desde un punto de vista económico, es que en la venta, se intercambian los objetos, no su valor: el vendedor da el objeto, no su valor, y el comprador da a cambio dinero, no su valor. Es un intercambio de objetos, no de valores (porque se mantienen)[103]. Pero cuando el capitalista produce un plusvalor, no hay intercambio, porque hay un valor añadido encerrado en las mercancías.

Es revelador que se compare el interés con el precio de una mercancía[104]. En el caso de una compraventa o intercambio simple, lo que se verifica es un intercambio del mismo valor en diferente forma: en forma de mercancía, o en forma de precio. Es el mismo valor. En ese caso además, el vendedor se desprende de la propiedad de la mercancía. En el caso del préstamo, si al prestamista le volviera otra vez la misma cantidad de dinero, significa que ahí no puede hablarse de precio. Precio tiene que ver con intercambio. Se intercambian objetos pero no sus valores porque no hay diferencia de valores. El precio de una mercancía seria correlativo con el valor del uso del dinero dado en préstamo, en esa comparación entre un intercambio de mercancías y un préstamo. El precio es lo que entrega el comprador al vendedor. El interés es lo que se traslada del prestatario al prestamista. Sin embargo, la diferencia radica en que ese valor de uso (que se transfiere del prestamista al prestatario), en el caso del dinero, es su capacidad de reproducirse o generar ganancias, en un lapso de tiempo.

[102] MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política,* libro III…, *op. cit.,* págs. 435 y 436.

[103] *Ib.*, pág. 442.

[104] Sin embargo, hace una importante distinción al calificar a los intereses de *forma irracional del precio*, en la medida en la que son una consideración abstracta: el precio que constituyen los intereses sería la suma de dinero que se paga por algo que de alguna forma es valor de uso. El precio conforme a su concepto es el valor de ese valor de uso expresado en el dinero (MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política,* libro III…, *op. cit.*, pág. 452).

En la obra de Marx aparece el tiempo como unidad a tener en cuenta especialmente en la producción del interés (considerado como la ganancia que genera el dinero prestado). Pero la consideración del tiempo no es exclusiva del dinero dado en préstamo para calcular el interés, también está implícito en la determinación del precio de las mercancías, y es la duración del ciclo productivo necesario para obtenerlas[105].

Puede apreciarse que la diferencia en cuanto a la consideración del tiempo viene dada porque en un intercambio de mercancías (compraventa) el tiempo de producción de esa mercancía es pasado: el proceso de producción necesario para obtener esa mercancía que se va a intercambiar ya ha tenido lugar. Se incorpora en la determinación del precio de una forma precisa, *a posteriori*. Sin embargo, cuando hablamos de préstamo, el tiempo necesario para que se genere una ganancia con el capital prestado es futuro: se espera que ese dinero que se entrega en préstamo se utilice como capital, de modo que es necesario un lapso de tiempo para que se generen ganancias, parte de las cuales refluyan al prestamista. Ese es el interés, una parte de una ganancia futura, y por lo tanto con un mayor o menor grado de incertidumbre en su determinación *a priori.*

Para Marx, el capital es productivo y refluye a su origen con una ganancia. En el caso del préstamo, el dinero se presta del prestamista al prestatario como capital, y por eso "refluye" al prestamista, es decir, incrementado de valor. Y ese plusvalor es el interés. Marx diseccciona el movimiento del prestamista al prestatario, comparándolo con un intercambio normal de mercancía. Con carácter general, lo que se entrega es el valor de uso (tanto en el caso de una mercancía como en el del préstamo). No se entrega el valor, porque ese valor se mantiene en forma de precio. Sin embargo, a diferencia de una mercancía, en la que su valor de uso se consume al llegar a su último poseedor, el capital tiene la facultad de ver incrementado su valor y su valor de uso cuando se consume (porque se utiliza para adquirir otros bienes con los que se genera una ganancia). El valor de uso del dinero capital es la capacidad de generar ganancias. Y una parte de esas ganancias es lo que debe pagar el prestatario al prestamista. Es el interés[106].

[105] Para la producción del interés también se entiende necesaria la consideración del tiempo en MÜLLER, A.: *Elemente der Staatskunst*, Berlín, 1809, tomo III, pág. 138, citado en MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…*, *op. cit.*, pág. 455.

[106] MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…, op. cit.,* págs. 448 a 450. Esta concepción del interés como parte de las ganancias obtenidas por el dinero que se presta, también es concebida por Massie, a quien el propio Marx cita (MASSIE, J.: *An essay on the governing causes of the natural rate of interest, where in the sentiments of Sir W. Petty and Mr. Locke, onthat Head, are Considered,*

Por lo tanto, esa diferencia entre el intercambio en el caso de mercancías, y en el caso del dinero entregado en préstamo, es decir, esa diferencia entre lo entregado por un comprador y lo entregado por un prestatario (la parte de la ganancia, además del dinero recibido), puede deducirse que se justifica por el lapso de tiempo que transcurre entre que el prestatario recibe el dinero (como capital, para generar ganancia) y lo devuelve al prestamista junto con los intereses. Ese lapso de tiempo es el que requiere el capital para producir las ganancias. Se requieren por lo tanto, para hablar de préstamo:

- que se entregue dinero por parte del prestamista al prestatario;
- que ese dinero funcione como capital, es decir, que genere ganancias;
- que transcurra un lapso de tiempo para que ese dinero genere ganancias,
- que el prestamista no reciba en el mismo acto el valor por parte del prestatario (precisamente para poder generar ganancias, y por ello, lo que refluye al prestamista es lo entregado más un plusvalor, que es el interés);

Realmente, ya desde las explicaciones de los teóricos económicos acerca de la producción de intereses por el capital dinerario, se indica que lo que hace que se genere esa plusvalía no es el tiempo en sí, sino el movimiento[107]. El tiempo es necesario, pero se necesita una acción con ese dinero. En efecto, el modo de producción capitalista, que es en el que se concibe el dinero como productivo, la secuencia es dinero-mercancía-dinero´ o bien D-M-D´. Sweezy es ortodoxo exponiendo en qué consiste ese movimiento, que describimos a continuación[108].

La cantidad inicial de dinero (dinero o D) no es la misma que la final (dinero´ o D´), porque en el *ínterin* se ha generado un plusvalor. El capitalista dinerario compra mercancía con el dinero que invierte (incluyéndose tanto las mercancías materiales como la fuerza de trabajo), para obtener un producto que coloca en el mercado adquiriendo una cantidad de dinero mayor que la inicial. Este valor añadido no deriva de vender más caro que lo que se ha comprado, porque todos los vendedores utilizarían esa técnica, lo que sólo conduciría al incremento general de precios. La diferencia está en que se añade fuerza de trabajo. Es

---

Londres, 1750, pág. 49). Para Massie, el carácter equitativo de la percepción de intereses no depende de que se obtengan ganancias con el dinero prestado, sino de la capacidad del mismo para generarlas.

[107]MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III…, *op. cit.*, pág. 449.

[108]SWEEZY, P. M.: *Teoría del desarrollo capitalista*, undécima reimpresión, Fondo de cultura económica, Madrid, 1982 (primera edición en castellano de 1945), págs. 68 a 74.

decir, ese movimiento, o circulación, o proceso productivo, es el que genera valor, y la especificidad del capitalismo radica en la compra y venta de fuerza de trabajo. A los efectos de la presente investigación es suficiente con el dato del movimiento en el sentido expuesto, como proceso que hace que el dinero genere una ganancia. No entraremos a analizar y valorar esa fuerza del trabajo.

3.3.- El interés como parte de la ganancia obtenida con el capital prestado

Ya hemos visto que el interés, desde un punto de vista económico, nace de un capital. Puede generarse continua e inagotablemente mientras haya una fuente que lo produzca[109].

Desde un punto de vista económico el interés es sólo una parte de la ganancia que debe pagar el capitalista industrial al capitalista dinerario, siendo el límite máximo del interés la propia ganancia. Tiene por lo tanto la concepción de que el interés es la parte de ganancia que ha generado el propio capital prestado.

Advierte una correlación entre la tasa de ganancia y la tasa de interés y todo ello en relación con los ciclos económicos: en las épocas de crisis (con bajas tasas de ganancias), los intereses alcanzará su grado máximo (rozando la usura), porque se necesita el dinero, cueste lo que cueste, mientras que en épocas de prosperidad (en las que habrá ganancias extraordinarias) sucederá lo contrario (de forma que el interés descenderá). No obstante, apunta unas situaciones en las que el interés puede comportarse de forma independiente a las ganancias y concretamente se refiere a una tendencia a la baja del tipo de interés.

Ni hay una tasa natural del interés ni puede fijarse una con carácter general, porque esa fijación la realizan el prestamista y el prestatario (la historia desarrollará la diferencia que existe entre la posición de una entidad financiera y un consumidor, apareciendo controles como los aplicados a las condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y demás instrumentos tendentes a salvar esa distancia que hace que las partes no estén en igualdad y la negociación no sea por ello posible), quienes determinarán cuál debe ser la forma de distribución de la ganancia[110]. Critica sarcásticamente voces de la época que

[109]*Vid.* BÖHM-BAWERK, E. V.: *Capital e interés. Historia y crítica de las teorías sobre el interés*, Fondo de cultura económica, México, 1947, pág. 27.

[110]En el mismo sentido, Massie (MASSIE, J.: *An Essay on the Governing Causes of the Natural Rate of Interest, wherein the Sentiments of Sir W. Petty and Mr. Locke, on that Head, are considered,* Londres, 1750,

pretendía fijar un tipo de interés general en el 5% o incluso en el 4%[111]. Y apunta como elementos que determinan el tipo de interés las garantías dadas por el prestatario y la duración del préstamo[112].

Marx contrapone los conceptos de ganancia y precio o interés en cuanto a su fijación y aparición en el mercado. Mientras que el precio de las mercancías y el del propio dinero en particular (que es el interés) se obtienen por la confrontación entre la oferta y demanda de los mismos, en la ganancia sólo puede hablarse de una ganancia general media, que será el límite mínimo de la misma, porque se forma por la diferencia entre el precio de mercado y el de costo. La ganancia es borrosa, frente a la tasa de interés, que es uniforme para todos los prestatarios y se presenta como una tasa dada[113]. Hay que interpretar estas palabras en el sentido de que la ganancia no tiene una limitación, no puede controlarse ni tiene por qué ser conocida: el empresario o capitalista lleva sus cuentas, y tampoco puede establecerse de una forma segura.

Sin embargo, la tasa de interés, aunque tampoco puede determinarse con carácter general, depende de la oferta y la demanda, e incluso si precisamos un poco más, hay elementos que determinan su magnitud y son las garantías prestadas o la duración del préstamo. A pesar de estas orientaciones, la tasa de interés es libre en el sentido de que en el fondo es la forma en la que el prestamista y el prestatario se reparten la ganancia obtenida con el capital dinerario prestado, pero viene dada porque se concreta de antemano y por esos elementos que ayudan a determinarla (no se reparte de una forma completamente

---

pág. 49), citado por el propio Marx en MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…, op. cit.*, pág. 463; se está refiriendo sin duda a los intereses retributivos, cuya fijación a lo largo de la historia ha sido debatida, de la misma forma que la determinación de los precios de las cosas (*vid.* MORRIS, R. A.: "Consumer debt and Usury: a New Rationale for Usury", en *Pepperdine Law Review*, vol. 15, issue 2, 1988, págs. 151 a 179). Esta libertad en la determinación de los intereses correspectivos que aquí se defiende, puede llegar a suponer la existencia de tipos cero o negativos, sin alterar por ello la economía de mercado (así se explica acertadamente en NOLTE ARAMBURU, M.: "Un mundo de tipos cero o negativos", en *El Correo*, 16-03-2015, pág. 45, disponible en http://mnolte.blogspot.com.es/2015/03/un-mundo-de-tipos-cero-o-negativos-el.html, última consulta: 20-04-2015).

[111]MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…, op. cit.*, pág. 463 y 464, nota 67, donde expone la el fracaso de George Opdyke de instaurar un tipo de interés en el 5% a partir de leyes naturales, en *A Treatise on Political Economy*, Nueva York, 1.851, y la ridícula concepción de Karl Arnd en *Die naturgemässe Volkswirtschaftgegenüberdem Monopolien geistunddem Kommunismus, etc.*, Hanau, 1.845, donde pretende sostener una tasa general del 3 a 4 por 100, porque esa es la *ratio* que necesitan los bosques europeos para repoblarse una vez utilizada su madera y el interés no podrá bajar de ahí.

[112]MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…*, *op. cit.*, pág. 466.

[113]*Ib.*, págs. 470 y 471.

aleatoria). El hecho de que ya se indique que es una tasa igual para todos los prestatarios anticipa lo que luego se recogerá jurídicamente como contratos de adhesión. Económicamente significa que el propio mercado influye fuertemente de forma que la propia competencia hará que los prestamistas apliquen unas tasas muy similares.

3.4.- Concepción neoclásica del interés

Si avanzamos en las teorías económicas sobre la consideración del dinero, vemos que Walras (1834-1910), principal figura del pensamiento económico neoclásico, ya distingue claramente el dinero del resto de mercancías. El dinero ofrece un servicio, y "el precio del servicio del dinero se establece por medio de su alza o baja según que, respectivamente, los saldos líquidos deseados sean superiores o inferiores a la cantidad de dinero". A partir de esa determinación del punto de equilibrio, que sería el precio del dinero, se plantea la formulación de sus posibles variaciones, concluyendo que "el valor del servicio del dinero es directamente proporcional a su utilidad e inversamente proporcional a su cantidad"[114]. Esta atención a la utilidad del dinero y al servicio que da, lo alejan del esquema de compraventa de cualquier otra mercancía. El dinero vale porque se utiliza. Se dispone de él.

Walras fue influido por el físico Louis Poinsot, para quien las diversas partes de los sistemas físicos se mueven hacia el equilibrio, donde se mantienen por la acción de fuerzas contrapuestas[115]. De la misma forma, en economía, en la determinación de los precios, las partes tienden hacia el equilibrio, y mientras no lo alcancen, se van moviendo en un proceso de aproximación o *tâtonnement*.

La gran aportación de Walras es que la demanda de un bien no depende sólo del precio de ese bien sino también del precio de todos los demás[116]. Concebía, que solamente se demandaba dinero para realizar transacciones. El precio del efectivo necesario para estas transacciones es el interés que se pierde por tenerlos o el que hay que pagar al banco para

[114] WALRAS, L.: *Elementos de economía política pura,* Alianza editorial, Madrid, 1987, págs. 545 a 548.

[115] RODRÍGUEZ BRAUN, C.: *León Walras. El equilibrio general*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, pág. 7.

[116] RODRÍGUEZ BRAUN, C.: *León Walras…*, *op. cit.*, pág. 10.

conseguir los fondos en el momento preciso: nuevamente vemos la idea de la indisponibilidad financiera como justificación del cobro de intereses. Si ese interés no está en equilibrio, se producirá un *tâtonnement* hasta que lo alcance, en armonía con los otros mercados y respectivos puntos de equilibrio. No obstante, simpatizó con una tendencia que florecería en el siglo XX: la moneda no responde a las previsiones del *laissez faire* sino que debe ser objeto de una política activa por parte del Estado[117].

3.5.- Actual sistema económico de determinación del tipo de interés: referencia al Euribor

3.5.1.-Definición de Euribor

El Euribor es el tipo de interés de oferta al que las entidades de crédito están dispuestas a prestarse fondos en euros entre sí. La Federación Bancaria Europea lo publica diariamente para 15 plazos de vencimiento, que van desde una semana hasta un año. El Euribor se calcula como la media de los tipos de interés de oferta diarios de un panel de 50 de las entidades de crédito más activas en el mercado interbancario. El Euribor a un año es el tipo oficial de referencia más utilizado para préstamos hipotecarios en España desde el 1 de enero de 2000 (las operaciones formalizadas antes de esa fecha utilizaban como referencia oficial el Mibor a un año, que era el tipo interbancario equivalente para los mercados en pesetas)[118].

[117] *Ib.*, págs. 14 y ss. donde explica que con Walras nace la Escuela de Lausana, y su principal discípulo sucesor sería el italiano Wilfredo Pareto. El equilibrio general de Walras resultó de interés para varios economistas que alcanzaron el premio Nobel, como John R. Hicks, Paul Samuelson, John Nash, Kenneth Arrow y Gerard Debreu. Otras aportaciones suyas fueron su oposición al déficit público puesto que los gastos debían ajustarse a los ingresos y no al revés, incluso entendía que no debiera haber impuestos ya que la tierra debiera ser un bien público porque es un bien que no se produce, y las rentas pagadas por su uso serían suficientes ingresos para cubrir el mantenimiento de lo público.

[118] Definición de Euribor utilizada por el Banco de España (disponible en el siguiente enlace http://aulavirtual.bde.es/wav/html/glosario/glosario_e.html, última consulta: 12-03-2015).

3.5.2.-Problemática en la fijación del Euribor

Los escándalos en la manipulación de la fijación del Libor y del Euribor por distintas entidades financieras han puesto de manifiesto su vulnerabilidad[119]. Si bien existen mecanismos de control (precisamente los que alertaron de tal práctica), las sanciones aparejadas a la alteración de esos índices son consideradas ridículas en relación con los beneficios obtenidos[120].

3.5.3.-Los tipos de interés fijados por el BCE

El BCE es el responsable de mantener la estabilidad de los precios en la zona euro, en virtud del mandato contenido en el artículo 127 del Tratado de la Unión Europea. Esta institución ha definido esa estabilidad como el mantenimiento de una tasa inferior al 2% de inflación[121].

Para cumplir su función estabilizadora, el BCE decide sobre los tipos de interés como herramienta de política monetaria[122].

[119] En 2013 se destaparon las manipulaciones del Euribor y el Libor llevadas a cabo por las entidades Deutsche Bank, Societé Générale, Royal Bank of Scotland (RBS), J. P. Morgan, Citigroup, el *bróker* R. P. Martin, UBS y Barclays. Salvo las dos últimas entidades, que fueron exoneradas por colaborar con las autoridades, las demás fueron sancionadas con fuertes multas (cfr. ANSOTEGUI OLCOZ, C., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F. y GONZÁLEZ FABRE, R.: *Ética de las finanzas*, Desclée de Brower, Bilbao, 2014, pág. 300).

[120] *Loc. cit*. Para una referencia acerca de la magnitud de las sanciones, Deutsche Bank fue sancionado con una multa de 2.100 millones de euros por manipular durante cuatro años los precios del Libor y el Euribor *El Economista*, "Deutsche Bank pagará más del doble que otros bancos por el Libor", año X, núm. 2819, 24-04-2015, pág. 10).

[121] Por decisión de su Consejo de Gobierno en 1998 (información obtenida en http://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/estrategia/La_estrategia_del_BCE.html).

[122]La razón de ser es que, según las teorías económicas encabezadas por Friedman, el nivel de moneda en circulación está en relación con el nivel de precios. Por ello, a través de la variación de los tipos de interés (entre otras medidas) el BCE intenta mantener el poder adquisitivo de la moneda única. No debe perderse la perspectiva de que esto es así económicamente, pues desde un punto de vista jurídico contractual, hay libertad de pactos del interés retributivo.

3.6.-La ética como componente básico de la confianza en las finanzas

3.6.1.- La propia economía apunta a soluciones éticas

A pesar de existir un reparo en admitir la conexión entre ética y mundo financiero debido a los escándalos que se han producido en el sector y que además han sido amplificados demagógicamente[123], en finanzas, la ética se concibe como la mejor de las políticas a medio y largo plazo, dado que es la única forma de generar el necesario clima de confianza en base al cual gira el sistema económico (es considerada también una forma eficiente de actuar en el mundo financiero, porque minora los costes de coordinación y control). Actuar sin ética, se entiende como una forma de ganar mucho dinero por parte de pocos, de una forma inmediata, pero a largo plazo supone la deslegitimación del propio sistema en su conjunto[124].

Concretamente, la prudencia es concebida como la mejor virtud en el mundo financiero[125]. Desde sus inicios, la confianza ha sido la base del negocio bancario, por eso los banqueros tenían que mantener su buena reputación y estar accesibles en las ferias medievales en las que operaban[126].

Incluso desde un punto de vista económico, capitalismo y valores, virtudes y ética, no están reñidos. Los actuales defensores del capitalismo, abogan por la práctica de las virtudes y de la ética[127]. La razón de ser es que estas virtudes mantienen el mercado. Y, a su vez, el capitalismo nutre con estas virtudes nuestras vidas. Esta concepción, en la línea de una psicología positiva, es defendida por la economista americana Mccloskey[128]. Por

[123] Los variados escándalos de estafas, engaños y desfalcos financieros son considerados, a pesar de todo, *anecdóticos* por algunos analistas éticos (así, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: *Finanzas y ética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, págs. 27 y 28).

[124] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: *Finanzas…*, *op. cit.*, págs. 31 y 119.

[125]ANSOTEGUI OLCOZ, C. *et alii*: *Etica…*, *op. cit.*, pág. 115.

[126] COMÍN COMÍN, F.: *Historia…*, *op. cit.*, pág. 218.

[127]MCCLOSKEY, D. N.: *The Bourgeois Virtues. Ethics for an age of commerce*, University of Chicago Press, Chicago, 2006, pág. 4. Esta defensora del capitalismo se basa en la constatación histórica de la reducción de los niveles de pobreza a nivel mundial que se ha conseguido desde la Revolución Industrial.

[128] Las virtudes que McCloskey defiende como promotoras del desarrollo económico y humano son: el amor, la fe, la esperanza, el coraje, la templanza, la prudencia y la justicia (MCCLOSKEY, D. N.: *The Bourgeois…op.cit.*, págs. vii a ix.*)*.

ello también critica las actuaciones del capitalismo que se han desviado de la línea que defiende[129].

3.6.2.- Componentes morales en la relación económica de préstamo

Desde un punto de vista ético, se considera que en la relación contractual de un préstamo, hay componentes morales: por una parte, está el componente de la inflación, que depende de decisiones de las autoridades públicas y por otra, el comportamiento del deudor. Ambos componentes forman parte de la ecuación que puede darnos el valor actual de la deuda[130]. Sin embargo, al tener un carácter ético, su determinación no puede fijarse con exactitud de antemano, y depende del devenir de los acontecimientos lo que supone incidir en comportamientos éticos. La identificación de estos dos factores (inflación y comportamiento del deudor) es importante porque significa que no hay que atener únicamente a uno de ellos. Y el carácter ético de sus componentes implica que la valoración que se haya realizado de hecho para incluirlo en la determinación del precio o de las obligaciones contractuales (léase, intereses de demora) va a ser desde el principio inexacta.

Además de lo anterior, no cabe duda de que el contrato de préstamo incluye un elemento de riesgo dado que se refiere al futuro. Para analizar este punto desde un prisma económico conviene hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué es lo correcto: el equilibrio, cuyo ejemplo sería el justo precio (defendido por los aristotélicos) o la maximización de un factor como puede ser el beneficio (defendida por el neoclasicismo)? Se objeta a la primera concepción que se deja de conseguir todo lo que se puede; a la segunda, que alcanzar el máximo nivel en un aspecto lo es a costa de reducir o anular los demás. En la doctrina moral se defiende la idea del equilibrio como mejor opción[131]. La prudencia busca ese equilibrio. En finanzas y concretamente en la asunción de riesgos, el equilibrio se encuentra entre dos posiciones opuestas: el no asumir ningún riesgo (comportamiento no deseado porque es paralizante) y el asumirlos todos aventureramente (conducta igualmente reprochable por "suicida").

[129] MCCLOSKEY, D. N.: *The Bourgeois…*, *op. cit.*, págs. xiv y ss., donde concluye que las épocas de crisis, no solamente económicas, las propias guerras mundiales, se deben a épocas en las que no se respetan las virtudes ni la moral.

[130] ANSOTEGUI OLCOZ, C. *et alii*: *Ética…*, *op. cit.*, pág. 49.

[131] *Ib.*, pág. 82.

En conexión con lo anterior, en el préstamo, como en toda operación de inversión financiera el elemento temporal es imprescindible, para que puedan generarse los resultados esperados. Este factor tiempo implica incertidumbre. La incertidumbre se mide con el riesgo. Sin embargo, las herramientas que se utilizan para medir ese riesgo, por muy sofisticadas que sean, nunca serán completas porque, entre otros criterios, se tiende a considerar que el futuro será como ha sido el pasado, del que se toman datos, se hacen estadísticas, etc., etc.[132] A esa deficiencia en la medición del riesgo debemos añadir el hecho de que a mayor lapso de tiempo, mayor riesgo. En términos de remuneración, a mayor riesgo, mayor rentabilidad.

En el caso de los intereses moratorios procesales, hay que saber identificar el riesgo, porque no solamente existe el de impago del prestatario, sino el de evolución de la inflación, de los tipos de interés en el mercado, etc., que repercuten sobre el prestatario. Es decir, que no solamente asume riesgos el prestamista, sino también el prestatario, que son independientes del incumplimiento y quizás condicionantes del mismo. En efecto, la propia situación de iliquidez que genera el incumplimiento, activa la cláusula de vencimiento anticipado, lo que implica un mayor dimensión de la deuda actual y de la nueva cotización de intereses porque aumenta su cifra; esta situación, se ve condicionada por externalidades como la evolución de la inflación y de los tipos de interés, pues si en el mercado no se da una inflación que sí está prevista, provisionada y repercutida en el precio que deben pagar los prestatarios por contrato, se encarece arbitrariamente aún más una deuda que ya era insostenible.

3.6.3.- La salvaguarda de la economía capitalista desde la ética

El sector financiero se concibe, en una economía capitalista, como el corazón del sistema, por ello se justifican de un lado, su hiperregulación e intervencionismo (tales como la fijación del precio base del dinero por los bancos centrales), y de otro, que en épocas de crisis se asuman socialmente las pérdidas pero en situaciones de bonanza se privaticen los beneficios[133]. Esa hiperregulación e intervencionismo no debe confundirse con los límites a

[132]ANSOTEGUI OLCOZ, C. *et alii*: *Ética…*, *op. cit.*., págs. 88 y 89.

[133]*Ib.*, pág. 51.

la libertad de contratación. En el primer caso se trata de decisiones políticas y económicas. En el segundo, nos referimos a la delimitación del marco jurídico de acuerdo con la propia configuración del Ordenamiento tal como ya existe[134]. Por otra parte, la intervención pública en el rescate de entidades financieras en crisis para evitar su desaparición es la solución que se adopta en el marco europeo. Por el contrario, en EEUU se sigue la tradición de dejar que el mercado "castigue" a los operadores que han realizado una incorrecta gestión, tal y como ya sucedió con la crisis bancaria de los años treinta y, por poner otro ejemplo más reciente, con la quiebra de Lehman Brothers en 2008. En ambos casos la Reserva Federal se mantuvo al margen y no acudió en su rescate.

3.6.4.- Ciertas prescripciones éticas ya se encuentran reguladas en la generalidad del Derecho

Las voces éticas parecen clamar escépticamente comportamientos que, sin embargo, ya pueden (y deben) realizarse con los propios mecanismos legales existentes[135]. Se trata de una confusión con el papel del Derecho: se dice que desde un punto de vista legal solo cabe preguntarse si determinadas acciones se encuentran o no dentro de lo permitido legalmente, pero no puede discutirse acerca de qué respuesta queremos y cómo queremos relacionarnos en el mundo de las finanzas. Por una parte, el propio Ordenamiento Jurídico, ya cuenta con orientaciones éticas que forman parte de su entramado. Esto significa que ya obligan. Cuestión distinta es que no se cumplan: bien por desobediencia, bien por no saber aplicar a una situación concreta su contenido. Por otra parte, el propio Ordenamiento es un organismo vivo, en el que continuamente están creándose, modificándose o extinguiéndose normas y relaciones jurídicas. En este ámbito, cabe la reflexión ética previa.

Bajo el mismo prisma ético se denuncia la dificultad -si no imposibilidad-de que la ley regule específicamente todas las situaciones. La ley se concibe como necesaria pero

[134] El propio Ordenamiento también es fruto de decisiones políticas y económicas, pero aquí nos referimos a utilizar técnicas exclusivamente jurídicas, esto es, una vez que ya se ha optado por un determinado Ordenamiento y ha quedado configurado (en cuanto al marco en el que se desenvuelve esa libertad contractual a que nos referimos).

[135] Cfr. ANSOTEGUI OLCOZ, C. *et alii*: *Ética… op. cit.,* pág. 50, donde se dice que el papel del abogado se limita a comprobar si se está o no dentro de lo legal. Hay que tener en cuenta que en el ámbito legal hay muchos más operadores jurídicos, y que el propio Derecho admite las otras ópticas que a continuación se exponen.

insuficiente. Por ello se apela a que los agentes financieros vayan más allá de la ley y encuentren en la ética el complemento e impulso para crear medidas autorreguladoras[136]. Sin embargo, parece olvidarse que el Ordenamiento Jurídico también está formado por Principios que además, hoy día, están conectados con valores expresados normativamente y que vinculan como Derecho que son. Los Principios Generales del Derecho, como principios que son, no pueden contener regulaciones concretas. Además, el legislador, tampoco pudo prever todas las situaciones posibles. Pero ello no impide que las herramientas jurídicas ya existentes sean suficientes para conseguir lo que la ética reclama, para prevenir lo que *a posteriori* se denuncia y para exigir tanto responsabilidades por los desfalcos cometidos como un *modus operandi* que respete el marco jurídico que si bien no detalla cada comportamiento, sí lo orienta de forma que no quepa una actuación que no encaje en el mismo. Es posible encontrar dificultad para interpretar, llegado el caso concreto, cuál es la actuación que sí encaja en el marco normativo. En este punto, la Ética aporta al Derecho su experiencia y bagaje doctrinal y conceptual para contribuir a dotar de contenido los valores jurídicos y su interpretación. El mismo Derecho, tiene la esencia para poder guiar las actuaciones cotidianas, concretas, no previstas.

A modo de ejemplo, en las reclamaciones que se han desencadenado por la colocación masiva de productos derivados por parte de las entidades financieras a clientes ocasionándoles perjuicios económicos importantes tras la bajada drástica del Euribor, escudarse en que la normativa MIFID no estaba en vigor en el momento de la contratación, no exime de los deberes que las entidades ya tenían en la regulación anterior de la Ley del Mercado de Valores, en el propio Código Civil y en el espíritu y sentido del propio Ordenamiento Jurídico. La normativa MIFID vino a concretar unos deberes que ya existían en la anterior redacción de la Ley del Mercado de Valores que actualiza. E incluso con carácter previo a esas normas, el propio Código Civil ya establecía que el consentimiento en la contratación debe ser prestado sin vicio que lo anule. Por ello, hay pronunciamientos

[136] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: *Finanzas …op. cit.,* págs. 16 y 30, donde se citan como iniciativas autorreguladoras los Principios de Buen Gobierno y Códigos Éticos así como el desarrollo de legislación para intentar recuperar la confianza del público. Esas palabras fueron escritas en el 2004, y los acontecimientos posteriores evidencian su insuficiencia y/o su inaplicación en la práctica, pues los gestores de la banca han empleado la responsabilidad social corporativa como estrategia de *marketing*, mientras continuaban diseñando políticas de maximización del beneficio, incluso diseñando productos ilegales o de riesgo inasumible para los clientes, principalmente en la banca de inversión, dado que en la banca tradicional existen importantes límites legales, como veremos, en materia de transparencia y tutela del cliente.

judiciales que declaran nulos contratos de Swaps que fueron celebrados antes de la entrada en vigor de la normativa MIFID[137].

Otro ejemplo de suficiencia del Derecho para resolver cuestiones concretas no especificadas en la norma, a la vez que la mayor eficacia de un sistema normativo que no lo prevea todo concretamente sino que existan directrices generales así como la constatación de que una actitud proclive al incumplimiento de la norma (general o específica) se manifiesta en la búsqueda de resquicios para huir de lo no especificado concretamente pero olvidando que sí está regulado el marco general, lo constituye la aclaración de la famosa sentencia del TS de 9 de Mayo de 2013 (RJ 2013/3088) acerca de las cláusulas suelo. Las entidades financieras que fueron parte en el proceso, solicitaban aclarar si determinadas actuaciones estaban o no incluidas en la condena de la sentencia. Tal cuestión deja al descubierto la verdadera pregunta latente que es ¿hay algún resquicio para evitar la aplicación del fallo de la sentencia? La acertada respuesta dada por el Alto Tribunal contestaba tanto las preguntas concretas como las posibles que se pudieran plantear, al utilizar términos generales: para que se entienda que una cláusula no es nula, debe haber "un consumidor perfectamente informado" ya que "el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real".

De aquí se puede deducir que son quizá más importantes las prescripciones generales que lo concreto, que no viene a ser sino una aplicación de las mismas. Es más efectivo conocer el verdadero alcance genérico que el detalle, que además de ser incompleto puede no entenderse correctamente si no se tiene esa visión general en la que se enmarca.

Si de hecho no se producen comportamientos éticos, no es porque no haya una ley que lo regule y lo exija, sino porque no se denuncia y los agentes no se ven en la necesidad de

[137] Entre otras muchas, la SAP de Santander de 10 de febrero de 2014 confirma la sentencia de instancia que condenaba a la entidad financiera a la restitución de los pagos efectuados por el cliente al declarar nulos los contratos de productos derivados contratados con error en el consentimiento por parte del usuario bancario con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa MIFID haciendo expresa referencia a los deberes que ya estaban en vigor en el momento de la contratación, tanto en el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, como en las instituciones del Código Civil acerca del vicio en el consentimiento.

cambiar su comportamiento o de rechazar tales actuaciones. Parece que sienten la obligación jurídica cuando el Derecho muestra su lado coercitivo (que es el que esos mismos agentes no dudan en utilizar en reclamación de sus derechos). Pero el Derecho obliga. Antes, durante y después de la fase judicial. Obliga incluso desde sus formulaciones más abstractas y desde sus cuerpos normativos más genéricos, que son precisamente los que pueden -por ese carácter más general- abarcar lo no previsto.

IV.- ALGUNAS DELIMITACIONES ENTRE EL CONCEPTO JURÍDICO Y EL CONCEPTO ECONÓMICO DE INTERÉS.

A pesar de que lo hasta aquí visto ha intentado tener un enfoque únicamente económico, las implicaciones jurídicas también se han puesto de manifiesto. Por ello conviene precisar su delimitación.

Hemos visto que el interés, de acuerdo al modo de producción capitalista, se genera a partir de una cantidad de dinero que es utilizada como capital y por lo tanto se emplea en producir una ganancia. El interés es una parte de esa ganancia. Esto es considerado por algunos autores como principio evidente de justicia natural, apelando a lo jurídico para justificar que una parte de la ganancia le corresponde a quien ha prestado la cantidad inicial que la ha posibilitado; tesis que es rebatida por quienes defienden que no se puede hablar de justicia natural, porque las formas jurídicas no pueden determinar el contenido de las relaciones de producción y sus transacciones, solamente pueden expresarlas[138].

Compartimos esta última postura porque el sentido económico no lo determina el Derecho. Sin embargo, quienes han mantenido tal postulado también han sostenido que "ese contenido es justo en cuanto corresponde al modo de producción, si es adecuado a él", lo cual no es defendible porque sería colocarse en el otro extremo: considerar que lo económico es justo. Es decir, ni el Derecho puede invadir el ámbito que le corresponde al mundo económico ni al revés. Sin perder de vista, no obstante, que están interrelacionados. En este sentido, se distingue a los juristas, quienes estudian el dinero como medio para

[138] El propio Marx cita a Gilbart (GILBART, *The History and Principles of Banking,* Londres, 1834, pág. 163), en MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política,* libro III…, *op. cit.*, págs. 434 y 435. En el mismo sentido Bonet, al criticar que se haya pretendido asociar a una determinada categoría o tipología de contratos la forma de deuda de valor o pecuniaria, sin tener en cuenta que lo determinante, en el Derecho Privado, es la voluntad de las partes (BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* pág. 179).

lograr la justicia distributiva y conmutativa como instrumento de equidad, de los economistas, para quienes el dinero es un instrumento utilitario por el que se crea, transforma y consume la riqueza, no pudiendo aquellos no obstante prescindir de los resultados de estos últimos para acometer su estudio[139].

Por otra parte, ya se ha mencionado anteriormente que la tasa de interés depende de cómo el prestamista y el prestatario se reparten la ganancia, por lo que no hay una tasa natural del mismo[140]. Económicamente no puede determinarse cuál sea ese tipo, porque admite todas las posibilidades desde cero hasta la cuantía de la ganancia obtenida fruto de la inversión.

Entre las voces económicas, ya se diferencia entre la fuente del interés que produce un capital y la conveniencia, justicia o provecho que pueda suponer ese interés y en base a ello decidir políticamente mantenerlo, eliminarlo o reducirlo. La fuente que produce interés es un aspecto económico; la decisión y valoración de actuación sobre ese interés, es una cuestión política, cuya acción se materializará en una norma[141].En este punto es donde entra el Derecho. En el siguiente capítulo se analiza la evolución de la regulación jurídica de la tasa del interés.

[139] BONET CORREA, J.: *Las deudas…*, *op. cit.*, págs. 39 a 41.

[140] MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política,* libro III*…*, *op. cit.*, pág. 465.

[141] Para una exposición detallada de las teorías sobre el capital y el interés a lo largo de la historia, *vid.* BÖHM-BAWERK, E. V.: *Capital…, op. cit.,* págs. 132 y ss.

CAPITULO SEGUNDO.- EVOLUCIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO, DEL INTERÉS DE DEMORA COMO PRECEDENTE DEL INTERÉS PROCESAL Y DE LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA USURA

I.- INTRODUCCIÓN

La historia económica analizada en la primera parte precedente, nos muestra que si bien el préstamo con interés existió desde las civilizaciones clásicas, la propia concepción del dinero no fue la misma en todas las épocas. Esto influyó en sus regulaciones, hasta tal punto que cada una de las concepciones del dinero dio lugar a normas diferentes que tuvieron su propia evolución, si bien, coexistieron en el tiempo. Esto originó un olvido de la *ratio* originaria y una mezcla entre ambas normativas que conlleva en la actualidad a la aparición de problemas interpretativos, de coherencia normativa dentro del ordenamiento jurídico y de dramáticas consecuencias para la parte deudora, prestataria en nuestro objeto de estudio.

Una de las soluciones que se dieron a lo largo de la historia para erradicar la usura fue la prohibición absoluta de los intereses, basada en la concepción tradicional del dinero entendido como bien destinado al intercambio, con fines de consumo (y por lo tanto estéril, incapaz de ser productivo). Desde el siglo XVIII, la Revolución industrial y el auge del

tráfico económico exigían una admisión y flexibilización del pacto de intereses que permitiera un desarrollo de la actividad bancaria de préstamo y a su vez la expansión industrial y comercial. A ello se unió la constatación de que restringir los intereses era contraproducente porque en la práctica los prestamistas exigían un tipo más elevado si su riesgo también era elevado, es decir, que "la prohibición de los intereses iba en contra de las propias personas que necesitaban dinero[142]".

Así aparece la segunda concepción del dinero entendido como capital, como productor de riqueza. De esta forma los intereses se conciben como correlativos al uso del dinero[143].

El resultado de esta concepción fue la admisión de la generación de intereses mercantiles, y por ello el Código de Comercio de 1829 fijó en sus artículos 397 y 398 un tipo legal del 6% para los réditos de valores y como máximo para los préstamos. Posteriormente se generalizó la libertad de los tipos de interés en los Proyectos de Código Civil de 1836 (en cuyo artículo 1336 se admitía el pacto de intereses si figuraba por escrito, y el artículo 1837 se remitía a una ley especial que fijara el tipo de interés máximo permitido) y de 1851 (cuyo artículo 1649 también admitía el pacto escrito de intereses, fijándose en el artículo siguiente un máximo del doble del tipo legal de forma que el exceso se reducía a esa cuantía por los tribunales) siendo admitida finalmente en la Ley de 14 de marzo de 1856. La jurisprudencia de la época (previa al vigente Código Civil) también se hacía eco de esa libertad del pacto de intereses[144]. En la doctrina también había voces a favor de esta evolución hacia una libertad en el pacto de intereses[145].

---

[142] Cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…., op. cit.*, pág. 48.

[143] JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* pág. 51, donde pone de manifiesto la contraposición de estas dos concepciones del dinero: como medio de cambio y como capital productivo. En el mismo sentido FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: *Finanzas…., op. cit.*, págs. 37 y 38, donde menciona las justificaciones de la teoría de los títulos extrínsecos elaborada por los escolásticos en la Baja Edad Media para admitir excepcionalmente el cobro de intereses, al hablar de la legitimación de los mismos tras las nuevas concepciones de la forma de producción capitalista en el siglo XVIII, que se basan en que el dinero tiene un precio porque es un factor de producción.

[144] STS de 30 de junio de 1877 (recogida en NAVARRO AMANDI, M.: *Código Civil de España: compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes, con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, Madrid, 1880, pág. 353).

[145] ESCRICHE, J.: "Interés", "Interés legal e interés convencional" e "Interés compuesto", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo III (I-LL), edición de Juan B. GUIM según la de 1874, Editorial Temis, Bogotá, 1977, págs. 149 a 179. Para este autor, reproduciendo a Turgot (*Reflections on the formation and the distribution of riches -1770-*, trad. al inglés de ASHLEY, W. J., Augustur M. Kelley Publishers, Nueva York, 1971, págs. 72-73), el texto bíblico del pasaje *Lucas 6, 35*, debe interpretarse en el sentido de que no se habla de préstamos a interés, por lo que no están prohibidos. Lo que se contiene es el

El nuevo Derecho del capitalismo moderno tiene una estrecha relación con la conceptuación de los intereses como frutos civiles, lo que marca la finalización del debate sobre la licitud de los mismos. El que presta su dinero se está privando del beneficio o renta que hubiera percibido por él (como bien inextinguible, inconsumible y que puede ser incrementado en el proceso de circulación de bienes económicos), por eso son lícitos los intereses que se pactan como compensación a esa pérdida y por el riesgo que ese capital puede correr. En definitiva, se conciben como el precio por el uso del dinero[146].

Sin embargo Pothier al entender el dinero como un bien fungible (y por lo tanto consumible con el uso), no admite la concepción del mismo como productor de riqueza[147]. La concepción de Pothier es la que se instauró en los códigos decimonónicos. Desde el *Code* francés se extendió la concepción del mutuo o préstamo con intereses como contrato que tiene por objeto bienes fungibles y consumibles contra el pago de unos intereses en oposición al comodato, que tendría por objeto la cesión del uso (y por lo tanto, de bienes no fungibles). Es decir, el mutuo sería un contrato de cambio y el comodato no. Esta concepción de Pothier se enfrenta a la tesis antes enunciada, que sostiene que el dinero es un bien como cualquier otra mercancía, capaz de producir frutos. En el mismo sentido Marx entiende que del mismo modo que el precio expresa el valor de la mercancía, los intereses expresan el valor del capital dinerario, son el precio que se le paga al prestamista. Lo que hace que cobre valor el dinero, es el movimiento del mismo. Y a diferencia del resto de mercancías, el dinero incrementa su valor propio y su valor de uso con su consumo.

El *Code* francés (de 1804), inicialmente instauró la libertad convencional en la fijación de intereses, pero enseguida se restauró el anterior sistema de tasa del interés: por Ley de 3 de septiembre de 1807 se limitó el interés al 5% en el ámbito civil y al 6% en el mercantil[148]. El paso final sobre la productividad del dinero reconocida legalmente viene dado en el ámbito germano. Es en la segunda mitad del siglo XIX cuando un texto legal, por primera

---

principio de caridad, de que todos los hombres deben socorrerse los unos a los otros, sin venderse los socorros que mutuamente se deban, sin pedir nada a cambio.

[146] ESCRICHE, J.: "Interés …", *op. cit.*, págs. 174 y 175.

[147] JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, págs. 51 y 52.

[148] JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, pág. 52.

vez, declara el devengo automático, *de pleno derecho,* de intereses en el caso de mora[149]. Es decir, aunque no se hubiera pactado.

En este capítulo abordaremos también la evolución de la regulación procesal en la reclamación de deudas y concretamente del contrato que nos ocupa, el del préstamo, para llegar a la inclusión en nuestro ordenamiento de la categoría de *intereses ejecutorios.*

II. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN SUSTANTIVO ESPAÑOL DEL PRÉSTAMO, DE LA USURA Y DEL INTERÉS

2.1.- Concepto de usura e interés

Etimológicamente, el término usura proviene de una voz latina que puede traducirse como "precio del uso". Se ha utilizado para referirse a la ganancia que se obtiene por prestar dinero, pero al establecerse una retribución superior a lo normal, este término encierra un carácter negativo y se entiende por usura, toda opresión excesiva económica, efectuada al prójimo, aprovechándose de su necesidad, para enriquecerse[150]. El propio concepto de usura incluye la necesidad que tiene quien la sufre de obtener dinero y el enriquecimiento, a su costa, de quien lo presta, porque se aprovecha de esa situación de necesidad e impone sus condiciones[151].

Los romanos utilizaban el término de usura para referirse al interés[152]si bien este término hoy día se refiere más usualmente a la práctica de prestar a tipos de interés excesivos[153]. *Usurae* era el término original, que se tiñó de una connotación negativa durante su prohibición histórica, y que cuando se volvieron a permitir, se acuñó el término de

[149] Así lo establecía el artículo 289 del primer código mercantil alemán de 1861, principio que fue recogido por la reforma del código de comercio italiano de 1882 y en parte (porque solamente se refería al préstamo) por nuestro código de comercio en su artículo 316. Para un mayor detalle cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* págs. 54 y 55.

[150] FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo usurario,* Colección Nereo, Barcelona, 1963, pág. 5.

[151] FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.,* págs. 5 y 6.

[152]MONTESQUIEU (barón de), C.: *El espíritu de las leyes,* trad. de BLÁZQUEZ, M. y DE VEGA, P. Alianza editorial, Madrid, 2003, pág. 489, nota 208.

[153]Así se define en el *Diccionario de la Real Academia Española* (accesible *on line:* www.rae.es, última consulta: 02-05-2015).

intereses (que proviene de *inter esse* e *id quod interest)* para hacer referencia a los intereses lícitos distinguiéndolos de los ilícitos (designados con aquél término originario)[154].

La apreciación del cambio en el concepto de usura, también es constatable desde el paradigma escolástico del justo precio hasta el liberal del libre mercado. Si se aborda la ruptura conceptual desde la teoría de las definiciones, se puede concluir que lo que era considerado por los escolásticos como extrínseco al préstamo (el interés), es ahora considerado como intrínseco[155]. En el medievo se consideraba que en el contrato de préstamo, si bien el tiempo era esencial porque se necesitaba que transcurriera para que no nos halláramos ante un mero cambio, la diferencia de valor no se debía al tiempo sino a otras circunstancias que había que justificar en cada caso. Eran los llamados títulos extrínsecos. No eran consustanciales al contrato de préstamo porque podían existir préstamos sin ellos. El paso del tiempo se incorporaba a través de esos títulos extrínsecos para calcular la ganancia legítima.

Con la llegada de las concepciones liberales y del libre mercado, se entendía que el interés estaba ínsito en el propio concepto de préstamo.

De aquí se concluye que en época de los escolásticos, un contrato de préstamo con interés era considerado usurario por el mero hecho de incluirlo, mientras que actualmente no es así porque es parte del mismo.

A lo anterior cabría añadir como explicación al cambio conceptual, que el propio concepto de dinero ha sufrido una evolución, pasando de ser considerado como un mero medio de cambio y por lo tanto improductivo, incapaz de generar intereses, a ser considerado capital y como tal capaz de producir una ganancia. La prohibición canónica de la percepción de intereses se había referido al dinero entendido en su primera concepción, como bien destinado únicamente al intercambio con fines de consumo[156].

En cuanto al factor tiempo, lo apuntado sobre su incorporación a través de los títulos extrínsecos, para terminar admitiéndose en el cálculo de la ganancia, necesita de una

[154] Esta explicación se contiene en JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, pág. 23.

[155] Tesis defendida en CAÑÓN LOYES, C. y HORTAL ALONSO, A.: "Cambio conceptual y cambio valorativo. Dos ejemplos: sexualidad y usura", en *Miscelánea Comillas*, vol. 43, núm. 82, enero-junio 1985, págs. 225 a 227.

[156] JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, pág. 51.

moderación o delimitación porque no todo lapso de tiempo *per se* implica una producción de dinero o una obligación de pago adicional. Esto no significa una vuelta a la primitiva concepción estéril del dinero, sino que hay que tener en cuenta en qué momento o cuándo el dinero deja de ser productivo económica y/o jurídicamente, o bien hasta dónde llega la productividad en base al contrato y desde cuándo comienza la generación de intereses por otro título y cuál es su alcance. Nos estamos refiriendo a los supuestos de incumplimiento de contrato, resolución del mismo, reclamación judicial, cumplimiento de la sentencia, indemnización de daños por mora, etc. Cada uno de los escenarios es diferente y debe ajustarse a su naturaleza jurídica.

Montesquieu, dedica parte de su célebre obra política contenida en *El espíritu de las leyes* a hablar del préstamo y de la usura. Esta atención, indica la relevancia pública de la materia. A la vez que también revela la falta de conocimiento técnico sobre ello, como es la manifestación que realiza dicho autor al considerar que el dinero no se compra, solo se alquila (es decir, en un préstamo no habría una traslación de propiedad del prestamista al prestatario).

Sin embargo, son interesantes sus manifestaciones por el razonamiento que contienen y porque son un reflejo del sentir de la época sobre la cuestión. Para Montesquieu, un préstamo debe tener interés. Pero este interés, si es muy elevado, hará que los negociantes no emprendan nada porque el negocio no les sería rentable, y si es excesivamente bajo, igualmente tampoco porque en ese caso los prestamistas son los que no darían el dinero, de una forma oficial. Es en este punto donde Montesquieu afirma que no obstante los negocios seguirán y se seguirá prestando el dinero, donde aparece la usura. Montesquieu concluye que ante una tasa oficial baja de intereses o incluso su supresión oficial, aparece la usura porque los que prestan el dinero incluirán en el precio del mismo (interés) tanto el precio de prestarlo como el riesgo que conlleva contravenir la norma que limita o elimina los intereses. Para Montesquieu, lo sensato es que los intereses estén reducidos al límite justo[157].

Su idea constante es que la moderación gobierna a los hombres, no el exceso. Como vemos, la usura era un problema en la época de la Roma antigua, y tenía relación con importantes aspectos como las elecciones o las guerras, porque se precisaba de dinero y

[157]MONTESQUIEU (barón de), C.: *El espíritu …, op. cit.*, págs. 488 y 489.

tenía que pedirse prestado. Ante esa necesidad o bien se conseguía al margen de las leyes a elevados tipos, o bien las personas influyentes elaboraban los llamados senadoconsultos o edictos que permitían establecer el tipo de interés que le conviniera al gobernador de la provincia[158].

Esa misma reflexión sobre los efectos de la prohibición de la usura la sostienen la mayoría de los analistas, que coinciden en afirmar que precisamente provocó que los prestatarios tuvieran que acudir a prestamistas agresivos que les exigían altas tasas de interés porque no eran cristianos y por lo tanto no estaban constreñidos por tal prohibición. Incluso elevó el nivel del interés, porque había incertidumbre sobre lo que era usura y lo que era interés permitido, y por lo tanto, debía cubrirse el coste por el riesgo del incumplimiento[159].

2.2.- Orígenes históricos de la usura

Históricamente, ya desde la época de la Grecia clásica había usura y en grados extremos: los banqueros y particulares prestaban dinero a unos intereses del 12 al 20% anual, e incluso al 10% cada nueva luna (mensual). Entre las clases más bajas, incluso se exigía por intereses un cuarto del capital prestado. Ante el impago, los intereses se sumaban al capital y generaban nuevos intereses, de forma que en poco tiempo se duplicaba o triplicaba la deuda. En esa época el acreedor podía solicitar la prisión del deudor[160].

En el Derecho Romano, la usura no estaba regulada pero sí se era consciente de la lacra social que suponía. En la práctica se utilizaban unos intereses del doce por ciento anual. El pueblo romano siempre se ha caracterizado por su practicidad y por resolver las situaciones del momento, por eso encontramos normas que eximían de pago a los deudores que se alistaban para la guerra, o que abolían la cárcel por impago de deudas. La primera vez que una ley fija el tipo de interés fue en el año 398 de la fundación de Roma, cuando los tribunos Duellio y Menenio promulgaron una ley que reducía los intereses al uno por

[158]MONTESQUIEU (barón de), C.: *El espíritu…*, *op. cit.*, págs. 489 a 494.

[159]GUNNAR PERSSON, K.: *An economic history of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, págs. 135 y 136.

[160]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo usurario….*, *op. cit.*, pág. 7.

ciento[161]. Diez años después se redujeron a la mitad y posteriormente se suprimieron[162]. Montesquieu concluye que ocurrió lo que pasa cuando las cosas se llevan al extremo (en este caso, al extremo de suprimir todo interés): si una ley prohíbe algo, se encuentra la forma de eludirla, y de hecho en la práctica, así sucede[163]. Posteriormente, tuvieron que hacerse otras muchas leyes para confirmar los intereses, corregirlos y atemperarlos. Para Montesquieu, suprimir los intereses o rebajarlos excesivamente perjudica tanto a quienes se pretende favorecer (prestatarios), como a quienes se sanciona (prestamistas).

La Iglesia Católica, desde el concilio de Nicea del año 325, prohibió de una manera total y absoluta la usura. Sin embargo, esta prohibición radical, chocaría con la realidad y por ello el legislador procuró que los intereses quedaran enmarcados en unos límites prudenciales[164]. Vizcarro reproduce el razonamiento del cristianismo, del que es destacable que los intereses se admiten en el caso de que haya duda en que el prestatario pueda devolver la totalidad del capital prestado. Es decir, en principio defendería la gratuidad del préstamo, pero parece que, en defensa del prestamista, y para evitar un enriquecimiento injusto por parte del prestatario que no puede devolver el capital debido, se admite el pacto de intereses. Lo que se rechaza es el enriquecimiento injusto obtenido sin trabajo y esfuerzo[165].

La usura alcanzaba tanto a las clases pobres como a los señores feudales, incluso al gobierno[166].

---

[161] No puede precisarse si esa cifra era mensual o anual (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…*, *op. cit.*, pág. 27).

[162] Para profundizar sobre la regulación de las tasas de interés en las diferentes épocas del Derecho Romano, *vid.* HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae"…*, *op. cit.*, págs. 38 y ss. Es llamativo que entre los criterios de limitación de los intereses se utilizara la referencia al capital: así, en la legislación imperial, a partir del siglo III, los intereses nunca pueden superar la cifra del principal (*loc. cit.)*, o que se diferenciara según el rango social del prestatario (*vid.* legislación Justinianea -C.,4,32, *de usuris,* 26,1 y 2- en ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho…*, *op. cit.*, págs. 955 y 956).

[163] Montesquieu relata que la prohibición de intereses en un principio únicamente alcanzaba a quienes eran considerados ciudadanos romanos, por ello, frecuentemente se recurría a personas de la provincia o a aliados para que actuaran en su nombre eludiendo así la aplicación de la norma (MONTESQUIEU, C. [barón de]: *El espíritu…*, *op. cit.*, pág. 492).

[164] Esta transformación la realizó el Derecho Canónico en plena Edad Media (cfr. FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo….*, *op. cit.*, pág. 8).

[165] Este razonamiento es explicado en FERANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo….*, *op. cit.*, pág. 9.

[166] Así lo describe Marx al hablar de cuáles eran las condiciones pre-capitalistas (cfr. MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro III*…*, *op. cit.*, págs. 765 y ss.).

2.3.- Regulación histórica de la usura en el Ordenamiento Jurídico español hasta los Códigos del siglo XIX

2.3.1.- Prohibición de la percepción de intereses en la normativa civil

La presente investigación no tiene por objeto realizar un examen propio de Historia del Derecho, por ello a continuación únicamente se mencionarán de una forma sucinta los principales cuerpos normativos en los que se constata la prohibición en las leyes civiles del pacto de interés por préstamo. Sin embargo es importante la mención para trazar la evolución jurídica que ha desembocado en la regulación vigente de los Códigos decimonónicos.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la primera disposición que se ocupa de la usura es el *Fuero Juzgo*, que tiene disposiciones sobre quién asume el riesgo en el caso de pérdida del principal prestado, limita qué debe recibir como usura (interés) quien da su "haber" a cambio de intereses y también se fija lo que se puede recibir cuando se prestan otros productos que no son dinero. Para el caso del dinero, expresamente se remite a la ley de su uso, lo que implica que se entiende que el fundamento del préstamo es el uso del dinero[167].

El *Código de las Partidas* también se referirá a la usura prohibiendo sepultura a aquel que la practique. Esta prohibición era la máxima sanción en una época dominada por la religión[168].

Por su parte, *El Ordenamiento de Alcalá,* embebido de la doctrina canonista, prohíbe la usura, incluso a los judíos y moros, pero no se aplicará en la práctica porque se concederán cartas y privilegios por los monarcas para exonerarlos[169]. El *Fuero Real* establece el máximo que pueden los judíos recibir como usura de los préstamos que realicen. Por su parte, el poder religioso también tiene incidencia en los monarcas españoles durante la

[167]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo usurario…., op. cit.,* págs. 10 y 11.

[168]*Ib.,* pág. 11.

[169] Precisamente los monarcas solicitaban préstamo a los judíos para financiar los gastos del Estado (cfr. JIMENEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* pág. 48).

Edad Media, en cuanto al tratamiento de la usura pues sus autoridades les enviarán comunicados sobre cómo proceder en este punto para evitar situaciones de abusos[170].

La *Novísima Recopilación* prohíbe la figura de la usura al declarar nulos los contratos que la contengan y establece unas penas consistentes en el pago de dos tercios del dinero prestado a interés a la Cámara y el otro tercio al acusador. La *Novísima Recopilación* entiende que hay usura cuando el tipo de interés supera el 5% anual[171].

Por lo tanto, se constata la prohibición general de percibir cualquier interés en las leyes civiles.

2.3.2.- Evolución de la regulación de la mora como justificación del pago de intereses por compensación de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor en las obligaciones pecuniarias: de los orígenes de la mora en el Derecho Romano a la Codificación, pasando por el Derecho Intermedio

La prohibición de intereses, aun auspiciada por concepciones filosófico-religiosas y también por la concepción económica del dinero como mero medio de cambio, se recogió en normas positivas, como acabamos de exponer. En el capítulo precedente de aproximación histórico-económica ya tuvimos ocasión de explicar que, frente a tal prohibición, se fue admitiendo una excepción consistente en el pago de una cantidad al acreedor en concepto de daños y perjuicios sufridos[172].Los propios defensores de la esterilidad del dinero sí admitían esta compensación porque nadie está obligado a hacer a otro beneficio con daño propio[173]. Para ello se recurrió a la utilización de las vías del *damnum emergenes* y *lucrum cessans*, que son instituciones propias del derecho romano y

[170] Gregorio IX ordenó a Sancho VIII de Navarra que evitara el escándalo que suponía la convivencia entre judíos y cristianos, y Alejandro IV autorizó a Teobaldo II de Navarra la incautación de todos los bienes que habían recibido los judíos por préstamos leoninos (FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…, op. cit.,* pág. 14).

[171]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo usurario…, op. cit.,* págs. 14 a 21.

[172] JIMÉNEZ MUÑOZ ve en esto la justificación de los intereses moratorios (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* pág. 34.

[173]*Vid*. DE AQUINO, T.: *Summa Theologica,* II-II, q. 78, art. 2, ad. 1 (según la edición: *Suma de Teología,* T. III, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pág. 604), citado en JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…,* op. cit., pág. 34. El pensamiento tomista es deudor de las concepciones aristotélicas acerca de la consideración de los intereses como un fenómeno contra natura -*ib.*, pág. 32-.

más concretamente de la mora. Por ello es preciso retrotraernos a dicho momento histórico para entender el origen y esencia de su regulación.

2.3.2.1.- Orígenes de la mora: el Derecho Romano

La regulación de la mora surge en el seno del Derecho Romano[174]. Si bien su regulación es casuística, (en el origen de todo el Derecho estuvo una casuística, de la que el Derecho no ha logrado nunca despegarse completamente, por más esfuerzos que para ello haya hecho[175]), se aprecia que en todos los casos en los que se hablaba de mora, se referían a supuestos en los que concurría caso fortuito y por ello debía establecerse un régimen de responsabilidad para esos supuestos en los que además, había retraso en el cumplimiento por parte del deudor. La mora no existió desde un inicio en la antigua Roma, sino que surgió en un momento en el que se empezó a considerar una dosis de benevolencia hacia el deudor: "en el Derecho primitivo, a los deudores se les dejaba a merced de sus acreedores, quienes podían utilizar los medios más enérgicos para obligarles a cumplir la obligación"[176]. Se empezó a diferenciar un retraso de otro y a establecer los supuestos en los que no le era imputable al deudor el incumplimiento y por lo tanto no estaba obligado a responder.

En el Derecho Romano, las acciones dirigidas a reclamar una *certa pecunia* o una cosa determinada, solo podían terminar en una condena o absolución del deudor. El juez no podía decidir sobre el contenido de la obligación, que era siempre objetivamente posible, mientras existiera el objeto. Por ello, la desaparición del objeto implicaba la de la obligación también, siempre que no fuera imputable al deudor. Por el contrario, las acciones con *formula incerta* podían terminar en una condena al deudor aún en el caso de perecimiento de la cosa objeto de la prestación, porque se consideraba que *genus nunquam perit* y entonces el deudor debía abonar al acreedor la indemnización del perjuicio. En este tipo de juicios, no sería de aplicación el mecanismo de la *perpetuatio obligationis* y que la imposibilidad subjetiva del deudor es a lo que se atendería para liberarle o no (recuérdese,

[174] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 41.

[175] *Ib.*, pág. 445.

[176] *Ib.*, pág. 60.

a diferencia de las acciones para reclamar una cantidad o cosa cierta, en las que la relación obligatoria se mantendría objetivamente, mientras existiera el objeto).

La mayoría de los romanistas considera que la mora nació en el ámbito de las acciones dirigidas a la condena de dar una cantidad o cosa cierta[177]. Sin embargo, dado que la cosa podía perecer después de llegado el plazo para su entrega, y entonces el juez solo podía absolver al deudor por inexistencia del objeto, los jurisconsultos romanos criticaron esta solución en los casos de perecimiento de la cosa por dolo del deudor o por su retraso en el cumplimiento. Para solucionar esta situación se ideo la ficción de la *perpetuatio obligationis*, de forma que el juez decidiera como si el objeto no hubiera perecido y por lo tanto procedía la condena al deudor. En este caso, lo que debía abonar es el valor de la cosa.

Por lo tanto, hay obligación de indemnizar en el caso de que la conducta del deudor sea lo relevante para su condena (y lo es en los casos en los que no se tiene en cuenta objetivamente la relación, porque el perecimiento de la cosa *per se* no extingue este tipo de obligaciones, que son las reclamadas a través de *formula incerta*, o bien en los propios supuestos de dar cosa cierta cuando el perecimiento de la cosa era imputable al deudor) y en los casos de retraso de obligaciones a dar cantidad o cosa cierta si en ese retraso perece la cosa. Este es el nacimiento del retraso como comportamiento lesivo del derecho de crédito[178]. No parece discutible afirmar que la mora tuvo un origen contractual, como cláusula penal en algunos contratos de préstamo de carácter público; sí es menos clara la inducción a partir de los escritos que se conservan, de que la mora empezó originando intereses que se adicionaban a los normales de la deuda cuando se sobrepasaban los plazos estipulados y el dinero no había sido aún devuelto[179].

Se ha sugerido en la doctrina que a pesar de que la mora surgió en las obligaciones de Derecho estricto (que se oponían a las de buena fe, es decir, aquellas en las que la conducta del deudor era lo relevante), se adoptaron características de las *iudicia bonae fidei*, lo que supuso un mayor ámbito en el poder de decisión del juez porque frente a la objetividad que imperaba en la determinación de las obligaciones de dar cierta cantidad o cosa concreta, en

[177] Por todos, citados en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 62.

[178] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 63.

[179] Estas conclusiones pueden encontrarse en CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mora*, EDERSA, Madrid, 1978, págs. 2 y 3.

el caso de mora se atendía a la subjetividad del deudor para determinar las consecuencias de su incumplimiento[180]. Esta conclusión la alcanza con ocasión del estudio de la máxima *genus nunquam perit*.

En el Digesto no se contiene una definición de mora, pero sí una regulación de sus efectos jurídicos: agravación de los intereses en las deudas de dinero, imputación de la responsabilidad por pérdida de la cosa y fijación del criterio de imputación de frutos[181]. Como la mora pueda darse en cualquier tipo de obligación, aparece en diversos pasajes y su término es utilizado tanto como transcurso del tiempo o *pars temporis* (D. 35, 1, 79; 31, 1, 1; 36, 2, 6; 3, 5, 14-15; 5, 3, 53; 15, 1, 51) como retraso en el cumplimiento (D. 22, 1, 17, 3; 22, 1, 32; 1, 16, 5; 22, 1, 24, pr.)[182]. El propio Digesto indica que la mora es más una cuestión de hecho que de Derecho, por ello la dificultad de dar una definición de la misma que pueda valer con carácter general, y que no se atiende a la obligación en sí sino a la persona del deudor para incurrir en ella[183].

La doctrina romanista ha elaborado a partir de esa casuística un concepto de *mora debitoris*: es la situación en la que se encuentra el deudor que se ha retrasado injustamente en el cumplimiento de su obligación cuando su acreedor, mediante un determinado acto (*interpellatio*), le ha exigido la realización de lo prometido[184].

A continuación expondremos sucintamente tres aspectos de la mora en Roma:

A. *Presupuestos de la mora*

B. *Efectos de la constitución en mora en el Derecho romano*

C. *El cese de la situación de mora*

[180] Tesis sostenida en CAFFARENA LAPORTA, J.: "Genus nunquam perit", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, vol. 2, 1982, págs. 291 y ss. y los que cita.

[181] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 65.

[182] *Loc. cit.*

[183] *Ib.*, pág. 89, citando D. 22, I, 32, pr.

[184] Citados en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora… op. cit.,* pág. 66, nota 16.

A. *Presupuestos de la mora*

En Derecho Romano, los presupuestos de la mora eran de carácter objetivo y subjetivo. Pertenecen al primer grupo:

a) La existencia de una obligación reclamable en juicio (*Nulla intellegitur mora fieri ubi nulla petitio est*[185]*)*, este requisito ha sido explicado en el sentido de que la palabra *petitio* no significa que ya se haya reclamado al deudor, sino que significa acción, es decir, que haya una acción para reclamar la deuda[186]; que esa obligación sea exigible y esté vencida (de forma que las obligaciones de no hacer y aquellas en las que el término sea esencial, no pueden desencadenar la situación de mora porque son supuestos de incumplimientos definitivos[187]).

b) La existencia de un retraso en el cumplimiento de la obligación, es decir, que su cumplimiento todavía sea posible y satisfaga al acreedor, porque si no estaríamos ante un incumplimiento definitivo. El retraso es un hecho objetivo, pero de los pasajes en los que se aplica la mora, puede desprenderse que el juez atendía a la conducta del deudor para valorar si había incurrido o no en mora. Es decir, se atendía a ese carácter subjetivo del comportamiento del deudor para determinar si había sido justamente constituido en mora. El casuismo impide obtener una regla sistemática, y por ello los jueces realmente valoraban este requisito subjetivo, porque los objetivos le eran dados fácilmente.

c) La interpelación del acreedor al deudor, exigiéndole la realización de la prestación[188]. Este requisito tuvo diferente tratamiento cuando se realizaba con la finalidad de valorar los riesgos que se trasladaban al deudor constituido en mora que cuando se utilizaba para valorar los daños ocasionados por el retraso, es decir, con unos fines distintos de la *perpetuatio obligationis*. Ya en el Derecho Romano se entendía que el retraso ocasionaba un perjuicio, y la forma de valorarlo era través de la inclusión en los contratos de una pena convencional. Esta pena podía consistir en la fijación de una cantidad concreta o

[185] D. 50,17,88, cuya traducción es: "No puede considerarse que haya mora cuando no hay acción".

[186] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 68 donde cita al historiador Montel para explicar ese significado de la palabra *petitio*.

[187] *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* págs. 68 y 69.

[188] Hay autores que defienden que la *interpellatio* no siempre fue exigida para constituir al deudor en mora. Era utilizado como un medio de prueba (cfr. los autores recogidos en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* págs. 71 y ss.).

proporcionada al retraso. La pena convencional no estaba sujeta a *término* sino a *condición*: que no se cumpliera en plazo la obligación. Esta pena convencional se aplicaba sin necesidad de intimación, desde el vencimiento del término.

Los romanos no utilizaban la regla *dies interpellat pro homine* para trasladar los riesgos del caso fortuito en el caso de mora, sino para valorar los daños de la prestación tardía[189].

El presupuesto subjetivo de la mora en Derecho Romano era la culpa del deudor en el retraso. Se trataría de que no existiera justificación legal para el retraso, es decir, que le fuera imputable al deudor. En base a ello, no se estaría en situación de mora si el acreedor se negara a recibir la prestación (*mora creditoris)*, si pretendiera más de lo debido o si la deuda no fuera líquida y necesitara de una operación experta para su cálculo y determinación[190]. Esta necesidad de liquidez desembocaría en el brocardo *in illiquidis non fit mora* aplicado por nuestro TS con anterioridad incluso a la promulgación del CC. En el capítulo cuarto expondremos las vicisitudes y evolución en su utilización.

La interpelación y la reclamación judicial no tienen por qué ser coincidentes, pero la reclamación judicial sustituye a la *interpellatio*. Hay que tener en cuenta que a lo que se hacía referencia era al comportamiento del deudor, por lo que si el demandado estaba dispuesto a *accipere iudicium*, no se le consideraba constituido en mora (siempre y cuando esa aceptación de litigar no fuera dilatoria)[191]. Es razonable este modo de proceder, puesto que si el deudor continuaba el juicio era porque tenía algo que decir, significaba que la obligación (en todo o en parte) era discutible y por lo tanto no podía operar el instituto de la mora.

Los supuestos en los que se atendían a circunstancias objetivas alejándose de esa referencia subjetiva del comportamiento del deudor, eran soluciones tipificadas como particulares en el sentido de que no seguían esa regla general. Hay que insistir en que la mora en el Derecho Romano no se circunscribía únicamente a las obligaciones dinerarias[192].

[189] *Ib.*, pág. 76.

[190] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 78.

[191] *Ib.*, pág. 79.

[192] Por eso el Digesto, además de dedicar el título 22.1 a la mora, se refiere a ella en casi todos sus demás títulos.

B. *Efectos de la constitución en mora en el Derecho romano*

Si las partes habían estipulado los efectos de la mora, esos serían los que se aplicarían. En su defecto, son dos los efectos que se persiguen con el instituto de la mora: a) la llamada *perpetuatio obligationis* y b) el abono de los frutos e intereses (obsérvese que no se habla de daños y perjuicios sino de frutos e intereses).

a) La *perpetuatio obligationis*

Ya hemos comentado que en el Derecho Romano se ideó la ficción de considerar que la obligación se mantenía a pesar de que el objeto hubiera perecido, si lo fue por dolo del deudor o por encontrarse en mora. Esta razón deriva de la naturaleza de las acciones en las que únicamente se podía pretender que el juez declarara la existencia o inexistencia de la obligación y para ello atendía únicamente al carácter objetivo de la misma, de forma que si no existía el objeto, nunca se podría condenar al cumplimiento de la obligación.

Esta ficción jurídica nació para los supuestos en los que el deudor debía responder por su incumplimiento aun concurriendo caso fortuito. Si tal suceso hubiera ocurrido antes de la constitución en mora, el deudor hubiera quedado eximido de responder o su obligación se hubiera reducido.

Las únicas situaciones en las que el deudor podía escapar a este instituto, que la doctrina clásica aplicaba estrictamente, eran el cumplimiento, la mora del acreedor o la prueba de que la cosa debida hubiera perecido igualmente de encontrarse en poder del acreedor (es decir, que la mora no fue la causa del perecimiento de la cosa)[193].

b) El abono de los frutos e intereses

El pago de los frutos e intereses es el otro efecto que se persigue con la constitución en mora del deudor y desde ese mismo momento. Si la deuda era pecuniaria, generaba los llamados *intereses moratorios.* Se diferenciaban de los convencionales (que eran pactados entre las partes) y de los legales (que se aplicaban directamente por ministerio de la ley, sin necesidad de constituir en mora al deudor).

[193] Esta posibilidad de prueba la encontramos en el propio Digesto (D. 10, 4, 12, 4; D. 16, 3, 14, 1). Díez-Picazo Giménez recuerda que esta excepción pasó a los códigos de nuestro entorno, si bien el nuestro no la acogió aunque sí estaba contemplada en los proyectos anteriores (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 82, nota 50).

Los intereses moratorios se debían solamente si el juez los estimaba en la condena, a diferencia de los legales. No había acción para reclamar intereses moratorios si el juez omitía pronunciarse sobre ellos o la parte no los había solicitado en su demanda[194].

Sin embargo, como hemos visto en el capítulo precedente al tratar de este punto concreto, los intereses moratorios tendrán una evolución en el propio Derecho Romano y se desligarán de su exclusivo control e imposición judicial para derivarse directamente de la mora. Son las *usurae ex mora*, un supuesto de intereses legales. Nos remitimos al detalle expuesto en el capítulo primero para su completa comprensión.

C. *El cese de la situación de mora*

La mora podía cesar con la oferta de cumplimiento por parte del deudor. En el derecho romano clásico la simple oferta no bastaba, sino que solo podía librarse el deudor de su obligación si acreditaba que el acreedor rechazó sin justa causa su oferta para cumplir estando en mora[195]. Además, se requería que la oferta se realizara antes de la *listis contestatio* y que la mora no hubiera ocasionado daños al acreedor[196]. En ese caso excepcional, el deudor podía liberarse de su obligación interponiendo *exceptio doli* en un juicio de los llamados de derecho estricto. El juez entraba a valorar minuciosamente si la oposición del acreedor estaba justificada (lo que sucedía si la oferta no se ajustaba a la prestación debida, si la mora había ocasionado daños al acreedor, si ya no le satisfacía o si se ofrecía pagar en lugar diferente al estipulado).

Sin embargo, en la época de Justiniano, se relajaron las exigencias para que el deudor quedara liberado de la situación de mora, pues bastaba la realización de la oferta para que operara automáticamente la *purgatio morae.* Desde ese momento el deudor se encontraba como si nunca hubiera estado constituido en mora, y por lo tanto el riesgo por caso fortuito volvía a asumirlo el acreedor. En cuanto a los intereses, cesaba la generación de intereses moratorios aunque sí subsistía la obligación de pagar los generados hasta entonces[197].

[194] *Ib.*, pág. 84, tomando como referencia D. 16, 3, 24; D. 19, 2, 54; D. 19, 1, 49, 1.

[195] D. 13, 5, 17 y D. 46, 3, 7, pr.

[196] D. 2, 11, 8; D. 45, 1, 135 y D. 19, 2, 24, 4.

[197] D. 26, 7, 28, 1; C. 4, 32, 9.

El rechazo del acreedor a la oferta del deudor sin justo motivo originaba la *mora creditoris*, con los mismos efectos para el acreedor que la mora para el deudor: traslado del riesgo y debemos entender también que abono de frutos e intereses. De hecho, en el propio Digesto se preveía que si la *mora creditoris* originaba perjuicios de conservación al deudor, éste ostentaba un derecho de retención sobre la cosa por la indemnización correspondiente[198].

2.3.2.2.- La mora del Derecho intermedio a la Codificación

La recepción del Derecho Romano en la Edad Media planteó el problema de la aplicación de la mora, pues se entendía que la interpelación era requisito necesario para que se constituyera en mora al deudor. Lo cierto es que los glosadores entendieron que había dos clases de mora: una según la cual era necesaria la interpelación al deudor y otra que operaba automáticamente por ministerio de la ley.

Se aplicó el brocardo *in illiquidis non fit mora*, si bien se exigía que esa iliquidez no fuera por culpa del deudor. En la recepción del Derecho Romano por los jurisconsultos de la época de la pre-codificación, la finalidad principal de la constitución en mora era la del traslado del riesgo de pérdida de la cosa debida o caso fortuito[199].

Asimismo, desde la constitución en mora el deudor debe pagar, además de la cosa debida (respondiendo del caso fortuito), la indemnización de los daños y perjuicios que el retraso hubiera ocasionado[200].

También encontramos en las partidas la cláusula penal para el caso de que se hubiera pactado una obligación y asimismo las consecuencias del incumplimiento de tal obligación[201]. Sin embargo, esta manifestación de cláusula penal no significa que los intereses moratorios deban ser tenidos por cláusula penal. En el capítulo cuarto, dedicado

---

[198] D. 19, 1, 38, 1; D. 33, 6, 8; D. 18, 6, 1, 3.

[199] Así, lo encontramos en la Partida 5ª, título II, ley 3ª que regula el supuesto de la pérdida de una cosa específica atribuyendo al deudor la obligación de *pechar* con ello (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora… op. cit.,* pág. 101).

[200] Partida 5ª, título II, ley IX, número 5 (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 102).

[201] Partida 5ª, título XI, ley 15 (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 104).

al análisis de la deuda dineraria en el préstamo por conceptos, explicaremos la distinción de ambas figuras.

En el Código de Las Partidas "el régimen dispuesto para la indemnización de los daños derivados por el retraso, como tipo de incumplimiento que es, difiere del de la imputación de riesgos derivada de esta misma situación[202]". Se está refiriendo a que si bien es cierto que para lograr ambos efectos la regla general es la interpelación o requerimiento al deudor, se permiten supuestos en los que no es necesaria tal intimación y la distinción ocurre precisamente en esa diferencia de finalidades perseguidas.

En efecto, si la obligación consistía en la entrega de una cosa determinada y la cosa perecía antes del plazo establecido, el acreedor asumía esa pérdida quedando el deudor exonerado de la obligación; y por el contrario, si la pérdida tenía lugar después del plazo previsto, el deudor estaba obligado a pagar la *aestimatio.* Si no se hubiera fijado plazo, el acreedor debía requerir al deudor para hacerle responsable desde ese momento de todos los fortuitos que se produjeran. Si se hubiera pactado una cláusula penal y un plazo, llegado el término a elección del deudor podía o cumplir o pagar la pena; si se hubiera pactado una cláusula penal pero no se hubiera fijado el plazo, al acreedor le era exigible el requerimiento al deudor para que pagara la pena; y si no se hubieran fijado ni plazo ni pena y el deudor, pudiendo cumplir, deja pasar el tiempo sin hacerlo, el acreedor puede reclamarle el cumplimiento con los daños y perjuicios ocasionados sin necesidad de requerimiento formal. El deudor no obstante puede liberarse de su obligación si cumple antes de la *litis contestatio* sin serle exigido el pago de daños y perjuicios en ese caso.

También se prevé que el deudor pueda liberarse de la obligación consignándola previo requerimiento al acreedor ante dos testigos. De este modo queda liberado del caso fortuito[203].

Es muy importante advertir lo siguiente acerca de la regulación en Las Partidas:

- la pena convencional era alternativa al cumplimiento de la obligación;

- era el deudor el que elegía entre pagar la pena o cumplir la prestación,

[202] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 105, basándose en la ley de Las Partidas que regula de modo general la constitución en mora del deudor ante su incumplimiento (Partida 5ª, título XI, ley 18).

[203] Código de las Partidas, Partida 5ª, título XIV, ley 8.

- los supuestos de indemnización por el retraso tenían lugar cuando no se había establecido una pena, lo que lleva a concluir que la pena pactada contractualmente para el caso de incumplimiento es diferente a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando Las Partidas establecen la mora automática, se refieren siempre a supuestos de obligaciones de dar cosa determinada que se pierde, no a supuestos de cosas genéricas porque entonces se aplica la regla *genus nunquam perit* y por lo tanto no les afecta un eventual caso fortuito. El tratamiento del riesgo (regulación del caso fortuito) es diferente del de indemnización por retraso, que es lo que las obligaciones denominaban "pena"[204]. Es decir, la interpelación solamente se exigía para el traslado del riesgo al deudor en el caso de obligaciones de dar cosa cierta y determinada que no tuvieran señalado plazo, de forma que responda de la pérdida de la cosa desde esa intimación. En el caso de indemnización o pena no se exigía requisito alguno.

De esta diferente regulación del traslado del riesgo y de la indemnización de daños y perjuicios, ambos originados por el retraso, podemos extraer además, que esa distinción también es originada por el tipo de prestación debida y por ello se persigue una u otra finalidad. Así, cuando la entrega consiste en dar una cosa determinada, es lógico concluir que lo relevante para el acreedor es asegurarse que el deudor corra con los riesgos del caso fortuito; para el caso de la entrega de cosas genéricas, dado que no existe el problema del caso fortuito, el acreedor estará interesado en poder resarcirse de los perjuicios que le ocasione el retraso, además de poder recibir la prestación (o su equivalente si procediera).

Cuando las leyes de Las Partidas se refieren a la mora automática (utilizando la expresión *dies interpellat pro homine)* tratan supuestos de obligaciones de dar cosa determinada en los que hay una pérdida de esa cosa por caso fortuito. En las obligaciones genéricas se aplica la regla *genus nunquam perit*, lo que significa que no es necesario establecer una regla sobre asunción del riesgo en caso fortuito, porque este tipo de obligaciones es inmune a tal suceso.

[204] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 108.

Si el acreedor reclamara la obligación antes de llegado el vencimiento, el deudor podía oponer una excepción dilatoria[205].

El régimen de la mora regulado en Las Partidas es muy similar al del Derecho romano justinianeo[206]. De una forma sintética, consistiría en que si la prestación deviene imposible por caso fortuito (sin culpa del deudor) antes del vencimiento, el deudor queda exonerado; sin embargo, si se retrasa en el cumplimiento más allá de la fecha acordada y sobreviene un caso fortuito, el deudor será responsable del mismo. Se aplica la regla *dies interpellat pro homine* (que significa que no es necesaria interpelación porque llegado el día del vencimiento, ocurren automáticamente las consecuencias de la mora) y si no se hubiere acordado fecha de vencimiento, el deudor incurrirá en mora (y por lo tanto responderá del caso fortuito) cuando el acreedor le haya reclamado previamente al cumplimiento.

Se sostiene que el Código de Las Partidas recoge la concepción de una economía monetaria procedente del Derecho romano y que posteriormente se reflejará en el art. 1108 del Código Civil[207]. Hay que matizar que aquél Código al regular el caso concreto de la mora en el préstamo, hace referencia al deber de abonar daños y perjuicios cuando no se pactó una pena, sin identificarlos con los intereses (Partida V, Título I, Ley 10). Lo que es lógico, porque todavía no ha aparecido la norma que los genera automáticamente, como expondremos en el epígrafe siguiente.

Como ejemplos de aplicación por el Tribunal Supremo de las Leyes de las Partidas sobre mora[208], la STS de 3 de enero de 1887 afirma que los intereses de demora solamente son aplicables desde el vencimiento; la STS de 15 de marzo de 1887 se refiere al principio de que si una cantidad no es líquida no puede generar intereses de demora (“en cuanto a los intereses de las cantidades, a cuyo abono condena la sentencia, que según la ley de 14 de marzo de 1856 y la constante Jurisprudencia de este tribunal, no se deben sino por el legítimamente constituido en mora, lo cual necesariamente supone que la deuda sea

[205] Este principio es recogido en varias fuentes normativas: Ley IV, título XVI, Libro III, Fuero Real; Ley II, título XVII, Libro III, Fuero Real; Ley XIV, título XI, Partida 5ª, Ley V, título X, Libro II, Fuero Real (citados en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 107, nota 80).

[206] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 107.

[207] BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* pág. 376.

[208] Las SSTS de 3 de enero de 1887, de 15 de marzo de 1887 y de 7 de marzo de 1887 que se citan a continuación han sido tomadas de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 107 y ss.

líquida…"), y en el mismo sentido de la liquidez como requisito de la mora, la STS de 7 de marzo de 1887 ("No infringe la que condena al pago de cantidad resultante de una liquidación, ni las leyes del caso, el fallo que en cumplimiento de aquella absuelve de la demanda de intereses de mora, cuando no fueron éstos objeto de discusión ni de decisión, ni la cantidad era líquida, ni hubo declaración de mora").

Antes de la promulgación del CC, ya encontramos alguna sentencia del Tribunal Supremo en la que se afirma el sentido del plazo en el contrato de préstamo: la generación de intereses. Por lo tanto, no se puede obligar al prestamista a recibir la devolución de la cantidad prestada antes del vencimiento del plazo, porque estaría dejando de percibir la ganancia acordada: "Si bien en el mutuo, que por su naturaleza es gratuito, el plazo para la devolución de la cosa mutuada puede entenderse puesto en favor del deudor, porque por punto general ningún perjuicio se sigue al mutuante de la devolución de aquella, no sucede lo mismo en el préstamo con interés, y en el cual el prestamista coloca su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada, de la cual se vería privado a voluntad del deudor, desde el instante en que éste pudiera lícitamente devolverle lo prestado antes del término convenido, viniendo por este hecho a hacerse desigual la condición de los contratantes. La sentencia recurrida al estimar la demanda interpuesta y condenar al demandado a recibir la cantidad prestada, infringe la ley del contrato"[209].

2.3.2.3.- La regulación de la mora en la época de la precodificación: orígenes de la norma que con carácter general reconoce la generación de intereses ex lege como compensación del daño sufrido por un acreedor en las deudas de dinero pecuniarias

Todos los Códigos europeos decimonónicos que utilizan la técnica *a forfait* para liquidar los daños derivados de la mora en las obligaciones pecuniarias, se basan en la doctrina de Pothier (1699-1772), que es, anterior incluso a la admisión generalizada en Francia de la licitud de los intereses[210]. Este dato cronológico apoya la tesis sostenida en esta investigación. Es lógico que se necesitara una norma que evitara tener que probar los llamados *títulos extrínsecos*, estudiados en el capítulo primero, antes de la permisión del

[209] STS de 1 de marzo de 1887 citada en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 110.

[210] Cfr. ASCARELLI, T.: *Comentario del Codice civile. Obbligazioni pecuniarie arts. 1.277-1.284*, vol. 4, Nicola Zanichelli Editore, Bolonia, 1960, págs. 556 y ss., criterio también seguido por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G: *La mora…, op. cit.*, pág. 581.

pacto de intereses. Precisamente porque no se permitía el pacto de intereses, se seguía utilizando esa vía. La experiencia puso de manifiesto que sería mejor adoptar una norma que favoreciera esa carga probatoria que pesaba sobre el prestamista. Y de ahí se adoptaron las normas recogidas en los Códigos sobre el automatismo en la generación de intereses por la mora en las obligaciones pecuniarias. Si bien, como se ha apuntado, -y de ahí su conexión con la institución objeto de estudio-, fue en el contrato de préstamo y en el ámbito mercantil donde primero se recogió.

Para Pothier seguía siendo necesaria la prueba del daño. A su vez, su doctrina viene tomada del Derecho común, según el cual a pesar de la prohibición de intereses, la mora es causa suficiente para generarlos como daño sufrido por el acreedor. Esta excepción, en un principio solo operaba en el ámbito mercantil. Su nombre originario de *intereses castrenses* proviene del autor que propugnó su licitud Paolo Di Castro[211]. Posteriormente, el Derecho común solamente exigió la interpelación para su generación.

Los estudios jurídicos sostienen que, lo que en origen surgió como excepción ante la prohibición general de los intereses, cuando se produjo la admisión generalizada de los mismos, pasó a constituir solamente una liquidación *a forfait* de los daños por la mora de las deudas pecuniarias[212]. Este es otro soporte para la explicación que sostenemos acerca del sentido del origen de la norma codificada de intereses moratorios.

Se dice que es en el ámbito germánico donde aparece una norma que establece el devengo automático, *ex lege* de intereses, con independencia de la existencia de pacto y de la constitución en mora del deudor por el acreedor, con el artículo 289 del primer código mercantil alemán de 1861[213]. Sin embargo, nuestro Código de Comercio de 1829, ya preveía la generación de intereses *ex lege* por el hecho del retardo, debiéndose pagar el *interés corriente* (art. 388). También permitía el pacto de intereses en el contrato de préstamo, pero estaba limitado (al 6%, que también era la tasa del rédito legal)[214].

Veamos cuál era la doctrina de Pothier, para la mora de las obligaciones pecuniarias, que sirvió de base a los códigos decimonónicos:

[211] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G: *La mora…, op. cit.,* pág. 582.

[212] ASCARELLI, T.: *Comentario…, op. cit.,* págs. 559 y 560.
[213] Tesis sostenida en JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit,* págs. 54 y 55.

[214] Arts. 397 y 398 del Código de 1829.

> "Como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligaciones varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo. Que es lo que se hace cuando se fijan los intereses de la suma debida de la tasa de Ordenanza. Esos intereses principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido hasta el día en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada.
>
> En consecuencia de esta especie de precio alzado por grande que sea el daño que el acreedor haya sufrido del retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses.
>
> Mas en cambio no está sujeto, para exigirlos, más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado"[215].

Vemos que dado que en el retardo de las obligaciones de dar una cantidad de dinero los daños pueden ascender hasta el infinito, entiende que se precisa una norma específica. Pothier tiene la concepción del préstamo como esencialmente gratuito, y por ello considera que "no hay más intereses usurarios que aquellos que son exigidos como la recompensa del préstamo, que debe ser gratuito; pero los de que hablamos tienen una justa causa, a saber la indemnización del perjuicio que yo causo a mi acreedor por el retardo que llevo a la ejecución de mi obligación[216]". Se refiere a la generación *ex lege* de los intereses, pero el acreedor sigue estando obligado a probar el daño. Lo que la norma le otorga es la cuantificación de ese daño. "Mas en cambio no está sujeto, para exigirlos [los intereses] más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado[217]".

Sin embargo, lo fundamental es que esta explicación de Pothier desvela la necesidad de que el acreedor *justifique* esa relación entre el daño y el retraso. Esta justificación, si bien, se refiere a la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la acción imputable o

[215] POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, edición traducida por S.M.S., imprenta de Fidel Giró, Barcelona, 1839, pág. 143.

[216] POTHIER, R. J.: *Tratado…, op. cit.,* pág. 145.

[217] *Ib.*, pág. 100.

desencadenante del mismo, que es el retraso, no puede desligarse de la necesidad de acreditar el propio daño[218]. El retraso es un requisito cuya prueba determinará la procedencia misma de poder accionar: la existencia de la obligación y su exigibilidad serán los presupuestos exigidos para entrar a valorar el incumplimiento y su alcance.

A diferencia del casuismo que caracteriza al Derecho Romano y las leyes de la precodificación, los códigos supusieron el establecimiento de unas reglas generales. Se defiende en la doctrina que la diferencia entre la codificación de origen germánico y la romana en materia de mora consiste en el tratamiento del requerimiento de la interpelación al deudor, sosteniendo la exoneración del acreedor de realizarlo[219], si bien no es apreciable puesto que precisamente, en el texto transcrito se dice que los intereses moratorios *principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido.*

Paradójicamente Pothier exige la reclamación judicial para que se generen intereses de demora (los únicos que admite), pero sin embargo, esa interpelación opera en el fuero externo, porque admite el supuesto de que un acreedor no reclame judicialmente a su deudor pero le haga saber de su necesidad del dinero, por lo que desde entonces correrían esos intereses de demora. Su razonamiento es que no puede estar en peor condición un acreedor que tiene este miramiento para con su deudor, que el que utiliza las *vías de rigor*[220]. En esta época, en Francia se exigía la demanda judicial para constituir al deudor en mora, y los intereses corrían desde entonces. Sin embargo, ese requerimiento era solo la prueba del incumplimiento y por lo tanto del inicio del retraso, de forma que, si por otro medio pudiera probarse la existencia de un plazo, no se necesitaría el requisito de tal intimación[221].

Asimismo, Pothier hace unas manifestaciones sobre la posibilidad de que no exista daño por el retraso y por lo tanto no podría reclamarse al deudor, o al contrario, que el daño sea superior a los intereses y por lo tanto se debería indemnizar en su totalidad al acreedor por

[218] También se observa esta necesidad de prueba de la relación del nexo de causalidad en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 117.

[219] Así, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora… op. cit.,* pág. 110.

[220] Cfr. POTHIER, R J: *Tratado…, op. cit.,* núm. 172, pág. 146 (igualmente recogido en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 114).

[221] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 115.

el daño efectivo sufrido[222]. Esto se explica por su concepción de las obligaciones empapada de deberes morales, si bien distingue entre las obligaciones imperfectas y las perfectas[223]. Las primeras serían reglas de caridad o benevolencia y su distinción es que no son exigibles: únicamente respondemos de ellas ante Dios. Las segundas, a su vez, tienen una doble dimensión: son los que denomina *foro externo* e *interno*. El foro externo se correspondería con lo dispuesto en la ley, mientras que el foro interno respondería a razones de equidad. En ambos casos, como estamos ante obligaciones perfectas, sí existe obligación. Por ello, la lectura de su *Tratado de las obligaciones* debe hacerse siguiendo esa pauta, que ya explica al inicio de la obra. Es decir, allí donde hace referencia al foro interno y al externo, no está diferenciando entre lo exigible y lo que no lo es. Es todo exigible, a su entender. Lo que entiende por equidad, hoy pertenecería al propio ordenamiento jurídico, y de hecho lo proponemos como criterio valorativo en el capítulo quinto, para llegar a una cuantificación proporcionada del interés de demora.

Pothier cataloga dentro de la indemnización de daños y perjuicios el retardo de un deudor en el cumplimiento de obligaciones que consisten en dar una suma de dinero, y considera que en este caso debe seguirse una regla especial. El fundamento, es que "los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación, varían al infinito, y es tan difícil preverlos como justificarlos (…) son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada"[224].

Estas son las normas del *fuero externo*, porque en el interno, "si el acreedor no ha sufrido daño alguno por el retardo del pago de la suma que le era debida, es decir, si ese retardo no le ha causado pérdida alguna, y no le ha privado de ningún beneficio, no debe exigir intereses; pues esos intereses se conceden como una indemnización, y no puede ser debida a aquel que no ha sufrido perjuicio alguno. Viceversa, si el daño que el retardo ha causado al acreedor es más grande que esos intereses; según las reglas del foro de la conciencia, cuando el deudor, por dolo y por una contumacia afectada, ha sido requerido para pagar lo que él podría pagar fácilmente, debe indemnizar al acreedor enteramente de todos los

[222] POTHIER, R. J.: *Tratado…, op. cit.,* págs. 144 a 146.

[223] *Ib.*, págs. 1 a 3.

[224] Todas las referencias que a partir de aquí se hacen a Pothier, y las transcripciones textuales son del fragmento contenido en su obra POTHIER, R. J.: *Tratado…, op. cit.*, números 170 y 172, págs. 143 a 146. Esta cita única se realiza para no utilizar reiteraciones y en aras de una mejor comprensión que facilite intercalar el texto original con explicaciones.

perjuicios que él sabe que le ha causado por su injusta retención; pues no basta que pague los intereses desde el día de su resistencia". En este punto, vemos que Pothier aplica la regla general de los daños y perjuicios, que exige prueba fehaciente del daño, de forma que si no se ha causado, no hay indemnización que corresponda, y si se ha causado, corresponde indemnizarlo por completo. En definitiva, en el propio origen de la concepción de la regulación de los intereses de demora en los códigos decimonónicos, se aprecia su verdadero fundamento acorde con las reglas generales de los daños y perjuicios: su obligación de pago si hay una producción efectiva de un daño (inexistente si no se da) y la necesidad de su prueba. Esta constatación es una de las justificaciones de la tesis que se sostendrá en esta investigación acerca de las propuestas de aplicación de la normativa vigente.

Este comentario sobre los intereses debidos como indemnización de daños y perjuicios, se realiza con la mención al contrato de préstamo. Concretamente para rebatir al ponente de las *Conferencias de París sobre la usura*, tomo I, pág. 379 y ss. (citado así por el propio autor). Vemos por lo tanto una muestra más de la conexión entre el contrato de préstamo y la regla especial de indemnización en el caso de mora en el pago de obligaciones dinerarias. Es lógico. Porque es el momento histórico en el que se están produciendo las evoluciones de las dos instituciones: del contrato de préstamo y el debate sobre la licitud o no de los intereses por un lado, y del perfeccionamiento de la exigencia de daños y perjuicios como vía admitida para recibir una cantidad superior a la entregada en préstamo ante la prohibición de intereses.

Pothier afirma que "no ha estado pues, en lo justo, el autor de las Conferencias de París sobre la usura, *tomo I. pág. 379 y siguientes*, proscribiendo esos intereses como usurarios. No hay más intereses usurarios que aquellos que son exigidos como la recompensa del préstamo, que debe ser gratuito; pero los de que hablamos tienen una causa justa, a saber la indemnización del perjuicio que yo causo a mi acreedor por el retardo que llevo a la ejecución de mi obligación. Dicho autor se funda sobre el siguiente razonamiento: nosotros no tenemos, dice, que de la ley los bienes y derechos que poseemos: ahora bien, nuestras leyes no conceden a los acreedores el derecho de percibir los intereses de las sumas que les son debidas, que cuando les son adjudicados por sentencia mediante una demanda judicial: pues, concluye el autor, sin una interpelación judicial, un acreedor no tiene derecho de percibir los intereses de las sumas que le son debidas, y en conciencia no puede recibirlas".

Se observa que la gratuidad del préstamo está ligada a la no percepción de intereses. Como dice, los intereses del préstamo son usurarios. Porque el préstamo debe ser gratuito. Este es el verdadero sentido.

Pothier era un estudioso del Derecho Canónico y Romano y escribió en el siglo anterior a las codificaciones decimonónicas, por ello es lógico que defendiera como regla general la prohibición de intereses. Su pensamiento y obra constituyeron una gran aportación para la unificación del derecho civil francés y la adopción del *Code* de 1804 (art. 1153) y por el austríaco (art. 1.333) y por ley de 7 de abril de 1900 (en el Código austriaco por ley de 8 de marzo de 1923) se admite la prueba del mayor daño del acreedor, de forma que no es inalterable la regla establecida de liquidación *a forfait*[225].

En nuestro Código Civil, el artículo 1108 es el que recoge la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria. Este artículo es uno de los preceptos del Derecho con más importancia práctica para el tráfico jurídico[226], de ahí nuestro interés por su estudio.

2.4.- La mora en los Códigos españoles del siglo XIX

2.4.1.- El Código de Comercio de 1829

El primer Código que encontramos en nuestra historia jurídica es el Código de Comercio de 1829, que fue aprobado, promulgado y decretado por el rey Fernando Séptimo el 30 de mayo de 1829. En los propios ejemplares que se conservan, se contienen valiosísimas introducciones y exposiciones de la situación jurídica del entorno, así como comentarios a los propios artículos que ayudan inestimablemente a alcanzar el verdadero sentido de estas normas, lo que es crucial porque son el origen de una regulación que se mantiene hasta la actualidad. A continuación se exponen los datos obtenidos en estas fuentes, tanto histórico-jurídicos como hermenéuticos, transcribiendo los propios artículos junto con los comentarios originales a los mismos.

[225] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 582.

[226] *Ib.*, pág. 583.

Ya en el siglo XIX se destaca la importancia del comercio en el desarrollo de las civilizaciones, sobresaliendo su capacidad para poner a distintos pueblos en contacto, a través de sus usos, leyes, mercancías, etc. Por ello, "la legislación mercantil debía seguir el mismo rumbo que aquel [el comercio][227]".

El libro más antiguo que se conoce en la historia de la legislación mercantil se denominó *Consulado del mar*. Se utilizaba el término *cónsul* para referirse a los magistrados que resolvían cuestiones relativas al comercio, y *consulado* para el libro que contenía las leyes en las que se basaba[228]. Dicha obra se dice que es de principios del siglo XIII, y se elaboró bajo el reinado de D. Jaime el Conquistador; se atribuye a Barcelona el centro de coordinación de este código que si bien no contó con la sanción soberana, sí fue adoptado por los consulados de Valencia, Mallorca, Barcelona y Perpiñán, vigente durante más de cuatro siglos y observado "como base del derecho común de la legislación consular por las naciones más cultas de Europa, desde el Báltico hasta Constantinopla"[229].

En dichas obras queda constancia del perfecto conocimiento de los usos, legislación y códigos europeos mercantiles tanto coetáneos como históricos (*Leyes de Wisby* en Suecia, *Ordenanzas marítimas de la Hansa Teutónica* de la denominada Liga Hanseática, *Le Guidon de le mer* en Francia). Francia fue la última potencia que tuvo leyes marítimas, no siendo hasta el reinado de Luis XIV y bajo la dominación de Colbert cuando decidió codificar su legislación mercantil, adoptándose a su vez las doctrinas que los jurisconsultos españoles de los siglos XV y XVI[230]. Es importante este dato, porque como veremos, la doctrina de Pothier sirvió de base al *Code* francés y este a su vez lo fue para nuestro Código Civil.

En el siglo XVIII en España se publicaron varias ordenanzas (las de Barcelona de 1763, las de San Sebastián de 1776, las de Valencia de 1773, las de Burgos de 1776, las de Sevilla de 1784). Destacan singularmente las *Ordenanzas de Bilbao,* aprobadas en Junta General de 1725 por los comerciantes de esta ciudad y aprobadas y publicadas en 1737 por el rey

[227] MIQUEL y RUBERT, I. y REUS y GARCÍA, J.: *Código de Comercio español, concordado y anotado, precedido de una introducción histórico-comparada, y seguido de la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, imprenta de D. Anselmo Santa Coloma, Madrid, 1855, págs. V y ss.

[228] *Ib.*, pág. VIII.

[229] *Ib.*, pág. VIII.

[230] *Ib.*, págs. IX y XII.

Don Felipe V. Fueron de tal importancia que se consideraron un auténtico Código Mercantil alcanzando una especie de *prioridad* y casi *universalidad*[231]. Sus disposiciones están consignadas en los códigos modernos.

A principios del siglo XIX, se disponía de un importante material jurídico mercantil fruto de la evolución histórica tanto del comercio como de la propia legislación y jurisprudencia adoptada al respecto. Esa necesidad de adaptar la legislación mercantil al desarrollo del comercio y sobre todo en ese momento histórico a "las nuevas necesidades de la industria" impulsó el sentido de la codificación decimonónica[232].

Se reconoce a Francia su papel inaugurador en el cometido codificador del siglo XIX, a través de su Código de Comercio de 1807. Entre otras notas que fundamentan la adopción de estos cuerpos normativos, está la necesidad de introducción de los cambios que se habían experimentado en las relaciones comerciales y en el plano de la economía política. Debían *desaparecer de la administración judicial todas las atribuciones políticas*, y en definitiva que el derecho comercial se acomodara al derecho civil *del que debía ser corolario, y que le diese el carácter de universalidad que siempre había tenido.*

El 30 de mayo de 1829 fue aprobado, promulgado y decretado por el rey Fernando Séptimo el primer *Código de Comercio español* de aplicación a toda la monarquía, que derogaba todas las leyes, ordenanzas y demás disposiciones que habían regido hasta entonces en materia mercantil. Se quería dar uniformidad a la legislación[233]. Y para completarlo se adoptó una *Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio*, promulgada el 24 de julio de 1830. Sainz de Andino fue el impulsor y promotor de ambos cuerpos normativos.

Para Rupert y Reus y García, la legislación mercantil existente con anterioridad a la promulgación de nuestro primer Código de Comercio en 1829, era *varia y confusa* y por eso se vio la necesidad de elaborar una única regulación que sirviese para todos los territorios, incluidos los de las colonias de ultramar y además que contuviera *los adelantos*

[231] *Ib.*, pág. XIII.

[232] *Ib.*, pág. XIII.

[233] Ni las *Ordenanzas de Bilbao* ni el *Consulado del mar* de Barcelona, que eran los dos grandes compendios existentes con anterioridad al Código de 1829, además de las ordenanzas y usos locales allá donde existían, tenían aplicación para todo el territorio español.

de la época[234]. Esta obra es de tal importancia que se consideró ya en su tiempo que *la historia de la legislación mercantil de Europa consignará siempre con respetuosa admiración el nombre del Sr. D. Pedro Sainz de Andino*[235].

Expresa el sentido de la adopción de Códigos en los que confluyeran la experiencia y legislación de las naciones para incluso llegar a un Código común, en la adopción de las ideas, de la innovación y de la red intelectual que se ha ido formando[236].

El Código de Comercio de 1829 regula el préstamo mercantil en su título quinto rubricado *de los préstamos y de los réditos de las cosas prestadas:*

> ‘‘**Art. 387.** Para que los préstamos se tengan por mercantiles es necesario:
>
> 1º. Que versen entre personas calificadas de comerciantes, con arreglo al artículo 1º de este Código, o que al menos el deudor tenga esta calidad.
>
> 2º. Que se contraigan en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas de este.
>
> Faltando cualquiera de estas dos condiciones se considerarán como préstamos comunes, y se regirán por las leyes comunes del reino. *(Art. 276, C. Port.; 391, C. Wurt.).*
>
> **Art. 388.** Los comerciantes que retarden el pago de sus deudas después de cumplidos los plazos estipulados con sus prestadores, quedan obligados a pagar el rédito corriente que corresponda al importe de aquellos desde el día en que conste en forma auténtica que fueron interpelados al pago, bien en virtud de providencia judicial, o simplemente por requerimiento extrajudicial que les haga el acreedor por ante un escribano público o Real. *(Art. 393, C. Wurt.).*
>
> **Art. 389**. Consistiendo los préstamos en especies, se graduará su valor para hacer el cómputo el rédito que haya de satisfacer el deudor en el caso de esta disposición, por los precios mercuriales, que en el día en que venciere la obligación del préstamo tengan las especies prestadas en el lugar donde debía hacerse su devolución. *(Art. 393, C. Wurt).*

[234] MIQUEL y RUBERT, I. y REUS y GARCÍA, J.: *Código…, op. cit.,* pág. 351.

[235] *Ib.*, pág. 352.

[236] *Ib.*, pág. XXIV.

Art. 390. Los préstamos hechos por tiempo indeterminado no pueden exigirse sin prevenir al deudor la restitución con treinta días de anticipación. *(Art. 1900, C. Nap. dif.; 391, C. Wurt.).*

Art. 391. Cuando no resulte bien determinado entre las partes el plazo del préstamo, lo fijará el tribunal prudencialmente con arreglo a las circunstancias del prestador y prestamista y a los términos en que se contrató el préstamo. *(Art. 1901, C. Nap.).*

Art. 392. En los préstamos hechos en dinero por una cantidad determinada, cumple el deudor con devolver igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolución.

Pero si el préstamo se hubiere contraído sobre monedas específicamente determinadas con condición de devolverlo en otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aun cuando sobrevenga alteración en el valor nominal de las monedas que recibió. *(Art. 1902, C. Nap.).*

Art. 393. Los réditos de los préstamos entre comerciantes se pactarán siempre en cantidades determinadas de dinero, aun cuando el préstamo consista en efectos o géneros de comercio. *(Art. 395, C. Wurt.).*

Art. 394. Los préstamos no causan obligación en el deudor de pagar réditos de las cosas prestadas, si expresamente no se pactan por escrito.

Toda estipulación sobre réditos hecha verbalmente, será ineficaz en juicio. *(Art. 394, C. Wurt.).*

Art. 395. Si el deudor pagare voluntariamente réditos del préstamo sin haberlos estipulado, se tendrá este pago por remuneración de gratitud, y no podrá pedirse su restitución sino en cuanto hayan excedido la tasa legal[237]. *(Art. 283, C. Port.; 400, C. Wurt.).*

Art. 396. El pacto hecho sobre el pago de réditos de préstamo durante el plazo prefijado para que el deudor goce de la cosa prestada, se entiende prorrogado después de transcurrido aquel por el tiempo que se demore la devolución del capital.

Art.397. En los casos en que por disposición legal está obligado el deudor a pagar al acreedor los réditos de los valores que tiene en su poder, serán estos réditos de un seis por ciento al año sobre la capitalidad de la deuda. *(Art. 1907, C. Nap., 281. C. Port.).*

[237] El original remite por nota a los artículos 396 y 403 (*ib*., pág. 107), si bien igualmente sería más apropiada la remisión al artículo 398.

Art. 398. El rédito convencional que los comerciantes establezcan en sus préstamos, no podrá exceder del mismo seis por ciento. *(Art. 1907, C. Nap.; 280, C. Port., Dif.).*

Art.399. La fijación del rédito, tanto legal como convencional, que se hace en los dos artículos precedentes, se entiende provisional, y queda sujeta a las reformas que se hagan por ley expresa, y no por costumbre ni de otro modo alguno, con arreglo a las vicisitudes de las causas que influyen en el valor relativo de la moneda. *(Art. 1707, C. Nap.).*

Art. 400. Los descuentos de las letras de cambio, pagarés a la orden y demás valores de comercio endosables, no están sujetos a la tasa del seis por ciento; y las partes los contratarán con entera libertad a precios convencionales. *(Art. 297, C. Port.).*

Art. 401. No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial, mientras que hecha liquidación de estos no se incluyen en un nuevo contrato, como aumento de capital; o que bien de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fija el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar, sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas y sean exigibles de contado. *(Art. 286. C. Port.).*

Art.402. Después de intentada la demanda judicial contra el deudor por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando para formar un aumento de capital que produzca réditos.

Art. 403. Siempre que un acreedor haya dado documento de recibo a su deudor por la totalidad del capital de la deuda, sin reservarse expresamente la reclamación de réditos, se tendrán estos por condonados[238]".

Hay que poner de relieve que este Código de 1829 fue fruto de una recopilación de normas extraídas de otros códigos y por ello se citan en su propio articulado las referencias concretas de donde se ha obtenido la regulación. Se ve una fuerte influencia del Código napoleónico, del portugués y del de Wurtemberg en la regulación del préstamo mercantil.

Lo más llamativo a los efectos de esta investigación es:

a) La necesidad de que el pacto sobre interés conste por escrito.
b) La fijación de un límite máximo de tasa de interés en el seis por ciento.
c) Art. 388 sobre el retraso en el pago.

[238] El original remite a la regulación del Código Penal vigente sobre los delitos de dedicación al préstamo sobre prendas sin licencia o sin la debida llevanza de su contabilidad (*ib.*, pág. 108).

d) Art. 396 sobre prórroga del pacto de intereses que introduce la idea de la imputación de pagos al capital.

En los Códigos comentados de mediados del siglo XIX encontramos una definición del préstamo:

> "El préstamo o empréstito en general, es un contrato por el cual una persona entrega gratuitamente cierta cosa a otra, ya para que se sirva de ella por algún tiempo y para cierto uso, ya para que haga de ella lo que quiera y le devuelva otra igual, si es de aquellas cosas que se consumen o deterioran por el uso. El que da la cosa a préstamo se llama prestador, y prestamista el que la recibe. De los diferentes caracteres de cosas, y diversos objetos del préstamo, nacen sus dos acepciones: la una es el comodato o préstamo a uso, por ejemplo, el de un caballo, carruaje o nave; y la otra es el mutuo o préstamo a consumo, por ejemplo el de granos, licores o dinero. El código de comercio, dejando para la jurisprudencia civil estas distinciones y las consecuencias que dimanan del mutuo y del comodato, se limita a su objeto peculiar, que es calificar los préstamos mercantiles y establecer las reglas peculiares a ellos"[239].

En los comentarios de la propia época sobre los concretos artículos del Código de Comercio de 1829 se encuentran las siguientes interpretaciones[240]:

> **"[Comentario al art. 387]** Con el nombre genérico de préstamo se comprende cualquier contrato de naturaleza propia para crear una deuda pagadera en dinero u otras cosas fungibles. Así cuando un comerciante, por ejemplo, después de haber liquidado sus cuentas corrientes, se encuentra deudor de otros de alguna cantidad y no se la paga al instante, se entiende debérsela lo mismo que si se la hubiese prestado.
>
> [**Comentario al art. 388]** La ley hace responsable al deudor en favor del acreedor de una deuda mercantil, de los réditos corrientes del seis por ciento (art. 397), después de cumplidos los plazos estipulados con el acreedor, y desde el día en que este haga constar auténticamente haberle interpelado para el pago, ya sea en virtud de providencia judicial, ya sea simplemente por un requerimiento extrajudicial hecho por el acreedor ante un escribano público o real, que de ello de fe, y libre después el correspondiente testimonio. Antes de haber precedido alguna de estas diligencias no corran los réditos mercantiles, a no

[239]SOCIEDAD DE ABOGADOS: *Código de Comercio comentado*, Imprenta de Campins y Pont Editores, Barcelona, 1849, pág. 178.

[240] Comentarios recogidos en *ib*., págs. 178 y ss.

ser que se hubiesen estipulado expresamente en el contrato. Toda estipulación sobre réditos hecha verbalmente, es ineficaz en juicio, según el art. 394.

[Comentario al art. 389] El interés en este caso será el del seis por ciento, y se regulará en dinero, porque este constituye el precio de todas las cosas estimables (art. 393).

[Comentario al art. 393] Los intereses o réditos, pues con esta última voz los designa nuestro código, son una moderada cantidad pecuniaria que con arreglo a la ley puede exigir el acreedor del deudor, además del capital debido o prestado, y con proporción a este. Los réditos son de dos especies: legales, que son los determinados por la ley, y convencionales, que son los convenidos por las partes. El primero se ha establecido como una pena impuesta al deudor por razón de su demora; de modo que no se debe en aquellos contratos en que no ha habido tal demora; y el segundo como una indemnización en favor del acreedor, ora por el servicio que presta al deudor y ora por los beneficios que deja de hacer careciendo de su capital. Pero asi el interés legal como el convencional no podrá exceder nunca del seis por ciento (artículos 397 y 398).

[Comentario a los artículos 394 a 399] El que hace un préstamo mercantil no tiene derecho a cobrar los réditos de las cosas prestadas, si expresamente no se pacta por escrito. En este caso, esto es, cuando no ha mediado estipulación acerca los réditos del préstamo, solo podrá percibirlos después del vencimiento del plazo, previas las formalidades prescritas por el art. 388 y su comentario. Pero si el deudor pagare voluntariamente los réditos del préstamo sin haberlos estipulado, no podrá después reclamar su restitución sino en lo que excediesen de la tasa legal pues se tendrá este pago por remuneración de gratitud (artículo 395). Si se hubiesen estipulado réditos en el contrato correrán estos aun después del vencimiento del plazo, por durante el tiempo que se demora la devolución del capital, y en la misma cantidad en que se hubiesen estipulado, no excediendo de la tasa legal. El interés deberá siempre consistir en dinero aunque las cosas prestadas sean géneros, porque el dinero constituye el precio de todas las cosas estimables. Los réditos que el deudor deba pagar al acreedor por disposición de la ley en los casos prevenidos en este código, serán de un seis por ciento al año sobre la capitalidad de la deuda (art. 397). El rédito convencional que los comerciantes establezcan en sus préstamos, no podrá exceder tampoco de esta cantidad (art. 398). La ley fija estos réditos como provisionales; y al paso que se reserva el legislador hacer en ellos las reformas que estime convenientes por medio de una ley, no permite que se alteren por los tribunales, ni por los comerciantes bajo pretexto alguno (art. 399).

[Comentario al art. 400] Los descuentos de las letras de cambio y demás valores de comercio endosables, pueden hacerse por las partes con absoluta libertad a precios

> convencionales, esto es, en el modo que estimen conveniente a sus intereses, pues estas negociaciones no están sujetas a la tasa del seis por ciento. La razón de esta diferencia es porque el contrato de cambio se considera más bien como una composición particular, que como una disminución de los intereses que hubiere producido el título descontado.
>
> **[Comentario a los arts. 401 a 403]** No se deben réditos de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial; pero podrán convenirse el acreedor y el deudor en aumentar el capital con los réditos devengados y hacerlos productivos, en la forma establecida por el art. 401. Los réditos que vayan devengando después de la demanda judicial pueden también exigirse por el acreedor; pero no podrán acumularse al capital para que produzcan nuevos réditos, (art. 402). Los réditos se tendrán por condonados, y no podrá por lo mismo reclamarlos el acreedor, cuando hubiese librado documento de recibo a su deudor por la totalidad del capital de la deuda, sin reservarse expresamente la reclamación de réditos. Pero no se entenderá hecha esta condonación cuando el recibo fuese a cuenta de la deuda y no *por la totalidad del capital*, como dice el art. 403".

El 4 de mayo de 1849 se sancionó y publicó la ley sobre reorganización del Banco español de San Fernando, establecido en Madrid. En el siglo XIX los bancos eran considerados un elemento clave para facilitar las operaciones de comercio y la productividad de los capitales que afloraban tras los profundos cambios que se habían experimentado en España después de la desamortización civil y eclesiástica. Expresamente se hace mención a su función de ayuda al desarrollo de la industria en las naciones modernas. *Pero cuando los Bancos no están basados sobre buenos principios y dirigidos con arreglo a ellos, pueden introducir el desorden y la perturbación en las funciones económicas de la sociedad*[241].

A continuación se expone nuestra percepción sobre los comentarios al título V del Código de Comercio de 1829 rubricado *de los préstamos y de los réditos de las cosas prestadas,* según Vicente y Caravantes[242]:

> Préstamo o empréstito en general es un contrato por el cual entrega una persona gratuitamente cierta cosa a otra, ya para que se sirva de ella por algún tiempo y para cierto

[241] *Ib.*, pág. 522.

[242]VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código de Comercio extractado con la exposición, al pie de cada artículo, de los fundamentos de sus disposiciones; y con la solución de las principales dificultades y cuestiones que presenta el texto*, 4ª ed., Imprenta de D. S. Omaña, Madrid, 1850, págs. 165 y ss. Esta edición fue la asignada para los cursos 3º y 7º (de un total de 9) de la carrera de jurisprudencia por la real orden de 26 de septiembre de 1850. Se caracteriza por no seguir el orden de los artículos para una mejor explicación, agrupando aquellos que tienen relación entre sí.

> uso (en cuyo caso el préstamo adquiere el nombre especial de comodato o préstamo a uso, por ejemplo, el de un caballo, carruaje o nave), ya para que haga de ella lo que quiera y le devuelva otra de igual especie, si es de aquellas que se consumen o deterioran por el uso, en cuyo caso adquiere el préstamo el nombre de mutuo o préstamo a consumo, por ejemplo, el de granos, licores o dinero. El que da la cosa a préstamo se llama *prestador*, y el que la recibe prestamista. Pero según el Código de Comercio no todo préstamo es acto mercantil. Para saber qué préstamo es acto mercantil, no hay más que atender a los préstamos a que se refieren los siguientes artículos.

En el comentario al art. 387 encontramos la siguiente reflexión:

> Según nuestra antigua jurisprudencia, no era necesario que se expresase que las cosas prestadas estaban destinadas a actos de comercio. Hevia Bolaños, en su *Tratado del Comercio Terrestre*, lib. 2, cap. 15, núm. 17, dice sobre este particular lo siguiente: "Puede conocer el Consulado del empréstito mutuo de pecunia o cosas que consisten en número, peso o medida que se hace entre mercaderes por causa de su mercancía, expresándose así, o simplemente sin expresarse, por presumirse ser hecho y convertido en ella, no constando hacerse y convertirse en otra causa". El artículo 387 ha variado pues, aquella jurisprudencia, estableciendo terminantemente, que para que se considere mercantil el préstamo haya de verificarse en el concepto y con la expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio.

A lo largo del siglo XX, como veremos, la mercantilidad vendrá dada por la condición de banco de la parte prestamista (STS de 9 de mayo de 1944 -RJ 1944/665-), deviniendo prácticamente irrelevante para la mercantilidad el destino de los fondos. Tanto empresarios como particulares acuden a la banca, y nadie cuestiona a la mercantilidad del préstamo bancario, como reconoció el Supremo después de la Guerra Civil. Se trata del criterio subjetivo del Código alemán de 1897, que traiciona el plan francés de 1807 introducido en España por nuestros Códigos de 1829 y 1885; la "objetividad" del préstamo cede frente al empuje de la banca, factótum del tráfico dinerario.

La definición del rédito la encontramos con ocasión del comentario al art. 394:

> Rédito es la *moderada cantidad* pecuniaria que con arreglo a la ley puede exigir el acreedor del deudor, además del capital prestado, y con proporción a este. Los réditos son legales según que los exige la ley, y convencionales que son los convenidos entre las partes. Los primeros los exige la ley al deudor cuando demora la paga, en pena de su demora, de manera que la disposición de este artículo deberá entenderse en el caso que no haya tal

> demora. El objeto del rédito es compensar al acreedor los daños o privación de ganancias que experimenta con la falta de su capital.

Siendo así, el principio de moderación debe presidir la contratación bancaria, con lo que un interés desmedido, aun no siendo usurario, debe considerarse abusivo. Este principio general, a nuestro entender, debe aplicarse tanto al interés pactado moratorio extraprocesal como al procesal, pues ningún interés debe exceder de la compensación a que naturalmente está destinado, ni siquiera en el campo sancionador. El principio de moderación también ha de regir cuando el interés tenga carácter sancionador o compensatorio del aprovechamiento injustificado de la disponibilidad por el cliente del dinero durante un plazo determinado.

En cuanto al comentario a los arts. 395 y 403, a nuestro parecer el autor une estos dos artículos en la misma explicación porque componen la cara y la cruz de la misma moneda. De manera que si bien el mero préstamo no da derecho para exigir réditos, produce excepción una vez pagados.

Del comentario al art. 388 se sigue el carácter sancionador, precisamente, del interés moratorio, que se establece como punición o en pena de la mora del deudor. La morosidad, por otra parte, es un fenómeno financiero, y de ahí que la Ley establezca el interés de demora porque se presume que el acreedor hubiera puesto a réditos aquel capital o que lo puso el deudor.

En el comentario a los arts. 398 y 393, destaca Vicente y Caravantes que el rédito convencional que los comerciantes establezcan no podrá exceder del seis por ciento, pero que podrá ser menor, lo que debe tenerse presente, pues siempre que se mande pagar el rédito legal, se ha de pagar el seis por ciento, pero puede ser menor cantidad cuando se mande pagar el convencional[243], dando cabida plena al principio de autonomía de la voluntad, pero en beneficio del deudor (*favor debitoris)*. El artículo continúa diciendo que se pactará (el rédito) en cantidades determinadas de dinero, aun cuando el préstamo consista en efectos o géneros de comercio, (b) porque -explica Caravantes-, el dinero constituye el precio de todas las cosas estimables.

Por otra parte, y como se subraya en el comentario al art. 396, el pacto hecho sobre pago de réditos del préstamo durante el plazo prefijado para que el deudor goce de la cosa prestada, se entiende prorrogado después de transcurrido aquel por el tiempo que se

[243] VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código….*, *op. cit.*, págs. 167 y 168.

demore la devolución del capital. (a) Esta disposición se puede considerar como una excepción a la que contiene el artículo 388, fundada sin duda en que ya que el prestamista fijó rédito, se supone que se contentó con recibir el que él mismo señaló.

Por lo demás (art. 399), La fijación del rédito, tanto convencional como legal que se hace en los artículos 397 y 398, queda sujeta a las reformas que se verifiquen por ley expresa, con arreglo a las vicisitudes de las causas que influyen en el valor relativo de la moneda.

Como puede apreciarse, el propio Código admite que por ley se fijen (en el sentido de que varíen) los tipos de interés que él determina. Al utilizar el verbo "fijar" no se está refiriendo a que una eventual ley liberalice los intereses. La armonía del Código se guarda en este punto sobre la base de unos intereses, tanto convencionales como legales, tasados. La tasación se ha realizado por el propio Código, que permite, sin alterar su coherencia, que por ley varíen esas tasas.

Lo que no guardaría coherencia sería alterar la relación que el Código establece entre el interés convencional y el legal: ambos tienen una determinación, que para el caso del interés convencional opera como máximo, y en el interés legal es su propia definición. Es decir, el interés convencional no podrá exceder del seis por ciento (lo que significa que puede ser o el seis por ciento o una cifra inferior), y el interés legal es ese seis por ciento.

En el caso de otros contratos bancarios como el descuento, que generan intereses –*vid.* comentario art. 400-, se da plena cabida al principio de autonomía de la voluntad, de forma que los descuentos de letras de cambio, pagarés a la orden, y demás valores del comercio endosables, no están sujetos a la tasa de seis por ciento, y las partes los contratarán con entera libertad a precios convencionales. Consiste la razón de la diferencia regulatoria respecto al préstamo, en este supuesto, en que el contrato de descuento, que entraña una relación de giro cambiario o negocio de cambio de efectos comerciales, se considera más bien como un arreglo o convenio particular, que entraña una diminución de los intereses que hubiera producido el título descontado, no haciéndose el descuento. El pacto de descuento es libre, y tiene una componente financiera correspondiente al tiempo por el cual el descontatario ha gozado de la disponibilidad de los fondos en perjuicio del banco descontante.

Cierra el Código de 1829 con dos artículos sobre los intereses de intereses. El primero se refiere al tratamiento extrajudicial, mientras que el segundo se ocupa de la fase judicial.

En el art. 401 se establecía que no se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni otra especie de deuda comercial, mientras hecha liquidación de estos no se incluyen en un nuevo contrato, como aumento de capital (pues entonces es una deuda que unida al capital deja de ser simple crédito), o que bien de común acuerdo se fija el saldo de cuentas, incluyendo en él los rédito devengados hasta entonces; lo cual solo tendrá lugar cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas y sean exigibles de contado. La razón no es otra que hasta el momento de vencimiento o exigibilidad de la deuda son réditos, y si se uniesen al capital antes de que venciera su pago, se exigirían réditos de réditos (anatocismo, no previsto en el contrato).

Sin duda, se está adoptando la regla romana de prohibición del anatocismo. Es interesante la precisión que realiza Caravantes al distinguir entre réditos y capital proveniente de un rédito señalando como línea divisoria la del vencimiento, precisamente para prevenir y desechar el posible efecto acumulativo propio del anatocismo, no querido por las partes. De ahí que, como recuerda el autor en su comentario art. 402, una vez entablada demanda judicial contra el deudor por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando para formar un aumento de capital que produzca réditos.

En el artículo precedente ya se había establecido una limitación a la generación de intereses por los intereses, que estrictamente no sería tal pues ya no estaríamos hablando de intereses sino de capital o bien por haber mediado un nuevo contrato en el que se incluyeran esos réditos como aumento de capital, o bien porque al llegar el vencimiento de los mismos de común acuerdo las partes determinan los réditos ya vencidos, que son los que pueden generar nuevos réditos.

El título relativo a los préstamos se cierra con una previsión sobre la reclamación judicial como límite para la acumulación de los réditos al capital para generar nuevos réditos.

Caravantes incluye una consideración final: la regulación del préstamo se aplica también sobre cualquier persona que adeude una cantidad de dinero aunque no haya recibido la propiedad sobre ella. Es muy importante esta precisión, porque como luego veremos, el Código Civil recogerá una previsión general sobre deudas pecuniarias cuya regulación se localiza en la de las obligaciones, y no en el préstamo. Precisamente, esta aclaración de Caravantes es una de las varias confirmaciones de la tesis seguida en esta investigación: la vinculación entre la regulación del préstamo y la de los daños y perjuicios derivados de la

mora en las obligaciones pecuniarias. Más concretamente, sobre los intereses en ambos casos. Se reproduce a continuación el texto original:

> "Las reglas que se acaban de dar sobre los préstamos rigen también cuando aunque una persona no hubiese dado el uso o el dominio de alguna cosa a otra, resulta esta deudora suya de una cantidad u otra cosa fungible. Así pues, se opera préstamo, cuando un comerciante después de haber liquidado sus cuentas, se halla deudor de otro o no le paga su crédito al punto, pues queda reconocido deudor como si realmente se le hubiese prestado algo. Se verifica préstamo también por la aceptación y pago de letras de cambio y otros billetes de comercio.
>
> Los préstamos se verifican en el comercio, o bien obligándose uno a prestar a otro cierta suma a medida que este vaya necesitándola, lo que se llama tenerle *crédito abierto*, o bien enviándose los interesados respectivamente fondos o mercancías, lo que se llama estar en *cuenta corriente*, y en fin, inscribiendo promesas, cuya forma y efectos varían según se expresen[244]".

2.4.2.- La regulación del préstamo y de los daños y perjuicios en el Proyecto de Código Civil de 1851

El Proyecto de Código Civil de 1851, si bien nunca estuvo en vigor, merece nuestra atención en aras a la obtención de información acerca de las instituciones vigentes y su interpretación, lo que se consigue por los valiosos comentarios que expone el propio García Goyena en su obra.

2.4.2.1.- La regla de artículo 1017 acerca de los daños y perjuicios que corresponden en las obligaciones pecuniarias

Dentro de la regulación de los daños y perjuicios, encontramos la siguiente regla:

> "Cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios, la tercera parte del interés legal, además del pactado.

[244] VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código*…., *op. cit.*, págs. 167 y 168.

No habiéndose pactado intereses, deberá abonar el todo del interés legal[245]".

El problema práctico que plantea la duplicidad de pedimentos se constata desde antiguo por su utilización en la contratación bancaria e incluso en la contratación civil de los prestamistas particulares, que pretendían exprimir el patrimonio del deudor, constriñendo ante los tribunales de hecho su capacidad de reembolso y su solvencia futura y, en la práctica, logrando su exclusión financiera, una vez que ya no "servía" para continuar reembolsando los préstamos con sus intereses. Esta situación usuraria de hecho, fundada en una admisión del principio *bis in idem* (interés de demora, indemnizatorio, más indemnización *ex contractu)* se mantenía socialmente incluso después de promulgado el Código Civil.

El Tribunal Supremo vino a corregir expresamente ese proceder declarando que "siendo la deuda de dinero, no puede condenarse al abono de intereses y además a indemnizar daños y perjuicios, no habiéndose pactado otra cosa" (STS de 24 de noviembre de 1894, publicada en La Gaceta el 26 y 27 de febrero de 1895, CLE 1894/126). Vemos en esta práctica y en la evolución de su regulación un indicio de la relación entre el préstamo y la regulación de los daños y perjuicios por deudas pecuniarias.

Sin embargo, con buen criterio indicaba el Supremo el principio de compatibilidad entre intereses y costas procesales, conceptos alejados entre sí donde no se da el fenómeno de acumulación indicado. Por esto en alguna resolución se explicitaba que "no es incompatible la indemnización con la condena en costas" (STS de 18 de marzo de 1898, publicada en La Gaceta el 12 de abril de 1898, CLE 1898/129).

García Goyena veía la dificultad de calcular y probar los daños por la mora o retardo en el pago, cuando la obligación es de una suma o cantidad cierta, y cómo esa dificultad había movido al legislador a fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro; todavía, este excelso jurista daba prioridad al principio de autonomía de la voluntad en la contratación (*mutua sunt servanda*, en este supuesto). De esta forma, el interés legal, en defecto de pacto, debería absorber la indemnización, de modo que a este solo quedara reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor

[245] García Goyena realiza el siguiente comentario a este artículo: "Aunque algunos opinaron que podían pedirse las usuras o intereses, y además los perjuicios por el retardo o mora, al menos cuando aquellas eran convencionales", -cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, edición reimpresa por Editorial Base, Barcelona, 1973, pág. 52-. Los textos de los artículos del Proyecto de 1851 y sus comentarios se han tomado de esta obra, en sus tomos III y IV.

de toda prueba, porque su pérdida es evidente, o al menos se presume tal: el propio García Goyena ve una excepción de esto en el artículo 1752[246].

> La primera parte del artículo no se encuentra en los otros Códigos, al menos en los mismos términos, y, sin embargo, parece justa y templada. Alguna indemnización ha de darse al acreedor por el perjuicio que sufre o se presume sufrir en este caso. El artículo 1154 Francés, dispone que los intereses debidos al menos por una año entero, produzcan todo el interés legal desde el día de una demanda judicial.
>
> Esta disposición, desechada enteramente en algunos Códigos, nos ha parecido exorbitante, y ha sido reducida a la tercera parte del interés legal, desde que los intereses pactados pudieron pedirse y fueron efectivamente pedido en juicio: ve los artículos 1652 y 1654[247].

Puede sostenerse que cuando se debate entre el pago de los intereses convencionales, sean los impagados, porque precisamente el supuesto es el de incumplimiento de pago.

Otra manifestación de relación que apuntábamos antes, es que el propio García Goyena en este comentario del artículo 1017 ubicado en sede de daños y perjuicios, se remite a los artículos 1652 y 1654 reguladores del contrato de préstamo (que analizaremos más adelante). Por lo que ambas instituciones están conectadas.

2.4.2.2.- Los artículos 1018 y 1081 en el Proyecto de 1851

Dentro de la misma sección de daños y perjuicios, se encuentra el artículo 1018 cuyo tenor literal es el siguiente:

> "Cuando en el contrato se hubiere estipulado que si uno de los contrayentes dejare de cumplir lo pactado o fuere moroso, pagará cierta cantidad por razón de daños e intereses, se observará lo dispuesto en el artículo 1081[248]".

[246] El artículo 1752 regula las obligaciones del deudor para con el fiador, y expresamente debe abonarle los intereses desde que se le comunicó el pago hecho por el fiador, "aunque no los produjese para el acreedor". Esta regla sigue la misma tónica porque el daño será causado al fiador, y por lo tanto la referencia ya no es el devenir de la cantidad que ha recibido el acreedor de la deuda principal.

[247] GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, edición reimpresa por Editorial Base, Barcelona, 1973, pág. 52.

[248] *Ib.*, pág. 52

Se permitía pues el pacto que regulara la situación de mora. La remisión al artículo 1081 delata la concepción de ese pacto como cláusula penal, porque dicho artículo se encarga de regularla. Así lo reconoce García Goyena en su comentario al artículo transcrito:

> "Es el 1152 Francés, que dispone que no se dé una cantidad mayor ni menor; lo mismo el 1285 Holandés, 1104 Napolitano, 853 de Vaud: el 1243 Sardo añade "A menos de resultar con evidencia que la suma es enormemente excesiva, en cuyo caso podrá el juez reducirla".
>
> El 1928 de la Luisiana añade en su número 5. "Sin embargo, si el contrato ha sido ejecutado en parte, los daños sobre que hayan convenido los contrayentes, pueden ser reducidos a la pérdida o privación de la ganancia realmente sufrida: lo que viene a coincidir con nuestro artículo 1.085. *Non illudinspicitur, sed quo esit quantitas quo eque conditio stipulationis,* ley 38, párrafo 17, título 1, libro 45 del Digesto.
>
> En otro tiempo se había temido que la designación pactada no sería siempre equitativa; que habría demasiado rigor por parte del acreedor, y demasiada facilidad e imprudencia por la del deudor, el cual, no previendo obstáculos para la ejecución del contrato, ni se imaginaría siquiera que tuviera que temer seriamente el pago de la suma a que se sometía. Había, pues, parecido prudente hacer intervenir al juez para reducir la suma que excediera *evidentemente* del daño causado.
>
> ¿Pero cómo caracterizar esta *evidencia?* Es necesario suponer convenciones contrarias a la razón y la justicia. Si se faculta a los jueces para reducir la suma pactada, se les habría de autorizar también para aumentarla caso de ser insuficiente, lo que equivaldría a perturbar la fe debida a los contratos. La ley se hace para los casos ordinarios; y por algunas excepciones no debe derogarse aquí la regla fundamental que *"las convenciones* son la ley de los contrayentes": he aquí los motivos que se dan en el discurso 59 para el artículo 1152 Francés (1.018 nuestro).
>
> Pero en el Código Francés el interés convencional era libre; en el nuestro por el artículo 1650 tiene tasa, y me admiro de que los Códigos que también han tasado el interés del dinero, hayan admitido sin restricción el artículo Francés citado.
>
> Por esto, y porque la cantidad cierta, estipulada según el presente artículo, tiene todos los caracteres de cláusula penal, se refiere este al 1.081, que, según se expresa en el mismo, queda subordinado a la limitación del 1650 en las obligaciones de cantidad determinada. Así guardamos armonía en todos nuestros artículos relativos a una misma materia;

> armonía, que, como he notado, no guardan los otros Códigos ni aun el Francés, después que por una ley posterior se puso tasa al interés convencional[249]".

El carácter de todo unitario que constituyen los Códigos de forma que sus preceptos tienen un engranaje los unos con los otros sistemáticamente es abiertamente manifestado por la doctrina[250]. La preocupación de Goyena por mantener la coherencia del Código es patente. Advierte de la falta de rigor de los Códigos que adoptaron la solución francesa teniendo un sistema de interés tasado. Es destacable que apunte a la libertad de pacto de intereses o no, como causa de la falta de coherencia de un Código[251].

Es destacable que García Goyena apunte a la libertad de pacto de intereses como principio inspirador de las relaciones entre prestador y prestatario, por un lado; y a su reconocimiento o no en diversos preceptos reguladores del contrato, como causa de la falta de coherencia de un Código en la materia[252].

Conviene transcribir el artículo 1081 del Proyecto de 1851, que se encuentra dentro de la sección VIII dedicada a las obligaciones con cláusula penal:

> El acreedor puede reclamar a su elección el cumplimiento de la obligación o el de la pena estipulada contra el deudor moroso. Únicamente podrá reclamar las dos cosas si así se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuese excesiva.
>
> La cláusula penal es la compensación de los daños e intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta a la limitación del artículo 1650.

Es impactante descubrir que el sistema que se establecía para el caso de que hubiera un pacto que regulara la situación de mora, se regiría por las disposiciones de las cláusulas penales. No hay ningún género de duda en el Proyecto de 1851 acerca de la categorización de cláusula penal del eventual pacto de intereses de demora. Como tal, implicaba que el acreedor podía escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o el de la

[249] GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III*…*, *op. cit.*, pág. 53.

[250] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 40.

[251] GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III*…*, *op. cit.*, pág. 53.

[252] *Ib.*, pág. 53.

pena. Es decir, eran alternativas la *poena conventionalis* y el pago de principal e intereses, salvo que se hubiere pactado expresamente que el deudor se comprometía a cumplir ambas –de nuevo autonomía de la voluntad como principio superior-. Esta concepción, tomada del Digesto y de Las Partidas, que incluyen la doble obligación si así se pactó[253], perjudicaba obviamente a los deudores cuyos bancos les constreñían a la acumulación de penas, la cláusula penal y los intereses de demora de carácter sancionador contractual, resultando en una situación semejante a la que actualmente se da con la acumulación de intereses procesales en la liquidación de los préstamos o de las cuentas de apertura de crédito.

García Goyena explicaba sobre este artículo la anomalía de la acumulación de sanciones, en la medida en que "El objeto de la cláusula penal es asegurar la ejecución de la obligación principal, no extinguirla, ni novarla: debe, pues, ser libre el acreedor en instar por la ejecución o pedir la pena. Sin embargo, la ley 44, párrafo 6, título 7, libro 44 del Digesto, pone un ejemplo en que la estipulación penal induce novación y convierte en sí la obligación principal por la presunta voluntad de las partes". Lógicamente, siendo la función de la pena meramente aseguradora o de cobertura de la deuda principal, no deben acumularse ambas deudas.

> "Rogrón en su comentario al artículo 1228 francés advierte, que no deben confundirse la obligación con cláusula penal y la obligación condicional. (…)
>
> *Que así se hubiere pactado.* El simple retardo en la ejecución del contrato puede ocasionar perjuicios, que se trata de compensar con la pena convencional, pero será necesario pactarlo expresamente"[254].

Si la pena fuere excesiva, se remite al artículo 1018, que a su vez remite a este.

Como última idea del comentario, Goyena expone que "la cláusula penal, como que tiende a indemnizar al acreedor de los perjuicios que probablemente se le han de ocasionar por la inejecución del contrato; y las partes son bien competentes para fijarlos con anticipación en cantidad determinada, evitando así las molestias y gastos de un pleito: pero cuando la obligación sea de cantidad determinada, es imposible escapar a la tasa del artículo 1650,

[253] Leyes 28, título 1, libro 19 y 122, párrafo 2, título 1, libro 45 y ley 115, párrafo 2, al fin, título 1, libro 45 del Digesto; ley 34, título 11, Partida 5.

[254] GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III…, *op. cit.*, pág. 114.

que es prohibitorio, y no puede ser eludido por medios indirectos"[255]. En este punto hace mención a que ya en Las Partidas se anulaba la pena por usuraria si se había pactado en el seno de una obligación pecuniaria.

Recordemos que en 1851 el interés, tanto convencional como legal, estaba sometido a tasa, por ello la remisión al art. 1650, fijador de la misma al regular el préstamo (como analizamos en el siguiente epígrafe).

En cuanto a la posibilidad de que los perjuicios excedieran de la pena pactada, explica que no son reclamables porque, lo que en derecho romano se permitía (solicitar el exceso y la cláusula penal) se consideró origen de pleitos "y contrario al espíritu general de las leyes, que en caso de duda favorecen al deudor: este, por lo común, recibe la ley que place al acreedor imponerle".

Como se ve, García Goyena ya deja patente que no se admitía la prueba del mayor daño.

2.4.2.3.- Regulación del contrato de préstamo en el Proyecto de 1851

Es obligado acudir a la regulación que realiza el Proyecto del contrato de préstamo, porque como se ha expuesto en el apartado precedente, los propios artículos que regulan los daños y perjuicios e incluso la cláusula penal (también concebida como indemnización de daños y perjuicios), remiten a la limitación de la tasa del interés que se contiene en los artículos relativos a dicho contrato.

Una vez más, la relación que se defiende en esta investigación entre las disposiciones sobre daños y perjuicios por impago de una cantidad y las del préstamo, es más que evidente.

Se permite el pacto de interés, pero debe constar por escrito (artículo 1649). La limitación se establece en el artículo 1650: "El interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor".

García Goyena en el comentario a este artículo realiza una previa indicación de los límites a la tasa de interés contenidos en los distintos Códigos del entorno europeo e incluso transatlántico (recuérdese que en la época, los territorios españoles de ultramar alcanzaban

[255] *Ib., pág.* 115.

la Luisiana en América del Norte). Todos ellos oscilan entre el 5 y el 10 por ciento. Interesa resaltar la mención al derecho romano:

> "Entre los Romanos fueron permitidas las usuras o intereses del dinero", y la ley las tasaba según la clase de persona, su rango o la calidad de los negocios de forma que "las personas ilustres solo podían llevar cuatro por ciento: las otras, seis: los negociantes, ocho: en el contrato o seguro marítimo que se llamaba *pecuniae trajectivae* se podía llevar hasta el doce".
>
> Según las leyes 8 y 9, título 5,libro 5 del Fuero Juzgo, el interés del dinero podía ser un por ocho, y (…) nuestra legislación posterior, sojuzgada por el Derecho Canónico, declaró prohibida la usura por derecho divino, y la erigió en delito público, ensañándose con la gravedad en las penas, y el odioso privilegio de las pruebas.
>
> Así resulta de todo el título 22, libro 12, y de algunas leyes sueltas del título 1, libro 10: las tres primeras del título 22 y las más antiguas, pues son de Don Alonso XI y de Don Enrique III, en el siglo XIV, atestiguan que era principalmente ejercida por los Judíos y Moros, que habían obtenido para esto ciertas cartas o privilegios.
>
> Las Partidas, aunque formadas ya bajo la preponderancia del Derecho Canónico, no habían ido tan allá; en la 7, que encierra el Código penal civil, no se encuentra colocada la usura en la categoría de los delitos, ni se hace la menor indicación de ella: la Partida 1 encierra el Código o Derecho Canónico, y en la ley 9, título 13 se niega al usurero manifiesto la sepultura eclesiástica: tal era la pena establecida por los cánones: la ley 31, título 11, Partida 5, tiene por epígrafe: "Como la promisión que es fecha en manera de usura, non vale": estaba pues prohibida por la preponderancia del Derecho Canónico, pero no constituía delito por el civil, y tal vez era tolerada[256]".

He aquí el origen de lo que luego evolucionará bifurcándose en dos regulaciones:

1) Por un lado, la evolución de la excepción a la prohibición del pacto de intereses con los llamados *títulos extrínsecos*.
2) Por otro lado, la admisión del pacto de intereses con limitación en su tasa, primero, y con libertad en tal pacto posteriormente.

[256] GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV…, *op. cit.*, pág. 75.

Esas dos vías tienen un mismo origen: la prohibición de los intereses. Este hecho histórico es un dato admitido unánimemente no sólo en la ciencia jurídica sino también en la propia historia económica[257]. Ese desdoblamiento, pudo tener sentido en el momento en el que se produjo, pues la evolución histórica muchas veces no es lineal. Pero con el paso del tiempo y sobre todo de la perfección de los mecanismos que cada una de las líneas irá adquiriendo, devienen incompatibles.

Es una novela con dos finales. El protagonista se muere, y a la vez está vivo. Los intereses se consideran prohibidos y se actúa en consecuencia, y a la vez se permiten, lo que tiene su evolución con base en esa premisa. El problema es el mantenimiento de ambas vías y sobre todo su superposición. Aplicar la premisa de la permisión de intereses a las consecuencias de su prohibición, es una confusión que chirría[258].

Recuérdese que, como hemos mencionado hace unas líneas, el propio García Goyena se asombraba de que los Códigos que tenían tasado el interés, siguieran al Código Francés, que permitía su libertad. A su juicio, la inclusión de una norma basada en el interés convencional libre, aplicada sobre ordenamientos que lo limitaban, no daba armonía a los Códigos[259].

[257] En las propias fuentes manejadas para el capítulo primero, se menciona este hecho histórico de influencia en la economía mundial (*vid. supra* capítulo I). La obtención de esos datos guió la investigación hacia la búsqueda de las fuentes jurídicas relacionadas.

[258] En la situación a nivel europeo parece que late esta misma problemática, en parte quizá por el común origen de los códigos decimonónicos. Si bien su estudio excede los límites de nuestra investigación, lo apuntamos como posible línea de investigación, porque ya se dice por la doctrina que se ha producido una escisión entre la indemnización de daños y perjuicios y la obligación de pago de intereses, pero parece que sólo para superar la reclamación del mayor daño (*vid.* PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas: Ley 3-2004 y Directiva 2000-35*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 125, refiriéndose al art. 78 CNUCCIM, y en la nota 48 se transcribe el comentario B al art. 9:508 PECL: "El interés no es una especie de indemnización por daños y perjuicios ordinaria. De ahí que no resulten de aplicación las normas generales sobre la indemnización de daños y perjuicios". Esta consideración parece acorde con la previsión inicial del CCom de 1829 de establecer como interés de demora el legal, sin referirse a la indemnización de daños y perjuicios, que se hubiera mantenido intacta de no existir la práctica histórica de prueba de los títulos extrínsecos por la prohibición del interés).

[259] *Vid.* GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III…, *op. cit.*, pág. 53.

Apuntado el origen y adelantado lo que se irá exponiendo a lo largo del trabajo, sigamos con el comentario de García Goyena al artículo que limita la tasa de interés en el préstamo, que no tiene desperdicio y requiere su cita completa[260]:

> "Yo entiendo por usura el interés que se exige por el simple uso del dinero prestado; y prescindiendo de todo daño emergente o lucro cesante, ¿es lícita la usura?
>
> Nuestras leyes recopiladas 1 y 4, título 22, libro 12, dicen que está prohibida por derecho divino y humano: lo mismo sostienen casi todos los teólogos y canonistas. Preguntaba un a Catón: ¿Qué pensáis vos sobre el préstamo con usura? ¿Y qué pensáis vos, replicó él, sobre el homicidio?
>
> Los economistas por el contrario, y aun algunos moralistas no solo sostienen que es lícita, sino también ventajosa para el fomento de la industria, comercio y agricultura".

Vemos cómo a nivel conceptual ya se había admitido entre los economistas la concepción del dinero como productivo, y no sólo como mero medio de cambio, como hemos apuntado en el capítulo primero acerca de la evolución histórica.

> "El bueno de Sala, en su Ilustración, libro 2, título 28, número 3, manifiesta su admiración por haberse impreso en Valencia las Pandectas de Heinecio, conservándose como buena doctrina su opinión de que son lícitas las usuras; y no se admiraba Sala de que todos los gobiernos ilustrados, incluso el español, pagasen intereses o usuras por los empréstitos y papel-moneda.
>
> Esta cuestión, tan batallada antes, ha dejado ya de serlo en todos los países: el que quiera verla tratada con sencillez y profundidad, puede leer los motivos de las leyes en el artículo 1905 del Código Francés: he aquí una pequeña muestra.
>
> No se podría ya poner en cuestión la legitimidad del pacto sobre intereses, debatida por tanto tiempo y tan impolíticamente proscrita a causa de una simple mala inteligencia.
>
> Se convenía en que el dinero es el signo de los valores, y en que estos pueden ser arrendados; y, sin embargo, se quería que su signo no pudiese también serlo.
>
> ¿Y por qué? Yo me abstengo (dice el orador francés) por miramiento a ciertos hombres, que reverencio por una grata obligación, de exponer los fundamentos de una

[260] Para los comentarios del contrato de préstamo cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV…, *op. cit.*, págs. 70 y ss. Todas las citas textuales de las siguientes páginas se han recogido de esa fuente, por lo que no se vuelve a citar para evitar redundancias innecesarias.

> inconsecuencia tan palpable, y que por otra parte no es más que el producto de una muy buena intención. El justo odio de la "usura" es el que ha hecho condenar el "interés": pero cuanto la una tiene de "culpable", tanto tiene el otro de "inocente"; cuanto puede contribuir la una para hacer "desgraciados", tanto puede contribuir el otro para "aliviarlos"; cuanto la usura puede ser "funesta" al comercio, tanto puede un interés moderado fomentar su "prosperidad".
>
> ¿Queréis multiplicar los "usureros"? Proscribid indefinidamente el "interés". ¿Queréis paralizar la industria, cuando se ve falta de medios? Cerradle todas las bolsas que podrían socorrerla; porque el pretender que se abrieran gratuitamente, equivaldría a cerrarlas casi todas."

Vemos claramente el pensamiento de Montesquieu: la prohibición de los intereses es lo que precisamente fomentó la usura:

> "No llevo más adelante este paralelo. Gracias a los progresos de la razón en distinguir entre lo que la religión y la honradez aconsejan y lo que ellas prohíben, no creo que la absoluta proscripción del interés pueda encontrar ya partidarios ardientes e ilustrados, y concluyo con la siguiente reflexión de nuestro inmortal Montesquieu: Que todos los medios honrosos de dar y tomar en préstamo sean abolidos, y al instante se restablecerá una espantosa usura. Las leyes extremadas en el bien hacen nacer el extremo del mal. Entonces habrá de pagar el mutuatario, no sólo por el préstamo del dinero, sino por el peligro que correrá el prestamista de incurrir en las penas de la ley; Espíritu de las leyes, libro 22, capítulo 21.
>
> El absurdo va casi siempre acompañado de la contradicción. Los mismos reyes, autores de las leyes recopiladas 21 y 22, título 1, libro 10, pagaban a agiotistas extranjeros, y aun a naturales, un veinte y cinco por ciento para sostener guerras desastrosas.
>
> En el Seminario erudito puede verse la consulta que precedió para calmar los escrúpulos de que se habla en la ley 23, y sin embargo, el mismo Don Carlos III creó pocos años después un papel-moneda con el interés de un cuatro por ciento.
>
> En el día tenemos otro con el interés del cinco, pero tan desacreditado, que su capital suele venderse en la plaza a metálico por una quinta parte o algo más; de que resulta que el comprador adquiere el interés nominal de un veinte y cinco contra el Estado.
>
> Así, pues, el interés del dinero está a la orden del día, tanto respecto del gobierno, como entre particulares, a pesar de las leyes prohibitivas; y los tribunales suelen admitir el convencional de seis por ciento, y rebajar el que procede simplemente de condenación o

> sentencia: las leyes recopiladas 12 y 13, título 11, libro 10, que la establecen para dos casos particulares, señalan el de seis para uno, y el de tres para otro, sin que aparezca razón satisfactoria de esta diferencia".

Lo cierto es, que a pesar de la prohibición, se practicaba la usura y a niveles elevadísimos, lo que lleva a García Goyena a denunciarlo, máxime porque precisamente juristas y agentes policiales supuestamente encargados de velar por el orden y el cumplimiento de las leyes, lo permitían a sabiendas:

> "Con todo, públicamente y por escrituras solemnes se estipula un interés mucho mayor, que dificulto sea sancionado por los tribunales en caso de litigio. Hay todavía más, y esto merece una pronta y ejemplar represión.
>
> Personas oscuras, verdaderos vampiros de la sangre de los necesitados, prestan sobre alhajas o prendas de valor, exigiendo al menos el interés mensual de un real por cada duro; ¡y la policía y los fiscales lo saben, y todos callan!".

Vemos cómo critica duramente las prácticas usurarias y la inactividad por notarios y juzgadores. Al hacer referencia a la policía y a los fiscales, está aludiendo al delito de usura, entendida en este caso como interés excesivo. Por ello entiende que el legislador por lo menos tiene que atacar esta situación para que no dé lugar a la pasividad de otros agentes en la práctica jurídica.

> "Es preciso por lo tanto desterrar de nuestra legislación lo que tiene en este punto vago, absurdo y contradictorio: es preciso fijar el interés para los casos en que proceda de derecho o simplemente por sentencia; y ver si convendrá también señalar un máximo para el convencional o dejar a la ilustrada equidad de los jueces que lo moderen y reduzcan al común y corriente en la plaza, cuando aparezca que se ha abusado de la necesidad o simplicidad del deudor.
>
> El interés del dinero varía como todas las cosas del comercio humano, según su escasez o abundancia y la mayor o menor facilidad de emplearlo útilmente".

Se plantea la duda de si debe tasarse el interés convencional. Pero no duda en afirmar que en los casos en los que por derecho deba pagarse interés, ese interés tiene que estar fijado por ley. La alternativa a la tasa del interés convencional, no sería incluso una libertad absoluta, sino que en todo caso concibe que debe regirse por la equidad, que deberán moderar los jueces en caso de abuso.

Es decir, utilizando la actual terminología sobre control de abusividad, la libertad del interés convencional en la mentalidad decimonónica era concebida como controlable en su contenido. No es cierto que el principio de autonomía de la libertad instaurado y que se predica como inspirador de la legislación del siglo XIX, alcanzara de una forma absoluta, ni siquiera en sus orígenes, al pacto de intereses. No había nada más controlado que el interés y más aún el interés *ex lege* en el siglo de las codificaciones en el que imperaba el principio de libertad de contratación.

A lo largo de toda la historia, la mayor perfección que se consigue en el debate sobre la admisión o no de la libertad de pacto de intereses es conseguir su moderación, es decir, un interés moderado. Esto se consigue o bien fijando una tasa moderada o bien permitiendo que los jueces puedan moderarlo.

La solución finalmente adoptada en el Proyecto de 1851 fue la de permitir el pacto de intereses, pero limitado. La razón de ser fue que, aunque en la Comisión General se había propuesto la libertad absoluta del tipo de interés siguiendo el Código Civil francés (art 1907), no se tuvo en cuenta que a los pocos años de promulgarse se adoptó una ley que lo limitara, y esa misma línea también adoptaron otros Códigos "que postergaron bellas teorías y máximas absolutas a la realidad de una triste y constante experiencia".

Por ello los artículos 1650 y 1654 son expresión de este control del tipo de interés de forma que el convencional quedaba limitado al doble del interés legal, y éste era "el que, sin estar pactado, debe abonar el deudor cuando incurre en mora, y en los demás casos determinados por la ley. Al publicarse el Código Civil señalará el Gobierno la tasa del interés legal, y podrá variarla al principio de cada año: entre tanto regirá la última tasa que hubiere publicado".

El comentario al artículo sobre el interés legal (1654) se refiere a la práctica de los tribunales y a la existencia de dudas en la materia por la legislación anterior:

> "A pesar de las prohibiciones y dudas de nuestro Derecho Patrio en esta materia, los tribunales solían aplicar el interés del 3 por 100 en los casos de dote no entregada, y precio no pagado por el comprador que recibió la cosa y se aprovechó de sus frutos; la ley recopilada 12, título 1, libro 10 declaró el interés del 6 por 100 desde la interpelación judicial a las deudas activas de artesanos y menestrales; y la 13 siguiente, el 3 por 100 a los salarios de los criados desde la misma fecha.

> Pero las leyes son permanentes e inflexibles, tanto como el valor e interés del dinero son variables por su escasez o abundancia, y por la facilidad o dificultad de emplearlo con ventajas.
>
> El párrafo 2 del artículo ocurre en lo posible a este inconveniente: el Ministerio de Fomento y Comercio puede reunir las noticias y datos necesarios para que el Gobierno fije con el posible acierto el interés legal: las alteraciones y perjuicios no pueden ser grandes en un año".

De la regulación del préstamo cabe destacar dos artículos. El 1648, que disponía que "en el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, fijarán los tribunales, según las circunstancias, el tiempo en que deba hacerse". La inclusión de esta previsión sirve para tomar conciencia de que la regulación civil no se encuentra en el marco mercantil y que los préstamos no se utilizaban para actos de comercio, o el deudor no era comerciante. Y que era común que los préstamos, si se solicitaban por particulares, era por necesidad de sustento.

Por otra parte, el artículo 1652 prevé que "no puede pactarse intereses sobre intereses; sin embargo, los intereses vencidos, después de un año, pueden capitalizarse y es permitido estipular de nuevo interés sobre este aumento de capital". La razón de ser de este precepto es la necesidad de un pacto nuevo para que los intereses vencidos se conviertan en capital y puedan generar intereses como parte del mismo. Si bien el Código Francés se permitía que «los intereses vencidos de los capitales pueden producir intereses o por una demanda judicial, o por un pacto especial, con tal que, sea en la demanda, sea en el pacto, se trate de intereses *debidos a lo menos por un año entero»*.

El Derecho Romano prohibió el anatocismo.

> "En nuestro Derecho Patrio no se conocía esto -dice Goyena-, cuando por punto general se reprobaban los intereses o usuras del mismo capital principal. Pero, una vez admitidos, parece consiguiente admitir también el *anatocismo*, aunque con alguna restricción, para impedir sus abusos y poner algún freno a la codicia. El deudor, que no paga a su tiempo los intereses legítimos, causa un perjuicio real a su acreedor, quien podría utilizarlos en usos propios, o capitalizarlos, y darlos nuevamente a interés: entre el dinero del capital y de los intereses, por más que se diga, no hay realmente diferencia alguna.

> A pesar de la solidez de este argumento, yo combatí el artículo por el desarrollo espantoso de la usura en esta Corte, y por el fundado temor del abuso que especuladores impíos harían de él para arruinar completamente a deudores abrumados.
>
> De todos modos, nuestro artículo es menos duro, pues solo admite el anatocismo o intereses de intereses por pacto; y este ha de ser *nuevo,* es decir, posterior al vencimiento anual de los intereses, con lo que se evitan los pleitos agitados en los tribunales franceses".

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se regulaba la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación dineraria en el artículo 1017, que será el antecedente de nuestro actual artículo 1108. El mismo requería la constitución en mora del deudor para que procediera la indemnización de daños y perjuicios. Debido a la dificultad de acreditar y calcular los daños del incumplimiento en las obligaciones pecuniarias este artículo contiene una especialidad respecto a la regulación general del sistema de indemnización de daños y perjuicios.

A los efectos de esta investigación conviene resaltar la limitación en cuanto al interés que se podía reclamar por daños y perjuicios, que es el interés moratorio. Incluso en caso de pacto había límite, que consistía en adicionar la tercera parte del interés legal al interés ya pactado. Esta fórmula evidencia claramente que esta regulación se ha tomado del préstamo.

Las obligaciones dinerarias no se circunscriben al contrato de préstamo. Un deudor puede tener una obligación dineraria como consecuencia de un contrato de compraventa. En ese caso, es imposible que se hubieran pactado intereses:

- en primer lugar porque en el desenvolvimiento normal de este contrato, es decir, sin incumplimientos, es extraño el pacto de intereses,

- en segundo lugar, porque el posible pacto de intereses, sería de los moratorios, y para ese caso la ley ya determinaba que tendría que ser la tercera parte del interés legal.

La expresión al interés pactado, se refiere claramente al tipo de interés ordinario, correspectivo o retributivo (sinónimos) de un préstamo. No se refiere al pacto del interés moratorio.

Esta evidencia es crucial. En el Proyecto de Código Civil de 1851 se ve claramente.

Esa identificación conceptual es independiente de la limitación del pacto de interés y de su posterior liberalización. Si la norma nunca se refirió a que las partes pudieran pactar un

tipo de interés de demora, con o sin libertad de tasa de interés, nunca podrán pactarlo. La aplicación del interés legal no se liberaliza. La referencia al interés legal es única. Las partes no pueden variar ese interés legal. Cuando los Códigos se refieren al interés legal, están excluyendo el pacto de las partes. No es que limiten ese pacto. Es que lo excluyen. Y cuando han dado cabida al pacto de las partes con referencia al interés legal, es decir, cuando han permitido que se aplique o el interés legal o el pactado, es porque ese pacto sólo podía ser inferior, de forma que siempre el límite es el interés legal (como hemos constatado al analizar el Código de Comercio de 1829); en la regulación civil, el interés más un tercio del interés legal, que estaba igualmente limitado, porque ese interés correspectivo o retributivo estaba limitado a dos veces el interés legal (art. 1650).

Cierta doctrina parte de un presupuesto interpretativo que, en nuestra opinión, no está suficientemente fundado. Se interpreta el precepto aislado sin el sentido que se defiende en esta investigación acerca de su íntima relación con la regulación del contrato de préstamo. Esa relación es tal naturaleza que por momentos da la sensación de ser un auténtico calco de la propia regulación del contrato de préstamo.

Frente a eso, se sostiene que el pacto de intereses a que alude el artículo 1017 del Proyecto de Código Civil de 1851 se refiere al pacto de indemnización de daños y perjuicios (a los intereses moratorios)[261]. Esa relación no se explica, sino que más bien se presupone. No sabemos de dónde obtiene esa identificación porque no lo dice. Podemos deducir que al estar el precepto ubicado fuera de la regulación del contrato de préstamo, y situarse entre las normas generales que regulan la indemnización de daños y perjuicios, se interpreta por ese solo hecho, que la mención que hace el precepto a "*se hubieren pactado intereses"*, se refiere en el caso de los intereses del préstamo al pacto negocial de intereses moratorios, indemnizatorios. Y no debería entenderse así, a nuestro parecer.

Si se vuelve a leer el precepto teniendo presente que la regulación procede de la del préstamo, se entiende por sí mismo (interpretación gramatical y auténtica). Y no es necesario acudir a disquisiciones. El precepto dice lo que dice en su sentido "recto y usual" (1281 CC), y lo dice por lo que lo dice (1284 y 1285 CC). Porque está subyacente la estructura del contrato de préstamo.

Por eso, la expresión "*se hubieren pactado intereses*", se refiere a los intereses de un préstamo, a los ordinarios, retributivos o correspectivos. No se refiere al pacto de intereses

[261] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 129.

moratorios, porque no son consustanciales al contrato de préstamo en el sentido de que lo que define al contrato de préstamo son los intereses que se pagan durante su vida normal, sin atender al incumplimiento. De hecho, la propia oración alude a la *obligación* y define el contenido de esa obligación como *el pago de una cantidad de dinero*, además de la cual se ha podido pactar el pago de intereses. Los intereses moratorios no son la obligación misma (principal, definitoria del contrato de préstamo), son la consecuencia del incumplimiento de esa obligación.

La utilización de la estructura gramatical condicional por el precepto, se debe a la antigua concepción del préstamo –incluso mutuo, no solo comodato- como gratuito. Los intereses estaban permitidos, pero se concebía el préstamo como esencialmente gratuito, por ello alude al *supuesto* de que *se hubieren* pactado intereses, porque pudieron no pactarse.

Acudiendo al comentario que realiza el propio García Goyena del precepto, tiene su razón de ser precisamente en la explicación que se defiende en esta investigación: "Aunque algunos opinaron que podían pedirse las usuras e intereses, y además los perjuicios por el retardo o mora, al menos cuando aquellas eran convencionales[262]". En la época, se daba en la práctica la reclamación de daños y perjuicios, es decir, se acreditaban por medio de esos llamados *títulos extrínsecos* cuya práctica provenía de la época en la que, ante la prohibición del pacto de intereses, se admitió el pago de estas cantidades por una vía diferente externa al propio contrato de préstamo. Recordemos que en Derecho Romano, la expresión *mora* hacía referencia también al mero hecho del *pars temporis* o transcurso del tiempo, sin necesidad de estar incurso en incumplimiento. Confluyen dos momentos históricos[263]:

1) La llegada de una norma que fija tanto la realidad del daño como la cuantificación del mismo en los casos de demora en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias.

[262] Cfr. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III…, *op. cit.*, pág. 52.

[263] A diferencia de lo que se ha sostenido hasta ahora por la doctrina: una evolución lineal y única en la admisión de los intereses que -se dice-, tiene su culminación en la admisión del devengo de pleno derecho de los mismos sin necesidad de prueba ni de pacto ni de constitución en mora al deudor (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura…, op. cit.,* págs. 54 y 55); o bien la admisión de la posibilidad de pacto de interés moratorio *ex* art. 1108 CC, sin explicar su origen y a pesar de encontrar incoherencias en los proyectos previos (regulación del interés en apartados diferentes: el del préstamo y el de la indemnización de daños y perjuicios -cfr. MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 72, 73, 79 y 410-; adición del interés legal al interés moratorio pactado -cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* págs. 129 y 130), lo cual solo puede explicarse con la tesis que aquí sostenemos.

Esta norma se utilizó en la práctica como adicional a la reclamación de daños y perjuicios por la vía de la acreditación de los *títulos extrínsecos* que se venía realizando. Esta reclamación tanto de los daños y perjuicios que se probaran, como los intereses que directamente permitía el artículo (actual 1108 CC) como indemnización por daños y perjuicios, se constata en las sentencias del Tribunal Supremo que vienen a explicar que, con la llegada del artículo 1108 CC, solamente pueden reclamarse en concepto de indemnización de daños y perjuicios los intereses que dispone ese artículo.

2) La admisión del pacto de intereses, aunque en un principio estuvo limitado, tras una larga etapa de prohibición de los mismos. Esta admisión, es lógico que originara la duda de si se podía seguir procediendo como hasta entonces (reclamando los intereses moratorios) además de poder reclamar los intereses convencionales, una vez admitido su pacto. La duda surge porque, aunque los intereses moratorios en un principio pretendieran ser una retribución por el préstamo recibido, nunca se reconocieron con tal finalidad, pues precisamente se trataba de obviar la prohibición. Al concebirse por una institución diferente -los daños y perjuicios-, es razonable que se sostuviera que, al responder a finalidades diferentes, se podían acumular.

Para Díez-Picazo, el artículo 1017 del Proyecto de Código Civil, se refiere a que las partes pactaron intereses para el caso de incumplimiento[264]. Nosotros entendemos no obstante que conceptualmente serían intereses moratorios, pero materialmente se corresponderían con los intereses correspectivos. El final de esta conclusión es lógico y coincide con lo aquí defendido, pero el razonamiento es forzado por esa confusión apuntada: Díez-Picazo Giménez considera que el pacto de intereses es un pacto en caso de incumplimiento en vez de considerar que es directamente el pacto en caso de cumplimiento de un contrato de préstamo y por eso se corresponde con los intereses retributivos. Esta identificación de intereses moratorios y remuneratorios le hace preguntarse por qué el Código, habiendo pacto de las partes para el caso de incumplimiento, lo complementa ordenando la adición del tercio del interés legal. Conceptualmente, es absurdo sostener que habiendo pacto por

[264] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 129.

incumplimiento, se aplica ese, y además una parte de lo previsto legalmente. Lo correcto por lo tanto, es considerar que el pacto a que hace mención el artículo 1017 del Proyecto de 1851 se refiere al pacto de intereses retributivos, como contenido del contrato principal, y obligación para ser realizada en el desenvolvimiento normal de cumplimiento, y la adición del tercio del interés legal, o el interés legal por completo si no hubo pacto, es lo moratorio propiamente dicho.

Otro punto sobre el que se reflexiona es la incongruencia de que García Goyena mencione como diferente la solución adoptada por otros Códigos consistente en adicionar las usuras convencionales a la indemnización de daños y perjuicios, cuando considera que el Proyecto hace lo mismo[265]. Nuevamente, la lectura que aquí se defiende es que la indemnización de daños y perjuicios que se adiciona a las usuras, es la que se reclamaba con la prueba de su daño, con las reglas generales, los *títulos extrínsecos*.

Por último, califica de confusa la explicación que da García Goyena en su comentario acerca de la solución dada por el Código Civil francés sobre la necesidad de reclamación judicial[266], si bien, si se lee con detenimiento esa parte de comentario, la confusión viene porque parece referirse a la generación de intereses sobre los intereses.

Coincidimos con la negación del carácter de cláusula penal a los intereses moratorios porque aquella se regula en el siguiente artículo (1018)[267].

2.4.3.- Derecho patrio vigente anterior a la Ley de 14 de marzo de 1856 sobre préstamo y daños y perjuicios

Con anterioridad a la llegada de la ley que liberalizara los tipos de interés (retributivos), el préstamo se concebía como gratuito y solamente podían percibirse intereses, que en ningún caso podían ser superiores al 6%, en el "caso de que haya *daño emergente* ó *lucro cesante,* esto es, cuando el mutuante sufre alguna pérdida o se priva de alguna ganancia por razón

[265] *Ib.*, pág. 130.

[266] *Ib.*, pág. 130.

[267] *Ib.*, pág. 131

del mutuo". Así lo describe Escriche en 1840[268]. Vemos cómo late todavía la prohibición de intereses: aunque aparece esa limitación al 6%, parece que se refiere al ámbito civil porque lo circunscribe a la existencia de daños y perjuicios que, conecta directamente con el mutuo y no con la mora del mismo. Esto justifica la explicación que aquí se defiende sobre la aparición de las normas *forfaitarias* sobre la liquidación de daños y perjuicios en las deudas pecuniarias, en nuestro ordenamiento el art. 1108 CC: los intereses moratorios, eran los únicos admitidos, pero en la medida en la que supusieran daños y perjuicios al prestamista. Si esos daños y perjuicios los genera el hecho mismo de celebrar el mutuo, revela que no es necesaria la mora para percibir unos intereses y que se están ocultando los retributivos bajo la forma de daños y perjuicios. La limitación al 6% ya aparecía en el Código de Comercio de 1829, pero en el mutuo solamente podía darse por razón de daño emergente o lucro cesante.

2.4.4.- Ley de 14 de marzo de 1856 aboliendo la tasa sobre el interés

Sin embargo, la realidad española era bien diferente a lo que se contenía en las leyes, pues se prestaba al 30, 50 o 100%. Se entendía que precisamente la limitación legal era lo que provocaba la existencia en la práctica de tales abusos. En este contexto apareció la *Ley de 14 de marzo de 1856*, que abolió toda tasa sobre el interés, permitiendo por tanto que se pactara por escrito el pago de interés (sin limitación). Sin embargo, sí fijaba el tipo de interés de demora, y lo hacía con relación al interés legal que se fijara cada año por el Gobierno. Expresamente se establecía en dicha ley un interés de legal del 6% anual mientras no se fijara por el Gobierno. Es decir, la propia ley que liberalizaba los intereses (ordinarios) sí fijaba los intereses de demora. Es destacable el interés, valga la redundancia, en que el interés de demora quedara fijado y por eso incluso se introdujo la previsión de establecer en esa misma ley un tipo determinado (6%) mientras no se fijara el tipo de interés legal por el Gobierno.

A diferencia de la regulación actual, esta ley no permitía el pacto en el caso del interés de demora. Es más, expresamente indica que aunque no se hubiera pactado, se aplicará un

[268] ESCRICHE, J.: *Elementos del Derecho Patrio*, 2ª ed., librería de la viuda de CALLEJA E HIJOS, Madrid, 1840, en edición facsimilar de la editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 176.

interés por mora, y ese interés sólo puede ser el que establece: o el 6% anual, o el que fije cada año el Gobierno[269].

Como después se verá, su estructura será seguida por nuestros Códigos, si bien introducen diferencias[270].

El *Código de Comercio de 1829* sí fijaba en su artículo 398 el tipo de interés para los préstamos: se consideraba que la tasa era del 6%. Este criterio se opone a la tendencia que dominaba en esos momentos y que culminó con la libertad de tipos establecida por la antedicha Ley de 14 de marzo de 1856, y también se opone al sistema de libertad de las partes para fijar el tipo de interés establecido por el Código de Napoleón. No obstante, en Francia se dictarán rápidamente leyes especiales fijando los tipos de interés en el 5% para los préstamos civiles y en el 6% para los mercantiles[271].

2.4.5.- Regulación del préstamo mercantil en el Código de Comercio de 1885

2.4.5.1.- Explicación de la pauta codificadora acerca del préstamo y del interés, contenida en la exposición de motivos

Vizcarro afirma que el *Código de Comercio de 1885*, hoy vigente, reproduce la doctrina sentada por la *Ley de 14 de marzo de 1856* al regular el préstamo mercantil en sus artículos 314 a 319[272]. En efecto, dichos artículos admiten la libertad de pacto de intereses, pero a

[269]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…, .op. cit.,* págs. 19 y 20.

[270] La redacción de la Ley de 14 de marzo de 1856 era la siguiente: "Art. 1º.- Queda abolida toda tasa sobre interés del capital en numerario dado en préstamo. Art. 2º.- Podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto será nulo si no consta por escrito. Art. 3º.- Se reputa interés toda prestación pactada a favor de un acreedor. Art. 4º.- Lo dispuesto en los artículos anteriores es aplicables a toda cosa de naturaleza fungible, cuyo interés consista en un aumento en la misma especie que ha de devolverse. Art. 5º.- El año civil es la unidad de tiempo para el cálculo del interés del capital. Art. 6º.- El recibo del capital dado por el acreedor sin reservarse el derecho a los intereses estipulados, extingue la obligación del deudor respecto a ellos. Art. 7º.- Durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados, no pueden devengar intereses. Transcurrido el plazo, los líquidos y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, con sujeción a lo dispuesto en el art. 2º. Art. 8º.- Al principio de cada año, el Gobierno de Su Majestad, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interés legal, que sin estar pactado, debe abonarse por el deudor legítimamente constituido en mora, y en los demás casos determinados por la Ley. Mientras no se fije este interés, se considerará como legal el del 6% anual".

[271]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.,* págs. 20 y 21. Así también García Goyena en GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV…, *op. cit.*, pág. 74 donde precisa que tales limitaciones se adoptaron por ley de 3 de septiembre de 1807.

[272]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.,* pág. 22.

diferencia de lo establecido en la *Ley de 1856,* para el caso de mora, abren la puerta también al pacto de intereses moratorios, que será el que en primer lugar se aplique, y en su defecto, es cuando se aplicará el interés legal (art. 316).

El CCom se basó en el proyecto de 18 de marzo de 1882, que posteriormente sería publicado como ley por RD de 1885. En la exposición de motivos de dicho proyecto se menciona expresamente que el nuevo Código recoge la última normativa en materia de intereses en los préstamos mercantiles aparecida con posterioridad al Código vigente, es decir, la Ley de 14 de marzo de 1856 y en ese punto lo *actualiza* (recordemos que dicha ley es la que liberaliza los tipos de interés, pero los retributivos o correspectivos). Esta indicación sería suficiente para concluir que el propósito del Código no era alterar el régimen de intereses moratorios expuesto en dicha normativa (y que repetimos, consiste en identificarlos con el interés legal). Pero hace dos menciones posteriores que sirven para corroborarlo aún más.

Por una parte se refiere a la existencia de un vacío en la ley de 1856 y que el proyecto (después Código) viene a colmar: la forma de *computar* los intereses "devengados por la mora o tardanza del deudor en el pago de sus deudas después de vencidas". Pudiera generar duda el significado de esa expresión, y si es justificadora de entender que el cambio consiste en la aceptación del pacto de interés moratorio (superior al legal), pero su concreción en la siguiente oración lo aclara por completo:

> "El Proyecto procura completar el vacío que ofrece la legislación actual en esta materia, aplicando a los préstamos los principios generales sobre la exigibilidad de las obligaciones y la morosidad del deudor consignados en el título de los contratos, y determinando el modo de computar la cuantía de los intereses cuando el préstamo consistiere en especies o en títulos al portador y otros valores comerciales, conforme a la verdadera naturaleza de estas operaciones[273]".

Como vemos, el vacío legal solo se refiere al valor que se ha de tener como capital generador de réditos en los préstamos en especies o en títulos al portador, y si lo contrastamos con la redacción final del Código (art. 316), efectivamente observamos dos nuevos párrafos en los que se indica cómo valorar ese principal. Nada se dice de la tasa de

[273] La mención a la exposición de motivos del CCom de 1885 (que es la del proyecto de 1882) puede encontrarse en GARCÍA LUENGO, R. B. (dir.): *Código de Comercio y otras normas mercantiles,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 41 y 42.

interés moratorio. La dificultad no estriba en computar el interés moratorio en cuanto a su tasa, sino en cuanto al principal y en esos supuestos concretos, que no son nuestro objeto de estudio (que es el préstamo de dinero):

> "Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.
>
> Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o título devenguen, o, en su defecto, el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza, en otro caso, el día siguiente al del vencimiento[274]".

Por otra parte, en la exposición de motivos del CCom se hace alusión a la omisión que se observa en la legislación vigente sobre imputación de los pagos hechos a cuenta de un préstamo que devenga interés. Y es el otro punto en el que se diferencia por innovación del Código de 1829 introduciendo la regla de que:

> "Los pagos verificados a cuenta en el caso indicado, se imputarán, en primer término, a los intereses por orden de vencimientos, y después, al capital[275]".

La regla del vencimiento y no del requerimiento para que empiecen los efectos de la mora, es un cambio general que afectará a todo el Código.

Por lo tanto, la regulación del préstamo mercantil en el CCom de 1885 reproduce la ley de 1856 admitiendo la libertad de pacto de interés retributivo, y para el caso de mora indica que desde el vencimiento se deberá pagar el interés pactado para ese caso o el legal.

Si la redacción del Código de 1885 se leyera en la época del de 1829, se sobreentendería que esa permisión de pacto nunca podría superar el 6%, o lo que es lo mismo, el interés legal. Sin embargo, mantener la redacción o terminología de 1829 en 1885, como es el caso de hablar de pacto de intereses en el caso de mora, sin hacer mención expresa a su

[274] Art. 316 CCom.

[275] *Vid.* GARCÍA LUENGO, R. B. (dir.): *Código…, op. cit.,* pág. 42.

limitación o identificación con el interés legal, implica la posibilidad de entender que el interés convencional (para el caso de mora) puede ser cualquiera.

2.4.5.2.- El interés legal como interés de demora en otros contratos mercantiles

El CCom regula el pago de intereses durante la mora de forma sectorial en los diferentes contratos. Lo que acabamos de ver, se refiere al préstamo mercantil, pero si acudimos a otras secciones, encontramos como denominador común, que en el caso de demora en el pago, se deberán intereses *legales*. Esto puede coincidir también para el caso del contrato de préstamo. O no. Según la lectura que se haga.

El art. 341 CCom, dentro de la regulación de la compraventa mercantil, dispone que "la demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés *legal*". Este artículo se corresponde con el 375 del CCom de 1829, que establecía la misma previsión: "La demora en el pago del precio constituye al comprador en obligación de pagar el rédito *legal* de la cantidad que adeude al vendedor".

En el mismo sentido, el art. 736 CCom dispone para el contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo que "si en el reintegro del préstamo hubiere demora por el capital y sus premios, sólo el primero devengará rédito *legal"*. Recuérdese, que este tipo de préstamo proviene del *foenus nauticum* estudiado en el capítulo primero, y que por ser un préstamo especialmente arriesgado exigía al prestatario el pago de elevadísimos tipos de interés. Incluso en este supuesto en el que la cifra por intereses era especialmente importante, solamente se permite el devengo del interés legal, y únicamente por el principal pendiente. La versión de este artículo en 1829 permitía el cobro por el prestador del "rédito mercantil correspondiente al capital sin inclusión de premios". Leído en clave de su época, ya sabemos que solamente podría recibir como máximo el 6%.

2.4.5.3.- Regulación originaria y vigente del contrato de préstamo mercantil

El actual Código de Comercio, el de 1885, regula el contrato de préstamo mercantil en los artículos 311 a 319.

A diferencia de lo establecido en el Código de 1829, en 1885 se admite la calificación de mercantil de los préstamos en los que una sola parte sea comerciante, lo que incluye nuestro caso, en el que las entidades financieras son la parte prestamista, independientemente de que el prestatario sea o no consumidor.

En lo relativo al interés, se permite, si bien el artículo 314 exige que conste por escrito, y el 315 admite el pacto -de interés retributivo-, "sin tasa ni limitación de ninguna especie".

Entre los comentarios de la época, Abella relaciona este artículo (315) con su correlativo del Código de 1829:

> El art. 398 no permitía a los comerciantes que el interés convencional del dinero prestado excediese del 6 por 100, y esta prohibición fundábase sin duda en lo repugnante que a aquella sociedad era todo cuanto pudiera trascender á usura, mas no había razón para conservar aquella prohibición, y seguros estamos que esa disposición del C.A. era letra muerta desde hace muchos años, tal vez de siempre, por lo que la reforma ha llenado una necesidad y satisfecho una mejora que se dejaba sentir[276].

Merece nuestra especial atención el art. 316, porque se refiere al supuesto de mora y reproducimos a continuación:

> "Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal.
>
> Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.

[276] Comentario que se encuentra en ABELLA, J.: *Novísimo Código de Comercio, comentado y concordado con el Código Antiguo, con las disposiciones comerciales vigentes en España hasta su promulgación y con las legislaciones de los principales pueblos de Europa y América,* Enrique de la Riva (impresor de la Real Casa), Madrid, 1885, pág. 215. Las siglas C.A. parecen corresponderse con las palabras "Código Antiguo" (es decir, el de 1829).

> Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o título devenguen, o, en su defecto, el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza, en otro caso, el día siguiente al del vencimiento".

Este artículo está constituido por los arts. 388 y 389 del Código de 1829 (además de introducir una nueva figura en su tercer párrafo, desconocida con anterioridad)[277]. Si retomamos aquellos artículos, concretamente el 388, ordenaba pagar el *interés corriente* para el caso de retraso en la devolución. Sorprende que el comentarista no haga referencia a la principal diferencia consistente en la variación del tipo que debe pagarse en caso de demora: el Código de 1885 sustituye el interés corriente por el del *interés pactado para este caso, o en su defecto el legal.*

Vemos que este artículo, permite el pacto de intereses moratorios, en oposición a lo dispuesto por la Ley de 1856 que se supone trataba de transcribir (y no actualizar ni modificar en este punto), según hemos constatado en su exposición de motivos.

El anatocismo se permite pero solo si así está pactado (art. 317) y en todo caso cesa con la interposición de una demanda judicial (art. 319).

El art. 318 tiene dos reglas, una en cada párrafo. La primera se refiere a la posibilidad de extinción de la deuda de intereses:

> "El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos".

La segunda recoge cuál será la imputación de pagos si no se expresa en las entregas a cuenta:

> "Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimiento y después al del capital".

Como veremos, estos artículos que regulan el préstamo, serán recogidos por el CC con ocasión de la regulación de los daños y perjuicios, lo que corrobora una vez más la tesis aquí defendida de la relación entre ambas instituciones.

[277] *Ib.*, pág. 215.

2.4.5.3.- Propuesta de modificación del CCom

La actual sección de codificación del Código de Comercio, propone que la regulación del retraso de las deudas pecuniarias se traslade del préstamo a la parte general, y su consecuencia jurídica es el pago del interés legal o del pactado.

Igualmente recoge una disposición que obliga al pago de intereses (sin especificar cuáles o si cabe el pacto), en las obligaciones no dinerarias incumplidas.

Ambas previsiones conforman lo que será el nuevo art. 68 propuesto.

2.4.6.- Admisión de los intereses por el Código Civil y regulación específica del préstamo y del interés de demora en las deudas pecuniarias

2.4.6.1.- El interés como fruto civil y regulación del préstamo civil

La promulgación del CC en 1889 supuso la culminación de la admisión en nuestro ordenamiento de los intereses como frutos civiles.

El dinero no puede dar frutos naturales. El Código Civil se refiere a los frutos civiles en el artículo 354.3º y entre ellos se incluyen los intereses, junto con el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de las tierras y otras rentas (arts. 355 y 451 CC).

Pero el dinero por sí solo no produce intereses. Tiene que producirse una transacción, y tienen que estar acordados[278]. Así, el artículo 1110 del Código Civil, establece que el recibo de un capital sin reserva alguna en cuanto a los intereses, extingue la obligación de los mismos; mientras que el artículo 1755, dispone que no se deberán intereses en el simple préstamo, si no se hubieren pactado.

En las relaciones jurídicas en las que se emplea el dinero en cosas productivas, como en la mayor parte de las obligaciones pecuniarias, se entiende que el dinero no permanece estático, sino que produce beneficios a quien lo recibe prestado o a quien se coloca en mora. Trasladado a nuestro caso, tanto en la recepción de un capital prestado (que no es otro caso que el contrato de préstamo) como en la situación de mora (en nuestro objeto de

[278] BONET CORREA, J.: *Las deudas…*, *op. cit.*, pág. 251.

estudio, mora por impago de las cuotas del préstamo), el prestatario se entiende que ha obtenido un beneficio con ello. Y por ello tiene que devolver ese capital con sus frutos civiles. Para el CC, el hecho de constituirse en mora implica que quien en está en tal situación está obteniendo un beneficio y por ello debe entregar los intereses o frutos civiles de lo que está obligado a devolver[279].

No obstante, la doctrina advierte de una diferencia en cuanto a los frutos naturales, pues la cesión del disfrute de bienes que producen frutos naturales, implica que el propietario del bien, es el cedente, y obtiene como contraprestación de esos frutos naturales una suma de dinero. Sin embargo, en el caso del préstamo, el prestatario se hace propietario del dinero que recibe prestado, y debe volver a cambiarlo por otras cosas para obtener una utilidad del mismo, unos frutos[280].

En el fondo subyace la concepción original que adoptó nuestro primer Código Mercantil (el de 1829) de considerar el dinero productivo, pero partiendo de la premisa de que ambas partes de la relación eran comerciantes y por lo tanto generaban beneficios con su actividad. En 1885 se altera esa regla, permitiendo, según su exposición de motivos, que se beneficien de la regulación del mundo del comercio quienes no pertenecen a él, y por ello indica que su ámbito de aplicación se extiende a todos los negocios jurídicos en los que tan solo una de las partes sea comerciante.

El Código Civil adoptará igual posición de consideración del dinero como productivo como se refleja en el propio art. 1108 CC.

2.4.6.2.- Tipologías tradicionales de deudas de dinero en la doctrina jurídica

La admisión por nuestros Códigos del pacto de interés y la subyacente concepción del dinero como productivo y no mero medio de cambio, tiene incidencia no solo en la regulación del préstamo y de los daños y perjuicios en caso de mora que contemplamos en esta investigación, sino en el resto del articulado.

[279] *Ib.*, pág. 251.

[280] *Ib.*, pág. 252.

A partir de los pronunciamientos que el Código hace sobre el dinero y las deudas que lo contienen como objeto, se han realizado estudios doctrinales sobre las tipologías de este tipo de obligaciones, que someramente apuntamos en este epígrafe y el siguiente.

Para la doctrina clásica[281], hay tres modalidades de deudas de dinero: las simples o generalizadas, en las que se determina una suma de dinero a pagar, vencida, líquida y exigible; las deudas concretas o especificadas en una determinada moneda y las deudas de valor (deudas dinerarias finales) porque su determinación o liquidación se realiza en el momento del pago. En el primer tipo, la consecuencia dispuesta por el artículo 1108 CC es coherente con el sistema nominalista que adopta el Código Civil. El nominalismo sólo cede ante el incumplimiento -no definitivo-: la mora; desde entonces se deben los intereses pactados o los legales. Los intereses son la medida cierta de la indemnización por el retraso en el pago. En este primer grupo se incluyen también las obligaciones de tracto sucesivo. En el segundo y tercer tipo, la determinación de la cantidad concreta a pagar se determina en un momento posterior, y eso es lo que hace que indirectamente se actualice su valor a ese momento del pago en el que se hace líquida la cantidad. Es en ese momento, que incluye el período de mora si lo hubiera habido, cuando la cantidad ya determinada empieza a generar intereses.

Por lo tanto, en estas dos últimas modalidades de deudas, la indemnización por daños y perjuicios se ve compensada por la actualización que supone el cálculo de su valor en el momento actual, del pago. Es a partir de su determinación lo que produce y justifica la generación de intereses como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

En la misma línea se sostiene que si en la demanda se determina la cantidad objeto de condena, se deben generar intereses moratorios, porque por el principio de congruencia el juez no puede dar más de lo pedido; sin embargo, en las demandas en las que se deje la determinación al juez, no será necesaria la condena a intereses moratorios porque ya estará incluido su concepto en el fallo de la sentencia.

Se considera que la previsión del artículo 1108 sobre la consideración de los intereses (legales o convencionales) como indemnización de daños y perjuicios por la mora, no es imperativa. Y por ello, es posible reclamar, además de esos intereses, otros daños y perjuicios. Esta tesis se sustenta en que el propio artículo 1108 admite la posibilidad de pacto en contra, incluyendo de esta forma la libertad contractual. Y porque en otros

[281] Encabezada por Bonet Correa (*vid.* BONET CORREA, J.: *Las deudas…., op. cit.*, pág. 252 y ss.).

artículos, el propio Código Civil establece una serie de excepciones a la regla general, permitiendo la reclamación de daños y perjuicios, adicionales a la reclamación de intereses[282].

Esta casuística del Código, hubiera sido ampliada a los supuestos de depreciación monetaria, si en la época de la codificación se hubiera dado. Según la concepción nominalista del dinero que subyace en nuestro Código Civil, de la misma manera que si se pacta como obligación la entrega de una determinada cantidad de dinero, será siempre la misma por la fijeza monetaria, la utilidad que produce ese dinero, será siempre la misma, y por ello los intereses legales o convencionales serán siempre los mismos, durante todo el período de la mora. Se critica esta concepción nominalista porque la fijeza monetaria no es cierta, ya que fluctúa su valor y por ello, el sustrato sobre el que se asienta concretamente el artículo 1108 no es firme. Y por ello, o bien utilizando la vía del pacto en contrario, o la interpretación correcta del artículo, este autor defiende la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios adicionales y diferentes a los cubiertos por los intereses moratorios legales o convencionales[283]. Sin embargo, este mayor daño, exige una mala fe por parte del deudor, conforme lo dispuesto en el artículo 1107 del Código Civil[284].

2.4.6.3.- Nueva categorización de las deudas de dinero, según su finalidad

La deuda de dinero es una deuda de valor en cuanto que el deudor está obligado a entregar dinero como poder patrimonial abstracto y no piezas monetarias o cosas concretas. No es una obligación de cosa genérica. La efectividad del principio de responsabilidad universal establecido en el artículo 1911 CC es posible precisamente a través del dinero como

[282]Tesis recogida en BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* págs. 390 y 391, donde se citan los artículos 1.838 (en este artículo, al regular los conceptos por los que puede reclamar el fiador que paga por el deudor principal, incluye tanto los intereses como los daños y perjuicios, cuando procedan), 1.682 (ocurre lo mismo con el caso del socio que se compromete a aportar una suma de dinero y no lo hace) y 1.724 (igualmente, el mandatario en determinados supuestos también debe abonar intereses además de los daños y perjuicios ocasionados).

[283] Cfr. BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* págs. 390 y ss.

[284] Bonet Correa compara la Sala Civil del Tribunal Supremo, que se aferra en la literalidad del artículo 1108 del Código Civil, y la Sala Cuarta de lo Contencioso Administrativo, que por el contrario, sí admite unos mayores daños y perjuicios probados, con cita de los artículos 1107 y 1108 (Sentencias de 10 de abril, 30 de mayo y 28 de noviembre de 1978, RJ 1978/1268, RJ 1978/1954 y RJ 1978/4293 respectivamente) -cfr. BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* pág. 395-.

instrumento de liquidación de todas las cosas; la concepción del dinero como cosa genérica sería incompatible con este principio[285].

La doctrina tradicional expuesta en el epígrafe precedente, distingue entre lo que llama genuinas deudas de dinero, que son las deudas simples en el sentido de determinadas, de las deudas de valor. En las deudas simples el dinero es el objeto directo de la prestación. A diferencia de ellas, está la categoría de las deudas de valor, en las que el dinero ya no es el objeto directo de la prestación, sino que el dinero expresa el valor de la cosa a la que sustituye. El dinero no está *in obligatione,* sino *in solutione.* El dinero, no es el objeto de la obligación, sino el medio de liquidación de ésta. La distinción entre deudas de dinero y deudas de valor radica en que las primeras están sujetas al principio nominalista y por lo tanto soportan el riesgo de la depreciación del dinero, mientras que por el contrario, las deudas de valor no[286].

La consideración de que las deudas de valor no deben excluirse del campo de las deudas de dinero en sentido estricto se justifica en que el dinero, incluso en las deudas de valor, se debe también *in obligatione*. Lo que se debe es dinero[287]. La única diferencia entre las deudas de suma o determinadas y las de valor es que en estas últimas el objeto es indeterminado pero determinable (art. 1273 CC). La diferencia no radica pues en el objeto de la prestación, sino en su medición y por ello se considera que se ha sobrevalorado la diferenciación entre ambos supuestos. La determinación y conversión de una deuda de suma en una deuda de dinero no implica novación.

Para los defensores de esta concepción, lo que diferencia a las deudas de dinero no es su objeto sino a qué fin atienden. Y de ahí se derivará un diferente tratamiento jurídico. Una obligación que tenga como una de las prestaciones la entrega de dinero, se diferencia de otra con la misma prestación por la finalidad a la que responda esa entrega de dinero, que

[285]PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sistema de las deudas de dinero", en POLO DÍEZ, A. *et alii* (coords.): *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo III, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, págs. 2073 y 2074.

[286]*Vid.* BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* págs. 313 y ss. En cuanto a la base jurídica del principio nominalista, suele encontrarse en el art. 1170 CC, si bien nuestro ordenamiento no lo recoge de forma expresa (puede encontrarse una sucinta referencia a la discusión doctrinal en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 1170 CC", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 209 a 211).

[287] Cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sistema…", *op. cit.*, págs. 2075 y 2076.

puede ser en pago de alimentos, en resarcimiento de un daño, en contraprestación de un bien o servicio, etc.[288]

Las deudas de resarcimiento son consideradas por quienes defienden la distinción de las deudas de valor en paradigma de las mismas[289]. Pero la razón no se halla en que sean deudas de valor, sino en que su función es indemnizar en el momento actual el daño sufrido. Sin embargo, hay otros supuestos tradicionalmente considerados de deudas de valor, donde la valoración se realiza en un momento anterior al actual, como es el caso de la revocación de la donación por ingratitud, donde el bien donado se valora en el momento en el que se realizó. El cálculo de la deuda no se realiza en función del valor actual del bien, sino de su valor actualizado, que puede ser distinto en función de que el precio haya aumentado por encima o por debajo del índice general. Aquí el acreedor soporta abiertamente el riesgo de la depreciación[290].

Lo determinante es la función que realiza el pago en cada relación obligatoria, y no tanto atender ante todo a la concreta cantidad estipulada en base al principio nominalista. Es decir, hay que tener en cuenta todas las circunstancias de la relación obligatoria para entender si el pago responde, en voluntad de las partes dada su finalidad, a una cantidad concreta e invariable o debe matizarse. Si debido a la inflación esa finalidad puede ponerse en peligro, entonces habrá que revisar si la relación obligatoria puede mantenerse vigente en los términos originarios.

Sin embargo, hay una importantísima excepción que atañe concretamente al contrato de préstamo: para los defensores de que el principio nominalista no puede aplicarse estrictamente porque no reproduce las expectativas de las partes, admiten que en el caso concreto del préstamo, dicho principio nominalista ha sido configurado por el legislador

[288] *Ib.*, pág. 2.076. En la nota 19 de la página 2077 indica además que hay deudas de dinero que no se sujetan al principio nominalista, como es el caso de las deudas de moneda extranjera, en las que el cálculo se realiza en el momento del vencimiento o incluso en el del pago.

[289] No obstante, frente a la tradicional distinción entre el importe por crédito resarcitorio y el importe en concepto de perjuicio moratorio que conforman las cantidades a abonar al perjudicado en la Responsabilidad Civil, se sostiene que ambos conceptos hoy día ya no son independientes, sino que se superponen, entendiendo que la función valorista (actualización de un importe) está ínsita tanto en el crédito resarcitorio como en los intereses moratorios (cfr. MEDINA CRESPO, M.: *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil,* editorial Bosch, Barcelona, 2010, página 44).

[290] Los defensores de la categoría de las deudas de valor, entienden los supuestos concretos en los que el acreedor asume el riesgo de la depreciación como excepciones que no invalidan la regla general. *Vid* BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.*, pág. 326.

como un derecho dispositivo "fuerte" en el sentido de que el principio rige salvo estipulación contraria de las partes (cfr. art. 312.I CCom). Aunque no se apunta directamente, se indica que el contrato de préstamo no tiene una relación de equivalencia con la que comparar si ha existido una alteración que fundamente la no aplicación del principio nominalista. A diferencia de otros contratos, como el de arrendamiento o compraventa, en los que el valor de la contraprestación es el criterio para valorar si se mantiene la equivalencia. O de los contratos asistenciales en los que se entiende que dada la función protectora del pago, una inflación implicará un cambio en la suma a satisfacer[291].

La doctrina general sólo admite la revisión del principio nominalista en supuestos excepcionalísimos y a través de una estrictísima aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la doctrina causalista de la desaparición de la base del negocio[292]. Como ya hemos apuntado, hay autores que se separan de esa concepción para fijarse en la función del negocio y del pago, como criterio que determine la necesidad de alteración de la suma en la que consista la prestación de dinero para salvaguardar la verdadera y completa voluntad de las partes. Cuando hay un quebranto fundamental en la relación de equivalencia en las obligaciones sinalagmáticas, no se puede seguir manteniendo el principio nominalista, porque sería afirmar que también se aplica más allá de la autonomía privada[293].

Los artículos 7.1 y 1258 CC son la base según la cual si se han producido oscilaciones monetarias que no han podido ser previstas por las partes, no puede mantenerse intacto el principio nominalista porque conduciría a situaciones abusivas o desleales en beneficio del acreedor y correlativo perjuicio del deudor. El punto clave será determinar cuándo nos encontramos en tal situación y qué entidad debe tener esa oscilación. Como criterios generales a tener en cuenta para hacer tal valoración Paz-Ares apunta a las particularidades de cada caso, al tipo de negocio, a la previsibilidad de la depreciación, a la distribución de riesgos establecida en el contrato y al grado o nivel de depreciación. Así, cuanto más énfasis se haya puesto en el aspecto del riesgo y más previsible sea para el acreedor la

[291]PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sistema…", *op. cit.,* pág. 2088.

[292]BONET CORREA, J.: *Las deudas…*, *op. cit.,* págs. 417 y ss. y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I (*Introducción. Teoría del Contrato),* 6ªed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 255 y ss.

[293]PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Sistema…", *op. cit.,* pág. 2088.

depreciación, mayor nivel de depreciación se requerirá para que ceda el principio nominalista. Por el contrario, cuanto mayor sea el aspecto asistencial de la relación y menor la previsibilidad de la depreciación, menor nivel de depreciación se requerirá[294].

2.4.6.4.- Ley de bases de 1888

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 contribuyó a la preparación del CC. Afectan a nuestro objeto de estudio las bases 21 y 26, y ambas coinciden en apuntar al mantenimiento del derecho previo vigente. En materia de intereses, sería la Ley de 1856 comentada, que liberalizaba la tasa de intereses, pero solo para los retributivos, no para los moratorios, cuyo pacto no estaba previsto. De hecho, los compendios existentes en la época con anterioridad a la promulgación del CC, sí recogían textualmente la Ley de 1856, en cuanto a la regulación de intereses moratorios, concibiéndolos como intereses legales y por lo tanto sin posibilidad de pacto[295].

Así, la base 21 disponía que "se mantendrá el concepto de los cuasi contratos determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, conforme a los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho".

La 26, por su parte, ordenaba que "las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente".

A continuación nos ocupamos del art. 1108, que es el que recoge el pacto de intereses moratorios.

[294]*Ib.,* pág. 2089.

[295]El art. 1685 del compendio elaborado por Navarro Amandi así lo recoge, y no hace más que reproducir el art. 8 de la Ley de 1856, tal y como él mismo indica: "Al principio de cada año, el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, fijará el interés legal que, sin estar pactado, debe abonarse por el deudor legítimamente constituido en mora, y en los demás casos determinados por la ley. Mientras no se fije este interés, se considerará como legal el de 6 por 100 al año" (cfr. NAVARRO AMANDI, M.: *Código Civil…, op. cit.,* pág. 355).

2.4.6.5.- El artículo 1108 CC

El artículo 1108 CC es el que actualmente regula la indemnización de daños y perjuicios en las deudas pecuniarias, como excepción al régimen general contenido en los artículos 1100 a 1107 CC. Es heredero de la evolución histórica expuesta de las normas sobre la mora en materia pecuniaria, en consonancia con las concepciones que también se recogieron en los Códigos europeos. Es, en el ordenamiento español, la norma que liquida *a forfait* los daños sufridos por el acreedor[296].

El Código Civil tuvo una primera edición, en 1888, según la cual la redacción del artículo 1108 era la siguiente:

> "Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriese en mora, no habiendo pacto en contrario, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, a falta de éstos, en el interés legal desde el vencimiento de la obligación.
>
> En ninguno de estos casos se exigirá al acreedor la prueba de los perjuicios".

Esta versión no recoge la cuantificación del interés legal del dinero[297], porque la Ley de 1856 ya lo dejó fijado en el 6 por 100. Otra diferencia que se advierte respecto de la redacción que luego se dará, es el segundo párrafo, inexistente en 1889. Realmente el precepto puede entenderse sin la referida mención, pues precisamente el sentido del mismo es establecer esa liquidación de daños sin necesidad de su prueba.

Pero su mención expresa es indicativa de que rompe con una tradición anterior en la que sí se requería prueba de los perjuicios en las obligaciones pecuniarias. Si no, no hubiera hecho falta explicarlo. Es tal el cambio, que necesita de una aclaración para que desde entonces se opere como indica y no como se venía haciendo.

Como veremos, se necesitarán años y jurisprudencia del TS que aclare que no se pueden pedir daños y perjuicios (probados) y además el interés que marca el artículo. Ya expusimos en el análisis del Proyecto de 1851, que se dudaba de la conveniencia, como algunos proponían, de poder exigirse las usuras y además los daños y perjuicios. Asimismo

[296] ASCARELLI, T: *Comentario…, op. cit.,* págs. 556 y ss.

[297] Esta advertencia se recoge acertadamente en BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, pág. 283.

desarrollamos la correcta lectura de su art. 1017, predecesor del artículo que ahora se contempla. Dicha concepción, se enfrenta a la que se ha tenido como base incuestionada para la explicación de los antecedentes del precepto, consistente en la permisión del pacto de interés moratorio[298]. Reiteramos que entendemos que el Proyecto de García Goyena se refería a los intereses retributivos, no al pacto de intereses moratorios.

La redacción de 1889 del artículo 1108 CC, fijaba el interés legal en el 6 por ciento y dejaba la puerta abierta a la fijación por el Gobierno de otro tipo. Lo importante es que incluía el concepto de interés legal fijado normativamente (no convencionalmente). El hecho de que en un inicio lo tasara el propio Código Civil y posteriormente (muy posteriormente) se remitiera a otra Ley (General Presupuestaria), no altera la sistemática del Código, porque él mismo prevé y permite esta posibilidad.

El artículo 1108 CC quedó redactado de la siguiente forma:

> "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.
>
> Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés de 6 por 100 al año".

En las obligaciones pecuniarias, se ha liberado al acreedor de la prueba del daño que le supone la demora en la recepción de la cantidad debida, mediante la tasación legal del interés resarcible por el deudor, que es el interés pactado, o en su defecto el legal, como indemnización por esos daños y perjuicios. Y ello ha sido así porque, de un lado, se ha concebido como innegable el carácter productivo del dinero y eso mismo es lo que le ha producido un daño al acreedor, y por otra, se quería dotar de agilidad a la liquidación del daño sufrido por el acreedor y ocasionado por la propia situación de demora, para no hacer inviable o costosa esta reclamación[299].

---

[298] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario al artículo 1108 CC", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil,* tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 62.

[299] Cfr. SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 236; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario…", *op. cit.*, pág. 62 y RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios a los artículos 1108 y 1109 CC", en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al CC y Compilaciones Forales,* tomo XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 755 y 756.

Esta solución de tasación legal del interés como daño resarcible por el deudor de una cantidad de dinero, fue adoptada por los códigos decimonónicos, si bien la concreta determinación del tipo varía de unos ordenamientos a otros. Algunos optaron inicialmente por fijar un concreto tipo, si bien posteriormente optaron por un tipo variable remitiéndose al tipo legal que anualmente se fijara[300]. Otros ordenamientos fijaron un tipo concreto de interés legal[301]. En cuanto a la normativa de ámbito supranacional, la LUVI acogió este sistema de los códigos, y concretamente de los que establecían el tipo de interés por referencia al que estuviera vigente en la sede del vendedor (art. 83). Por su parte, la CV, se deja influir por la concepción anglo-americana al someter esta pretensión indemnizatoria a las reglas generales (arts. 74 y ss.), si bien admitiendo cierta flexibilidad en la carga de la prueba a través de la prueba por presunciones[302].

Realmente, este sistema de fijación de una forma abstracta del daño resarcible por el deudor, supone una alteración del régimen general de responsabilidad y por ello solamente se aplica al incumplimiento moroso y no a un simple retraso en el cumplimiento. Y también se excepcionan de su aplicación los supuestos en los que se hubiera pactado una cláusula penal más generosa (cuestión distinta es que la propia cláusula de intereses moratorios no sea considerada cláusula penal) o por disposición legal el acreedor pudiera obtener un daño mayor[303].

En el caso de las obligaciones pecuniarias, no se exige culpabilidad ni negligencia del deudor moroso, o no en la misma intensidad que en el resto de obligaciones llegando a ser defendido el carácter objetivo del daño en las obligaciones dinerarias. Esta especificidad queda patente en el 1108, a diferencia de lo dispuesto en el 1106 CC.

[300] Tal es el caso del Código francés, cuyo artículo 1153 inicialmente establecía el tipo de interés en el 4% o el nuestro (art. 1108), que ha ido modificando repetidas veces el tipo legal hasta que finalmente se ha establecido por remisión a su fijación en la Ley de Presupuestos Generales.

[301] Como es el caso de los códigos italiano, alemán y suizo (cfr. SOLER PRESAS, A.: *La valoración…*, *op. cit.*, pág. 236.

[302] *Vid.* SOLER PRESAS, A.: *La valoración…*, *op. cit.*, págs. 236 y 236, donde considera que los sistemas del *common law* han superado su tradicional reticencia al resarcimiento de intereses.

[303] DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II (*Las relaciones obligatorias*), 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 636.

En la versión originaria del Código Civil, ya se fijaba ese interés legal del dinero en el 6%. Posteriormente, ese tipo de interés fue modificándose: por Ley de 2 de Agosto de 1899, se fijó en el 5% y la Ley de 7 de Octubre de 1939 lo redujo hasta el 4%.

El sistema de fijación del tipo de interés legal del dinero en el propio Código Civil se mantuvo desde su promulgación hasta 1984, fecha en la que se optó por el sistema de remisión al tipo de interés que se fijara por la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado[304]. Es decir, se produjo el importante cambio de aplicarse un tipo de interés fijado de antemano y que permanecía vigente a lo largo de los años (prácticamente durante un siglo se mantuvo un tipo de interés legal con una oscilación del 2%, período en el que se produjeron importantes catástrofes como fueron las dos guerras mundiales y la guerra civil española), a un tipo de interés que cambiaba anualmente. Todo ello, hay que recordar, a salvo de pacto.

Todas las Leyes de Presupuestos Generales han señalado el tipo de interés aplicable, siguiendo la tendencia de los mercados financieros, pudiendo revisar de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley 65/1997, el tipo fijado, en consonancia con la evolución de los tipos de interés de la deuda pública[305].

La concepción tradicional acerca del daño sufrido por el acreedor que no recibe en el plazo estipulado una cantidad de dinero debida, es que no ha podido disponer de él como capital y no ha podido obtener sus frutos: el interés que hubiera podido devengar[306]. Unánimemente se admite que el artículo 1108 CC o bien consiste en una liquidación *a forfait* que no es susceptible ni de aumentarse o disminuirse, o bien se trata de una regla de mínimos[307]. La posición del TS en sus primeras resoluciones tras la aprobación del

[304] La Ley 24/1984 de 29 de Junio de Modificación del tipo de interés legal, derogó el párrafo segundo del artículo 1108 del Código Civil, y según lo dispuesto en su artículo primero: «el interés legal se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado».

[305] Información disponible en: http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/notbol1.html, última consulta: 14-06-2015.

[306] Por todos, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II…, *op. cit.*, págs. 636 y ss.

[307] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 585.

precepto fue la de admitir el mayor daño que se probara[308], pero no negaba el caso contrario en el que el deudor pudiera disminuir la deuda.

Quienes defienden la posibilidad de que el acreedor pruebe un mayor daño abogan por que ese exceso, se regule por las reglas generales del artículo 1107 CC[309]. Así, el deudor doloso responderá de todos los daños y perjuicios y el no doloso solamente de los previstos o previsibles al tiempo de contratar. Entienden que el artículo 1108 CC, si fue concebido por el legislador como privilegio en favor del acreedor, no se consigue, y más bien sería un disfavor si no puede reclamar un mayor daño efectivamente producido aunque para ello tenga que probarlo según las reglas generales. De otro modo, se estarían protegiendo los comportamientos dolosos (que son los supuestos en los que el deudor, según el régimen general, debe responder de todos los daños y perjuicios, y por lo tanto, no solamente de los que reconoce el artículo 1108[310]).

También se ha justificado la admisión del mayor daño en que los daños y perjuicios no se identifican con los intereses (por lo que parece que ese mayor daño debe probarse) y en que otros ordenamientos también lo permiten (códigos francés, italiano, alemán, suizo y portugués) si bien cada uno exige unos requisitos[311].

Pese a ser harto comentado este precepto (1108 CC), se denuncia que nunca se ha fundamentado ni por la doctrina civilista ni por el Tribunal Supremo[312]. Como se ha apuntado más arriba, Bonet Correa coincide en que se concluye que es un precepto de mínimos, y que facilita la prueba al acreedor pero entiende que la rigidez del art. 1108 CC se justifica por el *principio nominalista* propio del Código[313]. Este artículo, a su juicio, sólo se refiere a las deudas de dinero simple (en oposición a las otras dos categorías de dinero que defiende: las deudas fijadas en moneda extranjera y las de valor). Según su

[308] Según la STS de 19 de junio de 1903, CLE 1903/184: "para que además de los intereses sean exigibles otros daños y perjuicios, sería preciso justificar la existencia de perjuicios especiales y extraordinarios".

[309] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* págs. 590 y ss.

[310] Hay que tener presente que el instituto de la mora, también sirve para el traslado de riesgos, de forma que el eventual caso fortuito se trasladará al deudor desde que incurre en mora, pero en las obligaciones pecuniarias puede entenderse o bien que el género nunca perece, o bien que ese caso fortuito es temporal, porque el único incumplimiento que cabe en las obligaciones dinerarias es su retraso (Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 587).

[311] BONET CORREA, J.: *Las deudas…, op. cit.,* págs. 390 y ss.

[312] *Ib.*, págs. 379 y 381.

[313] *Ib.*, págs. 383 y 384.

razonamiento, en los otros dos tipos de deudas pecuniarias en el momento del pago es cuando se produce su actualización y por ello no les es aplicable esa regla específica del Código, porque los daños y perjuicios se ven compensados por su liquidación el día del pago.

Sin embargo, la obra de este autor es de 1981, cuando todavía no se había procedido a reformar la tasa de interés fijada por el Código Civil, que se realizará en 1984 y supondrá el paso a un tipo variable, más acorde con las variaciones económicas, por remisión a la tasa que se establezca anualmente en la Ley de Presupuestos Generales.

La explicación que aquí se sostiene sobre la posible evolución histórico-jurídica de la prohibición del interés, desde la exigencia de la prueba del *damnum emmergens* y *lucrum cessans* para poder percibir una cantidad hasta su reconocimiento *ex lege* sin necesidad de tal prueba (pero con el sentido de que tal norma existe porque otra prohibía el interés), puede ser el fundamento de la razón de ser del art. 1108 CC y del "privilegio" o mejor posición que el legislador estableció en dicho artículo para el acreedor y no para el deudor.

2.4.6.5.- La previsión del interés de demora en el Code francés

Nuestro CC es deudor de la doctrina de Pothier y del Código Civil francés, que ya disponía en su art. 1153 para las obligaciones que se demorasen en el pago de una cantidad, que los daños e intereses por el retraso en la ejecución no consisten más que en el interés fijado por la ley.

Ya hemos apuntado que pese a establecer la libertad de pactos de interés, tras su promulgación, se dictaron leyes limitándolo. Es decir, incluso bajo la aceptación de la libertad de tasa y pactos de interés, en el caso de demora, la regla era el pago del interés legal. Sin posibilidad de pacto alguno.

2.4.6.6.- Modificaciones del tipo legal establecido en el art. 1108, posteriores a su promulgación

En cuanto a la posición del Código Civil frente a la usura, hay que decir que, al amparo de la libertad de pactos dispuesta en el artículo 1255 se permite cualquier tipo de interés y

cualquier pacto siempre que no vaya contra las leyes, la moral o el orden público. Estas limitaciones se consideraron insuficientes para abolir las argucias ideadas para asegurar al usurero sus ganancias y la correlativa ruina del prestatario, tales como los pactos de retro, los juicios convenidos, la fijación de elevadas cantidades para la reclamación judicial de la deuda, independientemente de las costas y la estipulación de intereses de hasta el 5% mensual.

Siguiendo la exposición cronológica, la siguiente ley que prohíbe la usura es la *Ley de 5 de junio de 1895*, que limita a una quinta o cuarta parte de sueldos y haberes las cantidades a retener por embargo. Posteriormente, la *Ley de 2 de agosto de 1899* fija en un 5% el interés legal que, salvo pacto en contrario, debe abonar el deudor legalmente constituido en mora[314].

Los comentarios jurídicos de la época sobre la referida ley de 1899 resaltan que:

> "Conviene insistir en que sigue abolida la tasa del interés; que los contratantes pueden estipular el interés que tengan conveniente, y que la ley citada sólo se refiere al que ha de abonarse cuando proceda indemnizar daños y perjuicios por deudas de cantidad en metálico y los contratantes no hubiesen señalado la cantidad en que la indemnización haya de consistir[315]".

No había intereses por el préstamo, pero sí indemnización de daños y perjuicios, es el llamado interés moratorio. Nació como alternativo (no complementario) al interés ordinario, que estaba prohibido. La admisión de la generación de intereses en el préstamo, no vino unida de la eliminación de la alternativa a esos intereses. Se mantuvieron. Y además, se instauró una regulación que fortalecía el interés moratorio porque se generaba *ex lege* y en la cuantificación también dispuesta por ley.

En 1939 se volvió a modificar el Código Civil en cuanto a la tasa que era considerada interés legal, reduciéndola al 4%, por medio del *Decreto de 7 de octubre de 1939*, en los siguientes términos:

---

[314] El artículo 1º de la Ley de 2 de agosto de 1899 disponía que "el interés legal que, salvo estipulación en contrario, debe abonarse por el deudor constituido legítimamente en mora, y en los demás casos en que aquél sea exigible con arreglo a las leyes, será, mientras otra cosa no se disponga, el de 5 por 100 anual, cualquiera que fuere la naturaleza del acto o contrato que de dicha obligación se derive".

[315] ABELLA, J.: *Código Civil español reformado conforme a lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo y R.D. de 24 de julio de 1889, precedido de la ley de bases*, 5ª ed., El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1904, pág. 705, nota I.

> "Art. 1º.- El interés legal que, salvo estipulación en contrario, debe abonarse por el deudor constituido legalmente en mora y en los demás casos en que aquél sea exigible con arreglo a las leyes, será, mientras otra cosa no se disponga, el del 4% anual, cualquiera que fuere la naturaleza del acto o contrato que de dicha obligación derivase.
>
> Art. 2º.- Las disposiciones de esta Ley, serán aplicables a las obligaciones que se contraigan en lo sucesivo y a aquellas otras en que el derecho a exigir el interés legal por falta del convenido, nazca o se declare por la autoridad competente con posterioridad a la promulgación de la misma, sin que por ningún concepto pueda dársele efecto retroactivo.
>
> Art. 3º.- No obstante lo dispuesto en el art. 1º, continuarán subsistentes los tipos de interés legal establecidos en disposiciones especiales vigentes a la promulgación de la presente Ley, si fueren distintos del tipo del 5% anual fijado en la Ley de 2 de agosto de 1899.
>
> Art. 4º.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a las de esta Ley".

Como puede observarse, la libertad del pacto de intereses se mantiene, pero el legislador se preocupa de fijar los intereses en la situación de mora del deudor (siempre, salvo estipulación en contrario). Ahí es donde se aplican los intereses legales, que unas veces son los fijados por el Gobierno, y otras veces, la propia ley que establece su obligación fija el tipo concreto.

La Ley 24/1984, de 29 de junio, modificó el CC al derogar el sistema del establecimiento de un tipo fijo, concretamente el 4%, para determinar el interés legal y remitir a su tasación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado (desde 1984 su variación ha sido anual). En su exposición de motivos se indica que la *ratio* de tal disposición es evitar que el incumplimiento se viera favorecido por un interés legal obsoleto por bajo en consonancia con la realidad social. Se pretendía que el deudor cumpliera sin necesidad de llegar a la fase judicial[316]. Sin necesidad de recurrir al acicate que para entonces ya suponían los intereses ejecutorios.

Y es que esta modificación histórica que convierte en variable el tipo de interés legal establecido en el CC, llegó tarde[317]. En 1980 ya se había intentado dar una solución a la

[316] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 49 y 50.

[317] Artículos doctrinales de 1980 abogaban por un cambio en la redacción del art. 1108 CC para poder reclamar la devaluación monetaria y para ello recurrían a artificios como la posibilidad de reclamar por vía del 1101 CC (las reglas generales) los daños por un nuevo concepto: mora *compleja* que se diferenciaría de la *simple*, entendida como aquella automática, en la que no interviene dolo o culpa (cfr. DORAL, J. A. y

rigidez del tipo fijo y a lo irrisoria que era su tasa en una época de elevada inflación, mediante la creación de la categoría de intereses moratorios procesales. Desde entonces, todas las sentencias que condenaran al pago de una cantidad líquida, devengarían el interés básico o de redescuento del Banco de España en un principio, y el que anualmente se fijara en la Ley General de Presupuestos del Estado finalmente (desde 1984), incrementado (en cualquiera de los casos) en dos puntos.

Sin embargo, aunque en 1980 (o con anterioridad) se hubiera modificado el CC en lugar de la norma procesal (LEC), adaptando la tasa de interés legal a la realidad económica, no podemos aventurar a decir que nunca se hubieran creado los intereses de demora procesal, pero desde luego sí se hubiera atajado, al menos en parte, el problema de la discordancia jurídica.

En los contratos de préstamo, al estipularse un pacto del interés de demora, no existiría esa falta de adaptación a menos que las previsiones bancarias basadas en sus estudios de mercado y de evolución de tipos se desmarcaran notablemente de la evolución real.

2.4.6.7.- Proyecto actual de modificación del CC

La comisión actual de codificación, en la sección civil, propone modificar el art. 1108 (que será el 1206) admitiendo la prueba del mayor daño.

> "El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor[318]".

Esta propuesta legislativa obvia por completo el verdadero sentido del art. 1108 según se desprende de su sentido histórico combinado con la evolución del préstamo y del interés tal y como se defiende en esta investigación. Sería más correcto permitir la prueba tanto del mayor como del menor daño.

MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.: "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, vol. 3, julio-septiembre 1980, pág. 568).

[318] *Vid.* http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas, última consulta: 05-07-2015.

2.4.7.- Ley de 23 de julio de 1908, Ley Azcárate o de represión de la usura y su vigencia actual

La usura, como se ve, ha coexistido en todas las épocas históricas y es una preocupación constante del legislador, que ha adoptado medidas incluso de signos opuestos para intentar si no erradicar, al menos atemperar este mal de la sociedad. Algunos autores incluso tildan de *deber de primerísima necesidad* legislar contra la usura. La experiencia en nuestro ordenamiento, llevó al legislador en 1856, como hemos visto, a optar por el camino de la libertad, permitiendo el pacto de cualquier tipo de interés, si bien limitaba el interés en caso de mora. Los Códigos tienen una redacción en cuanto al pacto por interés de demora que lo permite también sin limitación. Posteriormente aparecieron las mencionadas leyes de *5 de junio de 1895* y de *2 de agosto de 1899*, y el *Decreto de 7 de octubre de 1939.* Estas normas se referían básicamente al interés legal y regulaban el momento de la mora del deudor, pero siempre, salvo pacto en contrario, en la misma línea que la redacción de los Códigos. Todos los esfuerzos del legislador continuaban siendo inútiles para disminuir los efectos de la usura, por ello se promulgó a iniciativa del doctor Gumersindo Azcárate la *Ley de 23 de julio de 1908*, también conocida como *Ley Azcárate* y que se analiza a continuación.

La *Ley de Azcárate* supone un cambio jurídico respecto al estado anterior, porque atribuye a los juzgados y tribunales la facultad de anular contratos por materia de usura, cuando se den los requisitos que establece[319].

El cariz de ética social de la *Ley de la usura* es indudable. Su vigencia actual ha sido apoyada en los propios principios constitucionales de defensa de los consumidores y usuarios y de libertad de empresa (como complemento del mismo y no como confrontación con él) así como en un control de la libertad de contratación al funcionar como mecanismo corrector de la situación en la que un contratante no se ve libre de rechazar la imposición que el otro le hace[320].

A continuación se expone un análisis de los principales artículos de esta importante norma. El artículo primero dispone lo siguiente:

[319]FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, pág. 31.

[320] TAPIA HERMIDA, A. J.: "La vigencia de la ley de la usura", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, vol. 2, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1993, págs. 179 y 180.

"Artículo 1

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, cualesquiera 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".

2.4.7.1- Interés usurario según la Ley de Azcárate

En primer lugar, lo que se trata de dilucidar es cuál es el interés usurario. Para el legislador, el que sea superior al normal, pero además tiene que cumplir una serie de requisitos, que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de tratar. La sentencia de 21 de octubre de 1911 (CLE 1911/95) es la primera que se refiere a ello, y distingue tres tipos de préstamos usurarios:

a) en el primer grupo se encontrarían los préstamos en los que se estipule un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso;
b) en el segundo grupo se encuadrarían los préstamos en los que se consignen condiciones tales que resulten leoninos o pactados de forma que todas las ventajas sean establecidas en favor del acreedor, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales;
c) en el tercer grupo estarían los préstamos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.

La sentencia de 12 de junio de 1912[321], entiende que el análisis de la usura no alcanza a las cláusulas penales, que tienen otra fundamentación: responder a las consecuencias del

[321] Sentencia recogida en FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo….*, *op. cit.*, págs. 40 y 41.

incumplimiento. La de 8 de febrero de 1913[322], afirma que un interés del 12% no resulta usurario, atendidas las circunstancias del caso, porque se trataba de prestatarios dedicados a un negocio industrial que trataban de impulsar la actividad económica con el préstamo. Y esta situación difiere de la que trata de reprimir la *Ley de la usura*.

Parece fuera de duda que el Tribunal Supremo, en su interpretación primigenia, relegaba el ámbito de aplicación de la *Ley de represión de la usura* a contratos celebrados por particulares y no por empresarios. Sin embargo, la sentencia de 9 de mayo de 1917[323], estima usurario un préstamo con un tipo de interés del 12% (aún después de reducido) porque, además de ser elevado esa tasa, el capital, los intereses y las costas estaban asegurados con primera hipoteca sobre una finca con prohibición de ser arrendada.

Es a nuestro juicio meridianamente claro que tanto la Ley de represión de la usura de 1908 como las sentencias del Tribunal Supremo de principios y mediados de siglo, son ajenas al desarrollo de sistemas contemporáneos de tutela de los intereses del cliente bancario, como parte relativamente desinformada o débil respecto del proferente o prerredactante de las cláusulas y condiciones generales del contrato de préstamo, la entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito. El derecho de consumo y la normativa que en esta materia se han creado en la Unión Europea, establecen nuevos principios de protección del usuario de servicios bancarios que tratan de tutelarle brindándole transparencia, independientemente de la concurrencia de usura, tipo específico que abuso que sigue debiendo evitarse en la medida que es un hecho social merecedor de reproche.

A la vez, los modos de contratación han cambiado, concretamente la contratación en masa ha hecho que los principios tradicionales establecidos en los Códigos se vean insuficientes para regular la problemática actual, que añade nuevos conflictos a los ya tradicionales, por lo que los hace más complejos. Desde la perspectiva actual, podemos afirmar que en lo que al principio de libertad de pacto se refiere, en la contratación bancaria objeto de esta investigación, no se puede hablar de igualdad de negociación. En esta investigación se parte de la base de que nos encontramos ante contratos de adhesión, por una parte, y de que el interés retributivo no se analiza en el sentido de que no se una finalidad la búsqueda de mecanismos jurídicos para su control o limitación: basta la Ley de la Usura que ahora se

[322] Sentencia recogida en FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, págs. 42 y 43.

[323] Sentencia recogida en FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, págs. 44 y 45.

analiza y las prescripciones comunitarias sobre control de transparencia que se contemplan en el siguiente capítulo.

La sentencia de 29 de febrero de 1928[324] destaca los principios de libertad y de justa reciprocidad en las prestaciones a la hora de valorar un préstamo nulo por usurario al amparo de la *Ley Azcárate*. La sentencia de 24 de enero de 1929 (CLE 1929/63) declara que un interés compuesto del 8% es usurario, porque concurre la angustiosa situación del prestatario que se concreta en que en la época en que el préstamo se contrajo existían varios créditos hipotecarios contra el prestatario.

La sentencia de 15 de enero de 1949 (CLE 1949/89 *bis*) afirma que la ley de la usura es aplicable tanto a intereses ordinarios como moratorios, porque no distingue "ni quepa tampoco distinguir entre intereses devengados por el disfrute del dinero y producidos por la demora en el cumplimiento del contrato, porque la ley de usura no distingue entre unos y otros para determinar el carácter usurario de la prestación sino al lucro indebido que puede obtener el prestamista". En el supuesto que analiza, se había entregado por el deudor más importe que el principal, y dado que se había declarado nulo el contrato de préstamo, la consecuencia es la dictada por la *Ley de Azcárate* que es que el deudor sólo debe restituir el importe recibido en préstamo.

La sentencia de 28 de abril de 1953 (RJ 1953/1271) vuelve a confirmar como usurario un tipo de interés compuesto del 8% por demora, y se reputa usurario todo el préstamo.

Vemos un cambio en las exigencias del Tribunal Supremo para considerar usurario un préstamo, a partir de la sentencia de 5 de noviembre de 1955, RJ 1955/3101 (que se hace eco de lo ya apuntado en la de 24 de marzo de 1942, RJ 1942/332), en la que entiende que únicamente basta la existencia de un interés desproporcionado, notablemente superior al normal, sin la concurrencia de todas las demás circunstancias que determina el art. 1º de la *Ley de represión de la usura*.

2.4.7.2.- Requisito de la situación angustiosa del prestatario

El Tribunal Supremo, en cuanto a qué debe entenderse por situación angustiosa del prestatario no ha seguido siempre un mismo criterio, existiendo jurisprudencia

[324] Sentencia recogida en FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, págs. 45 y 46.

contradictoria[325]. Las primeras sentencias exigían este requisito junto a todos los demás que se contenían en el primer párrafo del artículo 1º de la ley (así, SSTS de 22 de enero de 1913 -CLE 1913/31-, de 26 de junio de 1916 -CLE 1916/55-, de 8 de junio de 1927 -1927/120-, de 20 de marzo de 1931 -RJ 1931/1980- o de 23 de abril de 1934 -RJ 1934/887-). A partir de la referida sentencia de 5 de noviembre de 1955 (RJ 1955/3101) cambia la dureza de sus exigencias para declarar nulo por usurario un contrato de préstamo, entendiendo que basta que el interés pactado sea desproporcionado y notablemente superior al normal del dinero. En cuanto al fondo, la casuística se impone[326].

2.4.7.3.- Recibo de una cantidad inferior a la pactada

A continuación se reseña la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el segundo tipo de contratos que se reputan usurarios por la *Ley de Azcárate*, que son los contenidos en el segundo párrafo de su primer artículo, referidos a los supuestos en los que se supone recibida una cantidad mayor que la entregada. Obsérvese que el legislador únicamente describe un supuesto objetivo. La jurisprudencia del TS lo interpreta en el sentido de entender usurarios este tipo de supuestos, porque hay una discrepancia entre lo convenido y lo exteriorizado, escondiéndose un pacto ilícito de intereses abusivos (SSTS de 6 de febrero de 1940 -RJ 1940/90-, de 31 de marzo de 1942 -RJ 1942/450- o de 25 de abril de 1959 -RJ 1959/1973).

A continuación, se analiza lo dispuesto en el artículo 9 de la *Ley de 1908*, que establece que:

"Lo dispuesto por esta ley se aplicará 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".

La ley no se limita al contrato de préstamo como única forma jurídica que pueda entrañar usura, sino que se extiende a cualquier contrato, sea cual fuere su forma y naturaleza. La ley trata de abolir toda operación que encubra un préstamo usurario.

[325] FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, pág. 51.

[326] Como ejemplo, la STS de 6 de julio de 1942, RJ 1942/930, declara que no es situación angustiosa el deseo de convertirse en propietario.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de analizar las variadas formas en las que se han presentado préstamos usurarios encubiertos[327].

2.4.7.4.- Aplicabilidad de la Ley de represión de la usura a otros contratos

La forma primordial a la que se refiere la *Ley de represión de la usura de 1908*, es el préstamo con interés. Sin embargo, su artículo noveno no se cierra a tal contrato sino que extiende las previsiones de dicha norma a toda operación en la que se encubra un préstamo usurario. Entre esas otras formas, y según ha tenido ocasión de analizar el Tribunal Supremo, se encuentran la compraventa, especialmente si se obtienen beneficios extraordinarios o se realiza una venta con pacto de retro[328]; la permuta, cuando se entrega una cosa de mayor valor intrínsecamente que el valor de la cosa que recibe y el primero se encuentra en la posición de acreedor del segundo por mucha mayor cantidad de la diferencia; la combinación del contrato de sociedad, de préstamo y de venta; la fianza, cuando el fiador no se obliga personalmente sino que se limita a pagar por el deudor, mediante un beneficio o interés desproporcionado; la anticresis, cuando una finca produce unos frutos muy superiores al interés que se menciona en el contrato; la donación remuneratoria; el mandato cuando el mandatario recibe una compensación desmesurada con los trabajos efectuados; el seguro, cuando el asegurado se compromete a pagar una cantidad muy superior al riesgo; una cuenta de crédito, cuando se exigen comisiones e intereses muy elevados bajo el pretexto de que el banquero necesita tener fondos a disposición del cuentacorrentista.

La jurisprudencia se ha planteado si las disposiciones de esta ley deben y pueden aplicarse a los contratos mercantiles, inclinándose en un principio por su rechazo, para

[327] Entre otras figuras: compraventa y pacto de retro (SSTS de 26 de octubre de 1912 -CLE 1912/36-, de 29 de octubre de 1926 -CLE 1926/71-, de 28 de octubre de 1927 -CLE 1927/143-, 3 de octubre de 1929 -CLE 1929/126-, de 15 de enero de 1930 -RJ 1930/563- o de 12 de julio de 1943 -RJ 1943/857- entre otras); letra de cambio (SSTS de 26 de octubre de 1916 -CLE 1916/49-, de 20 de junio de 1922 -CLE 1922/92- o de 13 de abril de 1925 -CLE 1925/12-); liquidación de cuentas de una sociedad (STS de 22 de junio de 1942 -RJ 1942/771-); permuta (STS de 2 de marzo de 1936 -RJ 1936/520-); partición hereditaria (STS de 13 de febrero de 1941 -RJ 1941/147-); combinación de contratos (STS de1 de julio de 1922 -CLE 1922/3-) o posesión en un expediente de dominio (STS de 19 de octubre de 1948 -RJ 1948/1257-).

[328] Las ventas con pacto de retro han sido desde muy antiguo y en todos los lugares una de las formas más utilizadas para simular préstamos realmente usurarios (FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…., op. cit.*, pág. 96).

posteriormente reconocer su aplicación, si bien exigiendo en los supuestos mercantiles unas características mucho más acusadas que en los asuntos civiles[329].

La justificación es que en las operaciones mercantiles subyace la idea de lucro y existe el riesgo de no recuperar el dinero prestado, pero ello no obsta para que también puedan darse las situaciones usurarias descritas en la ley de represión de la usura que también deben sancionarse con su nulidad, como afirma la sentencia de 13 de febrero de 1941 (RJ 1941/14).

La sentencia de 13 de enero de 1919 (CLE 1919/14), que acoge la primera línea defendida por el Tribunal Supremo, que es la de rechazar la aplicación de las disposiciones de la *Ley de represión de la usura*, fundamenta su criterio en que en los contratos mercantiles "cada una de las partes conviene libremente lo que a sus intereses beneficia". Por lo tanto, en la contratación en masa, al no entrar esta libertad de convenir, ni si quiera se aplicaría esta doctrina restringida -que además ya está superada por el comentado cambio de criterio de la Sala-.

La sentencia de 9 de mayo de 1944 (RJ 1944/665) sigue el cambio de criterio, ya iniciado con la sentencia de 13 de febrero de 1941 (RJ 1941/147), de entender aplicable a los contratos mercantiles las disposiciones de la *Ley de represión de la usura.*

La sentencia de 1 de marzo de 1949 (RJ 1949/262), después de una larga trayectoria iniciada con la sentencia de 13 de febrero de 1941 (RJ 1941/147), repite que la *Ley de represión de la usura* es aplicable tanto a contratos civiles como a mercantiles, porque la ley no distingue y porque "no es posible interpretarla, en términos tan absolutos que queden al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, siquiera, al estar presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad en la contratación y aplicarles la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso".

[329]Cfr. FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo…, op. cit.,* pág. 99.

2.4.7.5.- Facultades de los tribunales concedidas por el artículo 2 de la Ley de usura

El comentario al hoy derogado artículo segundo de la ley de usura merece poca atención, pues la previsión que contenía, relativa a permitir a los tribunales que formaran libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, hoy en día no tiene vigencia. Esta facultad fue utilizada incluso por la Sala Primera del Tribunal Supremo, si bien con ciertas limitaciones para salvaguardar la apreciación realizada por los tribunales de instancia[330].

2.4.7.6.- Consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato por usurario

El artículo tercero de la *Ley de la usura* establece las consecuencias de la declaración de nulidad de un contrato por usurario. El prestatario está obligado a entregar solamente la suma recibida, de forma que si hubiera entregado alguna cantidad en concepto de intereses, deberán serle devueltos por el prestamista si exceden del capital prestado en el que ya haya sido reintegrado. Es decir, se trata de que el prestatario únicamente devuelva el capital, sin intereses, de ninguna clase.

La doctrina se diferencia los contratos nulos que regula el artículo 1.300, con los usurarios: los primeros son confirmables, los segundos no[331].

En cuanto a la prescriptibilidad o no de la acción, la propia ley nada dice sobre ello. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en forma contradictoria, existiendo dos tendencias: una que declara imprescriptible la acción, y otra que la declara prescriptible.

La sentencia de 9 de enero de 1933 (RJ 1933/1417) sigue la línea según la cual entiende que la acción para declarar nulo un contrato por usurario no se ajusta a los cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil, ni a ningún plazo, puesto que se trata de contratos nulos radicalmente, inefectivos, equivalente a increados, que no admiten convalidación ni opera la prescripción extintiva ordinaria frente a acciones declarativas de negocios inexistentes, acciones que son susceptibles de ejercitarse *in perpetuo*, por su

[330] Sentencias de 14 de enero de 1936 (RJ 1936/52), de 10 de julio de 1936 (RJ 1936/1563), de 24 de abril de 1941 (RJ 1941/508), de 26 de abril de 1955 (RJ 1955/1133) y de 28 de enero de 1957 (RJ 1957/694).

[331] FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo….*, *op. cit.*, pág. 119.

especial característica. Expresamente afirma que este tipo de contratos tienen causa ilícita, según lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, que establece que "los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno" y que "es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

La tesis contraria, consistente en considerar prescriptible la acción para declarar un contrato nulo bajo las prescripciones de la *Ley de Azcárate*, ha sido sostenida por las sentencias de 14 de julio de 1933 (RJ 1933/1791), de 18 de junio de 1945 (RJ 1945/950) que sujeta la acción a la personal de 15 años establecida por el artículo 1964 del Código Civil, como también lo hace la sentencia de 14 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1655).

El *dies a quo* para entablar dicha acción, se entiende que es desde que se pudo ejercitar (según dispone el artículo 1969 del Código Civil), y esto sucede desde la propia entrega del capital por parte del prestamista, que es cuando se consumó y perfeccionó el contrato, según sostiene el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 1957 (RJ 1957/1148).

En este punto es cuestionable esta postura, puesto que, el contrato de préstamo, como contrato de *tracto sucesivo* que es, debiera entenderse consumado cuando se han agotado todas las prestaciones de las partes. Y mientras siga el contrato produciendo efectos, como ocurre mientras no haya llegado el último vencimiento, incluso mientras esté abierto un proceso en el que se solicite el cumplimiento de un contrato, como lo son las previsiones para el caso de que su resolución (el contrato estaría produciendo efectos en ese punto precisamente), debiera permanecer abierto el plazo para reclamar.

Son interesantes las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1932 (RJ 1932/859), en la que se indica que no es posible ejercitar la acción de nulidad en un juicio de desahucio, y la de 31 de marzo de 1942 (RJ 1942/450) según la cual, si se declara nulo un contrato de préstamo por usurario, también lo es el juicio ejecutivo al que sirvió de título.

El comentario que se puede hacer a la disposición derogatoria que incluye la ley en su último artículo, es que no derogó el Código Civil en cuanto a la forma de creación y extinción de las obligaciones y los contratos, y entre ellos el de préstamo, según acertadamente expuso la sentencia de 3 de febrero de 1914 (CLE 1914/53).

La ley de la usura logró liquidar los préstamos usurarios en su inmediato período de aplicabilidad, pero no acabó con las futuras operaciones usurarias. La usura siguió y

continúa ejerciéndose, por ello algunos autores defienden como solución su inclusión como delito[332]. Por lo que respecta a nuestra concreta materia de estudio, si bien sigue vigente esta ley, no consideramos que sea una solución para el problema de los intereses moratorios, porque la excesiva onerosidad que venimos denunciando puede no surgir del contrato sino del propio tratamiento e interpretación del sistema legal y procesal judicial[333]. Esta ley presta su atención al interés retributivo.

III.- REGULACIÓN PROCESAL DEL INTERÉS DE DEMORA.

3.1.- Algunos supuestos de privilegios y prácticas procesales en beneficio del acreedor a lo largo de la historia.

La consulta de las fuentes históricas nos ha revelado la existencia de mecanismos procesales, en todas las épocas, que o bien directamente la ley concedía en beneficio del acreedor, o bien éste utilizaba en la defensa de sus intereses. Esta permite tomar en consideración la importancia de la regulación procesal en la materia que nos ocupa.

3.1.1.-Privilegios procesales para los comerciantes en la Atenas del siglo IV a.C.

La Atenas del siglo IV a.C. entró en crisis, y para atraer mercaderes, estableció unas leyes que instauraban particularidades en los procedimientos judiciales de reclamación de daños por el comercio marítimo, de forma que se reconocían privilegios para los comerciantes. Haciendo un paralelismo, tanto el sistema de tasación legal del daño establecido en el propio artículo 1108 CC como el sistema vigente establecido por la LEC favorece claramente a los acreedores, y en nuestra investigación, a las entidades financieras en cuanto a la reclamación de intereses moratorios procesales. Este trato de favor debe cambiarse como así están apuntando las decisiones que toman organismos internacionales,

[332] *Vid.* FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo….*, *op. cit.*, pág. 145.

[333] En la doctrina hay discusión sobre la aplicabilidad o no de la Ley de la usura a la categoría de intereses moratorios [*vid.* ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 108, quien se inclina por su aplicabilidad y refiere las tendencias doctrinales -*ib.*, pág. 106, nota 288-, frente a la tesis contraria por defender la naturaleza penal y consecuente aplicación del art. 1154 CC -cfr. RODRÍGUEZ ESPEJO, J.: "El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, Centro de documentación bancaria y bursátil, vol. 2, Madrid, 1993, págs. 42 y 43-].

tratando de limitar el poder de la banca y su uso para su beneficio propio en perjuicio de los demás agentes económicos perjudicados. En septiembre de 2014 los analistas aplaudían la medida del BCE de penalizar los depósitos de los bancos privados, para que concedieran préstamos al sector privado, ante la tendencia de las entidades de atesorar liquidez en el BCE o comprar deuda pública -por la menor exigencia de recursos propios que supone frente a la concesión de préstamos al sector privado-[334].

En la Atenas del siglo IV a.C., la fórmula para reactivar el comercio extranjero y reavivar así la economía –dañada por el previo período bélico con las recién instauradas ciudades-Estado-, fue el reconocimiento de privilegios a los comerciantes en los procedimientos judiciales sobre reclamaciones relacionadas precisamente con este comercio extranjero con Atenas como origen y/o destino, siempre y cuando existiera un contrato escrito. Este tipo de procedimientos normalmente estaba pensado para préstamos marítimos. Así, se podían beneficiar de la misma posibilidad de entablar el procedimiento judicial, ya que en estos casos la justicia no se limitaba a los ciudadanos atenienses ni era necesario que la ciudad o lugar de origen del extranjero tuviera firmado un Tratado con Atenas; de un plazo de tramitación limitado a un mes y contaban con la posibilidad de solicitar el encarcelamiento del demandado para evitar que abandonara la ciudad y con ello también el pago de sus deudas. El tiempo en prisión podía extenderse hasta que se produjera el completo pago de la condena[335].

3.1.2.- Juicios convenidos

En cuanto a los *juicios convenidos*, se trataba de una práctica ideada por los usureros para conseguir una mayor garantía del prestatario, y un menor costo para lograrla. Consistían en que en el mismo momento de formalizar el préstamo, en el propio juzgado el prestatario reconocía la deuda a favor del prestamista, allanándose a la demanda. Esto implicaba que el prestamista, desde el mismo momento de la entrega del dinero, tenía en su poder un instrumento jurídicamente ejecutivo por una parte, y por otra, este hecho implicaba que al deudor se le imponían las costas, por lo que se deducían directamente de la cantidad a entregar. Esta práctica llegó a ser tan habitual que en los propios juzgados se disponían de los folios impresos con los indispensables huecos en blanco.

[334] MANSO OLIVAR, R.: "Dinero por promesas" en *El Economista*, año IX, núm. 2650, Editorial Ecoprensa, Madrid, publicado el 30-09-2014, página 4.

[335] HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects…, op. cit.,* págs. 84 a 87.

3.1.3.- Doble reclamación al deudor: daños y perjuicios más intereses de demora

La trayectoria acerca de la sanción ante el incumplimiento del pago de las deudas dinerarias, ha pasado por diversos momentos, tomando como puntos de inflexión la promulgación de la Ley de 14 de marzo de 1856, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo ante las prácticas que llegaban a su conocimiento y la promulgación del propio Código Civil.

Antes de la llegada del Código Civil, el Tribunal Supremo venía a corregir situaciones que se daban en la práctica, consistentes en la reclamación, cuando el deudor se constituía en mora, de intereses por una parte y también de una indemnización por daños y perjuicios por otra. Esta doble sanción fue expresamente denunciada por nuestro más Alto Tribunal en sentencia de 30 de octubre de 1884 (CLE 1884/94), donde afirmaba que "condenado el demandado al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un 6 por 100, y además a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago haya ocasionado a los demandantes, es indudable que la Sala sentenciadora sentencia por un solo concepto a una doble indemnización, razón por la que la sentencia recurrida infringe el principio de Derecho que establece que el abono de intereses por deudas de cantidad constituye la indemnización de los perjuicios que pueda sufrir el acreedor por falta de pago de una cantidad de dinero a su debido tiempo, no cabiendo que esa indemnización se deba y satisfaga a la vez en dos formas distintas".

Posteriormente, el artículo 1108 del Código Civil, lo preveía expresamente, y entonces el Tribunal Supremo se hacía eco de dicha norma legal para justificar que "cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora…la indemnización de daños y perjuicios consiste, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, en su defecto, en el legal…los daños y perjuicios es claro que…están debidamente representados por los intereses" (Sentencias de 24 de diciembre de 1894 -CLE 1894/169- y de 23 de febrero de 1900 -CLE 1900/52-).

Es decir, se pasó de una práctica consistente en reclamar al deudor moroso tanto los intereses por esa mora como los daños y perjuicios que podía haber ocasionado su incumplimiento, a una limitación en la reclamación consistente en que únicamente se pudieran reclamar intereses (porque en eso precisamente consisten los daños y perjuicios). Esta limitación, que en definitiva es una definición y precisión del concepto de intereses

moratorios, al evitar que se reclame duplicadamente por un mismo concepto, se fijó primero por ley de 1856 y posteriormente fue acogida por el artículo 1108 del Código Civil.

De aquí se puede concluir, en primer lugar, que la mora es un concepto indemnizable; en segundo lugar, que en el caso de que la mora lo sea por una deuda de dinero, esa indemnización por mora consiste en el pago de intereses; y en tercer lugar, que esos intereses son los convenidos y en su defecto los legales. Todo esto, a falta de acuerdo expreso en contra.

La doctrina civilista ha reconocido que se trata de un supuesto excepcional en responsabilidad civil, puesto que se presume el daño por el hecho del retardo y la indemnización consiste en el pago del interés legal o convencional[336]. No es necesario probar la realidad del daño, sino únicamente la obligación del pago de dinero y la situación de mora. Sin embargo, importantes grietas se han abierto a este sistema cerrado, al plantearse los intérpretes de la norma la posibilidad de que los daños y perjuicios fueran superiores. En ese caso, sí se admitiría el pago de los intereses, y además, de los daños y perjuicios extraordinarios superiores a esa cifra[337]. Algunos autores han llegado a definir este sistema como "indemnización tasada" y "de mínimos" por la injusticia que aprecian para el acreedor que sufre unos daños y perjuicios por la mora superiores al interés que reciben por aplicación de dicha norma[338]. Un supuesto que saldría del ámbito de lo dispuesto por el artículo 1108 del Código Civil, sería el caso de las obligaciones cuyo término sea esencial.

La mayoría de los autores que comentan el artículo 1108 del Código Civil, al ser una regla general del derecho de obligaciones y contratos que escapa en cierto sentido a la realidad de los daños y perjuicios y su acreditación o prueba -que es en lo que se basa nuestro sistema general de exigencia judicial de responsabilidad-, aprecian injusticia en el mismo: pero llama la atención que únicamente aprecien esa injusticia desde la perspectiva del

[336] Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 590.

[337] Tenemos las primeras referencias de la admisión de esta dualidad jurisprudencialmente, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1903 -CLE 1903/184- y doctrinalmente recogidas en BORRELL SOLER, A. M.: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles,* Barcelona, 1954, págs. 136 y ss.

[338] Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mora…, op. cit.,* pág. 112.

acreedor, cuando el criterio que utilizan, es el desequilibrio entre el perjuicio real y la indemnización fijada legalmente.

Sin embargo, hay quienes justifican el sistema establecido por el Código Civil porque se trata de obligaciones que tienen por objeto el dinero, y hay que tener en cuenta sus especialidades y sobre todo el sistema nominalista en el que se basa nuestro ordenamiento (en su terminología: peseta igual a peseta) y en la fijeza del valor de la moneda. Lo que se propone por quienes abogan por tal interpretación, es que se concrete aún más a qué obligaciones de dinero se refiere el artículo 1108 –porque hay varias, como se expone a continuación-, que se determine el ámbito potestativo o imperativo de los intereses, y que se tengan en cuenta las alteraciones patrimoniales de la moneda[339].

Nuestra posición es que debe atenderse tanto al mayor como al menor daño sufrido por cada una de las partes, y que la regla del art. 1108 CC tiene su explicación en la evolución histórica de la admisión de intereses, y se fija en el acreedor en el sentido de favorecerlo para evitar la carga procesal que suponía probar los llamados *títulos* extrínsecos ante la prohibición generalizada de los intereses.

3.2.- Ley de Enjuiciamiento de los Negocios de 1829

Con anterioridad a la LEC de 1881, se dictó una Ley de Enjuiciamiento de los Negocios, de 1829, coetánea al Código de Comercio del mismo año que hemos comentado más arriba, para conseguir una aplicación judicial de sus disposiciones.

En el mismo sentido también eran *variados y diferentes* los procedimientos, jurisprudencia y modo de enjuiciar. Igualmente era necesario hacer desaparecer este caos *tan perjudicial para el comercio.* El propio código de comercio en su artículo 1219 ya preveía la adopción de esta ley de enjuiciamiento mercantil, y en cumplimiento de tal reserva, se encomendó la tarea de su preparación al mismo jurisconsulto que preparó el Código de Comercio de 1829, así se conseguiría una uniformidad en su aplicación.

El 24 de julio de 1830 Fernando Séptimo decretó, sancionó y promulgó como ley general la *Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*. En su título VII (artículos 305 a 349) regula el procedimiento ejecutivo. No se contiene ninguna

[339] *Vid.* BONET CORREA, J.: *Las deudas….*, *op. cit.*, págs. 383 y 384.

disposición sobre interés procesal. No se hace referencia siquiera a los intereses: únicamente se habla de la *deuda* y las *costas.* Esto es así porque únicamente pueden acceder al procedimiento ejecutivo los títulos que contengan *cantidad numeraria, determinada y líquida* (artículo 307). Esta misma exigencia se requiere para el *procedimiento de apremio*, de forma que el apremio "no tendrá lugar hasta que se haga la liquidación por acuerdo común de las partes, por sentencia judicial o por árbitros".

Es muy llamativo el origen de estas dos instituciones: el procedimiento ejecutivo, regulado en primer lugar y en el que se dicta una sentencia de remate, y el procedimiento de apremio, que parece reservarse para supuestos muy especiales de comercio que por el tráfico marítimo requieren de celeridad. Si bien, se admite la utilización de este procedimiento de apremio para ejecutar las sentencias dictadas por los tribunales de comercio dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la resolución, transcurrido el cual únicamente corresponderá el procedimiento ejecutivo (art. 352).

Como vemos, es el ámbito mercantil nuevamente el pionero en tener unos cuerpos normativos según las últimas tendencias, dadas las exigencias de la actividad comercial y su necesidad de alcanzar seguridad jurídica y eficacia en sus acuerdos y negocios.

En esta ley procesal no se hace ninguna mención a intereses de demora, lo que no deja de sorprender tratándose de una ley especial de procedimiento mercantil dictada para las especialidades del tráfico empresarial, y obviamente también para el de los bancos. Ningún precepto es, sin embargo, correlativo al 576 de la vigente LEC.

3.3.- Evolución en la regulación procesal del interés en la LEC de 1881

3.3.1.- Redacción originaria de la LEC de 1881

La LEC de 1881 en su versión original de 3 de Febrero de 1881, establecía en su artículo 921 que:

> "Si la sentencia condenare al pago de cantidad líquida y determinada, se procederá siempre y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes del deudor, en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo.

> Para dicho efecto serán considerados como cantidad líquida los intereses de una cantidad determinada, cuando se haya fijado en la sentencia el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que deban abonarse".

Es decir, la única referencia a intereses que hacía la LEC de 1881 era a los que la propia sentencia determinara, y es llamativo que la sentencia tuviera que fijar tanto el porcentaje o tipo de interés como el tiempo durante el cual tuvieran que abonarse. En esa versión originaria, no se hace referencia ni al tipo de interés pactado ni al tipo de interés legal, sino que la propia sentencia era la fuente de la obligación (que por otra parte, podía ser el mismo tipo de interés fijado en la obligación contractual).

La LEC de 1881 si bien no establecía la categoría de los intereses procesales (porque no contiene un precepto que ordene su generación *ex lege*), sí especificaba que los intereses a que pudiera condenar la sentencia debían tener una tasa y un tiempo determinado para su aplicación. Son los requisitos para considerar líquida la cantidad a efectos de ejecución. Por ello no parece aberrante la inclusión del requisito de la liquidez por parte del TS a la hora de aplicar los intereses moratorios del 1108, con anterioridad a la ley 77/80. Pero su interpretación ha obviado este requisito.

3.3.2.- Nacimiento de la categoría de los intereses moratorios procesales: creación del art. 921 *bis*

Un siglo después de la adopción tanto de la LEC como del CC, la Ley 77/1980, de 26 de diciembre, creó el art. 921 bis de la LEC, estableciendo por primera vez la nueva categoría de intereses de demora procesales, en los siguientes términos:

> "Artículo 921 *bis*. Intereses de la mora procesal.
>
> Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, esta devengará, desde que aquella fuere dictada hasta que sea totalmente ejecutada, en favor del acreedor, el interés básico o redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos, salvo que interpuesto recurso fuera revocada totalmente. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá con arreglo a su prudente arbitrio.

> Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria."

En esta importantísima modificación legislativa, se introduce claramente y sin ninguna duda el concepto de interés de demora procesal, entendiendo por tal el que fije el Banco de España. Son destacables las siguientes características del interés de demora procesal introducido por la mencionada reforma de 1980:

- se crea por una norma, es decir, no es un concepto que se admita legalmente por pertenecer a la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 CC.

- es obligatorio.

- el tipo concreto se determina también de una forma ajena a la voluntad privada: la propia norma remite al interés básico o redescuento que fije el Banco de España, el cual deberá ser incrementado, pero no por pacto sino por lo que la propia norma expresamente prevé: el incremento será de dos puntos.

- no hay posibilidad de que por pacto se determine el interés de demora procesal. De la misma forma que por pacto tampoco puede suprimirse esta obligación legal.

Sin embargo, seguía manteniéndose la previsión de que la sentencia fijara el tipo de interés y el tiempo durante el que se debía aplicar, para poder embargar los bienes del deudor, lo que era difícil de sostener con la nueva creación.

3.3.3.- Hacia el principio de autonomía de la voluntad en la Ley 34/1984: la posibilidad de pacto de intereses procesales

Este artículo 921 bis creado en 1980 fue sustituido por una nueva redacción del art. 921 de la LEC de 1881 en virtud de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, incluyendo un párrafo cuarto que establecía lo siguiente:

> "Cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor, desde que aquella fuere dictada en Primera Instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos,

> o el que corresponda por pacto de las partes, o disposición especial, salvo que interpuesto recurso la resolución fuera totalmente revocada. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto".

La ley 77/1980 (que es la que crea en nuestro ordenamiento la categoría de intereses moratorios procesales, como acabamos de ver) no utiliza la referencia del interés legal sino la del que fije el Banco de España. Y en 1984 se vuelve al parámetro del interés legal remitido al que se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado porque el del Banco de España era obsoleto.

Esta gran modificación legislativa introduce la posibilidad de pacto del interés procesal. A nuestro juicio es un importantísimo cambio legislativo, porque introduce la voluntad privada en un ámbito -el procesal-, que es público. Además, la permisión de un pacto, al amparo del 1255 permite la inclusión de tasas muy superiores a la legal. Sin embargo, la doctrina no ha percibido esta trascendencia, tildándolas de novedades "que no son de enjundia[340]". Y en el propio debate parlamentario, se calificó de un mero error, pues la ley del 80 se dice que debió recoger la posibilidad de acuerdo privado[341].

Antes de la aparición del artículo 921 bis LEC, se discutía sobre la generación de intereses moratorios en las denominadas deudas de valor. En la doctrina se distinguía entre *deudas de suma* (las que desde un principio son expresadas en concretas unidades monetarias) y *deudas de valor* (son aquellas en las que el dinero es una sustitución de un elemento patrimonial que es objeto de resarcimiento, por ello la determinación de su concreto *quantum* se hace al final). La doctrina y jurisprudencia no se mostraron uniformes en la admisión de las concretas deudas de responsabilidad (por ilícito civil o penal) en el ámbito del artículo 1108 CC, si bien, en el caso de su admisión, se topaban con el obstáculo de la regla del *in illiquidis non fit mora* y por lo tanto estas deudas casi nunca generaban intereses moratorios[342].

---

[340] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 18.

[341] BOCG, Senado, II legislatura, serie II, 11 de mayo de 1984, núm. 128 (c), pág. 75. Fue el grupo parlamentario popular el que presentó esta propuesta de modificación tildándola de error que debía ser reparado mediante la inclusión de la posibilidad del *pacto inter partes* (cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 55).

[342] Ib., pág. 52.

Sin embargo, también se ha considerado que el problema de la liquidez en las deudas de valor está mal planteado y no es la creación de intereses procesales el instrumento adecuado para corregirlo sino que la propia sentencia de condena debe incluir como concepto indemnizatorio el tiempo transcurrido desde la producción del hecho lesivo[343].

Si con la reforma procesal no se soluciona el problema, su supresión tampoco lo haría. Es por ello, que lo que en esta tesis se defiende sobre el interés procesal o ejecutorio debe aplicarse también al de demora ordinario. Puesto que tanto uno como otro deben ajustarse al ordenamiento jurídico y no resultar excesivos.

Por lo tanto, en la situación anterior al artículo 921 bis LEC la institución de los intereses moratorios estaba regida por una aplicación rígida del brocardo *in illiquidis non fit mora*, requisito de creación jurisprudencial que se añadió a los requisitos de la mora y que dificultaba la generación de intereses moratorios; la situación económica de fuerte inflación hacían irrisorio el interés legal fijado en el propio Código Civil (4%) y la dilación de los procesos inducía al incumplimiento por lo que los intereses moratorios no resarcían el daño del acreedor; el obstáculo de la distinción entre deudas de suma y deudas de valor hacían prácticamente imposible la generación de intereses moratorios en las deudas de valor[344].

El contexto en el que nace el artículo 921 *bis* LEC es una situación con tres problemas para los intereses moratorios: la iliquidez (que impedía su devengo según la regla *in illiquidis non fit mora),* la baja tasa por interés moratorio (el propio Código Civil establecía el tipo de interés moratorio en el 4% -salvo pacto-) y las deudas de valor (que por su propia naturaleza no podían devengar intereses moratorios porque ya estarían ínsitos al determinarse la deuda en concretas unidades monetarias).

En la etapa anterior, se utilizaba el art. 1108 (o el 316 CCom si no hubo resolución contractual, como expondremos en el capítulo cuarto) con los mismos fines. Es decir,

[343] Así se sostiene en FÍNEZ RATÓN, J. M.: "Algunos problemas sobre los intereses de la mora procesal", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, pág. 295, con apoyo en la STS Sala de lo Penal, de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3902).

[344] Para un mayor detalle de las discusiones doctrinales existentes con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 921 *bis* LEC, *vid.* DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, págs. 44 a 52.

operaban también tras la sentencia[345]. Pero se matiza que en ocasiones no se generaban, si no se cumplía el estricto requisito de la liquidez y eso podía suponer el transcurso de mucho tiempo durante el cual no se habían generado (si solamente se generaban cuando la cantidad objeto de condena no variara, que podía ser en el momento en el que la sentencia alcanzara firmeza). El otro inconveniente era el tipo, puesto que el CC marcaba un irrisorio 4%, y ahí se denuncia la posibilidad de que al deudor le compensara retardar su pago[346]. Ciertamente, en los préstamos bancarios no se daba ese problema, pues al convenirse usualmente la cláusula de intereses moratorios, se pactaban tipos diferentes al legal, por interpretar así tanto el 316 CCom como el 1108 CC, al margen de la trayectoria expuesta en esta investigación.

Por ello se ha visto la introducción del artículo 921 *bis* LEC como un remedio a los problemas derivados de la iliquidez, el bajo interés y las deudas de valor[347].

El pacto de intereses procesales ha sido interpretado de muy diversas maneras: hay quienes únicamente admiten el pacto concreto de intereses procesales no sirviendo ni el pacto alcanzado al amparo del artículo 1108 CC ni mucho menos el pacto de intereses remuneratorios o correspectivos del contrato inicial; otros admiten la extensión de los intereses moratorios pactados al momento posterior al que se dicta sentencia (el que regula la LEC) y otros admiten cualquier tipo de interés pactado superior al procesal[348]. En cuanto a la interpretación judicial, el TS se ha decantado por la aplicación del pacto superior e incluso por el tipo más elevado (se entiende contrastándolo con el legal incrementado en dos puntos)[349].

La *voluntas legislatoris* se encuentra en la tramitación parlamentaria y los motivos que se adujeron en el Senado para incorporar la admisión de pacto en la determinación del tipo de interés procesal:

---

[345] RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Intereses moratorios, mora en las deudas dinerarias, el requisito de la liquidez de la deuda, los intereses legales del artículo 921 de la LEC y cláusula penal", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, pág. 128.

[346] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 69.

[347] *Ib.*, pág. 52.

[348] Un detalle sobre estas posiciones doctrinales puede encontrarse en DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, págs. 138 y ss.

[349] Es la posición del TS con ocasión de la primera sentencia que dicta en materia de pacto de intereses procesales (*vid.* STS de 22 de abril de 1982 [RJ 1982, 1961]).

> Se propone intercalar después de las palabras "fuese dictada…", las palabras "salvo pacto de un interés superior entre las partes", continuando el artículo[350].

La justificación de dicha enmienda fue la siguiente:

> Este número, que es copia exacta del vigente artículo 921 bis de la Ley, encierra el mismo error que el que se deslizó en la Ley 77/80 BOE 10 de enero de 1981. En efecto, dicho artículo se dictó o promulgó con el fin de evitar que el deudor condenado satisficiera tan sólo el cuatro por ciento de intereses legales sobre la cantidad que fue condenado a pagar durante toda la ejecución de la sentencia. Pero esta Ley se olvidó o no tuvo en cuenta, que *hay pólizas de crédito, hipotecas, pignoraciones y otra clase de documentos públicos o privados* que recogen un interés superior al del diez por ciento, que es el que resulta, aproximadamente, de incrementar en dos puntos el tipo de interés básico del Banco de España. Y ello encierra una flagrante injusticia y un evidente absurdo que no se pueden mantener[351].

La alusión expresa a documentos propios de la actividad bancaria evidencia la relación entre la inclusión de esta posibilidad de pacto y los agentes que en la práctica lo llevarán a cabo. La justificación que acompaña a la enmienda que se envió al Congreso lo vuelve a confirmar al aludir expresamente al *sistema financiero:*

> En relación con el artículo veinte del proyecto, el Senado ha modificado sustancialmente la redacción del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que afecta a los intereses devengados por las cantidades señaladas en las sentencias desde el momento en que éstas se dictan. Esta modificación tiene, en función del principio dispositivo que a las partes se reconoce en esta materia, a recoger la posibilidad de que entre las mismas se haya pactado un interés sobre dichas cantidades distinto del establecido con carácter tasado y predeterminado por

[350] Enmienda número 60 planteada en el Senado por D. José María Lafuente López (Grupo del Partido Popular), enmienda de adición al número IV (la tramitación parlamentaria detallada se recoge en DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 56 a 58, nota 48).

[351] Palacio del Senado, 3 de mayo de 1984.- José María Lafuente López. *BOCG*, Senado, II legislatura, Serie II, 11 de mayo de 1984, núm. 128 (c) págs. 75 y 76 (fuente: *loc. cit.).*

las disposiciones legales. Esta modificación se considera sustancial para un mejor funcionamiento del *sistema financiero*"[352].

A partir de aquí caben las siguientes reflexiones:

1. Si ya existía la práctica de la extensión del pacto del artículo 1108 CC al momento de ejecución de la sentencia y no hay duda de tal aplicación, ¿para qué otra ley?
2. Pudiera pensarse que después de la ley de 1980, se anuló la posibilidad del pacto quedando limitados los intereses procesales al legal incrementado en dos puntos. Pero entonces, no tiene sentido la mención, por quien propone la introducción de la posibilidad de pacto, al error de omisión que se cometió en 1980. Es decir, que quienes justifican la necesidad del pacto lo hacen en el sentido de que en 1980 ya se tenía que haber incluido en la ley. Por lo tanto su inclusión no deriva de esa ley sino que tiene una motivación anterior.
3. Una explicación razonable pudiera ser la consideración de que dos años antes, se había promulgado la Constitución de 1978. Es posible que se quisiera dotar de una suerte de apariencia reforzada de legalidad esa posibilidad de pacto privado, precisamente en terreno que, por principio, corresponde a las disposiciones de derecho público. Pero tal razonamiento solo cabe en un ambiente que no ha tenido la suficiente andadura constitucional para entender el verdadero alcance de sus instituciones.

3.3.4.- Comentarios a la nueva categoría de interés procesal

3.3.4.1.- Intentos de explicación del fundamento de los intereses procesales

La ley 77/80 que introdujo la categoría de interés procesal no tiene exposición de motivos, lo que ha generado dudas acerca de su fundamento. Esta confusión se refleja en las sentencias del TS y del TC que han intentado justificar tal concepto, sin llegar a una finalidad clara[353].

[352] *BOCG*, Congreso, II legislatura, Serie A, 30 de junio de 1984, núm. 30, pág. 320/139 (fuente: *loc. cit.)*.

[353] Con acierto De La Oliva Santos esgrime que infinidad de criterios anulan el propio principio, que en esencia, es el origen de algo, y no puede haber multitud de ellos para una misma institución (cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 34 a 36).

No obstante, puede inferirse de la jurisprudencia del TS sobre los intereses procesales del 921 *bis* LEC[354], que:

* nacen *ope legis*, lo que significa (i) que no es necesaria su petición en la demanda, y que (ii) tampoco es necesaria su expresa condena: no incurre en incongruencia la sentencia que en su fallo no los contiene, porque no nacen de la sentencia sino de la ley.

* son punitivos y sancionadores.

Como ejemplo de análisis, la STC de 22 de junio de 1993 (RTC 1993/206) ofrece una distinción entre los intereses moratorios del artículo 1108 y los procesales de la LEC, entendiendo que los primeros tienen una naturaleza indemnizatoria y los segundos pretenden compeler al cumplimiento de la sentencia evitando la especulación del deudor moroso y la tardanza en el pago de la cantidad debida. El TC atribuye una doble naturaleza al interés procesal: indemnizatoria en la parte que es interés legal y disuasoria en cuanto al recargo.

Compartimos la valoración que considera insuficientes y artificiales las finalidades que con posterioridad se han querido colegir, porque se trataba de que el moroso, en parte a modo de sanción, pagara un interés y ese efecto que se busca es previo a la causa, que quiere dotarse después[355]. Se va del efecto a la causa y no al revés, como sería lógico.

En la doctrina se defiende que el artículo 921 *bis* LEC está relacionado con la *mora solvendi* tratando de reforzar los mecanismos legales para exigir el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. En este caso, a través del cumplimiento de la sentencia. El artículo 921 *bis* LEC no es ajeno al 1108 CC, si bien es autónomo a él por sus dos notas distintivas: el interés moratorio procesal tiene un incremento de dos puntos y se basa en un fallo jurisdiccional[356].

La doctrina procesalista, erróneamente concibe como finalidad del art. 1108 CC el cumplimiento de la obligación[357]. Sobre esa premisa, entiende que los intereses procesales

[354] Entre otras, STS de 10 de abril de 1990 (RJ 1990/2715), de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2215), de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8139).

[355] Así, DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 23.

[356] *Ib.*, pág. 53.

[357] *Ib.*, pág. 54.

también persiguen ese cumplimiento, pero a través de la sentencia. Además, tanto el 1108 CC como el actual 576 LEC se refieren a unas deudas muy concretas: las pecuniarias. Por ello, ven los intereses procesales como una *continuidad* de los moratorios del 1108, pero en un momento cronológico posterior: se suceden tras la sentencia. Ya hemos visto que el art. 1108 CC está en sede de indemnización de daños y perjuicios, y esa es su naturaleza. Pero podemos compartir que unos y otros se utilizan con fines comunes (que son los resarcitorios, pero no son exclusivos porque los de la LEC, además, tienen un componente punitivo que se aprecia en el incremento de dos puntos sobre el interés legal) en diferentes momentos.

Frente a la tesis que defiende que el único fundamento de los intereses procesales es la disuasión de la interposición de recursos con el único ánimo dilatorio en la condena definitiva al pago[358], puede rebatirse que no tiene sentido que se apliquen entonces a los deudores que no recurren, y que no solo instancias posteriores engrosan la deuda, sino también la propia ejecución de una sentencia no recurrida.

3.3.4.2.- Carácter ex lege: intereses procesales vs. intereses de la mora ordinaria

El carácter *ex lege* de los intereses procesales implica dos cosas:

1) que no es necesaria su petición por el demandante[359], y

2) que no es tampoco necesario el pronunciamiento judicial de condena para que se devenguen[360].

Sin embargo, no compartimos que esa sea la diferencia con los intereses moratorios del artículo 1108 CC, porque también son intereses *ex lege*. Precisamente, su nacimiento fue un impacto en la evolución histórico-jurídica porque por primera vez nacían *ope legis* unos

[358] Cfr. MORALES MORALES, X.: "Supuestos de aplicabilidad del párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *La ley*, núm. 1, 1992, pág. 955.

[359] STS de 20 de junio de 1994 (RJ 1994/6026) y ATC de 2 de julio de 1986 (RTC 1986/572).

[360] Únicamente incurrirá el tribunal *ad quem* en incongruencia omisiva cuando revoque la sentencia recurrida y sí haya un *petitum* de intereses procesales. En ese caso el juez debe pronunciarse (cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 90).

intereses, que ya estaban cifrados. La diferencia es que no estamos ante los mismos cuerpos normativos, a pesar de que son leyes en ambos casos.

El Código Civil regula unos intereses en el ámbito sustantivo, en las relaciones entre particulares. Sin embargo, la ley procesal regula la administración de justicia por los órganos jurisdiccionales. Por ello, no puede tener el mismo alcance como tampoco tiene el mismo fundamento ni cuenta con los mismos mecanismos de tutela. Los intereses del 1108 también nacen por ley, pero la necesidad de su condena en sentencia implica el ejercicio de la tutela judicial efectiva para que se reconozca el derecho (si no estuviera amparado por una ley, no tendría una sentencia de condena). Sin embargo, los intereses procesales, nacen después de la sentencia y son una institución procesal.

Por lo tanto, al igual que todas las demás normas e instituciones procesales, se cumplen directamente porque la ley procesal así lo establece, sin necesidad de que se especifique en la sentencia. Y si no se cumpliera, se tramitaría el oportuno recurso pero específico para este tipo de materias, como puede ser un recurso extraordinario por infracción procesal, o de sufrir daños y perjuicios, estos se dirigirían contra la Administración de justicia, no contra la contraparte en el proceso principal (dejando a salvo que ese proceso principal sea también un pleito contra la Administración de justicia). Lo establecido en el Código Civil también tiene que cumplirse directamente, pero precisamente el poder judicial existe para que se cumpla coactivamente.

En nuestro caso concreto consideramos que el hecho de que los intereses moratorios del 1108 tengan que solicitarse expresamente responde al requisito de la mora del 1100 CC. Y para el supuesto de que ese requisito ya se haya cumplido con una reclamación extrajudicial -fehaciente-, entonces está claro que forma parte de la propia pretensión. El actor siempre se referirá a ella.

Compartimos la diferencia que supone la aplicación de oficio[361] de una norma, de la aplicación con sujeción al principio de justicia rogada y en general el mecanismo del recurso al poder judicial en defensa de los legítimos derechos e intereses de una parte. Pero esta distinción entronca con la naturaleza de institución privada o pública, y dentro de esta última en la regulación del proceso judicial. Esa es la verdadera diferencia. De aquí se

[361] El carácter de aplicación de oficio de los intereses moratorios ya fue puesto de manifiesto desde un inicio por el TS, en cuanto tuvo ocasión de interpretar el recién promulgado artículo 921 *bis* LEC: STS de 16 de octubre de 1984 (RJ 1984/4870).

deriva que una institución de derecho privado no puede sin más pasar a ser también de derecho público. Concretamente: una institución como son los intereses moratorios del 1108 y su posibilidad de pacto, que suponen un privilegio para el acreedor en la medida en la que no tiene que probar el daño ni cuantificarlo, no puede trasladarse tal cual al ámbito público procesal[362].

¿Es posible instaurar un privilegio procesal sin violar principios tan consagrados y básicos de nuestro proceso como son los de contradicción, derecho a utilizar los medios de defensa o de igualdad procesal de las partes?

El carácter *ex lege* de los intereses moratorios del 1108 podría manifestarse en el ámbito procesal a través del principio *iura novit curia*[363].

Sin embargo no es lo mismo el proceso declarativo que el ejecutivo: esa aplicación *ex lege* lo es en el proceso declarativo, no así en el ejecutivo. Por lo tanto, la ejecución de los intereses procesales en un proceso ejecutivo necesita la petición de parte[364]. De la misma forma que el artículo 1108 también es de aplicación *ex lege* y debe ser pedido en la demanda, el 921 al nacer posteriormente, su "demanda" es la ejecutiva.

La eliminación del brocardo *in illiquidis non fit mora* con la aparición de los intereses procesales para que no hubiera duda en la aplicación sucesiva con los moratorios ha sido propuesto en la doctrina, con base en la nueva trayectoria del TS[365].

Se puede sostener que la reclamación expresa de intereses moratorios realmente es un requisito de la mora: reclamar fehacientemente al deudor, lo cual puede realizarse extrajudicialmente. En ese caso, los intereses moratorios empezarían desde ese momento anterior a la demanda.

---

[362] El hecho de que el acreedor no tenga que probar el daño ni cuantificarlo, *ex* art. 1108 CC es calificado de privilegio por procesalistas (cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 69) y civilistas (*vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 590).

[363] Hace referencia a la obligatoriedad de los jueces de conocer el derecho, entre otras, la STC de 10 de diciembre de 1985 (RTC 1985/167).

[364] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 93 y ss.

[365]Cfr. LASARTE ALVAREZ, C.: *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses,* Tecnos, Madrid, 1995, págs. 21 y ss. y DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 110.

3.3.4.3.- Aspectos procesales

Se ha afirmado que los intereses procesales también se aplicaban en el *juicio ejecutivo*, puesto que aunque no es un proceso declarativo, es apto para cumplir con la finalidad del 921 *bis* LEC: el cumplimiento de la obligación a través del cumplimiento de la resolución de condena. La peculiaridad de este procedimiento radica en que el legislador quiso proteger al acreedor que contaba con un título cuya realidad no podía discutirse y debía atenderse la defensa de su crédito mediante una fórmula rápida y sumaria. En este caso, si en esos documentos que fundan la admisión de la tramitación vía juicio ejecutivo, consta un interés pactado superior al previsto en la LEC, ese debe aplicarse.

Al haberse suprimido ese proceso en la vigente LEC, entendemos que el razonamiento es el mismo para los *procedimientos ejecutivos*, que pueden iniciarse con títulos no judiciales. De hecho, los contratos a que se hacía referencia en la modificación de 1984, incluyendo el pacto privado, son los que han alcanzado valor de título ejecutivo (cfr. art. 517.2.5º LEC).

No hay duda de que los intereses procesales se aplican en el *procedimiento especial hipotecario*. Es uno de los supuestos más típicos de pacto de interés superior al procesal. Como acabamos de apuntar, el legislador de 1984 lo tuvo en cuenta y se mencionó de forma expresa en la tramitación parlamentaria de la Ley 34/84[366]. Recordemos que esa ley modificó la redacción de los intereses procesales, que ya existían desde 1980, en el sentido de incorporar la posibilidad de pacto en cuanto a la tasa de interés de los mismos. Esta consideración de supuesto típico confirma la hipótesis sostenida en este trabajo de investigación acerca de la importancia de las actuaciones de las entidades financieras en la determinación de los tipos de interés procesales y moratorios a través del pacto. Es más, parece que la reforma legal tuvo su justificación precisamente para alentar y amparar esta *praxis* bancaria.

La Ley Hipotecaria incluye expresamente en la modificación de su artículo 21 el devengo del interés legal incrementado en dos puntos desde que se dicte auto despachando ejecución por el impago de las cantidades de un copropietario moroso[367].

[366] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 137.

[367] Artículo 17 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

El hecho de que el interés procesal, valga la redundancia, sea una institución que se regule en la ley procesal, tiene sus consecuencias:

* se aplica directamente sobre las resoluciones;

* su incorrecta aplicación conllevaría la posibilidad de denunciarlo solamente en los recursos que permitan hacer alegaciones sobre el proceso;

* es una materia de orden público, y como tal, adoptada por el poder legislativo y que se refiere al poder judicial en cuanto norma a aplicar por ellos y cuyo fundamento es el constitucional de que se hagan cumplir las resoluciones.

Los intereses procesales deben solicitarse por el ejecutante en su demanda ejecutiva por respeto al principio de rogación, y el Juez de la ejecución debe liquidarlos en el propio auto despachando ejecución[368]. El razonamiento es que la liquidación de lo ilíquido tiene que ser siempre anterior al despacho porque si no, no se podría ejecutar. Y además se considera que la dificultad no estriba en el *dies a quo* sino en el *dies ad quem.* Estamos totalmente de acuerdo con este último postulado.

La LEC nada dice acerca de la liquidación de los intereses procesales por ello hay disparidad de criterios sobre el procedimiento a aplicar[369]. Estando en vigor la Ley de 1881, que es la que acogió la primera introducción de la regulación de los intereses procesales, se consideraba la utilización del incide de los artículos 928 y siguientes de la LEC, o bien el sistema general de cuantificación o liquidación de condenas ilíquidas (artículos 932 y ss. LEC) o incluso el procedimiento para la tasación de costas.

La ejecución de condena de cantidad líquida se produce *inaudita parte debitoris* (art. 921.I.LEC de 1881), lo que plantea la duda de si en la liquidación de los intereses procesales debe darse audiencia al ejecutado. Se ha sostenido que no[370]. Podría defenderse tal posición en la medida en la que aboga por una liquidación previa al despacho de ejecución y por lo tanto es difícil que sea susceptible de incurrir en los problemas apuntados en esta investigación, pero como no es imposible, no compartimos esa interpretación. Otra razón del rechazo a que los intereses procesales se liquiden en el auto

[368] *Vid.* DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op.cit.*, pág. 201.

[369] *Ib.*, pág. 201.

[370] *Ib.*, pág. 202.

que despacha ejecución es que no se señala por la ley ni su vencimiento ni su exigibilidad. Entendemos que esto sólo podría producirse en el momento del completo pago del principal. Quienes niegan la necesidad de audiencia al ejecutado para liquidar los intereses procesales, niegan la aplicación de cualquiera de los procedimientos que se plantean (928 o 932 LEC o tasación de costas): rechazan el de tasación de costas porque en ningún momento hace referencia a intereses; rechazan los otros dos porque se refieren a liquidación de cantidades ilíquidas[371], y el caso de los intereses procesales consideran que no se necesita un procedimiento de liquidación aparte porque se trata de una operación aritmética simple que no requiere de consideraciones ni fácticas ni jurídicas. Tal posición obvia la aplicación normativa que se sostiene en la presente investigación.

El *dies ad quem* del cómputo de los intereses procesales se entiende por la doctrina como problema porque, al no saberse en el momento de dictarse el auto despachando ejecución cuándo se pagará el principal, no se puede saber a ciencia cierta el importe definitivo de los intereses procesales, que además, pueden generarse *in aeternum*[372]. La opción de que el ejecutante inste un segundo proceso de ejecución, una vez que en el primero se haya satisfecho completamente el principal y por lo tanto puedan calcularse los intereses procesales, es desechada porque supondría una carga para el acreedor tener que comenzar otra vez otro proceso, con nuevos embargos y todo ello implicaría más tiempo de tramitación (incluso apunta la posibilidad de que el deudor haya desviado los bienes que tuviera) y también porque impediría una imputación a prorrata entre principal e intereses -aunque señala que defiende una imputación de pagos al principal en primer lugar y hasta su completo pago-. Se sostiene además que ese transcurso de tiempo implicaría la generación de intereses anatocísticos (1109 CC) sobre los procesales ya devengados e impagados.

Este segundo proceso de ejecución sería necesario porque en el auto de despacho del primero no se podría haber incluido la concreta cantidad definitiva por intereses procesales, lo cual no permitiría su ejecución en ese proceso. Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han planteado al menos *a* priori la necesidad de estos dos procesos de ejecución, sucesivos. Todo lo contrario, siempre han interpretado que los intereses procesales se debían ejecutar *simultáneamente* con el principal. Entendemos que esto no

[371] *Ib.*, pág. 204.

[372] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 206.

hace más que confirmar la iliquidez por intereses procesales, de la resolución que los devenga.

La doctrina advierte que no se puede cumplir el mandato legal de que los intereses procesales *se devengarán hasta que la sentencia sea totalmente ejecutada* mediante una ejecución simultánea de principal e intereses procesales. La hipótesis de realizar una ejecución provisional y otra definitiva considera que no sería admisible por esa imposibilidad de ejecutar lo no contenido en el auto de despacho[373]. Y a su vez, lo allí contenido debe ser líquido.

La segunda opción, consistiría en aplicar alguno de los supuestos previstos para el juicio ejecutivo, como son o bien la ampliación de demanda (1456 LEC de 1881) o la tramitación de un incidente a través de una demanda incidental (1457.I LEC de 1881). La diferencia entre ambas propuestas es considerable, porque en el primer caso habrían precluído todas las actuaciones anteriores, y en el segundo se volverían a practicar todas. La doctrina defiende la utilización de la primera hipótesis -exponiendo no obstante que tal artículo ha sido muy criticado incluso ha sido tildado de inconstitucional por no posibilitar al deudor alegar y probar[374]-. No ve obstáculo al hecho de que el ejecutado no pueda oponerse porque no es necesario al ser su tesis la liquidación de intereses procesales *inaudita parte debitoris*.

Hay una tercera opción, que es el uso de la práctica que luego se recogerá en la LEC del 2000: pedir en la propia demanda ejecutiva en la que se solicita el principal objeto de condena, un 30 por 100 para intereses y costas. Se defiende que en tal caso debiera exigírsele al acreedor-ejecutante una justificación de tal petición lo que conllevaría a una audiencia al deudor-ejecutado porque sería discutible tal baremación[375]. El actual artículo 575 de la LEC reconoce la posibilidad de que el ejecutado solicite provisionalmente en concepto de intereses y costas una cantidad no superior al 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

---

[373] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 207.

[374] Estas críticas, téngase en cuenta que versan sobre la aplicación originaria de esos artículos, ni siquiera sobre el proceso ejecutivo para el que se propone su aplicación (cfr. LECUMBERRI MARTÍ, E. y MARTÍN VILLA, P.: "Aspectos inconstitucionales de la ampliación de la ejecución despachada; el artículo 1456 de la LEC", en *Actualidad Aranzadi*, núm. 107, 1993, págs. 1 a 3).

[375] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 211.

Sin embargo, al menos teóricamente y en rigor de técnica jurídica, con esa práctica que posteriormente ha accedido al cuerpo normativo, no se puede conseguir una ejecución directa porque se conseguirá una liquidación, pero no un título ejecutivo que contenga esa liquidación. La sentencia de condena no es líquida en cuanto a intereses y costas. Veámoslo en el caso de las costas. La LEC prevé un procedimiento de tasación de costas, que es, la forma de hacerlas líquidas (arts. 241 a 246 LEC). Este procedimiento implica intervención y prueba por ambas partes. Ese propio procedimiento prevé su ejecución para el caso de que su pago no sea voluntario, por el procedimiento de apremio (art. 242 LEC).

La posición de utilización de una demanda de ampliación para los intereses procesales que se devenguen después del despacho, también ha sido predicado de las costas de ejecución[376]. Pero se expone en un tono de idea posible, carente de fundamentación jurídica porque se trata de utilizar una vía no prevista legalmente, por eso no puede sostenerse firmemente.

3.4.- Estado actual de la cuestión a partir de la LEC 1/2000: el artículo 576

El artículo 576 de la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, es el que actualmente regula la figura del interés procesal o ejecutorio o de la mora procesal, como el tipo de interés legal más dos puntos, salvo pacto de las partes o disposición especial de la ley.

No se mantiene ni en ese artículo ni en otro precepto de la LEC de 2000 el requisito contenido en 1881 de que las sentencias deban indicar no sólo el tipo sino el tiempo durante el cual se aplicará aquel, para que puedan ejecutarse.

Ya hemos visto que el artículo 1108 CC establece una reparación del daño por mora en las obligaciones pecuniarias de una forma *forfaitaria*[377]. Esto se explica por la doctrina por

[376] *Ib.*, pág. 212.

[377] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 41 y 43, calificación que toma de RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios…", *op. cit.*, pág. 755; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario…", *op. cit.*, pág. 62 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, págs. 581 y ss.

referencia a dos causas: 1) la dificultad de la prueba del daño y -con menos aceptación- 2) la productividad del dinero[378].

El requisito de la liquidez exigido jurisprudencialmente es el brocardo *in illiquidis non fit mora*. Fue duramente criticado por la doctrina porque suponía favorecer al moroso (situación que se evidenciaba más en una época de inflación, dilaciones procesales e inexistencia de intereses procesales). Si el Código Civil no había impuesto ese requisito, no se aceptaba su requerimiento jurisprudencial[379]. Este brocardo se mantuvo desde el siglo XIX hasta 1992, cuando el TS empieza a atemperar su aplicación para posteriormente romper con él abiertamente. Hoy día puede mantenerse que esa exigencia de liquidez ha quedado superada.

El TS siempre se ha manifestado a favor del deudor, por ello, introdujo este requisito de la liquidez, lo cual supuso alterar el concepto de mora. Desde el siglo XIX hasta el XX se ha mantenido esa tesis jurisprudencial. Concretamente hasta 1992. Es decir, que desde la aparición del 1108 CC el TS se ha pronunciado así. Podría decirse que ha sido el 1108 el que realmente alteró el concepto de mora. Ya hemos justificado que el concepto de interés moratorio apareció en la historia en el siglo XIX. Y que legalmente fue en el ámbito germánico también en torno a ese interés de demora cuando aparece el devengo *ex lege*, y con ello el sistema de indemnización en el retraso de las deudas pecuniarias consistente en el presupuesto del daño y de su cuantificación.

En la doctrina procesalista hay discusión acerca de los requisitos que debe cumplir el pacto de intereses moratorios: unos se inclinan por exigir que el pacto sea *ad hoc*, es decir, que no puede hacerse extensivo el eventual pacto establecido al amparo del 1108 CC o 316 CCom, mientras que es posible sostener tal ampliación sin necesidad de pacto diferente que especifique la categoría de intereses procesales.

A nuestro juicio, esa discusión doctrinal no lleva a ninguna parte puesto que lo realmente relevante es que, de una u otra forma, el interés de demora que se aplique (vía intereses procesales o vía intereses de demora ordinarios), cumpla con las exigencias de proporcionalidad, equidad y demás principios que se recogen en la presente investigación.

[378] Ruiz-Rico Ruiz cita a Goyena para explicar el carácter productivo del dinero. El razonamiento es que es evidente la pérdida que sufre el acreedor al no recibir a tiempo una suma de dinero que es suya y que pudo emplear como capital. La referencia a la palabra capital lleva ínsita la idea de su carácter fructífero (cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios…", *op. cit.*, págs. 756 a 759).

[379] Por todos, RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios…", *op. cit.*, págs. 802 y ss.

Por ello, una eventual supresión del art. 576 LEC no solucionaría el problema planteado objeto de estudio.

Todo lo expuesto en el epígrafe precedente sobre los intereses de demora procesal nacidos bajo la vigencia de la LEC de 1881, es trasladable a los intereses regulados actualmente por el artículo 576 LEC.

Tras este análisis procesal podemos decir que se observa una tendencia hacia la eliminación de procesos y trámites de forma que sea lo más directo posible el acceso a la ejecución de los créditos dinerarios, y la obtención de rentabilidad, lo que ha supuesto una merma en las posibilidades de audiencia y prueba por el deudor, en definitiva, del principio de contradicción y del uso de medios de defensa. No es inconstitucional en la medida en la que está dispuesto por una ley (el derecho constitucional consiste en la utilización de los medios que la ley prevea), pero sí lo es si choca frontalmente con otras instituciones jurídicas y no cabe una interpretación acorde con la Constitución. En este sentido, como expondremos en el capítulo tercero, la normativa europea y los criterios de interpretación y aplicación de la misma, dictados por el TJUE han originado modificaciones legislativas que han venido a paliar en cierta medida este tipo de disfuncionalidades, como el control de abusividad de las cláusulas establecidas en los contratos enjuiciados o en ejecución.

CAPITULO TERCERO.- EXÉGESIS DEL RÉGIMEN SOBRE DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA, EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO A TRAVÉS DE LA NORMATIVA BANCARIA SOBRE TRANSPARENCIA Y SERVICIOS DE RECLAMACIONES Y DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL DERECHO DE CONSUMO

I.- INTRODUCCIÓN

En el capítulo precedente se ha realizado un recorrido histórico de la normativa sobre los intereses, en el préstamo, y en el impago de deudas pecuniarias (indemnización de daños y perjuicios), al estar ambas instituciones estrechamente relacionadas como se ha puesto de relieve. El punto de llegada fue la regulación contenida en los códigos tanto civil como mercantil, -en el aspecto sustantivo-, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, -en el aspecto procesal- y como modalidad de interés (procesal o ejecutivo) más recientemente aparecido en la esfera jurídica.

En las páginas que siguen se realiza un análisis de la normativa aparecida desde entonces, agrupada en tres ámbitos. Su denominador común es el control del interés de demora bien directamente bien indirectamente en aras de una protección al usuario bancario y prestatario en nuestro objeto de estudio.

I.- La normativa que desde un punto de vista de contenido incide directamente en la tasa del interés de demora.

II.- La normativa bancaria de tutela del usuario bancario a través de las exigencias de transparencia a las entidades y la regulación de los servicios de reclamaciones.

III.- Las normas de consumo sobre abusividad como límite al interés de demora.

II.-EL PROBLEMA DE LA HIPERTROFIA NORMATIVA EN MATERIA DE DETERMINACION DEL TIPO DE INTERÉS DE DEMORA

La crisis financiera ha impulsado a las distintas instituciones nacionales, europeas e internacionales a hiperregular el mercado del crédito para intentar poner freno al estallido que se ha producido en el sector desde 2008[380]. En el caso concreto del interés de demora se ha seguido la misma corriente, originando una confusión y dificultad a la hora de determinar la normativa aplicable primero, y su ámbito después, dado el casuismo en el que se basa. En los siguientes apartados se analiza esta normativa dispersa.

2.1.- Normativa de crédito al consumo

La Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo[381]. Deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, de la misma forma que la Directiva de 2008 derogó la anterior normativa comunitaria que se ocupaba de la materia[382] (se consideró que las modificaciones serían de tal envergadura que era preferible dictar una nueva Directiva).

[380] PEINADO GRACIA, J. I.: "Riesgo sistémico, solvencia y riesgo moral. Incidencia en el derecho privado de los mercados financieros. Un apunte crítico" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 134, abril-junio 2014, pág. 11.

[381] LCEur 2008/799.

[382] Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (LCEur 1987/471).

Tal y como se explica en su exposición de motivos, la Ley 16/211 se aplica a aquellos contratos con forma de pago aplazado (mediante la concesión de un crédito, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación). La consideración de consumidores se circunscribe a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Se descartan por lo tanto las personas físicas, cualquiera que fuera el destino de los bienes o servicios adquiridos.

El objetivo que se persigue es la armonización a nivel comunitario de la información que puede recibir un consumidor en cualquier Estado miembro en materia de contratos con precio aplazado, especialmente sobre la forma de calcularla tasa anual equivalente. Se hace especial hincapié en esta información precontractual y para ello se ha dispuesto de un modelo normalizado en la propia Directiva. Estos mecanismos dotan de una mayor transparencia al sistema, permitiendo que las distintas ofertas puedan compararse y así fomentar la contratación transfronteriza.

Entre el contenido de lo que debe trasladarse al cliente bancario, se encuentra la advertencia de los riesgos en caso de impago o de endeudamiento excesivo, para que pueda comprender las repercusiones del contrato de crédito o préstamo en el contexto de su particular situación económica. Aquí se encuadraría la información sobre el interés de demora, cuya ausencia genera uno de los principales riesgos patrimoniales a que se enfrenta el deudor en caso de impago.

De acuerdo con lo que se sostiene en esta investigación, será difícil que se traslade al consumidor el verdadero alcance del régimen de mora, puesto que a nivel doctrinal y jurisprudencial está la cuestión en debate e incluso, en diversos ámbitos, prácticamente en situación de desconocimiento. Las concretas –y fatales para el cliente- consecuencias finales solo pueden conocerse desde el análisis de la situación del prestatario en la propia casuística. En concretos supuestos se llega al extremo de inaplicación por el banco del régimen de imputación de pagos correcto, lo que deberá advertir el consumidor para su mejor defensa; en otros, a una incorrecta interpretación del tipo aplicable si corresponde el tipo legal (al variar anualmente) o una posible compensación de daños y perjuicios a favor del prestatario, cuya cuantía varía según la (mala) *praxis* seguida en el proceso judicial de ejecución.

Analizando esta situación desde otro punto de vista, la fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente que contiene la propia normativa, tiene por finalidad definir de

forma clara y completa el coste total de un crédito para el consumidor y lograr que este porcentaje sea totalmente comparable en todos los Estados de la Unión Europea.

En el caso del interés de demora, es imposible determinar una cantidad concreta del coste total que supondrá. La advertencia tendrá que referir un contenido concreto, especificativo de la indigencia futura del cliente, y su tenor debería ser, tal y como está hoy redactada la normativa en la materia, inclusivo de un mensaje específico que ponga sobre aviso acerca de la circunstancia de que, en caso de impago, la cantidad a pagar por intereses de demora es ilimitada y está en continuo devengo incluso después de entablada cualquier reclamación judicial o proceso de ejecución.

Sin embargo, la intención del legislador es limitar el interés de demora en los créditos de consumo, controlando su propio tipo, al no entenderse violado el sacro principio de autonomía de la voluntad cuyo respeto se quiere mantener no sólo a nivel estatal sino comunitario. Ello es así porque se considera que el interés de demora, como veremos posteriormente en la normativa sobre transparencia, es una cláusula accesoria que no define el objeto principal del contrato ni su precio.

En la línea protectora que se ha fijado el legislador, establece en su artículo 20 un máximo en concepto de interés por descubierto en cuenta, que califica de descubierto tácito al entender que es una forma de crédito[383].

Este interés que se cobre por un descubierto tácito recogido en el apartado 4, es realmente un interés de demora, como se desprende del apartado d). Al no haber pactado las partes ningún crédito o préstamo, con los términos y condiciones propios del mismo, el interés que se aplica no es ordinario, retributivo o correspectivo sino de demora. El tipo máximo en este caso será el de 2,5 veces el interés legal del dinero. En el fondo, no atender el pago de una cantidad de dinero en su debido tiempo es un préstamo o crédito tácito reconocido legalmente. Esta idea, recogida como vemos en la Ley 16/2011, ya se exponía en el CCom de 1829 (art. 388).

[383] El art. 20 de la ley 16/2011 en sus apartados 3 y 4 dispone lo siguiente: "3. En caso de descubierto tácito importante que se prolongue durante un período superior a un mes, el prestamista informará al consumidor sin demora de los siguientes extremos: a) Del descubierto tácito. b) Del importe del descubierto tácito. c) Del tipo deudor. d) De las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables. 4. En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

2.2.- Normativa del Mercado Hipotecario tras las modificaciones operadas por Ley 1/2013

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, sobre medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, también denominada Ley Anti-desahucios, añadió un tercer párrafo al artículo 114 LH, estableciendo un límite máximo a la tasa por interés de demora en los créditos o préstamos para la adquisición de vivienda, consistente en tres veces el interés legal del dinero.

Esta limitación del tipo de interés, no atenta contra la libertad de pacto, porque opera en un ámbito que no es el del precio del contrato. Por ello precisamente es posible realizar un control de contenido sobre la tasa de interés de demora, para dilucidar su carácter abusivo en aplicación de la normativa de consumo; así lo ha realizado el propio Tribunal de Luxemburgo y posteriormente, en aplicación de tal doctrina, nuestro Tribunal Supremo[384].

El límite establecido por esta ley, consistente en un límite de la propia tasa del interés de demora, que no podrá exceder de tres veces el interés legal, tiene a su vez las siguientes limitaciones:

- solo se aplica a créditos o préstamos celebrados con consumidores,

- el objeto del crédito o préstamo debe ser la adquisición de la vivienda habitual,

- no tiene un límite temporal.

Además de lo anterior, la Ley 1/2013 modificó el párrafo segundo del artículo quinto de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario, incluyendo una previsión sobre la cuantía del principal que puede darse en préstamo para la adquisición de viviendas, limitado al 80 por 100 del valor de tasación del inmueble que se va a adquirir y que a su vez consiste en la garantía hipotecaria de la operación, tiene como finalidad salvaguardar al prestatario de la posible bajada de valor del inmueble, de forma que su nuevo precio, pueda seguir asegurando el principal. Es decir, se deja un margen de un 20 por 100 como posible fluctuación a la baja del valor de la vivienda.

[384] STJUE de 21 de enero de 2015 (TJUE 2015/4), por la que entiende que en el proceso tiene que permitirse una fase para controlar la posible abusividad de las cláusulas y la posterior STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), que fija la doctrina legal de entender abusiva una cláusula pactada con un consumidor en la que se establezca como interés de demora superior a dos puntos porcentuales respecto del interés retributivo.

La ejecución de la hipoteca, en su caso, opera cuando se produce un incumplimiento, que en los préstamos ocurre al producirse el impago de las cuotas. Este incumplimiento, es el que activa a su vez, la situación de mora y del devengo de intereses moratorios. No obstante, no se ha tenido en cuenta en ningún momento, que el importe de estos intereses pueda suponer elevadas cantidades de imposible pago por el cliente, lo cual extraña en el contexto actual de crisis, proclive a tales situaciones que deberían atenderse normativamente. Tampoco se ha considerado que deberá satisfacer el prestatario esos intereses como efecto del funcionamiento de la cláusula de vencimiento anticipado; en todo caso, el banco habrá de advertirlo en la póliza.

2.3.- Límite cuantitativo al interés de demora fijado como doctrina jurisprudencial por STS de 22 de abril de 2015

La STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), fija la siguiente doctrina legal:

> 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.

A través del mecanismo del control de abusividad, el TS llega a la fijación de un límite cuantitativo a la tasa por interés de demora en los préstamos celebrados con consumidores sin garantía hipotecaria. El objetivo del Supremo es determinar qué se entiende como cláusula abusiva en materia de interés de demora y lo hace estableciendo un tope de puntos porcentuales que se pueden añadir al interés remuneratorio. Superarlo convierte a la cláusula en abusiva.

El criterio material adoptado es el mismo que el fijado por el artículo 576 LEC para establecer los intereses procesales en ausencia de pacto: adiciona dos puntos al interés legal.

Realmente, el TS está dejando a salvo la plena libertad de las partes para fijar el interés remuneratorio. Siguiendo las pautas de las cláusulas que pueden someterse al control de contenido, respeta la autonomía de la voluntad aplicando el principio de libre fijación del precio, y entra a analizar la cláusula que fija el interés de demora porque no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. El TS

considera que se ha fijado en el caso de autos una indemnización desproporcionadamente alta en perjuicio del consumidor, por lo que la cláusula es nula por abusiva.

El efecto de la nulidad, según la última línea seguida por el TJUE es la eliminación de la cláusula que haya sido considerada abusiva. No cabe su integración. No cabe que el juez entre a reducir su contenido ni a moderarlo. Solo cabe la no aplicación de esa cláusula. Hay una excepción, que sería si la eliminación de esa cláusula supone un perjuicio para el consumidor, pero nunca ocurrirá en el caso de las que fijen el interés de demora.

Llegados a este punto, es y ha sido discutida la materialización del *iter* seguido por el TS y aplicado al caso concreto. Una vez declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, falla que "se elimine el incremento de diez puntos porcentuales que supone dicho interés de demora, y se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado".

Hay quienes sostienen que la eliminación de la cláusula de intereses de demora implica la eliminación de su concepto en ese contrato y por lo tanto no cabe el pago de ningún interés, ni siquiera el remuneratorio[385]. Se ha defendido que la eliminación de una cláusula como abusiva, y concretamente la relativa al interés moratorio, no puede suponer ni siquiera la aplicación del derecho supletorio, dispositivo del art. 1108 CC[386]. En primer lugar, porque el objetivo de tal sanción así entendida por el TJUE tiene el objetivo de disuadir a los empresarios de incluir cláusulas abusivas por intereses de demora en sus contratos, lo que no se conseguirá si tienen la seguridad de que en el peor de los casos recibirán el interés legal. En segundo lugar, porque entiende que el propio supuesto de la norma al aplicarse el interés legal se circunscribe a la inexistencia de pacto, y no a la eliminación del mismo por haberse declarado nulo como consecuencia de su carácter abusivo. Lo contrario supondría moderar el tipo de interés, no por el juez, sino por la propia ley, lo que supondría un fraude. Por ello, concluye que no debe aplicarse ningún

[385] Así se defiende en MARIÑO PARDO, F.: *Los intereses de demora y sus límites: la ley de represión de la usura, la legislación sobre cláusulas abusivas y la Ley1/2013 de protección de los deudores hipotecarios. Los efectos de la declaración del interés de demora como abusivo y la Sentencia TJUE de 21 de enero de 2015*, publicado el 10 de febrero de 2015 en IURIS PRUDENTE, disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/02/los-intereses-de-demora-y-sus-limites.html, última consulta:11-06-2015.

[386] ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: "La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, octubre-diciembre 2013, págs. 156 y ss.

tipo de interés en el caso de mora de un contrato cuya cláusula por intereses moratorios haya sido declarada nula[387].

Tal extremo no es defendible, porque la eliminación del pacto implica que debe actuarse como si nunca hubiera existido, y la propia ley prevé y regula la situación en la que no haya pacto por interés de demora: en la fase extrajudicial debe aplicarse el interés legal (1108 CC) y en la fase judicial, el interés legal incrementado en dos puntos (576 LEC).

Eliminar la cláusula de interés de demora por nula en un contrato, aun sujeto a condiciones generales, no alcanza a la eliminación del sistema de determinación del interés de demora dentro de los parámetros que establece el propio ordenamiento jurídico.

No se está reintegrando el contrato al aplicar tales preceptos. No se está sustituyendo el pacto por la disposición legal. Se está aplicando el supuesto previsto legalmente para el caso de que no haya pacto. Si la ley no lo hubiera previsto, entonces esa sería la consecuencia de la eliminación de la cláusula abusiva. Pero no es el caso. El legislador quiso que se devengaran intereses de demora: con o sin pacto.

2.4.- Otra normativa que determina una tasa concreta de interés de demora

La antedicha sentencia del Supremo de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), además del Código Civil, la Ley de Crédito al Consumo, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, utilizó también como referencia a la hora de establecer un límite a los intereses de demora en los contratos de préstamo celebrados con consumidores, normativa que, si bien materialmente regula otros sectores, establece tasas concretas como límites al interés de demora en el orden civil y mercantil. Es el caso de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro. Por ello, en el presente epígrafe se recoge una mención a ambas normativas así como a la Ley 57/1968

[387]Se sostiene que el sector financiero verá fuertemente alteradas sus arcas ante la no percepción de ningún tipo de interés, lo cual debe matizarse y minorarse en el sentido de que por una parte, el contrato prevé como ordinario el cobro del interés retributivo, no el de demora, y por otra, que el impago de la cantidad restante, por aplicación de la normativa contable, se habrá registrado como una insolvencia de forma que todos los ingresos que se reciban, realmente serán beneficios extraordinarios. La posible insolvencia o impago del deudor ya habrá sido estudiada antes de la concesión del préstamo (*loc. cit).*

sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que también establece un tipo concreto de interés de demora.

Cada una de las tres leyes que a continuación se analizan, tienen además su particular conexión con la materia de estudio, como se expone en cada subepígrafe.

2.4.1.-Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

Por medio de esta ley se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000 (LCEur 2000/2084), por la que se establecen medidas de lucha contra le morosidad en las operaciones comerciales.

La opción que ha elegido nuestro legislador ha sido la de elaborar una ley especial, en vez de reformar los artículos ya vigentes relacionados con los aspectos tratados por la Directiva, como hubiera sido la reforma de los artículos 1100 y 1108 CC, artículo 63 CCom y la LCGC. Algún autor sostiene que hubiera sido mejor utilizar esa otra opción[388], como así lo ha hecho algún otro país comunitario (tal es el caso de los legisladores alemán y austriaco). Sin embargo, la mayoría de los Estados han recurrido a la elaboración de una ley especial para incorporar a su derecho nacional la Directiva.

Esa incidencia en la regulación general que contienen los Códigos, aplicables en nuestra materia, hace conectar esta norma con la presente investigación. Pero no resultaría aplicable en la medida en la que en el sector bancario no se necesitará recurrir a lo dispuesto en la norma al haber un pacto que lo regula. La mayor conexión está encubierta y la descubrimos a través de una de las críticas negativas que se ha hecho a esta normativa: su cumplimiento implicaría un trato de favor a las entidades bancarias, que verían reducida su competencia porque desaparecería o disminuiría ese crédito entre empresas, creando unos mayores costes a quienes tengan que recurrir a él[389].

[388] La transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/35/CE mediante la reforma de las normas ya vigentes es defendida en IÑIGUEZ ORTEGA, P.: *Aspectos materiales de la morosidad en las operaciones comerciales: especial referencia a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre*, disponible en http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual, última consulta: 04-02-2014.

[389] Cfr. ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: "La ley contra la morosidad comercial", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, julio 2004, págs. 10 y 11.

La doctrina ve la Directiva 2000/35/CE como una novedad tanto a nivel comunitario como de derecho nacional, porque es la primera vez que una norma se ocupa de establecer reglas de protección entre empresarios en sus relaciones comerciales, si bien limitado a dos tipos de cláusulas: el aplazamiento de pago y el interés de demora[390]. Esto supone un avance en la brecha que se está abriendo en la libertad de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, como hemos visto en el capítulo segundo, el interés de demora nació limitado lo que demuestra que en esta materia la libertad contractual ya se vio demarcada y está tendiendo otra vez hacia ese control normativo.

Esta normativa se dictó para disminuir los amplios plazos de pago observados en la práctica de las empresas, así como para fomentar el cumplimiento de los mismos, tal y como se manifiesta en su exposición de motivos. Para ello establece una serie de medidas sustantivas consistentes en:

- la fijación de 60 días como plazo máximo de pago o vencimiento de las deudas comerciales (art. 4);

- el establecimiento de un plazo de exigibilidad de intereses de demora, -6 meses, según dispone el art. 7-, de forma que si nada se hubiera pactado, se devengan por imperativo legal (art. 5);

- determinar su devengo automático, sin necesidad de requisitos formales o sustantivos (art. 5);

- señalar el tipo de interés de demora, en defecto de pacto, que consistirá en adicionar 8 puntos porcentuales al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación antes del primer día del semestre natural de que se trate (art. 7);

- recoger el derecho del acreedor para reclamar al deudor una indemnización por los costes del cobro (art. 8).

---

[390] Así, ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 103, julio-septiembre 2006, págs. 211 a 220, en cuya opinión es plausible que el legislador español haya suprimido el adverbio "manifiestamente" para referirse al abuso que trata de combatir, porque incluye el de cualquier tipo, sin necesidad de que alcance esa magnitud.

Esta ley tiene un ámbito de aplicación comercial: regirá para los pagos entre empresas o entre estas y la Administración. Quedan excluidas por lo tanto las relaciones con consumidores o con agentes que no operen en su esfera comercial o profesional. Pero, en todo caso, parece clara la intención de defensa del crédito del acreedor, al recogerse en el artículo 9 una definición de cláusulas abusivas que entiende por tales las que se pacten *en perjuicio del acreedor*, o *si sirven principalmente para proporcionar al deudor liquidez adicional a expensas del acreedor.*

Para Albiez las normas establecidas en la Ley 3/2004 son de carácter dispositivo. Sin embargo, deben evitar un *contenido abusivo en perjuicio del acreedor*. Es decir, no toda desviación está amparada por la norma, sino que debe estar justificada. Alfaro por el contrario defiende que en realidad estamos ante normas imperativas, porque los contratantes pueden apartarse del régimen legal, pero hasta un cierto límite[391]. En realidad, ambas posturas coinciden, pero contemplan la ley desde diferente perspectiva. En el fondo, el contenido imperativo de la regla dispuesta estriba solo en el límite impuesto.

El juez, sin embargo, no tiene unos parámetros claros para determinar cuándo una cláusula debe ser nula[392]. La ley establece que deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso, los usos bancarios (que con frecuencia son abusivos), la naturaleza del producto o servicio y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales. Esta última consideración, relativa a la existencia de garantías adicionales por parte del deudor, parece especialmente importante porque si existen garantías, el riesgo del acreedor es menor y esto debe tener un impacto en las cláusulas que las establezcan de cara a evitar una doble imposición en el sentido de exigir doblemente un esfuerzo en atención al riesgo que supone un pago diferido. Tal sería el caso de exigir en un préstamo con garantía hipotecaria, fianza (garantía personal), una segunda hipoteca o cualquier otro tipo de garantía adicional.

Sin embargo, conecta la forma de proceder de la Directiva 2000/35/CE con la regulación comunitaria de las cláusulas abusivas en las relaciones con consumidores, en cuyo régimen la presencia de las mismas en los contratos se sancionan con la nulidad[393]. La ley especial

[391] Así ALBIEZ DOHRMAN, K. J.: "El control…", *op. cit.*, pág. 226.

[392] *Ib.*, pág. 229.

[393] ALBIEZ DOHRMAN, K.J.: "El control…", *op. cit*, pág. 212.

3/2004 va más allá de la Directiva que traspone, porque combina elementos de la misma y elementos propios de la regulación de las cláusulas abusivas.

Esta combinación supone profundizar en el mandato genérico que proviene del derecho comunitario. Sin embargo, el control material de la ley se limita a dos tipos de cláusulas: las relativas al aplazamiento de pago y al establecimiento de intereses de demora[394]. El contenido abusivo en perjuicio del acreedor que proclama el artículo 9 de la Ley 3/2004, puede deberse a una falta de transparencia, en consonancia con la regulación de la LCGC[395]. De esta forma se puede interpretar dicho artículo 9 a la luz de la LCGC, incluyendo la falta de transparencia como criterio para detectar un abuso en perjuicio del acreedor.

Pero en el ámbito mercantil, como en otros de la contratación privada y también pública, es posible e incluso frecuente que la figura del acreedor sea la parte *débil* de la relación. Piénsese en el caso de una empresa subcontratada, que depende de los pagos que le haga el contratista principal. O bien una empresa que contrata con la Administración y está sujeta a retrasos en el cobro de sus créditos -frecuente en dicho sector-, por motivos que no le son imputables.

El tipo de demora que fija la ley, por una parte suena elevado porque supone adicionar ocho puntos porcentuales, si bien se aplican sobre el tipo de interés que haya aplicado el BCE -que será inferior al de mercado utilizado por ejemplo por las entidades bancarias- y tienen un límite temporal: seis meses. La ley no determina qué sucede tras el transcurso de dicho plazo de seis meses. Puede interpretarse que después de esos seis meses se siguen devengando intereses de demora pero actualizados al nuevo tipo de referencia del BCE en ese semestre, o que tras ese período se aplican las reglas ordinarias (se aplicará el interés legal del dinero como interés de demora, según el art. 1108 CC, porque si hubiera pacto, a él se atenderá) y siempre que el escenario no sea el judicial. En ese caso, habrá que estar a lo dispuesto por la ley procesal[396].

[394] Albiez considera que el control establecido por la Ley 3/2004 no sólo debe entenderse referido a las cláusulas de aplazamiento de pago e interés de demora, sino que se extiende también a aquellas cláusulas que tengan conexión con aquellas. Estas cláusulas estarán también sujetas al filtro del artículo 9 de dicha ley, en lugar de estar sujetas a los límites del Derecho común (*ib.*, pág. 220).

[395] *Ib.*, pág. 222, nota 24.

[396] La tradicional discusión en cuanto a la relación de compatibilidad o de exclusión que pueda existir entre los tipos fijados en los artículos 1108 CC y 576 LEC se ha visto incrementada con la aparición de la Ley

Como críticas negativas a esta ley, cabe dudar de que lo previsto en el artículo 9 vaya a ser utilizado en la práctica, porque actuaciones de denuncia pueden deteriorar una relación comercial, siendo más probable que las empresas busquen otras soluciones[397]. En el mismo sentido puede sostenerse que no es razonable para un acreedor acudir a los tribunales para reclamar unos intereses de demora que la ley le garantiza, si no tiene seguridad sobre la decisión judicial de nulidad de una cláusula por él asumida que transgrede esa norma[398].

Hay diversas razones (financieras, comerciales o de tesorería) para el aplazamiento de pago que justifiquen su desviación de la norma[399]. El establecimiento de unos plazos legales y un interés de demora no es positivo porque hay mucha disparidad entre Estados sobre las prácticas comerciales y el sentido de la existencia unos plazos diferentes y prolongados no se debe tanto a cuestiones de abuso de poder cuanto a mecanismos privados de salvaguarda de los derechos de las partes[400].

Consideramos que ante todo, y siguiendo el criterio de la doctrina dominante que ha tratado las cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios (el cliente siempre es un usuario de servicios respecto al banco[401]) hay que estar a las leyes del mercado, y los jueces no pueden ser jueces del mercado[402]. El propio mercado, como oportunamente se ha

---

3/2004, que establece tipos de demora que han sido considerados tipos especiales previstos en la ley procesal, y por lo tanto aplicables con preferencia, pero no es pacífica esta posición (*vid.* PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad…, op. cit.,* págs. 230 y ss.).

[397] ALBIEZ DOHRMAN, K. J.: "El control…", *op. cit.*, págs. 213 y 214.

[398] *Ib.*, nota 7 (página 214).

[399] ALBIEZ DOHRMAN, K. J.: "El control…", *op. cit.*, pág. 219.

[400] La negativa al pago es un mecanismo para rechazar una prestación hasta que se cumpla correctamente y correlativamente un incentivo para ese cumplimiento. Arruñada compara esta tutela con la que ejercería un juez de primera instancia, de forma que sin recurrir expresamente a los tribunales, las mercantiles actuarían en la misma dirección para salvaguardar sus intereses en el cumplimiento correcto de los contratos. Para un mayor detalle sobre la necesidad de establecer distintos plazos de pago según la naturaleza de la prestación y el tiempo requerido para comprobar su adecuación a lo pactado, *vid.* ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: "La ley…", *op. cit.*, págs. 6 a 8.

[401]La preocupación por el cuidar al cliente financiero en su dimensión de consumidor, se reveló como una nueva fase para superar la crisis que se desencadenó en 2008 (cfr. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Nuevo modelo de relación banco-cliente,* publicado el 25-01-2013, disponible en http://www.rdmf.es/2013/01/25/nuevo-modelo-de-relacion-banco-cliente/, última consulta: 01-06-2015).

[402] Cfr. ALBIEZ DOHRMAN, K. J.: "El control*…", op. cit.*, pág. 231, nota 41. Para Arruñada, el mercado tiene sus propios mecanismos, el principal la propia competencia, porque si un operador quiere realizar transacciones recurrentes y mantener relaciones comerciales, se cuidará de no trampear ni abusar (ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales,* Marcial Pons-Instituto de Estudios del Libre Comercio, Madrid, 1999, págs. 7 a 9).

advertido, tiene un funcionamiento protector del consumidor a través de los mecanismos propios de la competencia[403].

Sin embargo, en el ámbito judicial se mantiene la tesis contraria. Así, el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088), haciéndose eco de lo ya expresado en la STS de 1 de julio de 2010 (RJ 2010/6554), sostiene que las reglas del mercado no son suficientes por sí mismas para conseguir la inaplicación definitiva de las cláusulas abusivas. Por esta razón, el control de oficio de las mismas por los jueces, es un *medio idóneo* para que el consumidor no se vea vinculado por una cláusula abusiva y para conseguir un efecto disuasorio del uso de tales cláusulas.

Otra de las funciones que cumple el aplazamiento de pago entre empresas es el aprovechamiento de ventajas comparativas de índole financiero (es el crédito comercial), que evita tener que acudir al crédito bancario, más costoso[404]. En este sentido se ha llegado a concluir que estamos ante una "mala solución para un falso problema", porque se ha partido de un erróneo diagnóstico de la realidad al no tener en cuenta esas funciones del aplazamiento entre empresas[405].

El verdadero problema de las empresas a que se refiere el ámbito aplicativo de la Ley de morosidad es por naturaleza distinto del padecido por los clientes, cuando se trata de préstamos o créditos bancarios; problema que no está apareciendo en la fase de contratación. No es la principal cuestión que urja atender la que se refiere a la conveniencia de incidir en las cláusulas sobre aplazamiento e intereses de demora sino que la dificultad mayor proviene de las prácticas bancarias en materia de cobro (al menos en España) de los intereses moratorios, dificultad que se residencia naturalmente y cuya problemática radica en la fase de ejecución procesal.

La situación del deudor en mora, en el caso de las empresas, se agrava extraordinariamente debido a la incompetencia y baja productividad de los juzgados y también tiene su fuente de agravación en las deficiencias del derecho procesal, que hace que deudores se

[403] *Vid.* ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Cláusulas abusivas, predispuestas y condiciones generales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, páginas 53 a 70.

[404] Ya hemos apuntado la crítica negativa del efecto que produciría esta norma al desplazar el crédito comercial en favor del crédito bancario (*vid. supra* nota 389).

[405] Cfr. ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: *La directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Marcial Pons-Instituto de Estudios del Libre Comercio, Madrid, 1999, págs. 7 y 8.

comporten de forma oportunista pero eso no puede justificar *cargar a todos los contratantes con obligaciones que, de ser útiles, ya hubieran introducido por sí mismos en los contratos*, lo que además es constatable por el hecho de que la normativa anterior ya preveía unos intereses de demora, y en la práctica no se reclamaban[406].

A nivel europeo, si la *ratio decidenci* es la consideración de que los clientes tienen un poder de mercado para imponer plazos largos y evitar que se les impongan intereses de demora, la solución vendría por normativa en materia de derecho de la competencia[407].

En nuestro objeto de estudio, las entidades habrán previsto un interés de demora en sus contratos, por lo que no será de aplicación esta normativa, que viene a colmar la ausencia de pacto. No es una normativa la de morosidad pensada para el ámbito bancario en el que rige la modalidad de contratos de adhesión revisados por sus respectivos departamentos jurídicos. Esta norma, por lo demás, no se refiere a intereses procesales, porque opera en el ámbito extrajudicial.

2.4.2.- La ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro

La ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro, es el paradigma de ley especial que establece un tipo concreto de interés de demora. La técnica no es por tanto la de fijar un límite al mismo, sino la de determinarlo exactamente.

Su artículo 20 versa sobre la indemnización de daños y perjuicios por mora del asegurador en el cumplimiento de la prestación. Es significativo que utilice la misma técnica que la del Código Civil en su artículo 1108 CC, al tildarlo de daños y perjuicios por mora. En su regla cuarta fija el tipo concreto en el 20 por 100 anual transcurridos dos años desde la producción del siniestro[408].

[406] *Ib.*, págs. 7 y 8 y ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: "La ley…, *op. cit.*, págs. 10 y 11.

[407] ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: *La directiva…, op. cit.,* págs. 22 a 28.

[408] La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

Este precepto abarca tanto la fase prejudicial como la posterior al dictado de la sentencia. Es una excepción tanto al artículo 1108 CC como al actual 576 LEC[409].

La razón de ser de este precepto es la salvaguarda del beneficiario de la indemnización que deba pagar una compañía de seguros. En este caso, la fijación de este interés sirve de acicate para que no se demore el pago.

En este supuesto, el obligado al pago del interés de demora está en superioridad en relación al beneficiario, por lo que el legislador ha establecido una tasa elevadísima[410] en la que no incurrirá como efecto disuasorio que supone y ante la posibilidad de atender el pago por parte de las compañías aseguradoras.

2.4.3.- Ley 57/1968 sobre cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas

La Ley 57/68, de 27 de julio, regula la percepción de cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas. Se dictó como forma de erradicar los abusos que se cometían en este sector, consistentes en solicitar a los adquirentes de futuras viviendas el pago de anticipos que posteriormente perdían por no recibir ni el inmueble ni el reembolso del dinero entregado.

Nos encontramos ante un supuesto que es la cruz de la moneda que analizamos: es al adquirente (prestatario en la relación de financiación de la operación) en cuyo favor se reconoce el interés de demora como acicate de la contraparte para que cumpla su obligación de entrega. En este caso, la contraparte no es la entidad bancaria sino el vendedor del inmueble a adquirir. Es muy probable que el adquirente haya solicitado un préstamo para el pago de esas cantidades anticipadas. En supuesto fatal que prevé la norma, si el vendedor debe restituir la cantidad que se le ha entregado, incrementada en el

[409] Cfr. VEGAS TORRES, J.: "De la ejecución dineraria: disposiciones generales", en DE LA OLIVA SANTOS, A. *et al*: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, Madrid, 2001, pág. 996.

[410] No obstante, puede entenderse que la tasa del 20%, fue fijada en una época en la que concurrían dos circunstancias que la podían justificar entendiéndose como normal: i) por una parte, tal y como hemos visto en el capítulo I, en 1980 España se encontraba en una coyuntura económica de elevada inflación y crisis económica, alcanzando los tipos de interés niveles similares, ii) por otra parte, en 1980, la norma que fijaba los tipos de interés por mora con carácter general, el CC, todavía establecía un tipo fijo (es en 1984 cuando se produce el cambio a la referencia al tipo variable que supone el interés legal).

porcentaje fijado legalmente, es dudoso que cubra todo el tipo de interés que haya tenido que satisfacer el adquirente a su entidad, pero la norma ha buscado una mayor adecuación que la que proporcionaba el artículo 1108 CC en la redacción vigente en la época en la que se dictó la norma (recordemos, un 4 por 100). No obstante, la evolución de la redacción del CC no ha sido acompañada por la modificación de normas como esta que, sectorialmente, reproducían el esquema del CC.

El interés de mora que disciplina la ley 57/68 trata de indemnizar específicamente a los acreedores de este sector; su artículo primero obliga a que por una parte, se garantice la devolución de esos importes mediante el oportuno seguro, y por otra, se pague un interés del 6 por 100 para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

El ámbito de aplicación de esta normativa, se circunscribe a la construcción de viviendas, por lo que quienes están obligados al pago de ese interés legalmente establecido son las personas descritas en su artículo primero[411].

Su presupuesto es el de la total o práctica inexistencia de la vivienda, como reiteradamente han venido reconociendo nuestros Tribunales (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 junio 1986 [RJ 1986\3298]), "(…) La inaplicabilidad del párrafo primero del artículo tercero se patentiza ante todo en la inexistencia del supuesto que contempla ya que, atendiendo a la situación existente a finales del mes de mayo de mil novecientos ochenta y uno no puede afirmarse que se alcanzase el tal supuesto del precepto de no entrega de la vivienda, que, en el caso, construida en su totalidad, se hallaba falta de los detalles considerados y evaluados. *El supuesto de la ley es el de la total o práctica inexistencia de la vivienda, (...)"*.

Por último, cabe destacar que la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) mencionando expresamente la ley 57/1968, regula que dicha ley y sus disposiciones complementarias se seguirán aplicando con las siguientes modificaciones (entre ellas): *"la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero,*

[411] Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, son los deudores según el ámbito subjetivo de la ley 57/68.

vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución". Puede entenderse que ha modificado la antedicha Ley 57/1968 en el sentido de suprimir la exigencia del tipo del 6 por ciento por el del interés legal.

Realmente, este cambio tiene sentido si lo conectamos con la evolución jurídica que ha supuesto la regulación del interés de demora, contemplada en el capítulo segundo. Nuestro Código Civil, en su artículo 1108 estableció en un primer momento un tipo de interés legal fijo, y expresamente disponía que fuera el 6 por 100. Esto se mantuvo hasta la Ley de 2 de agosto de 1899, que fijó el interés legal en el 5 por 100. Por Ley de 7 de octubre de 1939, se redujo hasta el 4 por 100. Esta última norma es la que estaba en vigor cuando se promulgó la ley que ahora comentamos.

El tipo concreto establecido del 6 por 100 puede verse como vestigio del interés legal que originariamente fijó el Código Civil, o como una adición en 2 puntos del interés legal vigente entonces. Pero en todo caso guarda relación con el tipo de interés *indemnizatorio o compensatorio de la indisponibilidad del dinero,* concepto común al interés retributivo o contractual y al moratorio previsto para el caso de incumplimiento. También guarda este tipo relación con la concepción estática que del mismo se plasmaba en el Código: un tipo fijo, con una tasa del 6 por ciento (entendida de la forma expuesta)[412].

III.- TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO: NORMATIVA BANCARIA SOBRE TRANSPARENCIA Y SERVICIOS DE RECLAMACIONES A SU DISPOSICIÓN

Nuestro Código de 1885 ha defendido la posición del deudor en la contratación y en el derecho de obligaciones -*favor debitoris;* art. 57 CCom-, cuya aplicación en nuestra sociedad actual ha sido discutida sobre la base de que hoy día no hay parte débil a quien proteger porque el crédito, en la época de la codificación, se utilizaba para atender las necesidades más básicas, sin embargo hoy día la parte deudora está formada por empresas

[412] La LOE, al disponer que el interés que se aplica es el legal, viene a su vez a plasmar el concepto de interés legal vigente en ese momento (año de 1999): un interés legal fijo. la Ley de 29 de junio de 1984 instauró el nuevo sistema según el cual el tipo es el que anualmente fija la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

que no necesitan de esa protección especial[413]. Tal afirmación no es cierta en materia de contratación bancaria, en la que partimos de la existencia de una clara asimetría en materia informativa a favor de las entidades financieras como profesionales expertos en el sector. El legislador ha tratado de menguar esta diferencia a través de la obligación de informar y operar con transparencia, como medios para tutelar al cliente y usuario bancario[414].

3.1.- Algunos antecedentes normativos

La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, fue la que introdujo en nuestro ordenamiento el principio de la "defensa de la clientela", que suponía una especial protección en el ámbito precontractual y contractual, más allá de la solvencia y liquidez que ya proporcionaba cualquier entidad[415]. A partir de entonces se sucedieron una serie de iniciativas legislativas dirigidas a velar por la transparencia en la información que recibía el cliente y su protección con respecto a los servicios bancarios.

En desarrollo de dicha ley y al amparo de la habilitación que realizaba al ministro de Economía y Hacienda, se dictó la 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. A su vez, esta orden facultaba al Banco de España para dictar las normas precisas para su desarrollo y ejecución, lo que se materializó en la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

---

[413] La defensa de esta posición se basa en las palabras que el propio Ihering formuló sobre la necesidad de que se cumpla el derecho y se defienda el crédito del acreedor (IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, traducción española de POSADA, A., Civitas, Madrid, 1985, págs. 125 y 131) sirviendo tal manifestación para poner en discusión tal principio del *favor debitoris* (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, págs. 37 y 38).

[414] De la misma forma que en el capítulo I nos referíamos a la confianza como base del sistema financiero y no como mera exigencia ética, la transparencia en materia de contratación se entiende que no es exclusiva del Derecho de Consumo, porque en primer lugar, y desde una vertiente económica, permite la eficiencia del mercado (cfr. GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: "Normas de transparencia en la contratación bancaria", en NIETO CAROL, U. (dir.): *Estudios de Derecho judicial: crédito y protección del consumidor*, núm. 3, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 343).

[415] SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Nueva Orden de tutela de la clientela bancaria*, publicado el 03-11-2011, disponible en http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/11/nueva-orden-de-tutela-de-la-clientela.html, última consulta: 11-06-2015.

Cabe destacar que estas normas ya regulaban aspectos de la fase precontractual, donde imponían ese deber de información para que se pudiera realizar una contratación acorde a Derecho.

Estas disposiciones han constituido el marco regulador básico de las entidades de crédito en su relación con la clientela, hasta que la evolución legislativa puso de manifiesto la obsolescencia de la normativa general de transparencia y se dictó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Si bien esta ley deroga indirectamente cuantas leyes se opongan a la misma[416], es la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, la que derogó expresamente la ley 26/1988.

La intensidad de la transparencia bancaria dio un salto considerable a partir de 2009, cuando se dictan normas con rango de ley para regular estos aspectos hasta entonces tratados principalmente por disposiciones de menor rango[417].

3.2.- Fundamentos de la regulación actual en materia de transparencia bancaria

La ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, pretendía suponer un avance significativo en materia de transparencia bancaria aportando además un enfoque novedoso al introducir el concepto de préstamo responsable como obligación de las entidades de crédito (art. 29)[418]. El reto era restaurar la confianza en el sector financiero, que entendemos debe serlo en ambas direcciones: por parte de las entidades mediante su apertura a la concesión de créditos sin temor a las insolvencias (para lo cual se articula el

[416] Según la disposición derogatoria de la Ley 2/2011, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en dicha Ley y, en particular, las siguientes: a) Los artículos 22 a 28 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. b) El Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. c) La disposición adicional tercera de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. d) El apartado 5 del artículo 23 del Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

[417] El propio Banco de España reconoce la importancia en materia de transparencia y la necesidad de regularse por instrumentos eficaces y de mayor rango legislativo: cfr. http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/Panorama_legisla/evolucion/Evolucion_y_pan_9df9ae5dfe91a41.html, última consulta: 15-06-2015.

[418] Esta nueva figura se está introduciendo también en el derecho comparado, sobre todo a través de la aprobación de la Directiva 2008/48/CE (DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio 2013, pág. 77).

mecanismo de la evaluación del prestatario) y por parte de los usuarios bancarios mediante la contratación de sus productos y servicios, superando la experiencia de las malas *praxis* de contrataciones tóxicas o inadecuadas.

Sin embargo, se aprecia una necesidad de mejora en la información que llega a los usuarios[419]. Concretamente, y por lo que atañe a esta investigación, la propia ley prevé como información precontractual que con carácter obligatorio las entidades deben facilitar a sus clientes, la relativa a las consecuencias del impago. Y resalta este punto como especial. Es decir, que en todo caso debe darse esta información. El interés de demora es la principal consecuencia del impago en los contratos de préstamo o crédito.

En desarrollo de esa ley se dictó la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre[420]. A su vez, dicha Orden fue objeto de desarrollo a través de la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio (BOE de 6 de julio).

3.2.1.-La orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

El 29 de octubre se publicó en el BOE la orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre[421], de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que derogó: a) La 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. b) La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. c) La Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los

[419] Así se sostiene en TOMÁS MARTÍNEZ, G. y GÓMEZ URQUIJO, L.: "La protección del cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza europea", en *Diario La Ley*, núm. 7842, Sección Doctrina, 20 de abril de 2012, ref. LA LEY 4043/2012, última consulta: 01-09-2015, haciéndose eco de las valoraciones realizadas por la Autoridad Bancaria Europea (*ib.*, nota 19). Desde otra perspectiva, encontramos interesantes reflexiones sobre la otra dirección de la información: la que va del cliente -sobre su propia situación económica- a su potencial prestamista (cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Contratación bancaria y consumo", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, abril-junio 1988, pág. 324, nota 188). Se denuncia la posible lesión de su privacidad, a lo que añadimos que además puede ser utilizada para realizar prácticas abusivas como la constitución de más hipotecas de las necesarias, sobre el conocimiento de existencia de bienes u otros derechos.

[420] Publicada en el BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011, págs. 113242 a 113283, sección I, disposiciones generales, Ministerio de Economía y Hacienda.

[421] Publicada en BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011, págs. 113242 a 113283, sección I, disposiciones generales, Ministerio de Economía y Hacienda.

servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos. d) La Orden de 27 de octubre de 1962 por la que se regula provisionalmente la tramitación de los expedientes y asuntos en materia de banca oficial y privada y cajas de ahorro.

A juicio de Fernando Gomá Lazón[422], es una orden *pro-bancaria* porque a pesar de recoger obligaciones para las entidades financieras, todo se resume en el deber de informar al cliente porque posteriormente las partes pueden pactar libremente, sin que los organismos públicos se puedan *inmiscuir o controlar para no causar distorsiones.* Realmente, denuncia que se considere que ambas partes de la relación contractual estén en la misma posición, aun habiéndose cumplido esos deberes.

En la misma línea, se denuncia que la orden no procura los resortes que permitan al notario desempeñar eficazmente su labor informativa y asesora en la contratación bancaria, ni garantiza que el cliente reciba con la debida antelación una plena y veraz información precontractual[423]. Entre otras razones, porque ni los propios notarios ni muchos de los empleados de la banca conocen los entresijos de la contratación activa (créditos, préstamos) con el nivel suficiente como para que el asesoramiento pueda ser efectivo, dentro o fuera de las oficinas bancarias donde se contrata. Téngase en cuenta que muchos productos financieros vinculados a los préstamos (swaps, derivados) como instrumentos de cobertura son desconocidos en muchos aspectos vinculados a la estructura de tipos de interés (por ejemplo, su valor de mercado, referenciado a tipos variables, en caso de vencimiento anticipado, o de resolución anticipada) en el seno de las propias entidades[424].

La previsión sobre el pago independiente de otros servicios si hay asesoramiento, o la indicación al cliente de que tal servicio es gratis, es vista por Gomá Lazón con sátira porque nunca se incluirá una exposición de las ofertas de otras entidades, porque la

[422]Cfr. GOMÁ LAZÓN, F.: *La (probancaria) Orden Ministerial de transparencia en los servicios bancarios*, publicado el 01-11- 2011, disponible en http://hayderecho.com/2011/11/01/la-probancaria-orden-ministerial-de-transparencia-en-los-servicios-bancarios/, última consulta: 11-06-2015; artículo sobre el que se basan las menciones a F. Gomá Lazón, Notario de Madrid.

[423] Así lo sostiene OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: *Una visión crítica de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, publicado el 08-10-2012, disponible en http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/317-una-vision-critica-de-la-orden-eha-2899-2011-de-transparencia-y-proteccion-del-cliente-de-servicios-bancarios-0-3893680119787976, última consulta: 11-06-2015.

[424] Esta orden deroga, entre otras, la de 12 de diciembre de 1989, que en materia de comisiones, obligaba a las entidades a su registro en el Banco de España, quien posteriormente podía revisarlas en función de su claridad y comprensión. Ya no es obligatorio el registro, y el Banco de España ya no está facultado para su supervisión.

búsqueda del mejor interés para el cliente es una obligación bancaria que ya existía y por configurar el cobro casi como un deber. En el mismo sentido, Martínez Espín, al entender que el Ministerio está poniendo precio a una obligación que deben cumplir ya inexorablemente (los arts. 17 y 18 del TRLCUR, Real Decreto Legislativo 1/2007, exigen que la información sea veraz y completa)[425].Sin embargo, puede encontrarse sentido a tal disposición en la medida en la que prestar asesoramiento tiene unas consecuencias jurídicas en materia de inversiones, porque la entidad actúa como experto y responde de las obligaciones que de ello se derivan, evitando que se impute al cliente bancario la responsabilidad de conocimiento y entendimiento por sus medios o por otros. Este servicio, es independiente de la operación concreta de inversión y por ello el banco puede exigir un precio por ello. Pero esto no significa que la entidad tenga que dejar de atender sus obligaciones de información, de transparencia, diligencia y lealtad y demás exigencias en las órdenes o contratos que se concierten tras este asesoramiento. La realidad es que la propia CNMV ha expresado que no cobrar por este servicio de asesoramiento no implica que no existió. Por lo tanto, se trata de desenmascararlo o bien expresando que es un servicio gratuito o bien cobrando por ello, pero advirtiendo de su existencia.

En materia de préstamos hipotecarios se suprime la obligación de entrega por las entidades financieras de una oferta vinculante, de forma que sólo si el cliente lo solicita es cuando lo deberán aportar; sin embargo, sí deben cumplirla el resto de prestamistas profesionales (art. 16 de la Ley 2/2009).

Este régimen contiene una regla que a nuestro parecer comporta un retroceso considerable en materia de protección al cliente bancario, de la misma forma que la subsistencia de las obligaciones para los operadores que no son entidades financieras por disposición legal y la exención por reglamento para quienes habitualmente realizan operaciones financieras, porque evidencia la presión de los lobbies en el sector.

En lo relativo a cláusulas suelo, el art. 25 de la orden las declara válidas, lo cual puede ser objeto de abuso por las entidades, que utilicen este argumento en su defensa en los

[425] Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, disponible en https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/4/2012/Nuevo%20regimen%20de%20transparencia%20y%20protecci%C3%B3n%20del%20cliente%20de%20servicios%20bancarios.pdf, última consulta: 11-06-2015.

procedimientos judiciales en los que se discuta su carácter abusivo[426]. El examen de cada caso es lo que finalmente determinará si hubo abuso.

Cabe destacar la insuficiente protección que se deriva de las obligaciones genéricas en materia de productos de cobertura en su artículo 24. La remisión a la obligación establecida para las entidades de crédito en el artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, (obligación consistente en ofrecer al menos un producto de cobertura a los clientes a los que se ofrezca préstamos hipotecarios), puede diluir la perversidad de este tipo de productos.

La orden sólo se aplica a las personas físicas que no operen en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, porque en este último caso, las partes podrán pactar su no aplicación. El artículo 10 de la Ley de defensa de consumidores y usuarios declara irrenunciables los derechos de los consumidores. Se comparte la justificación sostenida por la doctrina: en la medida en que la orden es la fuente principal de información en estos temas para el consumidor, los derechos que contiene para éste han de considerarse irrenunciables[427].

Por lo que respecta a los intereses, la orden se limita a determinar, cuando se apliquen tipos variables, qué índices pueden tomar como referencia las entidades, y qué tipos oficiales deberán publicar mensualmente. No se dice nada acerca de los intereses de demora, al menos de forma expresa[428]. Al no explicitarse, es fácil obviar dicha obligación no incluyéndoles. Esta parquedad general en cuanto a intereses y en particular el silencio sobre el tratamiento que ha de dispensarse a los de demora, imposibilita que el deudor conozca el alcance real de los mismos, al que se enfrentará en caso de incumplimiento[429].

---

[426] Gomá Lazón insinúa que esto es lo que realmente llevó a su inclusión en la norma (*vid.* GOMÁ LAZÓN, F.: "La (probancaria…*", loc. cit.*). Hay que precisar que esta orden es anterior a la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) que declara nulas las cláusulas suelo que analiza.

[427] GOMÁ LAZÓN, F.: "La (probancaria)…*", loc. cit.*

[428] El artículo 7, relativo a la información contractual que se deberá facilitar en los documentos, recoge en su apartado h) "las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo", sin mención expresa a los intereses de demora.

[429] Se aprecia un intento de cumplimentación con esta exigencia de información en el consejo que se advierte en la doctrina de realizar una operación de liquidación y fijación de la deuda, tanto por principal como por intereses ordinarios y moratorios, a pesar de que exista un cuadro de amortización (cfr. BLANQUER UBEROS, R.: "El préstamo hipotecario", en ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (coord.): *Lecciones de derecho bancario y bursátil,* Colex, Madrid, 2001, pág. 204). Sin embargo, tal medida es insuficiente, porque solo

3.2.2.- La circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España

La circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, va dirigida a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, y versa sobre la transparencia de los servicios bancarios y la responsabilidad en la concesión de préstamos.

En su capítulo tercero, dedicado a la información precontractual que las entidades están obligadas a facilitar a sus clientes, únicamente recoge de forma expresa el interés de demora como contenido de esa información, en el apartado 2.5, para los "créditos enteramente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011 y distintos de los contemplados en el apartado 2.4 precedente" (que se refiere a los contratos de crédito al consumo). Es a todas luces insuficiente esta información, porque no se incluye con carácter general para cualquier operación financiera y porque además del tipo, lo relevante es conocer su funcionamiento, el régimen de imputación de pagos que se aplicará, su duración, el cálculo del coste que supondrá para el prestatario en caso de incumplimiento (como se expondrá más adelante, es imposible determinar su *quantum*), etc.

El Anejo 6 de la circular 5/2012 establece los principios generales para la concesión de préstamos responsables. De esta forma, se está ordenando a las entidades que, en uso de su conocimiento profesional, información sobre el sector y experiencia, apliquen mecanismos de control para evitar que se concedan préstamos cuyo pago sea inviable para el prestatario[430]. Este análisis implica que la entidad financiera está en mejor disposición que la contraparte para decidir sobre su propia capacidad de cumplimiento y sobre la oportunidad de celebrar la operación, lo cual puede dar lugar a abusos si no se sigue una política efectiva de absoluta transparencia y prioridad en el interés del cliente bancario o si no hay controles legales que frenen bien una concesión irresponsable de crédito, bien una restricción injustificada. En este punto parece acertada la observación -al menos a nivel teórico-, que se ha realizado por la doctrina al entender que un ocultamiento doloso por la entidad financiera de información esencial para la celebración del contrato de crédito (y

puede referirse con exactitud a las cantidades ya devengadas, tal y como así se reconoce. Y como veremos en el capítulo cuarto, este hecho denota la importancia de la liquidación en el ámbito procesal.

[430] No debe identificarse la magnitud del patrimonio del prestatario con su capacidad o viabilidad de pago, como con acierto apunta Ibáñez Jiménez al entender que es menos arriesgada la concesión de crédito a un indigente comprometido que a un millonario despreocupado [un mayor detalle de prácticas para la concesión responsable de crédito se encuentra en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Sareb: algunas cuestiones sobre la sostenibilidad del sistema bancario", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 147 a 149].

por ende, análisis de su conveniencia en los términos de un préstamo responsable), daría lugar a la posibilidad de resolución por parte del prestatario[431]. Habría que especificar que esta resolución, al ser debida a un incumplimiento del prestamista, originaría la posibilidad de exigir daños y perjuicios.

Y en cuanto a las obligaciones de restitución, la restitución del principal pendiente de pago, por una parte supondría un perjuicio para el prestatario, que en ese caso, quizá tenga que concertar otro préstamo, cuyo diferencial de intereses, por lo menos, será de cuenta del prestamista incumplidor en concepto de aquellos daños y perjuicios apuntados ocasionados por la resolución. En la práctica parece difícil o de escasa utilización esta opción, en la medida en que el banco suele dar crédito en condiciones provechosas para él.

Con carácter general puede calificarse de una regulación insuficiente y oscura porque aun orientando su articulado hacia una protección del prestatario, las obligaciones contenidas o bien son *a posteriori* y no erradican un problema ya creado (por ejemplo, facilitar la información de evolución de tipos de interés puede no ser ya remedio de un contrato suscrito con una cláusula suelo abusiva) o son utópicas (en el punto cuarto se indica que las entidades establecerán unos criterios de remuneración de sus empleados en función de que se cumplan los criterios y principios legales y no en función de las ventas u operaciones que efectivamente cierren)[432].

En la Circular encontramos dos menciones a principios generales de la tutela del prestatario: una indirecta y otra directa. En el primer caso, el punto cuarto establece que se debe seguir por las entidades una política de oferta y comercialización que responda a las necesidades e intereses de los clientes, evitando que se contraten productos que no se adapten a ellos. Para ello se les debe informar tanto de las características positivas como de las negativas. Es en este punto, cuando hace referencia a que no deben ocultarse "otras (características) más relevantes para el cliente o que adolezcan de inconvenientes en el medio o largo plazo", donde tienen cabida los intereses de demora.

[431] DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito…", *op. cit.*, pág. 77.

[432] Esta misma crítica es aplicable a los contratos de derivados porque no expresan claramente qué es lo que perjudica al cliente, de lo que debe abstenerse la entidad financiera, y la normativa no lo exige (el punto séptimo relativo a contratos de swaps, no contempla que en escenarios de bajada de tipos de interés las cifras negativas de las posibles liquidaciones que deberá atender el cliente deben concretarse en euros, calculando la máxima pérdida a la que se expone, de forma que pueda saber claramente el riesgo concreto al que se enfrenta).

En nuestra opinión, la información acerca de los intereses de demora como "inconveniente" en el medio y largo plazo, a partir del incumplimiento, es esencial para que se entienda cumplido el deber de información del banco. El cliente debe saber no solamente el tipo de interés de demora que consta en el contrato sino cuál se le aplica en cada momento (extrajudicial, procesal…), su funcionamiento, el régimen de imputación de pagos, el alcance del montante que puede llegar a satisfacer en concepto de intereses de demora, etc.

Toda esta información, es compleja y además incierta. Incierta para los propios operadores jurídicos, porque es una materia debatida en cuanto a su naturaleza, fundamento, carácter dispositivo, posible declaración de abusividad, efectos en el caso de declaración de abusividad…. Puede sonar osado en un principio, pero sostener que una completa y correcta información acerca de los intereses de demora es imposible de facilitar al cliente bancario dada la incertidumbre existente en la materia a nivel legal, judicial y doctrinal, se acerca bastante a la realidad. Ello no merma un ápice, sin embargo, la intensidad de los deberes informativos del banco, que ha brillado por su ausencia en la práctica española de las últimas dos décadas.

En cuanto a la mención directa que se recoge, la encontramos en el punto noveno, que se refiere a las advertencias que deberá realizar la entidad, en caso de incumplimiento, antes de acudir a los tribunales. Se trata de una información residual y subsidiaria, que realmente debió facilitarse en la etapa precontractual, pues el prestatario debe conocer todos los extremos de la operación, pero sobre todo aquellos más perjudiciales para él, antes de contratar. Qué ocurre en caso de incumplimiento, es decir, el peor escenario previsible, o en términos más coloquiales para el cliente, "qué sucederá cuando las cosas vayan mal" es crucial. Es precisamente eso lo que puede realmente llevar al potencial prestatario a contratar o no, desechando juicios temerarios o irracionales. Por eso, con buen criterio, la circular establece un deber específico de advertencia impuesto a "la entidad", que "deberá advertir al prestatario de las potenciales consecuencias, en términos de coste por intereses moratorios u otros gastos, que supondría el mantenimiento del impago, y de las posibilidades y consecuencias que tendría sobre sus intereses y bienes la potencial ejecución de la deuda".

Pero, por todo lo apuntado más arriba, este coste por intereses moratorios, en puridad, es imposible de determinar porque tal y como permite hoy la legislación en la materia, puede

ir en aumento *in aeternum*, sin límite alguno cuantitativo o temporal[433]. De ahí la necesidad de examinar el proceso de acumulación de intereses moratorios, como se hace en el capítulo siguiente, donde analizaremos la vida del contrato de préstamo; una vez recorridas todas sus fases, encontrándose ya en ejecución judicial, intentaremos concretar el contenido debido de la información que debe darse para que sea completa según las exigencias legales y los principios mínimos de toda contratación prestada, de manera que el cliente pueda emitir su declaración de voluntad libremente, expresándola bajo los presupuestos conceptuales y legales propios de la aplicación del principio del consentimiento informado y, por tanto, bastante para contratar y no viciado[434].

Por lo tanto, y en definitiva, la Ley 2/2011 y la orden EHA 2899/2011, junto con la circular 5/2012 dictadas en desarrollo de la misma, constituyen el eje fundamental en la regulación de la transparencia bancaria y, sin duda, constituyen avances, pero no suficientes en la materia que tratamos[435].

3.2.3.- La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

Con carácter general, esta ley pretende ser el marco de referencia de cualquier actividad bancaria distinta de la de inversión (regulada por la LMV y demás normativa relacionada). En su artículo 5 se ocupa de dictar con carácter básico las obligaciones de información y transparencia, entre otras, que deben cumplir las entidades de crédito, en defensa de su clientela. A pesar de la generalidad de sus términos, se aprecia una preocupación por la información de los riesgos que asume el cliente. No se mencionan de forma explícita los

[433] Así ha alcanzado a verlo DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 212. Si bien, a pesar de advertir de ese problema -escuetamente además-, no realiza ninguna proposición encaminada a una posible solución, ni ahonda en las consecuencias del mismo.

[434] Debe remarcarse que se han alzado algunas voces descontentas con la regulación actual, porque entienden que tanto la orden ministerial 2899/2011como la circular 5/2012, en contra de su finalidad protectora de los clientes bancarios para paliar los efectos que produce la desventaja informativa, no han supuesto avances significativos en esa línea. Tal es el criterio sostenido por asociaciones de consumidores y usuarios de servicios bancarios, como AUSBANC, en http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Menos_transparencia,_mas_desproteccion_201359121731.asp, última consulta: 15-06-2015.

[435] Además, se han dictado otras normas que también se ocupan de la materia en sectores específicos como lo muestra el criterio del propio Banco de España: http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/Panorama_legisla/, última consulta: 15-06-2015.

intereses de demora (sí los intereses, y en relación a los mismos late el deseo de dejar intacta la libertad de contratación y fijación de los mismos por las partes -léase entidad-; la obligación de información y transparencia se ciñe a la publicación de sus tasas y a la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Competitividad o el propio Banco de España dicten índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades). La propia ley faculta al Ministro de Economía y Competitividad para que dicte normas en desarrollo de la misma.

Otra herramienta de protección y control que establece dicha ley es el conjunto de mandatos y facultades que realiza al Banco de España con la finalidad de conseguir una supervisión en el cumplimiento de la normativa. En esta dirección, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, desarrolla la Ley 10/2014 (BOE de 14 de febrero), si bien sus disposiciones no son concernientes a nuestro objeto de estudio[436].

3.2.4.- Normativa sectorial en materia de transparencia bancaria

En un primer grupo podríamos encuadrar los servicios de pago, tales como transferencias, adeudos domiciliados, operaciones con tarjetas de débito y los ingresos y retiradas de efectivo en cuenta. Están regulados por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, que incorpora en nuestro Ordenamiento la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (LCEur 2007/2042), entre cuyos objetivos se encuentra la protección del usuario de los servicios de pago, para lo cual establece requisitos de información y salvaguarda que rigen antes y durante la ejecución de las órdenes de pago y que garantizan la transparencia en la prestación de estos servicios. En desarrollo de la antedicha ley se dictó la Orden EHA 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos aplicables a los servicios de pago[437].

En segundo lugar, la propia publicidad bancaria es objeto de control en cuanto a su transparencia, si bien el régimen actual (integrado por la Orden EHA 1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y por

[436]El Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, desarrolla los aspectos de la actividad, solvencia y obligaciones de información y transparencia sobre la situación financiera de las entidades.

[437] Igualmente se dictó en su desarrollo el Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago, cuyo contenido excede del ámbito de esta investigación.

la circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre, sobre publicidad de servicios bancarios) ha sustituido el régimen de autorización previa de la publicidad por un control *a posteriori*, acompañado de un sistema de autorregulación.

Los contratos de crédito al consumo, por otro lado, y en su ámbito específico de aplicación, están regidos por la transparencia de los servicios bancarios según dispone la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

La transparencia en los préstamos hipotecarios, está reglada por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; la Orden EHA/2899/2011 (capítulo II)[438]; el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social[439].

La 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[440], dedica sus artículos 4 y 5 a la transparencia en relación con los contratos y con los precios, respectivamente. Destaca de entre esas obligaciones la que pesa sobre las entidades (o sujetos que realicen la operación con el consumidor) de notificar al Registro en el que figuren inscritas "los tipos de interés máximos de los productos que comercializan, incluidos, en su caso, los tipos de interés por demora" (art. 5.4). La ley reconoce aquí, como cabía esperar, el principio general de autonomía de la voluntad, consagrando la libertad en la fijación de los tipos de interés, si bien hace mención a los límites imperativos que se contienen en la Ley de Represión de la Usura de 1908 y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas.

[438] La Orden de 5 de mayo de 1994, de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, se encuentra derogada, y la mención que a ella realizan otras disposiciones, como la Ley 2/2009, de 31 de marzo, deben entenderse realizadas a la Orden EHA/2899/2011.

[439] En 2013 se dictó el importante Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, si bien su objeto escapa a nuestro estudio porque se dirige a proteger a adquirentes de productos complejos de inversión para el saneamiento del sector financiero, tales como instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que pueden suponer importantes pérdidas económicas para muchos ahorradores.

[440] La ley 2/2009, de 31 de marzo, considera consumidor a toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno al de su actividad profesional o empresarial (art. 1.1).

Además, el artículo 14 establece un listado de la información mínima que debe transmitirse al prestatario con carácter previo a la contratación, bajo sanción de invalidez de los contratos conforme a la legislación civil, y a las consecuencias derivadas de la Ley de condiciones generales de la contratación (el texto de la norma habla de la facultad de integración, hoy inexistente por mandato del derecho comunitario, que impide integrar los contratos cuyas cláusulas hayan sido declaradas nulas, salvo que la extirpación de la cláusula implique la extinción del contrato con consecuencias perjudiciales para el consumidor). Entre esa información, interesa destacar que se obliga a las entidades a advertir si el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que "el *precio del contrato se incremente de manera significativa*, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo *precio* depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros".

Se trata de una medida de protección que debía haberse generalizado, no habiendo motivo para no extender su aplicación a otros préstamos de finalidad económica, inversora o productiva que resulten esenciales para el prestatario, pues no solo la vivienda es para él un bien de primera necesidad, como acredita la experiencia histórica del microcrédito. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de *tipo de interés* asumido. Este mandato contenido en el artículo 14, parece referirse a contratos de préstamos o créditos asociados a derivados financieros de cobertura del riesgo de tipos de interés como swaps, clips u otra clase. Por eso hace referencia a que debe informarse sobre el nivel riesgo de tipo de interés asumido, riesgo que por otra parte existe y se multiplica si no se ha contratado una adecuada cobertura.

Sin embargo, y hasta cierto punto de forma sorprendente, no se hace mención expresa al interés de demora, ni puede entenderse realizado en la mención genérica de "tipo de interés" porque el supuesto se refiere al "precio del contrato". Realmente, solo el interés remuneratorio constituye el precio del contrato. El interés de demora es accesorio. No constituye el núcleo esencial del contrato. Esto tiene importantes consecuencias en cuanto a la posibilidad de control de contenido que articula la legislación sobre cláusulas abusivas, como luego se expondrá. Lo que resulta crucial para el cliente en la medida en que, como ya hemos advertido, las cantidades que el prestatario puede llegar a pagar en concepto de

interés de demora, así como el riesgo efectivo que asume igualmente por ello, son de tal importancia que, para una correcta información, al menos debiera mencionarse de forma expresa una referencia al riesgo de aplicación de intereses de demora, y tratarla como obligación explícita de información.

3.3.- Los servicios de reclamaciones a disposición del usuario bancario como mecanismo protector: nota crítica

Como medida previa a la solicitud de la tutela judicial, y de carácter dispositivo para el cliente o usuario, existen Servicios de Reclamaciones o de Atención al Cliente en las propias entidades privadas así como en el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Los Servicios de Atención al Cliente están regulados por la Orden ECO734/2004 de 11 de marzo de departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras y tienen por objetivo, según su exposición de motivos procurar a los clientes "un nivel de protección adecuado, que preserve su confianza en el funcionamiento de los mercados". Las quejas se resolverán por el defensor del cliente, que será una persona de prestigio en el ámbito jurídico, y ajena a la entidad. Sus decisiones tendrán carácter vinculante para la entidad, si bien no se niega el derecho de acceso a los tribunales u otros medios de defensa de los legítimos derechos e intereses[441].

A nivel doctrinal, cabe afirmar que todos estos buenos propósitos de protección de la clientela no pasan en la práctica bancaria de esa loable declaración de intenciones que hace el legislador[442].

Desde el punto de vista del usuario bancario, estos organismos, tanto públicos como privados, pueden ser vistos como una opción asumible ante quien dirigir sus pretensiones

[441] Los organismos de reclamaciones públicos están regulados por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre (arts. 30 y 31, tras la nueva redacción conforme a la Ley 2/2011, de economía sostenible), y por la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

[442] Entre otras críticas, se denuncia que los Comisionados creados por el art. 22 de la Ley de Reforma del Sector Financiero -Ley 44/2002, de 22 de noviembre-, se mantengan en el limbo (*vid.* DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A.: "Servicios de reclamaciones en materia financiera", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, enero-marzo 2013, pág. 321).

(porque no tendrían que incurrir en gastos de abogado, procurador y perito y porque se conciben como más accesibles que los rigurosos tribunales), si bien, desde el punto de vista del resultado, la práctica demuestra la mayor eficacia del poder judicial en la tutela de sus derechos y consecución de una reparación frente a la transgresión de los mismos, en su caso[443].

En concreto, en materia de intereses procesales, la utilización de este medio de tutela se planteará, por lo general, una vez iniciado el proceso judicial, y concretamente el ejecutivo. Por ello, es casi seguro que no se atienda la reclamación al entenderse que ya está conociendo de ella un juzgado. Por lo tanto, la materia objeto de estudio, no podría utilizar esta vía de reclamación. Es la entidad bancaria la que iniciaría el proceso judicial, y el problema se generaría a partir de entonces y antes de concluido el mismo (ese es precisamente el dilema, el *dies ad quem* de los intereses procesales)[444].

Como conclusión, siguiendo al TS, cabe decir que aunque determinadas cláusulas estén admitidas e incluso reguladas por normativa sectorial, ello no impide la aplicación plena de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, porque no obstante cumplir aquella, puede violar esta[445]. A continuación se analizan desde esta óptica de tutela del prestatario la LCGC y asimismo la normativa que combate la abusividad hacia los usuarios de productos y servicios bancarios.

[443]Es de la misma opinión Marín López para quien estos mecanismos extrajudiciales son muy ineficientes al no disponer el usuario de una vía para hacer ejecutar las eventuales resoluciones favorables a sus reclamaciones (*vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, octubre-diciembre 2014, pág. 21. Sánchez-Calero Guilarte advierte de la necesidad de que las entidades sean más eficientes en la resolución de las quejas formuladas por sus clientes, rectificando sus actuaciones contrarias a la normativa de transparencia y/o buenas prácticas bancarias según se desprende de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 22 de Diciembre de 2014, concluyendo que un alto nivel de incumplimiento de las resoluciones emitidas por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones conllevará el aumento de normativa imperativa en materia de contratación bancaria (cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Reclamaciones de la clientela bancaria y regulación contractual (futura)", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, enero-marzo 2015, págs. 387 a 389).

[444] Por este motivo - el conocimiento por un juzgado del conflicto, anularía cualquier intento de intervención de otro organismo-, no es materia de investigación el arbitraje de consumo, como alternativa a la reclamación judicial ni los mecanismos europeos relativos la solución extrajudicial de litigios (para una aproximación sobre estos temas, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Los sistemas…", *op. cit.*, págs. 21 a 59).

[445] El TS en sentencia de 9 de mayo de 2013, específicamente menciona la normativa bancaria OM de 12 de diciembre de 1989, OM de 5 de Mayo de 1.994, Ley 2/2009, de 31 de Marzo de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, para advertir de que a pesar de estar admitidas y reguladas las cláusulas suelo por ese elenco de normas, deben regirse también por la LCGC; de hecho, su fallo reconoce la abusividad de las mismas.

IV.- ABUSIVIDAD COMO LÍMITE DEL INTERÉS DE DEMORA

4.1.- El abuso al consumidor o usuario en cláusulas contractuales, en el régimen de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril del Consejo

El principio de autonomía de la voluntad que tradicionalmente ha regido como principio general del Derecho privado, e inspirado su sistema contractual en los ordenamientos de inspiración romanista desde la Codificación, ha venido sufriendo fisuras de consideración (algunas irreversibles) durante las últimas décadas en todo el ámbito de la Unión Europea, merced entre otros factores a la creciente intervención estatal de la economía, y también al auge de la autorregulación o autonormación, especialmente importante en derecho bancario internacional.

Uno de los ataques al carácter absoluto de dicho principio proviene, en el ámbito indicado de la mayor influencia de reglas de Derecho público en la contratación privada, en la paulatina extensión, en el marco europeo y especialmente a partir de la década de los años setenta, de la necesidad de dotar a los jueces de mecanismos que les permitieran controlar el contenido de los contratos en los que, sistemáticamente, se estaban detectando abusos.

La legislación que amparase dicha tendencia debía definir por una parte el ámbito de aplicación, dado que esta normativa supone la derogación del principio *pacta sunt servanda*, y por otra el criterio para considerar abusiva una determinada cláusula. Este último punto se ha resuelto teniendo como referente el Derecho dispositivo: el referente es la regulación que sería aplicable de no existir esa cláusula[446].

Utilizar el criterio de entender que una cláusula es abusiva porque se aparta injustificadamente de una norma dispositiva por una parte supone la utilización de una técnica abierta a la interpretación de qué es lo que se considera justificado y qué no, y por otra plantea el riesgo de convertir en imperativa una norma dispositiva.

[446]En el contexto de esta vía de solución el profesor Alfaro Águila-Real apunta dos caminos que, no obstante, entendemos no resuelven todas las clases de situaciones problemáticas en el ámbito de la contratación que nos afecta: por una parte entiende que una cláusula es abusiva y por ende nula cuando se aparta injustificadamente del Derecho supletorio; y por otra, que cuando no hay tal regulación supletoria el juez debe proceder de la misma forma en la que resolvería un litigio sin previsión contractual (cfr. ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Cláusulas abusivas…", *op. cit.*, páginas 53 a 70).

En cuanto a la definición del ámbito de aplicación de las reglas sobre abusividad, conviene recordar que se han dado respuestas diferentes en las distintas legislaciones europeas: unos países han optado por someter a control del contenido todos los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, mientras que otros han fijado el ámbito de control en las condiciones generales de los contratos. Los problemas para delimitar el ámbito de aplicación de estas reglas son de política legislativa, porque está en juego determinar qué contratos deben someterse a control[447].

La Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril (LCEur 1993\1071), del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tiene por objetivo eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores para evitar distorsiones en la competencia y contribuir a la consecución de un mercado interior en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada[448].

Para que una cláusula se considere abusiva tienen que darse conforme a la Directiva las siguientes circunstancias de forma acumulada:

a) Que no se haya negociado individualmente, pues de ser así habría consentimiento válido en la confección de la cláusula, en tal caso particular y no general.
b) Que no respete las exigencias de la buena fe, porque si las respeta no producirán desequilibrio sustancial en la situación entre las partes ;
c) Que haya un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; concepto indeterminado que deben concretar los jueces, pero que en general supone la generación de pérdidas o disminuciones patrimoniales a costa del consumidor o usuario, en favor de quien impone la cláusula abusiva
d) Que ese desequilibrio lo sea en perjuicio del consumidor, de manera que se produce un enriquecimiento injusto: la medida en que se empobrece el consumidor es la misma en que se enriquece el predisponente de la cláusula o sus beneficiarios en connivencia.

[447] *Loc. cit.*

[448] La Directiva 1993/13 utiliza un concepto amplio de consumidor en el sentido de que no solamente se entiende comprendido al destinatario final de los bienes y servicios, sino a toda aquella persona física que actúe en un ámbito distinto al de su actividad profesional (art. 2). Sin embargo, excluye a las personas jurídicas, aun cuando actúen fuera del ámbito de su actividad.

El primer requisito es matizado por la propia Directiva, al entender que una cláusula no se ha negociado individualmente si ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, lo que se da en los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de la Directiva al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Este control de abusividad, sin embargo, tiene una excepción recogida en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva:

> "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La razón de ser de esta exclusión al control de abusividad, es sin duda mantener intacta la libertad de las partes en la fijación de las obligaciones principales del contrato. Las reglas de su no adecuación a Derecho serán las comunes de cada ordenamiento interno.

Pero a su vez, hay que advertir de una contra-excepción, y es el supuesto de que no haya claridad y comprensibilidad en la redacción de esas cláusulas que escapan al control de contenido[449].

4.2.- El abuso del destinatario de las cláusulas y condiciones generales en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y el análisis de su incorporación al acervo del sistema tutelar del prestatario

En nuestro ordenamiento jurídico, la trasposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores se ha realizado mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998/960), que al mismo tiempo modificó la normativa sobre consumidores[450]. Se pretendía proteger tanto a

[449] Este punto se desarrolla más adelante (*vid. infra* epígrafe 4.6).

[450] La disposición adicional primera de la LCGC modificó la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984/1906), introduciendo el concepto de cláusula abusiva y además una lista no exhaustiva o abierta de las que así se consideraban por el legislador.

consumidores y usuarios como a cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales de la contratación, tal y como explica su exposición de motivos. De esta forma, las cláusulas abusivas se distinguen de las condiciones generales de la contratación[451].

Las condiciones generales, adviértase, existen en la medida en que son predispuestas e incorporadas por una de las partes, pudiendo darse tanto en relaciones de profesionales entre sí como de profesionales con consumidores, exigiéndose solo en este último caso, que no sean abusivas, en la medida en que existe desigualdad; en la práctica, sin embargo, muchos empresarios son de hecho consumidores o usuarios respecto a contratos sin negociación o de adhesión. La LCGC modificó en este punto la normativa de consumidores y usuarios, incluyendo una definición de cláusula abusiva según los principios inspiradores de la Directiva, así como un listado no exhaustivo y más amplio que la norma comunitaria.

Sin embargo, no incluyó de forma expresa la excepción contenida en el artículo 4.2 de la Directiva (las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o el precio y su retribución o los bienes y servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida no podrán ser declaradas abusivas, siempre que se redacten de manera clara y comprensible). Este hecho ha sido comentado en la doctrina. En un primer momento se entendió como una forma del legislador español de dar mayor protección, extremo permitido por la propia Directiva (art. 8). El propio TJUE en Sentencia de 3 de junio de 2010 (TJUE 2010/162) declaró que el legislador español no había recogido el límite expuesto al transponer la Directiva al derecho interno, considerando que, conforme a la legislación española, el precio del contrato, entendiendo como tal el interés remuneratorio, podría ser considerado abusivo. Esta misma tesis ha sido sostenida por otros autores[452].

[451] Según la Exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación: "una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares".

[452] Cfr. FERNÁNDEZ DE FENESPLEDA, I. (*et. alii)*: *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014, pág. 81.

Hay quienes apuntaron que se trató de un error en la votación en el trámite parlamentario: la falta formal de trasposición del artículo 4.2 de la Directiva a nuestro ordenamiento, no implica que el legislador español quisiera elevar el grado de protección de los consumidores permitiendo vía control de las cláusulas abusivas una injerencia del poder judicial en la fiscalización de los elementos configurados como esenciales en la Directiva 13/93, sino que se debe a un error en la votación y debe entenderse e interpretarse conforme a la Directiva[453]. En defensa de esa tesis argumenta que existen en nuestro ordenamiento otros instrumentos para solucionar el problema de las cláusulas abusivas propuestas como ejemplo (unos intereses remuneratorios del 30%) tales como la Ley de Usura de 1908, las normas de defensa de la competencia, los límites generales de la libertad contractual (artículo 1255 CC), las restricciones legales a los precios en determinados productos, etc. El citado autor entiende que en nuestro ordenamiento, un control de contenido que afecte a los elementos esenciales determinados en la Directiva no encuentra acomodo con la libertad constitucional de mercado y de fijación de precios.

En el mismo sentido, el TS salió al paso para preservar la autonomía de la voluntad en las obligaciones principales del contrato, en sentencia de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6851), argumentando que la reforma de la LDCU por la LCGC (que sustituyó, para eludir debate sobre el contenido material de justicia, la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por otra mucho más aséptica y de contenido económico, "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones") supuso la exclusión de la posibilidad de controlar el carácter abusivo del interés remuneratorio, como precio del contrato.

Ciertamente no aclara mucho la constatación de que la omisión del legislador español de esa excepción que limitaba el control de contenido, fue acompañada por una inclusión en el mismo sentido (opuesto a la excepción): en la LCGC, al regular la modificación de la normativa de consumidores y usuarios, reconoce que las cláusulas -sin distinción alguna-, deberá cumplir, entre otros, el requisito de "buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas"[454]. Esta redacción es la que se daba en la disposición adicional primera de la

[453] *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Thompsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 59 y ss.

[454] El justo equilibrio, desde otro punto de vista, es ausencia de desequilibrio, de cualquier magnitud. Exigir un desequilibrio importante, supone restringir aún más el ámbito de control. De la misma forma, exigir un equilibrio implica aumentar el ámbito de control.

LCGC para la modificación del artículo 10 de la LCU de 1984, que así fue recogido, y actualmente lo recoge -con ese mismo tenor literal- el artículo 80.1.c) del TRLGDCU.

4.3.- Examen de la noción de cláusula abusiva en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de consumidores y usuarios (RCL 2007/2164) es la normativa vigente en la materia, y la que contiene las previsiones sobre cláusulas abusivas de la LCGC. Concretamente, a los efectos de esta investigación, interesa destacar que el artículo 82 recoge fielmente el concepto general de cláusula abusiva que ya establecía la Directiva, y los artículos 85 a 90 recogen de una forma enumerativa las cláusulas que se consideran abusivas, agrupándolas en cinco categorías[455].

La cláusula que establezca el interés de demora, en concreto, es abusiva si supone directa o indirectamente la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU). En esta descripción de cláusula abusiva y su conexión con el ámbito de la indemnización de daños y perjuicios, se ve claramente la naturaleza indemnizatoria o resarcitoria del interés de demora. Al incluirse en el primer grupo, se está denunciando la voluntad del empresario de pedir más de lo que justamente le resarce o deja indemne. No se está anulando la misma, porque la Directiva quiere salvaguardar la libertad de contratación, de la misma forma que nuestro derecho nacional, si bien, todos los supuestos de cláusulas abusivas incluidos en ese primer apartado tienen en común el desvalor jurídico de suponer un desequilibrio patrimonial importante en perjuicio del consumidor porque el contrato se vincula con el interés del empresario únicamente y en perjuicio del consumidor, que no debe soportar[456].

[455] Las cláusulas abusivas según nuestra normativa interna -RDL 1/2007-, se agrupan en: cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86); cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (art. 87); cláusulas abusivas sobre garantías (art. 88); cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89); cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

[456] Es interesante la visión según la cual se debieran identificar los intereses de las entidades con los de los usuarios bancarios, porque, al fin y al cabo, son sus clientes y la razón de ser de su actividad [*vid.* GARCÍA CRESPO, J. M.: "Las entidades financieras ante la jurisdicción", en PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.): *Cuadernos de Derecho Judicial: contratos bancarios*, núm. 20, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 174].

4.4.- Modificaciones introducidas en la LEC para un control *ex post* de las cláusulas abusivas

Como expresión de las medidas procesales adoptadas para controlar la nulidad de las cláusulas establecidas en los contratos, la Ley 1/2013, de 14 de mayo (RCL 2013/718), más conocida como la Ley Antidesahucios, modificaba la LEC introduciendo la posibilidad de que en el proceso de ejecución se pueda dilucidar un contenido material de justicia, el relativo al carácter abusivo de una cláusula contenida en el título de ejecución mediante la ampliación de las causas tasadas de oposición; recogiendo en particular la abusividad de alguna de las cláusulas del título ejecutivo (art. 557.7ª LEC).

Por otro lado, y en el marco del proceso especial de ejecución, se ha incluido, con buen criterio y en la misma línea de fortalecer el control procedimental de la abusividad sustantiva, un nuevo supuesto de oposición que puede plantear el ejecutado: "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible" (art. 695.1.4º LEC).

Estas reformas se han introducido, ciertamente, como reacción normativa nacional a la vista de la doctrina comunitaria que han recogido las sentencias dictadas por el TJUE, cuyas conclusiones sobre aplicación de la Directiva 93/13 podemos resumir en:

- el juez puede y debe apreciar de oficio la abusividad de una cláusula en cualquier fase del proceso,

- la consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva implica su eliminación, no aplicación, no pudiendo reintegrarse el contrato o moderarse la cláusula.

Por ello, en el fondo, y debido a los principios de supremacía del derecho comunitario y al de efectividad en su aplicación, todos los procesos independientemente de que expresamente lo regulen, deben permitir el control de abusividad de las cláusulas. La concreta sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012/143) se pronunciaba sobre la posibilidad de que un juez español realice ese control en las cláusulas de intereses moratorios en un proceso monitorio. Declaraba que nuestra regulación en ese concreto trámite se oponía al derecho comunitario, lo que clama una reforma procesal[457], pero no

[457] El Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentado por el Ministerio de Justicia el 3 de mayo de 2013 pretende introducir un apartado al nuevo artículo 815 de aquella, que específicamente contempla un trámite para que puedan controlarse las cláusulas abusivas dentro del proceso

impide la aplicación directa de los principios comunitarios y el deber de control de las cláusulas en el proceso monitorio como en cualquier otro proceso.

A pesar de estas reformas, como acertadamente sostiene la doctrina, todavía no es posible deducir que se haya restablecido, o que automáticamente se pueda restablecer, en sede procesal y para cada contrato en que se produce la situación de abuso, un estado de equilibrio entre las partes: precisamente, la STJUE de 17 de julio de 2014 (TJCE 2014/106) ha dejado al descubierto que todavía existe en nuestra normativa procesal una mayor protección dispensada al ejecutante en perjuicio del ejecutado, para fortalecer la economía procesal y tutelar férreamente la posición jurídica del demandante de la ejecución[458]. Obviamente, esta jurisprudencia orilla el problema de la abusividad, y su impacto social en el caso de la contratación bancaria.

4.5.- Evolución de la jurisprudencia: de la integración del contrato a la eliminación radical de una cláusula abusiva

Los artículos que comentan la evolución jurisprudencial en materia de cláusulas abusivas y concretamente sobre intereses de demora, parten de asumir la hipótesis de que los Códigos establecieron una posición liberal, amparada en la aplicación del principio de autonomía de la voluntad[459]. Se dice que a los intereses moratorios se les atribuía una naturaleza sancionatoria, que eran la pena pactada. Además de desincentivar o disuadir del incumplimiento, servían para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, sin la complicación de una prueba exhaustiva y siempre vista como una carga que ha de pesar sobre el que debe realizar la demostración del daño, lo que trae un alto coste.

Se entendían como una cuestión accesoria y por lo tanto no se les aplicaba la Ley de represión de la usura. Aunque en este punto encontramos, con todo, resoluciones dispares

---

monitorio (puede consultarse en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html, última consulta 05-05-2015).

[458] MUÑOZ GARCÍA, C.: "Abusividad, una vez más, en los contratos de préstamo hipotecario", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, julio-septiembre 2014, pág. 400.

[459] Este punto de partida es asumido incuestionablemente incluso desde posiciones defensoras de la parte prestataria (*vid.* MADRID RODRÍGUEZ, F.: "El nuevo escenario…", *op. cit.*, pág. 946, a quien seguimos en la exposición de esta evolución).

del TS. La postura tradicional sostenía que los intereses moratorios se han pactado al amparo del artículo 1255 CC y por lo tanto no cabe su modificación[460]. A lo sumo, su carácter excesivo vendría dado por la comparación entre los tipos de interés en el momento de perfeccionamiento del contrato (criterio de la realidad social vigente)[461].

En los últimos años se ha extendido entre las Audiencias, sin embargo, un cambio de criterio significativo, consistente en la moderación de los intereses moratorios, realizando una labor de integración del contrato. Así, se ha avanzado hacia una mayor protección del consumidor a través de la intervención del poder judicial en detrimento de la autonomía de la voluntad[462], tal como se venía interpretando, que, en definitiva, suponía la imposición de la voluntad del banco ante la falta de alternativas razonables para contratar del cliente, como sostiene la moderna teoría de las condiciones generales de la contratación, importada de la doctrina alemana de las *allgemeine Geschäftsbedingungen* [463].

Este criterio era recogido normativamente por el artículo 83.2 del TRLGDCU que disponía que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 el Código Civil y al principio de buena fe objetiva, es decir, parametrizada conforme a estándares comprobables de comportamiento sectorial, de fácil prueba por repetición o inclusión de cláusulas que entrañan *mala praxis*, falta de transparencia o abuso de posición prevalente o dominio frente al cliente, relativamente menos informado. Esta tendencia supuso también la aceptación de la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas, llenando un silencio en nuestro ordenamiento, a pesar de que el TJUE venía reiterando conforme a la Directiva 93/13 la necesidad de esta intervención judicial ante la existencia de cláusulas abusivas sin necesidad de esperar a que el consumidor solicitara la nulidad de las mismas.

[460] No se duda de que el art. 1108 CC permite el pacto moratorio como manifestación concreta de esa autonomía de la voluntad [*vid.* VEGA PÉREZ, F.: "La deuda de intereses", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario,* vol. 2, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1993, pág. 125].

[461] SSTS de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267) y de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141).

[462] Criterio seguido por las SSTS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7296), 17 de enero y 18 de junio de 2012 (RJ 2012/287 y RJ 2012/6851).

[463] Tal imposición sería un abuso de la libertad contractual, que vendría a corregir la normativa sobre condiciones generales (*vid.* ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones…*, *op. cit.*, págs. 84 y ss.).

Esta interpretación supuso sin duda un avance significativo hacia la tutela judicial de una posición más flexible, equitativa y tuitiva para el consumidor.

Tras la aparición de la doctrina contenida en los fundamentos de las últimas sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012/143) y de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013/89), se produce a nuestro juicio un punto de inflexión jurisprudencial caracterizado por la creciente contundencia de los nuevos parámetros conceptuales utilizados a nivel europeo comunitario para el enjuiciamiento de las cláusulas relativas a interés moratorio en las operaciones activas de las entidades de crédito, a saber:

a) La necesidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de los intereses de demora en cualquier fase del procedimiento.
b) La estimación general de que el alcance de la declaración de abusividad llega hasta la nulidad radical de la cláusula y supone su supresión, no siendo posible la integración del contrato mediante un contenido alternativo que recoja la voluntad presunta o manifestada de las partes al respecto. La cláusula abusiva debe ser eliminada en todo caso[464].

La crucial tarea en materia de intereses de demora es determinar cuándo, en cada préstamo, han de reputarse abusivos, porque el TJUE remite al derecho interno para su apreciación, pero aporta en cualquier caso dos criterios hermenéuticos valiosos:

i) El primer criterio interpretativo para apreciar la abusividad del interés de demora, y por ende constatar que existe un desequilibrio importante en detrimento del consumidor es comparar las normas nacionales aplicables a falta de pacto y lo pactado. En este caso, el artículo 1108 CC establece que a falta de pacto se aplicará el interés legal, y el 576 LEC establece que a falta de pacto se aplicará el interés legal incrementado en dos puntos.

ii) El segundo criterio interpretativo consiste en valorar si, en el caso concreto, el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociada individualmente. Como es natural, en la inmensa mayoría de los préstamos no hay opción de negociar el interés moratorio, e incluso puede pasar desapercibido para el

[464] El TJUE es muy claro y contundente al afirmar que "del tenor literal del apartado 1 del art. 6 [de la Directiva 93/13] resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin efecto la cláusula contractual abusiva…sin estar facultados para modificar el contenido de la misma" (párrafo 65 de la STJUE de 14 de junio de 2012 - TJCE 2012/143-).

> cliente su carácter aniquilador del patrimonio futuro, en la medida en que el cliente se centra por lo común en observar su ajuste actual a la posibilidad de reembolso, sin hacer previsiones extremas sobre escenarios desfavorables, aunque el banco debería ponerle sobre aviso, sobre la base de un análisis de riesgos serio y realista.

Vemos un intento de seguir este criterio en la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), al considerar abusivo cualquier interés de demora que exceda en dos puntos del remuneratorio pactado. Realmente está aplicando el mismo diferencial que la norma, pero sobre los intereses pactados, no los legales.

El criterio del TJUE parece conducirnos de nuevo, en definitiva, a la cuestión relativa al origen del problema desvelado en esta investigación, en su parte histórica: en defecto de pacto, el criterio seguido según nuestra normativa interna es la aplicación del interés legal. Esta solución no se considera abusiva en la medida en que el interés legal viene calibrado y tutelado públicamente[465].

4.6.- Conclusión sobre el sistema de controles en el análisis de abusividad de una cláusula de intereses

Siguiendo el *iter* expuesto por el TS en sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088), en la que analizaba las cláusulas suelo (incluidas en contratos de préstamo a interés variable y que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia), a continuación se exponen los diferentes *controles* que cabe realizar según la normativa en materia de cláusulas abusivas. Es importante saber qué tipo de cláusulas pueden analizarse en cada caso, porque no todas son sometidas a todos los controles, precisamente para proteger el principio de libertad de contratación. Sin embargo, para evitar que tras ese principio se escondan prácticas abusivas, la propia normativa contempla excepciones para permitir el análisis en cláusulas en principio excusadas de control.

Lo primero que llevó a cabo la STS fue la determinación de que se hallaba ante condiciones generales de la contratación, y por lo tanto susceptibles de ser analizadas bajo

[465] En la concepción de quienes defienden la aplicación de la Ley de Azcárate sobre los intereses moratorios, el interés legal no es por principio usurario (cfr. RODRÍGUEZ ESPEJO, J.: "El interés…", *op. cit.*, pág. 41).

la LCGC, que es la que en nuestro ordenamiento transpone la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores.

El TS entiende que *en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato*, porque lo que define a una cláusula como condición general es *el proceso seguido para su inclusión* en el contrato (y no su contenido).

En ese sentido, el TS expone la exégesis del apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, según la cual las condiciones generales tienen los siguientes requisitos:

a) Contractualidad, es decir, se trata de cláusulas contractuales y no derivadas del acatamiento de una norma imperativa.

b) Predisposición, es decir, que son cláusulas prerredactadas (siendo irrelevante qué parte contratante las haya redactado, aunque de hecho las redacta el banco predisponente, como es patente en la *praxis* de las operaciones activas).

c) Imposición, es decir, que sólo puede obtenerse el bien o servicio objeto del contrato mediante la inclusión de esas cláusulas, sin poder influir sobre su contenido ni excluirlas (y, como hemos indicado, sin opciones razonables o a bajo coste para contratar alternativamente, por suponer, en el caso de los bancos, ruptura de una larga relación fiduciaria, por ejemplo, o por incurrirse en nuevos costes de contratación –traslado de pólizas…-).

d) Generalidad, es decir, son cláusulas destinadas a insertarse en una pluralidad de contratos.

Es irrelevante la autoría material de la cláusula, su apariencia externa, su extensión y que el adherente sea consumidor o profesional[466].

El TS reconoce que *las reglas clásicas de contratación liberales* fueron *pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante*, y su

[466] Así lo dispone la LCGC y se hace eco de ello el TS -STS de 9 de mayo de 2013, RJ 2013/3088-, al citar la Exposición de Motivos de dicha norma: *"*La Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual…..las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores*"*.

aplicación en las contrataciones en masa resultó insatisfactoria por lo que el legislador tuvo que introducir reglas para *restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones.* Estas especificidades se contienen en la LCGC, que si bien no se aplica a todos los contratos, a los que se aplica, abarca a las cláusulas o condiciones definitorias del objeto principal. Es decir, que *en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal*.

Hay que tener en cuenta que hay que *coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE, y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos.*

Por lo tanto, acertadamente a nuestro entender el TS concluye que:

- una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato, porque lo que la hace condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el mismo;

- el conocimiento de una cláusula, no es equiparable a su imposición, pero tampoco a su aceptación: el usuario o consumidor puede ser conocedor de una cláusula (precisamente el conocimiento es requisito previo para el consentimiento) que no quiere que se incluya en el contrato, pero es impuesta por el empresario para poder contratar inserta en un *pack* de materias que son objeto de evaluación global o conjunta por el usuario o consumidor cliente –quien, ciertamente, rara vez deja de contratar en atención a los riesgos inherentes a la aplicación de una sola de ellas, sobre todo si no es la principal o de las principales del contrato-;

- el cumplimiento de los deberes de información por parte del empresario no excluye la naturaleza de condición general de la contratación y, por tanto, su anulabilidad en caso de ser abusiva.

4.6.1.- Control de inclusión

En nuestro Ordenamiento interno las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación. Y para ello la LCGC establece que la redacción de las mismas deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez y por el contrario, no quedarán incorporadas al contrato las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato ni las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles[467].

El TS coincide con la sentencia recurrida en que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de Mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Y por lo tanto, entiende que las cláusulas suelo *examinadas de forma aislada cumplen las exigencia legales para su incorporación a los contratos*, tanto para consumidores como para empresarios.

Parece que el TS quiere decir que las cláusulas suelo *per se* no son ilegales. Y al decir *consideradas de forma aislada* se refiere a sin tener en cuenta otros datos, como la información recibida por la parte adherente, u otros elementos subjetivos y concretos de cada relación.

El control de inclusión implica que si una cláusula forma parte del contrato, ha superado este filtro. Sin embargo, el análisis no acaba aquí, porque puede no superar el resto de controles y ser una cláusula abusiva. En nuestro objeto de estudio, los intereses de demora normalmente superarán este filtro, porque estarán incluidos en los contratos.

[467] Artículos 5.5 y 7 de la LCGC.

4.6.2.- Control de transparencia

El siguiente control que debe realizarse es el de transparencia[468]. Este control afecta a todo tipo de cláusulas en el sentido de que también a aquellas que definan el objeto principal o establezcan una relación entre prestación y contraprestación.

Este control de transparencia, a su vez, tiene dos partes:

a) Claridad

El primer criterio del control de transparencia viene dado por la claridad en la redacción de las cláusulas. La Directiva 93/13 establece que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores deben redactarse de forma clara y comprensible. La importancia de que los términos de las cláusulas sean claros lleva al legislador comunitario a basar en la falta de esa claridad la excepción a que las cláusulas que definan el objeto principal del contrato no estarán sometidas al control de abusividad.

De forma que *el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica*.

Muchas veces la falta de claridad viene dada por el hecho de que una cláusula pase desapercibida entre el resto del complejo y abrumador contrato.

Es decir, no basta con presuponer que por el hecho de que dichas cláusulas hayan superado el filtro de su inclusión, son comprendidas por el adherente en cuanto al significado de su contenido jurídico y económico.

b) Suficiencia de la información

Como criterio en el análisis de la transparencia de una cláusula, debe observarse si se ha facilitado por la parte oferente una información completa sobre los efectos de la cláusula

[468] La sentencia de nuestro Alto Tribunal (de 9 de mayo de 2013, RJ 2013/3088) a juicio de Peinado Gracia supone un hito en la doctrina jurisprudencial al articular un control de transparencia sobre elementos esenciales, que se añade a los dos únicos controles que hasta entonces se entendía que distinguía la LCGC -el de inclusión y el de contenido- (*vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: "Riesgo sistémico…", *op. cit.*, págs. 23 y 24).

analizada. Esto se dará si se han incluido varios escenarios simulando el efecto de la cláusula.

El TS, en relación con las llamadas cláusulas suelo indicó que no se había facilitado toda la información y que hubo engaño porque el producto (préstamo) es ofrecido a interés variable, sin añadir información por parte de las entidades financieras sobre los efectos de la cláusula suelo y ello hace que el consumidor se fije en el diferencial que se añade al Euribor como criterio para decidir. En la práctica, ese diferencial no operará por efecto de la cláusula suelo. Se trata de préstamos ofrecidos a interés variable, pero por efecto de las cláusulas suelo (con un elevado suelo) dichos préstamos se convertían a interés fijo elevado, siendo variable exclusivamente al alza. Pero el juego de probabilidad de evolución de los tipos no se advierte por las entidades financieras[469].

En el caso de las cláusulas de interés moratorio, análogamente, parece evidente que pueden considerarse opacas u oscuras en el sentido de que el usuario desconoce su verdadero alcance y trascendencia patrimonial futura, si la única redacción que consta sobre las mismas en el contrato es su tipo, esto es, la medida del precio del dinero que se entregará como indemnización por retraso, pero no otras circunstancias relevantes como, entre otras, la evolución de los tipos de interés que condicionan el propio interés moratorio o la evolución de este mismo, y el escenario patrimonial del cliente caso de aplicarse la cláusula.

4.6.3.- Control de contenido o de abusividad

Si el anterior control, de transparencia, no ha sido superado (es decir, si la cláusula es oscura), entra en juego la excepción que permite el análisis de contenido o de abusividad de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o de la adecuación entre precio

[469] Este engaño es de mayor entidad cuando la cláusula suelo se ofrece conjuntamente con una cláusula techo, a modo de contraprestación, formando lo que se denomina cuello o *collar*. Esto impide el conocimiento real del impacto de la cláusula suelo, porque ese techo nunca llegará probablemente según la información disponible por el banco, y en cambio el suelo sí se aplicará, garantizando un elevado interés mínimo al banco, y por ello una cláusula no es contraprestación de la otra, en contra de lo que se suele hacer ver por las entidades.

y retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra[470].

Por ello, el TS analizó la abusividad de las cláusulas suelo que enjuiciaba.

Las cláusulas que establezcan tipos de interés de demora, podrán ser en todo caso objeto de análisis de su contenido, porque no entran en la excepción. Así, la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), realiza un control de abusividad sobre una cláusula que establecía el interés de demora, juzgándola de abusiva al establecer una indemnización desproporcionadamente alta en perjuicio del consumidor. Esta sentencia (analizada *ut supra)* marca un hito porque sienta la doctrina de referencia en los años sucesivos en materia de intereses de demora, de considerar que son abusivos aquellos que superen en más de dos puntos los intereses remuneratorios pactados.

Se ha visto un impedimento en la aplicación de este control ante la aparición de la norma prohibitiva recogida por el art. 114 LH (e introducida por Ley 1/2013, según se ha expuesto *ut supra*), según la cual los intereses de demora en el supuesto que contempla, no podrán exceder de tres veces el interés legal del dinero: se argumenta que el reduccionismo a esa cantidad chocaría con la solución de eliminación de la cláusula por completo[471]. Incluso se ha intentado mantener el análisis de abusividad para aplicar la solución del 1108 CC (léase, interés legal, cifra menor que la establecida por el 114 LH) cuando los intereses moratorios sean muy superiores al límite de tres veces el interés legal, relegando la aplicación del mismo a los supuestos en los que haya exceso pero no abuso[472].

Frente a lo anterior, parece que el escenario no es tan desalentador. Es posible aplicar el control de contenido sobre aquel límite legal, porque la norma (114 LH), únicamente establece un tope superior, pero no implica que cumplirlo sea equiparable a que el interés de demora no sea abusivo.

---

[470] Acertadamente se ha descrito este control de contenido como una forma de alcanzar la justicia material mediante el equilibrio de las prestaciones (cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Condiciones abusivas de crédito", en NIETO CAROL, U. (dir.): *Estudios de Derecho Judicial: crédito y protección del consumidor*, núm. 3, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 463).

[471] Este razonamiento se expone en LLEBARÍA SAMPER, S.: "La protección del consumidor en la ejecución hipotecaria", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 247.

[472] Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, págs. 190 a 193.

4.6.4.- Apreciación de oficio de la abusividad

El control de oficio por parte de los jueces evita que las empresas utilicen cláusulas abusivas con la esperanza de que el consumidor o bien no sea consciente de los derechos que le confiere la Directiva 93/13, o bien no interponga reclamación judicial para que sean declaradas abusivas tales cláusulas.

Si se considera inferior al consumidor en las relaciones con los profesionales, interponer por parte del consumidor una acción judicial es una carga adicional que hace que muy probablemente no interponga tales reclamaciones judiciales. Sin embargo, el control judicial de oficio es efectivo porque se produce en las reclamaciones judiciales que inicie el profesional, quien es más probable que acuda a los tribunales para reclamar las obligaciones contractuales insatisfechas por los consumidores.

Este control de oficio por el juez es expresión del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, y no es una mera facultad, sino que es un deber[473]. Este deber no sólo comprende la apreciación de la abusividad de una cláusula cuando es patente, sino que además debe acordar de oficio la práctica de cuantas pruebas sean necesarias para determinar si existe tal abusividad, en aquellos supuestos en los que no se revele de una forma clara y directa[474].

Frente a la regla general de que la nulidad puede ser invocada por cualquiera de las partes contratantes, la nulidad de las cláusulas abusivas sólo puede invocarse por el consumidor y sólo entra en juego cuando las cláusulas operan "en detrimento del consumidor". Este tratamiento asimétrico es la solución que el Derecho Europeo otorga frente al desequilibrio entre las posiciones del consumidor y del profesional.

Como regla general rige el principio *iura novit curia*, es decir, que los jueces pueden aplicar las normas del Derecho que consideren oportunas aunque no hayan sido citadas por las partes. Este principio tiene como límite la congruencia, establecida en el artículo 218 LEC, según el cual los jueces no pueden apartarse de la causa de pedir configurada en los hechos y fundamentos de derecho que las partes hayan hecho valer.

[473] Así lo sostienen entre otras, las SSTSJUE de 21 de febrero de 2013, TJCE 2013/46, apartado 23; de 14 de junio de 2012, TJCE 2012/143, apartado 43; y de 4 de junio de 2009, TJCE 2009/155, apartado 32.

[474] Cfr. SSTJUE de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010/335, apartado 56; de 14 de junio de 2012, TJCE 2012/143, apartado 44; de 21 de febrero de 2013, TJCE 2013/46, apartado 24 y de 14 de marzo de TJCE 2013/89, apartado 4.

A su vez, este límite determinado por la congruencia, no es aplicable en los supuestos de nulidad, porque lo que es nulo no produce efectos[475].

En materia de cláusulas abusivas, la autonomía procesal que tienen los Estados a la hora de regular el proceso, tiene como límite que esas normas nacionales no pueden implicar que no se apliquen los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea reconoce a sus ciudadanos. Por ello, en primer lugar, el juez nacional, según el principio de eficacia, tiene que interpretar las normas nacionales de forma que se garantice la aplicación del derecho de la Unión Europea. Y si ello no es posible, el juez deberá inaplicar la norma nacional que haga imposible en la práctica o muy difícil el ejercicio de los derechos comunitarios.

Esta apreciación de oficio del juez de la posible nulidad de alguna cláusula por estar en el ámbito de la Directiva 93/13, debe ir acompañada del respeto al principio de contradicción, de forma que las partes puedan intervenir en el debate de la nulidad. Ello es especialmente necesario si, como se ha apuntado más arriba, el consumidor puede renunciar a la nulidad.

El TS realiza el análisis del principio del derecho comunitario de efectividad, para determinar que los tribunales deben ser flexibles en cuanto a las normas procesales si ello es necesario para lograr la aplicación del Derecho de la Unión. Aplicado al supuesto concreto que enjuicia, entiende el TS que *en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda* siempre que se haya respetado el principio de contradicción.

Por lo tanto, la eventual abusividad de una cláusula que regule el interés moratorio podrá y deberá apreciarse de oficio por los tribunales que tengan conocimiento de cualquier litigio sobre el contrato que la contenga.

[475] *Quod nullum est nullum effectum producit.*

4.6.5.- Efectos de la declaración de abusividad

En nuestro Ordenamiento Jurídico no hay una norma general que instaure la posibilidad de una nulidad parcial, es decir, que la nulidad sólo afecte a las cláusulas que la padecen, pero que el contrato continúe en vigor.

Esta posibilidad ha sido introducida jurisprudencialmente[476].

Sin embargo, la normativa sectorial sí que contempla esos supuestos, y concretamente la LCGC, al regular las acciones de nulidad y de cesación. La Directiva 93/13 prevé que los Estados Miembros adopten las medidas necesarias para que en los contratos celebrados con consumidores no les afecten las cláusulas abusivas, siendo el contrato obligatorio en sus demás términos.

Nuestra regulación en materia de consumidores ha ido variando en la materia. La LCU en su redacción original concordaba con la Directiva comunitaria (artículo 10 LCU), pero el artículo 10 bis introducido por la D.A. 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril, modificó dicho régimen porque se entendió eficiente un mejor ajuste a las circunstancias del caso, y en consecuencia permitió al juez integrar el contrato. Esta previsión se trasladó, como es sabido, al artículo 83.2 TRLCU, que permitía que el juez moderara los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012/143) ha declarado contraria al Derecho de la Unión esa posibilidad de integración y reconstrucción del contrato[477].

El TS, previa exposición de la norma general relativa a los efectos de toda resolución, contenidos en el artículo 1303 del Código Civil consistentes en la devolución recíproca de las prestaciones, retrotrayendo los efectos al momento de la celebración del contrato, alega la posibilidad de limitar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad en aras del

[476] SSTS de 16 de julio de 2010, RJ 2010/6555; de 20 de abril de 2011, RJ 2011/3597; de 18 de mayo de 2012, RJ 2012/6360 y de 23 de octubre de 2012, RJ 2012/10123.

[477] Al respecto, establece la Directiva comunitaria 93/13 en su artículo 6.1, que *no vincularán al consumidor* tales cláusulas. En el derecho interno, la LCGC sanciona con la nulidad las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, así como las que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8). Y el artículo 7 de la propia LCGC dispone la consecuencia jurídica de no incorporación al contrato de las cláusulas que no superen los controles de incorporación y de transparencia. (Si además son abusivas, serán nulas). El artículo 83 del TRLGDCU dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. El Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

principio general del Derecho de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Esta decisión de limitar los efectos retroactivos de la sentencia ha sido fuertemente criticada[478]. En manifestaciones realizadas por la propia actora, la importante asociación de consumidores bancarios AUSBANC, queda patente que no se solicitó pronunciamiento alguno sobre la retroactividad de la sentencia y anima a los consumidores a interponer las correspondientes reclamaciones judiciales, en solicitud de devolución de la totalidad de las cantidades indebidamente satisfechas[479].

Lo que parece correcto entender es que el TS ha pretendido por vía jurisprudencial paliar o incluso eliminar el efecto directo de aplicación de la sentencia a la totalidad de las situaciones individuales que se vean afectadas por la misma, de forma que no baste con invocarla para pretender recuperar las cantidades indebidamente satisfechas en el pasado. El efecto social que pretende producir la sentencia del Supremo es prospectivo o proyectivo, y también de prevención, cara a futuras resoluciones.

Pero esta sentencia no cierra (como no podía ser de otra forma, dada la vigencia de la normativa que regula la materia) la posibilidad de una reclamación individual que pueda realizar cualquier usuario bancario afectado por una cláusula suelo a su entidad financiera, por las cantidades satisfechas en el pasado, si bien, deberá probar que se dan los requisitos en el supuesto concreto, que determinan la nulidad de esa cláusula suelo.

No en balde, puede afirmarse que esta sentencia sí tiene aportaciones importantes incluso para estas eventuales reclamaciones a nivel individual que se pudieran efectuar, porque:

- ha descrito conceptos jurídicos clave que facilitan la identificación de las situaciones a que se refieren;

- ha expuesto el razonamiento jurídico que ha de seguirse en este tipo de reclamaciones;

- da el patrón para entender cuándo sí se entiende que las cláusulas son abusivas, aún desde un juicio abstracto;

[478] A modo de ejemplo, Muñoz García tilda de *incoherente* esta decisión de irretroactividad del TS, proponiendo en su lugar un *efecto restitutorio atenuado*, consistente en que individualmente cada consumidor afectado pudiera solicitar la compensación de los intereses indebidamente cobrados con los pendientes de pago (cfr. MUÑOZ GARCÍA, C.: "Abusividad…", *op. cit.*, pág. 402).

[479] Foro jurídico "Transparencia bancaria y control judicial" organizado por el Instituto de Gestión Gordios y patrocinado por AUSBANC, celebrado en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya el 6 de junio de 2013.

Las entidades financieras solicitaron aclaración y rectificación de varios puntos de la sentencia, si bien, desde un punto de vista procesal y a los efectos que importan en esta investigación, el único punto que se aclara es el relativo a declarar por parte de la Sala que "la falta de información que requiere la especial transparencia de las cláusulas suelo no negociadas individualmente, incorporadas a contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, no queda subsanada por el hecho de que en casos concretos se hayan abaratado los créditos durante un período de tiempo[480]".

La parte recurrida basaba su petición de aclaración en que "la sentencia no concreta los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado el consumidor en cada caso". Acertadamente el TS (sin tildarlo de aclaración) razona que el resultado debe ser "un consumidor perfectamente informado". Esta conclusión y toda la fundamentación sobre abusividad de las cláusulas suelo es trasladable analógicamente como ya se ha advertido, a las de interés moratorio, sobre los mismos presupuestos teóricos, en aras de producir un resultado práctico favorable al interés de la parte contratante débil o desinformada[481].

Efectivamente, el criterio para saber si se ha ofrecido suficiente información y se ha procedido conforme a Derecho es que el consumidor esté realmente informado y lo entienda. Es significativo que las entidades financieras se planteen fórmulas complicadas que aparentemente cumplan con la exigencia de facilitar información. Parece que nuevamente ya están pretendiendo que se inserten las cláusulas que les favorecen sin que los consumidores sean realmente conscientes de ello a través de la obtención de la bendición por parte del TS a unos mecanismos que formalmente pudieran transmitir la idea de que se ha facilitado información al consumidor, pero que realmente tienen suficientes ángulos oscuros como para que de hecho, el consumidor no esté perfectamente informado.

---

[480] Auto de aclaración de la Sala de lo Civil del TS de 3 de junio de 2013 (disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/Pleno_de_la_Sala_I_del_Tribunal_Supremo_resuelve_la_peticion_de_aclaracion_sobre_su_sentencia_relativa_a_las_clausulas_suelo_en_hipotecas, última consulta 03-07-2015), que recoge además, los pronunciamientos siguientes: rectifica la referencia a los apartados 2, 3 y 4, que debe ser sustituida por la referencia a los apartados 3, 4 y 5; declara no haber lugar a aclarar el apartado séptimo del fallo; acuerda completar el apartado del fallo relativo a la publicación de la sentencia; suprime una referencia interna sobre posibilidad de cita de sentencia en lugar de las conclusiones del abogado general, que no debía constar.

[481] Conciliando la jurisprudencia de intereses con las exigencias de la intervención del juez eficiente (cfr. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Método, investigación y práctica jurídica*, Bosch Editor, Barcelona, 2011, págs. 120 a 126).

Para que el TS entendiera correctos los mecanismos sugeridos por las entidades financieras para entender que el consumidor está realmente informado, la pregunta a través de la que se solicita aclaración tendría que ser una tautología: ¿un consumidor que realmente está informado y lo entiende es suficiente para que se considere que comprende y ha recibido la información suficiente? Es decir, que la estrategia de pretender que mecanismos paralelos suplan formalmente la obligación de transparencia, ya es de por sí oscura, cuando no torticera, en la medida en que se pretende conseguir la legitimación *a priori* de una conducta que entraña opacidad. Se vislumbra que las entidades financieras pretenden, a través de silogismos condicionados –y estandarizados, pues la personalización de estas cláusulas brilla por su ausencia-, concluir que el consumidor fue debidamente informado, aunque realmente no haya sido así. Y esto puede darse en cada uno de los mecanismos que proponen en su solicitud de aclaración.

A modo de apunte, reseñar el debate suscitado por la aplicación concreta por el TS en sentencia de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que establecía el interés de demora en un contrato de préstamo[482].

Sin embargo, debe finalmente advertirse que todas las precedentes consideraciones tienen un alcance contractual y no normativo. Es decir, mediante estos cauces puede controlarse la abusividad de las cláusulas en cuanto que son disposiciones de un contrato, pero no la que pueda derivarse de la propia aplicación de las normas sustantivas y procesales. En este ámbito el propio TJUE ha declarado que no es de aplicación la Directiva 93/13[483], si bien sí se ha pronunciado en relación con la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, sobre el carácter contrario al Derecho de la Unión de normativa nacional que impida al juez la suspensión del procedimiento ejecutivo para conocer del carácter abusivo de una cláusula o que sitúe al consumidor en desequilibrio al no poder interponer oposición al auto que despacha ejecución cuando el ejecutante sí goza de tal posibilidad[484].

Por ello, en los capítulos siguientes se analiza el *iter* normativo que sigue una deuda de un préstamo bancario, así como las propuestas que realizamos para integrar las normas aplicables en aras de una correcta aplicación del ordenamiento (más allá de las previsiones

[482] *Vid.* epígrafe 2.3 del presente capítulo.

[483] STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014/105).

[484] SSTJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013/89) y de 17 de julio de 2014 (TJCE 2014/106).

contractuales y al margen de que contengan o no cláusulas abusivas), como solución *apud iudicem, ad processum* y, extrajudicialmente, como remedio paliativo y preventivo en la contratación del impacto adverso que el problema estudiado acarrea al patrimonio del cliente prestatario.

CAPITULO CUARTO.-ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL ITER DE LA DEUDA PECUNIARIA RECLAMADA POR IMPAGO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO DESDE SU GÉNESIS CONTRACTUAL HASTA SU EJECUCIÓN JUDICIAL

I.- INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se realiza una exposición conceptual de las categorías que intervienen siguiendo como *iter* la cronología de la vida del préstamo, desde su formulación contractual, pasando por su incumplimiento en la fase extrajudicial hasta llegar a su reclamación judicial donde se pone de manifiesto el problema de la generación excesiva de intereses moratorios (ordinarios o procesales). La etapa final conecta a su vez con el punto de partida, en el sentido de que solamente conociendo qué es lo que sucede o puede suceder allí, puede darse contenido y cumplir con la exigencia de información completa y de advertencia de los riesgos a los que se enfrentará el prestatario en caso de impago.

A través de esta exposición se pretenden manifestar los problemas jurídicos que aparecen, para dotar de sentido la regulación sobre transparencia y defensa al usuario bancario señalada en el capítulo precedente, desde una visión que enlaza el aspecto práctico con su encaje en las correspondientes categorías conceptuales. Por ello, el recorrido supone un

análisis combinado del derecho civil, mercantil y procesal fundamentalmente. Y viene a colmar el vacío que se aprecia en quienes a lo sumo han detectado el problema pero no han continuado su análisis, limitándose a enunciarlo.

II.- FASE CONTRACTUAL.

2.1.-El contrato de préstamo

2.1.1.-Ubicación normativa del préstamo bancario: un subtipo del mutuo

Recordemos escuetamente la delimitación del objeto de estudio: el préstamo bancario de dinero. El CCom regula otras modalidades de préstamos mercantiles, que no son objeto de análisis (así, el art. 312 CCom se ocupa del préstamo de títulos o valores o de préstamos en especie). El art. 1740 CC se refiere a dos clases de préstamo: el préstamo de uso o comodato, por el que una de las partes entrega a la otra "alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva", que nunca ha tenido importancia en el ámbito del comercio, y al préstamo simple o mutuo, en el que debe encuadrarse el préstamo bancario, por el que una de las partes entrega a la otra "dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad"[485].

El contrato de mutuo o simple préstamo o préstamo de consumo se regula por los arts. 1740 y 1753 a 1757 CC; el préstamo mercantil en los arts. 311 a 319 CCom. (El préstamo al consumo se regula por la Ley 7/95, de 23 de marzo y los préstamos para facilitar la adquisición de bienes muebles a plazos, en la Ley 28/98, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles).

La simultánea regulación civil y mercantil en nuestro sistema apenas encuentra una justificación importante[486]. Las legislaciones de otros países europeos no tienen tal

[485] Así se sostiene en GADEA SOLER, E.: "El préstamo bancario de dinero", en SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (dirs.): *La contratación bancaria*, Registradores de España y Dikinson, S.L., Madrid, 2007, pág. 704 y DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M.: "Contratación bancaria", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 5057.

[486] MORÁN BOVIO, D.: "El contrato de préstamo mercantil", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, tomo II, Ariel Derecho, 13 ed., L´Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2009, págs. 411 y ss.

distinción y son coetáneas a nuestro CCom. La exposición de motivos del CCom de 1885 hace referencia a la tradición y peso generado por el de 1829 de forma que se conservó su molde modificando su contenido para adaptarlo a la normativa surgida en el *ínterin*. Como lo fue la Ley de 14 de Marzo de 1856, aplicable a todos los préstamos, no sólo al mercantil. Recordemos que esta ley liberalizaba el tipo de interés, pero sólo el ordinario, pues para el caso de mora limitaba el interés por concepto, al interés legal. Los Códigos no mantendrán esta redacción, o de su lectura puede admitirse (y de hecho así se interpreta) un interés moratorio pactado superior al legal. Si se observan compendios previos a la promulgación tanto del vigente CCom como del CC, el interés de demora se fija en el interés legal sin ninguna duda, sin posibilidad de pacto y con mención a la Ley que lo establece que es la antedicha de 1856. Estos compendios, pese a no constituir un verdadero Código, así se hacían llamar y tenían una numeración de artículos como un auténtico Código recogiendo la normativa vigente[487].

El préstamo bancario es aquel en el que interviene una entidad financiera como prestamista que redacta unilateralmente las condiciones generales a que debe someterse la relación contractual, entre las que se encuentran sin ninguna duda el pago de intereses por el prestatario (convirtiendo al préstamo en oneroso). Hay quien sostiene que puede ser civil o mercantil[488].Es más acertado el criterio establecido por el TS y seguido por la doctrina mercantilista de entender que todo préstamo concertado con un banco es mercantil[489], frente a la tesis que defiende la categoría de préstamo bancario civil cuando el prestatario es un consumidor, porque el dinero no se destina a actos de comercio (siguiendo el criterio del art. 311 CCom)[490]. Si se afirma su carácter civil, es un subtipo del contrato de mutuo[491].

[487] El art. 1685 del siguiente compendio así lo recoge, y no hace más que reproducir el art. 8 de la Ley de 1856: cfr. NAVARRO AMANDI, M.: *Código…, op. cit.,* pág. 355.

[488] PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato de préstamo", en ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L., *Contratación bancaria*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 120, y en la página siguiente se recoge la tesis que sostiene la mercantilidad de los préstamos bancarios.

[489] La STS de 9 de mayo de 1944 (RJ 1944/665) es el referente en esta interpretación. En el mismo sentido la de 20 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5618). Entre la doctrina, por todos, BROSETA PONT, M: *Manual de Derecho Mercantil,* 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pág. 211, quien extiende a todo tipo de préstamo su carácter mercantil. Y cabe destacar la consideración que se ha hecho de la categoría de *préstamo bancario* como sustitutivo incluso del contrato de préstamo, civil o mercantil, en la medida en la que la financiación se ha concentrado en entidades especializadas [cfr. APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. 2, 12ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 228].

[490] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil,* vol. 2, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1835.

2.1.2- Naturaleza jurídica del préstamo: contrato real *vs*. contrato consensual

Se ha debatido en la doctrina y jurisprudencia sobre la categorización del préstamo como contrato real. En ese sentido, la perfección no tendría lugar hasta que el prestamista entregue el dinero al prestatario. Únicamente habría obligaciones a cargo del prestatario. La tradición histórica califica este contrato como real, remontándose al Derecho romano. En palabras de Puig Brutau, se justifica esta categoría por ser la forma más apropiada "para crear deudas cuando todavía no se reconoce fuerza vinculante al simple acuerdo de voluntades. El contrato real brota del hecho de haber tenido lugar un desplazamiento patrimonial sin justificación o causa que permita la retención definitiva por parte del destinatario"[492]. El propio TS ha defendido esta naturaleza real si el contrato no incluía específicamente una cláusula por medio de la cual la entidad se obligaba a entregar la cantidad objeto del préstamo[493]. La consideración por la doctrina tradicional y por el TS de contrato real, lleva a su catalogación de contrato unilateral[494].

Entre los civilistas, Díez Picazo y Gullón Ballesteros afirman la revisión a la que está sometida hoy la categoría de los contratos reales en su conjunto. Fruto de ello es la admisión de posibles contratos consensuales de préstamo, mediante los cuales el prestamista queda obligado a la entrega de la cosa y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de esa prestación[495]. El CC no lo prohíbe y el acuerdo encaja en el art. 1254

---

[491] En otro sentido, la diferenciación con la regulación civil se considera precisamente la especialidad que supone el préstamo mercantil [cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y CUÑAT EDO, V.: *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, página 34].

[492] PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 24. También se defiende su carácter real en SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Préstamos, anticipos bancarios, apertura de crédito" en ALONSO UREBA, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (coords.): *Instituciones del Mercado Financiero*, vol. 2, Sopec, Madrid, 1999, pág. 532. Una postura intermedia puede encontrarse en ROCA GUILLAMON, J.: "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos", en NIETO CAROL, U. (dir): *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 198 y 199, donde acertadamente advierte de la exigencia de la constancia por escrito del pacto de intereses, a diferencia de la regla general en nuestro sistema contractual, con sanción de nulidad radical en caso contrario.

[493] Entre otras, STS de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1648), 16 de octubre de 1993 (RJ 1993/7329), 10 de mayo y 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/3898 y RJ 1994/7870).

[494] Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, 9ª ed., Reus, Madrid, 2015, pág. 434; URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 834; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 326.

[495] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. 2 (*El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*), 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 400.

CC que considera que existe contrato desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Sostienen que el Código refleja el modo de proceder en un contrato de préstamo, silenciando la fase de entrega[496].

La justificación del carácter real mediante la interpretación de que el Código Civil trata de proteger los patrimonios y por ello, contiene mecanismos que tienden a su conservación, tuvo su sentido cuando el préstamo era gratuito y el cobro de intereses estaba penado[497]. Según esa interpretación, en el ámbito civil el traslado de derechos de un patrimonio a otro es extraño, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito mercantil. Así, lo extraño es la salida de un derecho del patrimonio sin contraprestación. Por ello, de la misma forma que el donante no puede obligarse a donar y únicamente se perfecciona el contrato cuando lo hace, el prestamista no puede obligarse a prestar y únicamente hay contrato cuando entrega el dinero.

El carácter real del préstamo es una interpretación de la ley, porque en el texto normativo nada se dice. La consideración del contrato de préstamo como real, la encontramos desde los propios defensores en la época de la codificación, de la generación de intereses por el préstamo y la liberalización de su tasa.

Frente a esta tesis, como hemos avanzado, se alza la concepción del préstamo como un contrato consensual: hay contrato desde que las partes lo acuerdan. Las obligaciones surgen tanto a cargo del prestamista (entrega del dinero) como del prestatario (restitución del importe recibido y del interés pactado en su caso). Este carácter consensual es admitido por la práctica doctrina mercantilista[498]. Garrigues fue quien ya apuntó que la concepción real y unilateral "no armoniza con la mentalidad propia de los banqueros y de los comerciantes. Cuando una empresa…llega a concertar un préstamo con un Banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto…De aquí

[496] *Ib.*, pág. 455.

[497] *Vid.* PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato…", *op. cit.*, págs. 116 y 117.

[498] Por todos, ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Derecho del mercado financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 632.

se desprende que, con arreglo a esa mentalidad, el contrato de préstamo se convierte en un pacto consensual"[499].

Hoy día podemos afirmar que el contrato de préstamo es un contrato consensual y bilateral. En primer lugar, hay que partir de la concepción de Pothier expuesta en el capítulo segundo: el préstamo es gratuito porque no hay que pagar intereses. Relaciona expresamente esos dos extremos: la gratuidad con la inexistencia de obligación de pago de intereses. El préstamo era concebido para atender necesidades básicas y por ello la doctrina canónica lo ponía de ejemplo ético y de solidaridad al dar el prestamista sin recibir a cambio nada (usuras). Realmente, que los Códigos mismos digan que es un contrato gratuito es un vestigio de esa concepción del préstamo, por la influencia del citado autor en el proceso codificador (que a su vez se hace eco del mutuo romano) y de la propia concepción socioeconómica de la época basada en la tradición histórica de prohibición del interés.

En segundo lugar, el propio sentido del contrato de préstamo nos revela su verdadera naturaleza de carácter obligacional y bilateral.

Por lo tanto, el carácter gratuito y unilateral del préstamo pertenece al pasado. La evolución de los mercados puso de manifiesto que el interés es natural y consustancial e inherente al préstamo: igual que los administradores (que ostentan un mandato gratuito por defecto) no cobraban cantidad alguna por el desempeño de su cargo, pero actualmente ya son considerados profesionales a sueldo en las grandes sociedades. De la misma forma los préstamos en origen eran gratuitos pero hoy el factor inflación y disponibilidad monetaria son los componentes que conforman el interés ordinario o retributivo del dinero y que se genera por el hecho de ser prestado. Esto zanja el problema de la errónea y trasnochada calificación del préstamo como unilateral y real.

La cuestión es trascendente para nuestro análisis porque, asumiendo que la concepción del préstamo como real es historia, también ha de entenderse obsoleta la opción de configurar el préstamo como gratuito, más en el ámbito bancario. La normalidad es la onerosidad del

[499] GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios..., op. cit.,* pág. 225. Con la misma base se defiende el carácter consensual del préstamo bancario en TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: "El contrato de apertura de crédito", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las operaciones bancarias de activo,* tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil,* Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 195.

préstamo, incluso en el ámbito privatista general[500]. El propio Código Civil establece la regla del consentimiento en la perfección de los contratos, siendo preciso una norma expresa e indubitada que altere ese régimen, lo que no existe ni en el art. 1740 CC ni en el CCom.

En nuestro objeto de estudio, no hay duda en la doctrina más autorizada del carácter consensual y oneroso del préstamo bancario, que además, es el más utilizado en el tráfico jurídico[501]. Cuando se pacta con una entidad financiera no hay duda de que en el contrato se ha estipulado el pago de intereses retributivos.

Pero, con alcance más general, indicamos que el préstamo es un contrato consensual donde cabe la libre configuración de la estructura de tipos de interés que afecten al desenvolvimiento normal del contrato (tipo retributivo), e incluso al anormal (interés moratorio), sin necesidad de un seguimiento automático de los tipos legales o de referencia interbancaria, por más que estos sean un módulo normal de determinación del contenido de las cláusulas de interés.

A continuación examinamos los caracteres del préstamo, para explanar su aplicación a los relevantes para nuestro estudio.

2.1.3.- Caracteres del préstamo mutuo

El contrato de préstamo es un contrato típico por cuya consecuencia y efecto una de las partes (el prestamista) debe entregar a la otra (prestatario) una cantidad de dinero, y el

[500] Prats Albentosa llega a entender que en la época en la que el Código Civil finalmente entra en vigor, el préstamo también era normalmente oneroso. Refuerza el argumento con la constatación del breve espacio de tiempo que transcurre tras su promulgación para que se tenga que adoptar la Ley de represión de la usura (cfr. PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 117).

[501] GARRIGUES, J.: *Contratos…*, *op. cit.*, pág. 223; DE ANGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario al artículo 1753 CC", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1.623; AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: "El préstamo bancario", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las operaciones bancarias de activo*, tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 38 y 39, donde afirma que ha habido una evolución del mutuo que regulan los Códigos, de carácter real, al contrato actual de préstamo, consensual; PRADA GONZÁLEZ, J. M.: "Algunos aspectos de los préstamos bancarios", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984, pág. 316; MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G. A.: *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación (Análisis de doctrina y jurisprudencia)*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 117.

prestatario tras el transcurso de cierto tiempo deberá entregar al prestamista la misma cantidad y calidad de dinero. Esta definición se obtiene de las expresiones normativas contenidas en los arts. 1740.1 y 1753 CC, 312 y ss. CCom.

Su carácter consensual se desprende de la integración de esas disposiciones con lo previsto en el art. 1254 CC y por ello se perfecciona desde que uno o varios consienten en obligarse respecto de otro y otros[502].

Otra característica del préstamo es que es un contrato de duración o de tracto sucesivo, pues esencial al contrato que la cosa entregada en préstamo no sea inmediatamente exigible. El transcurso del tiempo es consustancial al contrato de préstamo. Se exige tanto en la esfera civil como mercantil (arts. 1740.1 CC y 313 C de C).

La causa económica del contrato es que el prestatario pueda disponer durante cierto tiempo del dinero recibido. Esta característica determinará, como luego veremos, los efectos de la eventual resolución en cuanto al tratamiento de los intereses ya satisfechos.

En la época de la codificación se admitió el lucro por el prestamista, que económicamente no anula el beneficio que supone para el prestatario disponer de aquello que carecía, pero lo reduce en proporción a la cantidad que debe entregar en concepto de interés[503].

Se trata de un contrato bilateral porque desde su perfeccionamiento con el consentimiento, nacen obligaciones para ambas partes de la relación: el prestamista se obliga a entregar una cantidad de dinero por un cierto tiempo al prestatario, quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

La bilateralidad del préstamo está en coherencia con su consideración como contrato consensual, y por lo tanto la entrega del prestamista deriva del contrato y no es condición de existencia del mismo[504].

La gratuidad u onerosidad se conecta con el desequilibrio patrimonial que pueda sufrir el prestamista en cuanto al esfuerzo que supone su obligación: si no percibe una cantidad de

[502] Cfr. PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 108.

[503] *Ib.*, pág. 109.

[504] PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 465; DE ANGEL YAGÜEZ, R.: "Comentario al artículo 1753 CC"…, *loc. cit.*; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et alii*: *Elementos de Derecho Civil. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, tomo II, vol. 2, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, págs. 169 y 170.

intereses será gratuito, pero si se han pactado es oneroso. Como se ha apuntado más arriba, los contratos bancarios son onerosos porque siempre se pacta un interés[505]. Para los Códigos, el préstamo es *normalmente* gratuito, y si se pacta (por escrito) el pago de intereses, se *desnaturaliza* esa gratuidad.

Puede incluso afirmarse que el contrato de préstamo siempre es oneroso, haya o no pacto de intereses, porque se puede interpretar la expresión *otro tanto*, como el equivalente de la prestación que recibe el prestatario[506]. De esta forma, nadie sufrirá un desequilibrio patrimonial y no habrá gratuidad.

2.2.- Naturaleza y función de los intereses remuneratorios, retributivos o correspectivos que componen el objeto de la prestación debida por el prestatario e integran la causa del contrato para el mutuante

Como ya se ha expuesto, en los contratos de préstamo bancario el prestatario se obliga al pacto de un interés porque los Códigos lo permiten y porque es algo inherente a la propia naturaleza del contrato.

Se reputa interés "toda prestación pactada a favor del acreedor" (arts. 1755 CC y 314 CCom). El CC exige que el pacto de interés sea expreso, mientras que el CCom que conste por escrito. Se ha explicado la razón de ser de esta diferencia de exigencias para un pacto de la misma naturaleza en los principios imperantes en el momento en que se redactó cada cuerpo normativo[507]. Así el CCom se basa en la Ley de 14 de marzo de 1856, cuyo art. 2º ya vimos *ut supra* que prevenía que: "Podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este préstamo será nulo si no consta por escrito". El propio proyecto de García Goyena de 1851 también se hacía eco de tal previsión. Sin embargo, la redacción final del CC no contempló la escritura sino que fuera expreso.

Este interés es el interés ordinario, correspectivo o retributivo. Su función es remunerar la disponibilidad del capital dinerario durante un período de tiempo. Es indiferente que el

[505] Podemos encontrar supuestos en los que ese interés es sorprendentemente bajo, incluso negativo, pero hay pacto de interés.

[506] Así se sostiene en PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 124.

[507] *Ib.*, pág. 171.

principal recibido en préstamo se utilice para la inversión o para adquirir bienes de consumo o recibir servicios. El hecho mismo del transcurso del tiempo y la naturaleza indubitada de productividad del dinero justifican económicamente el pago de intereses. En palabras del TS "el precio o retribución del dinero….es el concepto propio de interés"[508].

Los intereses remuneratorios o compensatorios se devengan como retribución o rendimiento a la entrega del capital por plazo determinado, por lo que concluido el mismo ya no seguirán devengándose (STS de 13 de abril de 1992, -RJ 1992/3100- y de 17 de marzo de 1994, -RJ 1994/1989-).

Su diferente naturaleza con los intereses moratorios no plantea ninguna duda[509]. El interés ordinario o remuneratorio tiene una naturaleza retributiva.

La concreta tasa o tipo de interés es la que libremente pacten las partes (art. 315.1 CCom y 1255 y 1755 CC), siendo lo usual que consista en un porcentaje sobre el importe prestado, bien fijo o bien variable en función de determinados criterios o circunstancias y que se liquide de una sola vez o de forma periódica en función de determinados "períodos de interés" preestablecidos.

Estos intereses se devengarán día a día, sobre la base de un año de 360 días, sobre las cantidades que en cada momento estén pendientes de amortización. Serán pagados al banco integrados en las cuotas periódicas junto con el principal del préstamo, utilizándose para su cálculo fórmulas que son reconducibles a la clásica del "carrete" (interés = capital * rédito * tiempo)[510].

Si se estipula un interés fijo (que es el caso más habitual), el capital del préstamo devengará el interés nominal anual por cada período del mismo plazo que dure el contrato. Si se estipula un interés variable, el propio contrato establecerá sucesivos períodos de interés (generalmente anuales). En cada tramo se aplicará el interés resultante de adicionar un diferencial (que puede ser 0,5 puntos, 1…) que se mantiene a lo largo de toda la

[508] STS de 29 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7330) y en el mismo sentido las de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9228) y de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998/1267).

[509] GADEA SOLER, E.: "El préstamo…", *op. cit.,* pág. 722.

[510] GADEA SOLER, E.: "El préstamo…", *op. cit.,* pág. 719 donde incluye en la fórmula el denominador 36000, para obtener el cálculo diario: resulta de multiplicar 100 del porcentaje del tipo de interés y 360 del número de días que se considera que tiene el año, así interés = capital x tipo de interés (sin porcentaje) x tiempo (en días) / 36000.

vigencia del contrato, a un tipo de referencia objetivo (no puede ser un índice de la propia entidad o de su grupo según CBE 5/2012, de 27 de junio).

Es posible que se establezca una denominada cláusula suelo que garantice los ingresos del banco, el cual las suele sugerir o incluso imponer de hecho en épocas de tipos a la baja. Es un producto o instrumento derivado anexo compensatorio del lucro cesante del banco, instrumentado en un swap de tipos de interés cuya esencia económica, que compensa los rendimientos variables del préstamo, consiste en que en ningún caso el tipo de interés será inferior a un mínimo. Sobre el enjuiciamiento de su validez nos remitimos a los criterios establecidos en STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088), por no ser objeto de nuestro estudio este tipo de cláusulas.

Respecto a la validez de las cláusulas por las que el prestamista se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el prestatario, a pesar de estar admitida, siendo suficiente en nuestro derecho que se describa el modo de variación del tipo y se informe con suficiente antelación, pudiendo los otros contratantes resolver el contrato (DA 1ª I.2º LGDCU y el art. 8 LCC), no parece muy acorde con el espíritu y finalidad del art. 1256 CC, al margen de presentar problemas de aplicación graves: búsqueda de financiación alternativa, coste de la resolución anticipada, y obstáculos para la reclamación de daños y perjuicios del prestatario, entre otros.

Debe recordarse aquí que, en la determinación del interés retributivo rige con toda su amplitud el principio *pacta sunt servanda* o principio de autonomía de la voluntad que predomina en el libre mercado, y que está sujeto en nuestro ordenamiento a lo dispuesto en el artículo 1255 CC (no puede ir contra las leyes, la moral o la costumbre), a las previsiones de la Ley de Usura de 1908 (analizadas extensamente en el capítulo segundo[511]) y dado que nos movemos en el ámbito de los contratos de adhesión debe sujetarse a lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (que son de aplicación tanto a consumidores como a profesionales). El pacto deberá cumplir todas las prescripciones de transparencia contenidas en la normativa analizada en el capítulo tercero.

[511] El TS en sus primeros pronunciamientos sostuvo que cualquiera que fuera la cuantía de los intereses pactados, no podían estimarse usuarios cuando se trataba de operaciones mercantiles (STS 21 de octubre de 1911 -CLE 1911/95-, de 19 de abril de 1913 -CLE 1913/37- o de 10 de febrero de 1928 -CLE 1928/56), pero cambió de criterio admitiendo la aplicabilidad de la Ley de Usura (STS de 9 de mayo de 1944 -RJ 1944/665-, de 30 de junio de 1967 -RJ 1967/3548- o de 19 de diciembre de 1974 -RJ 1974/4799-).

En el caso particular de que se trate de contratos celebrados con consumidores, según la aplicación del espíritu de la tan citada Directiva 93/13, debe superar el filtro doble del control de inclusión y del cumplimiento de los mínimos legales en materia de transparencia, como ya se ha advertido. Al considerarse que el interés forma parte del precio del contrato y define las obligaciones de las partes, no cabe el control de contenido, pero si no se supera el control de transparencia, sí puede un órgano judicial entrar a valorar la posible abusividad del tipo de interés retributivo fijado[512].

2.3.- Régimen de imputación de pagos de los intereses retributivos

Al hablar de contratos de adhesión, el propio texto de los mismos fijará el cuadro de amortizaciones con los pagos que deberá satisfacer el prestatario. Si el tipo de interés es fijo, todas las cantidades estarán determinadas de antemano. En el caso de que los intereses fueran variables (como vimos, consistente en adicionar un diferencial fijo sobre un índice de referencia externo y variable), los intereses se dividirán por períodos para su cálculo conforme a la variación del índice, estableciéndose las bases para ese cálculo así como para el régimen de pagos de intereses y de principal.

Si no se ha establecido un régimen de imputación de pagos, regirá lo dispuesto en el art. 1173 CC y en primer lugar se atenderán los intereses, lo que está en consonancia con la argumentación que aquí importa ya sostenida por el Tribunal Supremo desde sus primeras resoluciones (sentencia de 1 de marzo de 1887[513]): el préstamo está concebido para producir intereses en beneficio del prestamista. Con una imputación de pagos realizada a los intereses, se consigue que el capital los genere. Este mecanismo es coherente con la finalidad de los intereses retributivos, porque con el mismo se busca la producción del interés.

Si de alguna forma se impide esa generación de intereses, como sería una amortización anticipada, es normal que la entidad financiera exija al prestatario el pago de una comisión. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos

[512] La STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) pudo declarar la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo porque, a pesar de ser consideradas integrantes del objeto principal del contrato (lo que en principio vedaba su control), no cumplían el requisito de la transparencia, lo que permitió su enjuiciamiento.

[513] STS de 1 de marzo de 1887 citada en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 110.

hipotecarios limita la comisión que pueden percibir las entidades en caso de amortización anticipada en préstamos a interés variable. En la doctrina se asemeja esta comisión a una pena por desistimiento, y en ese sentido lo dispuesto por esa normativa es una expresión legislativa de la facultad moderadora del artículo 1154 CC[514]. La opción legislativa de moderación mediante la limitación obedece al criterio económico de que es menor el riesgo que asume el prestamista en los contratos a interés variable.

Las previsiones contenidas en el art. 318.1 CCom y repetidas por el art. 1110 CC son también de aplicación a los intereses correspectivos. Como acertadamente se ha sostenido, la razón de ser de estos preceptos es la posibilidad de que el préstamo sea gratuito, aun habiéndose pactado intereses[515]. Sería como una segunda oportunidad o salvaguarda para definir al préstamo concreto de que se trate: con intereses o sin ellos. La jurisprudencia ha precisado que para extinguir los intereses por esta vía, es preciso que los pagos se refieran al capital *completo* y no a parte del mismo (SSTS de 11 de febrero de 1989 [RJ 1989/829] y de 3 de febrero de 1994 [RJ 1994/972]).

III.- FASE PREJUDICIAL: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

3.1.- La facultad del prestamista de exigir el cumplimiento más los daños y perjuicios *vs.* la resolución junto con la indemnización de daños y perjuicios en los contratos de préstamo

Los incumplimientos pueden clasificarse en las siguientes categorías[516]:

a) Cumplimientos retrasados, que son aquellos en los que el deudor no ha cumplido en el plazo fijado pero todavía es posible y aun tardíamente, sigue satisfaciendo el

[514] ORDUÑA MORENO, F. J.: "Derecho de la contratación y condiciones generales", en ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L. (coords.): *Contratación bancaria*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 84.

[515] MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 419.

[516] Seguimos a Díez-Picazo en la clasificación de los incumplimientos (*vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I…, *op. cit.*, pág. 673); en la misma línea DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 27.

interés del acreedor. Es en este grupo donde la mayoría de la doctrina sitúa la mora del deudor.

b) Cumplimientos defectuosos. Son los que no se ajustan a lo pactado. En puridad, es una categoría más general que la anterior (todo retraso es defecto de cumplimiento, pero hay otros defectos distintos del retraso, por ejemplo un reembolso parcial, o disgregado, o un pago hecho en lugar o forma no pactados).
c) Incumplimientos definitivos. Se encuadran en esta categoría las situaciones en las que el deudor no ha cumplido y ya no es posible hacerlo (ya no se satisface el interés del acreedor), bien porque el término fijado era esencial, bien porque ha sobrevenido una causa de incumplimiento o bien porque el retraso es tan prolongado que el acreedor está facultado para resolver el contrato.
d) Incumplimientos parciales. Esta última categoría es defendida por quien considera que aquí se incluyen los supuestos de obligaciones de tracto sucesivo en las que o bien sólo se ha cumplido algún plazo o bien ninguno[517].

De la clasificación anterior, Díez-Picazo Giménez sostiene que es posible constituir en mora a los deudores de obligaciones tardías, cumplidas defectuosamente o parcialmente[518].

La mora es el supuesto por excelencia de incumplimiento por parte del deudor. Pero la obligación de pago no se considera que alcance el *status* de imposibilidad de cumplimiento, porque por lo general, al acreedor siempre le resultará útil recibir la prestación, aun intempestivamente[519]. Díez-Picazo es más contundente y considera que en las deudas de dinero, el incumplimiento retrasado es el único posible[520].

[517] Díez-Picazo no incluye este último grupo en su clasificación de incumplimientos. Esta categoría sí es defendida por Díez-Picazo Giménez al entender que es preciso separarla de los supuestos de cumplimiento defectuoso porque entrañan consecuencias jurídicas diferentes (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 28).

[518] *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*¸ pág. 45.

[519] Cfr. SOLER PRESAS, A.: *La valoración…, op. cit.,* pág. 229.

[520] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, págs. 48 y 586.

3.1.1.-Remedios jurídicos frente al incumplimiento: petición de cumplimiento tardío, resolución del vínculo contractual, indemnización de daños y perjuicios y *perpetuatio obligationis* o traslación de riesgos

El deudor que no cumple su obligación está expuesto a los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha dispuesto a favor del acreedor para actuar frente a esta lesión de su derecho de crédito. El Código Civil dispone de los siguientes medios:

a) Si el cumplimiento de la obligación todavía satisface al acreedor, este puede utilizar la acción de cumplimiento. En los supuestos en los que objetivamente no se pueda cumplir, pero el acreedor todavía esté interesado en la prestación, por efecto del traslado de riesgos del deudor constituido en mora, es posible solicitar el llamado cumplimiento por el equivalente, que es diferente a la pretensión indemnizatoria[521].
b) El abono de daños y perjuicios derivados del incumplimiento son una de las consecuencias del mismo. Es decir, el acreedor puede además utilizar los otros remedios jurídicos ante la lesión de su derecho de crédito. Los daños y perjuicios para las relaciones contractuales tienen su regulación general en el artículo 1101 CC, que es el que establece los presupuestos para que surja la obligación de indemnización, del mismo modo que el artículo 1902 CC los establece para las relaciones extracontractuales[522].
c) La perpetuación de la obligación es otro efecto del incumplimiento, que supone el traslado de los riesgos al deudor que no ha entregado el objeto de la obligación. Es la excepción del caso fortuito, pues si este ocurre antes de la constitución en mora, el deudor queda exonerado[523].
d) La resolución del vínculo contractual es otra vía que puede utilizar el acreedor insatisfecho. En este punto hay cierta discusión acerca de la relación entre el artículo 1124 CC y el último párrafo del 1100 CC. A juicio de Díez-Picazo ese

[521] En contra, Beltrán de Heredia y Onís, (cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, R.: *El incumplimiento de las obligaciones*, EDERSA, Madrid, 1990, pág. 46) quien entiende que la expresión *id quod interest* comprende el pago al acreedor de todas las consecuencias del incumplimiento, tanto contractuales como extracontractuales, entendiéndose incluidos también los daños y perjuicios. Entiende que es aquí cuando toma sentido el artículo 1911 CC, porque, al no poder cumplirse la obligación *in natura*, el deudor responde con todo su patrimonio. Y es más coherente con la terminología del Código utilizar la expresión *daños y perjuicios*, que es la consecuencia jurídica que marca el artículo 1101 para los que por dolo, negligencia, morosidad o de cualquier modo incumplieren su obligación.

[522] Así también, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 443.

[523] Cfr. arts. 1096 y 1182 CC.

> último párrafo regula la *exceptio non adimpleti contractus*, de forma que solo desde que uno de los obligados recíprocamente cumpla, entrará en mora el otro[524]. *A sensu contrario*, no se puede exigir una prestación recíproca mientras no haya cumplido con la suya quien la reclama.

El Derecho prevé una serie de mecanismos para el supuesto de que el acreedor no obtenga la satisfacción de su crédito[525]. Entre ellos se encuentra la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación debida, lo cual tiene a su vez dos modalidades: es posible exigir el cumplimiento *in natura*, es decir, la prestación en sus términos pactados, o bien exigir el llamado cumplimiento por equivalente, cuando no sea posible aquella.

En el caso del préstamo, al ser el dinero el objeto de la prestación a entregar por el deudor, no cabe plantearse la anterior disyuntiva; distinto será el caso de los préstamos no dinerarios (cfr. art. 312 CCom), extraños y ajenos al ámbito bancario, aunque todavía puede pactarse la sustitución de la prestación pecuniaria por otra alternativa (por ejemplo, activos muy líquidos equivalentes a dinero, como cheques bancarios certificados).

En los supuestos en los que el cumplimiento no es posible, la primitiva obligación se convierte en la de indemnizar los daños y perjuicios. No obstante, es posible exigir el cumplimiento de la obligación, y además los daños y perjuicios, cuando aquella obligación es todavía posible: así sucede en los casos de mora y de cumplimiento defectuoso[526].

En segundo lugar, para las obligaciones recíprocas, es posible resolver los contratos para el caso de que una de las partes no haya cumplido. Este planteamiento es posible desde la consideración del contrato de préstamo como un contrato consensual, bilateral y recíproco. Sería una forma de reafirmar la corrección de esa concepción del préstamo. Sin embargo, hay que exponer en este punto que la doctrina considera que en las deudas pecuniarias es

[524] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, pág. 505.

[525] En esta investigación se analiza el incumplimiento de pago del prestatario, no el eventual incumplimiento del prestamista de entregar la cantidad de dinero pactada, porque entendemos que prácticamente no se dará, y en su caso, los mecanismos jurídicos existentes son suficientes para lograr la satisfacción del derecho lesionado. Por ello, la terminología de acreedor se utiliza como sinónimo de prestamista, y la de deudor, de prestatario.

[526] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II…, *op. cit.*, pág. 682.

imposible un incumplimiento definitivo porque siempre satisfarán al acreedor y siempre será posible conseguir dinero (no es un bien perecedero y es fungible por excelencia)[527].

Ante la afirmación de que no es posible un incumplimiento definitivo de las deudas pecuniarias, como hemos expuesto antes, cabe plantearse si es posible jurídicamente resolver un contrato de préstamo por el prestamista. Y por otra, si lo es de una forma fáctica o económica. A la primera consideración se puede contestar afirmativamente, pero eso tendrá unas consecuencias: si se resuelve el contrato, no puede solicitarse su cumplimiento. El apunte sobre la imposibilidad de incumplimiento definitivo tiene el límite de la propia voluntad del acreedor: cuando admite un incumplimiento definitivo a través de la resolución del contrato y por lo tanto manifiesta que no quiere el cumplimiento.

Sin embargo, avanzando en las posibilidades que otorga el Derecho ante la lesión del crédito, nos encontramos con la indemnización de daños y perjuicios, que es compatible con las dos vías expuestas (el cumplimiento y la resolución). En el caso de las deudas pecuniarias, rige la previsión especial contenida en el artículo 1108 CC que más adelante desarrollaremos.

3.1.2.- Racionalidad de la opción por el cumplimiento del contrato de préstamo

Exigir el cumplimiento del contrato de préstamo implica exigir la devolución del principal pendiente de pago y la de los intereses pactados. Y además se puede exigir la indemnización de daños y perjuicios que, en nuestro derecho privado, se concreta en el pago de los intereses de demora previstos en el artículo 1108 CC y también en el artículo 316 CCom.

Concretamente, las prestaciones debidas al margen de la indemnización de daños y perjuicios son:

- el importe principal pendiente de pago, cantidad determinada y fácilmente calculable.

- el importe pactado en concepto de intereses que haya resultado impagado, que *stricto sensu* implicaría una cantidad concreta calculable también si nos ajustamos a las pautas

[527] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…*, *op. cit.*, págs. 48 y 586.

cerradas en el contrato de préstamo: siguiendo la fórmula pactada, el tipo de interés aplicable, el principal sobre el que se aplica y sobre todo el tiempo pactado. De aquí se obtiene una cantidad determinada, que normalmente se desprende de un cuadro de amortización de pagos periódicos post-pagables o *francés*.

No obstante, lo normal es que se pacte una *cláusula de vencimiento anticipado*, lo que supone que el acreedor no se obliga a seguir respetando el plazo pactado, y que el devengo de intereses siga otro régimen, porque todo el principal pendiente será exigible desde ese momento.

Esta cláusula ya altera el régimen equilibrado establecido en el contrato. Ya no se siguen con exactitud las reglas contractuales fijadas para el caso de cumplimiento. Nótese que el incumplimiento del deudor, también altera ese régimen porque no atiende un pago que estaba fijado.

La precitada cláusula de vencimiento anticipado se entiende como una forma de resolver anticipadamente, esto es, antes del tiempo previsto de amortización, la relación obligacional, y por ello nos decantamos por encajarlo en el supuesto de resolución; por lo tanto se regirá por lo dispuesto en dicho régimen, que analizamos a continuación[528]. Pero puede entenderse también como una forma de anticipar el vencimiento, pero sin entender resuelto el contrato, aunque no se puede negar que no es una cláusula que defina el desenvolvimiento normal del contrato de préstamo, por estar pensada precisamente para el caso de su incumplimiento y alterar su esencia: exigir todo el principal pendiente de esta forma implica perturbar la exigencia del cumplimiento de los intereses pactados en la forma expuesta con anterioridad y eliminar la concesión de plazo al deudor[529]. En todo caso, por tanto, únicamente se deberán intereses retributivos hasta que comience la aplicación del vencimiento anticipado.

[528] Así puede observarse en formularios de préstamos bancarios (cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Manual de clases prácticas de Derecho civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1980, pág. 67). La propia doctrina también ha puesto de manifiesto la utilización en la práctica mercantil de pólizas de préstamo que regulan conjuntamente y a menudo confundiendo la resolución del contrato con el vencimiento anticipado por la cercanía de sus efectos patrimoniales como veremos [*vid.* BASOZABAL ARRUE, X.: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 35 a 40].

[529] Una de las prácticas históricas usurarias consistía precisamente en reclamar el préstamo al día siguiente de su contratación. Por ello el Código de Comercio estableció en su art. 313 que no podría exigirse sino después de transcurridos 30 días desde el requerimiento notarial.

3.1.3.- La resolución del contrato de préstamo como alternativa

Optar por la resolución implica por una parte que dejan de ser exigibles las obligaciones que habían contraído las partes en virtud de la relación que las unía y que se resuelve, y por otra el deber de reintegrar o restituir las prestaciones recibidas de la otra parte (dejando por ahora de lado la indemnización de daños y perjuicios). Se aplica en este punto lo dispuesto en el art. 1123 CC, que aunque está previsto para las condiciones resolutorias, es aplicable a la resolución en general[530]. Concretamente:

- el prestatario estará obligado a restituir al prestamista el importe de principal pendiente de pago, lo que es una cantidad determinada y de fácil cálculo.

- en cuanto a los intereses pagados, como nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, los efectos de la resolución son *ex nunc*, es decir, desde cuando se realiza la misma y por lo tanto no hay obligación por parte del prestamista de devolver los intereses percibidos hasta entonces, porque el sinalagma ha funcionado hasta el momento de la resolución[531].

- en cuanto al plazo, en este caso no hay plazo que respetar porque ya no nos movemos en los parámetros del contrato. El principal pendiente de pago es exigible en su totalidad desde la resolución.

Estos efectos de la resolución no deben confundirse con los daños y perjuicios que pueden ser solicitados junto a la misma[532]. Esta distinción es clara en el tenor del art. 1124 CC. Sin embargo, cuando hace referencia a "intereses" estos se deberán si son los daños y perjuicios derivados de la resolución, en nuestro caso, cuando haya mora en la restitución recíproca de prestaciones[533].

---

[530] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.,* pág. 723.

[531] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema…, op. cit.,* pág. 249.

[532] En el mismo sentido Díez-Picazo, quien diferencia claramente entre el resarcimiento de daños y la restitución, de forma que ésta no puede tener un alcance indemnizatorio (*vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.* pág. 727).

[533] DÍEZ PICAZO ve en la mención a los intereses del art. 1.124 CC la aplicación del art. 1108 CC para las deudas pecuniarias (cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.,* pág. 725. Esto solamente será así cuando haya mora en dicha deuda pecuniaria).

3.1.4.- Comparación de eficiencia entre la exigencia de cumplimiento y la resolución desde la perspectiva bancaria y la del cliente

Por lo tanto, a efectos de prestaciones debidas, se llega a un resultado económico muy parecido si se resuelve el contrato que si se exige su cumplimiento, pero por fundamentaciones jurídicas diversas. De las dos formas se llega a la siguiente situación:

- el prestatario está obligado a devolver todo el principal pendiente de pago sin poder disfrutar de un plazo para ello (lo que significa que no puede seguir utilizando los parámetros contractuales de cuotas de amortización).

- los pagos efectuados hasta el incumplimiento no deben restituirse en ningún caso.

- en ambos casos son exigibles daños y perjuicios. Sin embargo su tratamiento jurídico es diferente:

a) en el caso de que el acreedor opte por el cumplimiento, nos encontraríamos en un supuesto de mora o retardo y por lo tanto serían aplicables los arts. 1108 CC y 316 CCom.

b) en el caso de que el acreedor resuelva el contrato, la eventual indemnización de daños y perjuicios lo será por incumplimiento y por lo tanto tendrá que acudir a las reglas generales (arts. 1101 y ss. CC). En principio, no se aplicará la regla especial del artículo 1108 CC porque está previsto para el caso de mora, e igual suerte correrá lo dispuesto en el art. 316 CCom, también regulador de la situación de demora.

Sin embargo, fruto de la resolución surge para el deudor la obligación de pago de una cantidad de dinero: la que reste para completar la restitución completa del principal, (según las cuotas de amortización pendientes) que se añade a la de pagar los intereses debidos según el cuadro de amortización, cuyo impago generó la resolución con efectos *ex nunc.* El eventual retardo en el cumplimiento de esta obligación sí facultará la aplicación de lo dispuesto en el art. 1108 CC. Ya no será de aplicación el CCom porque no nos encontramos en sede de cumplimiento del contrato de préstamo, sino en el escenario de cumplimiento de la obligación dineraria de restitución por efecto de la resolución.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el propio contrato puede prever válidamente los efectos del incumplimiento[534]. En préstamos bancarios suele pactarse que la entidad

[534] STS de 8 de febrero de 1980 (RJ 1980/515).

podrá resolver el contrato y exigir las obligaciones de pago que tenga contraídas el prestatario si se da alguna de las circunstancias que debidamente se recojan[535]. Habrá problemas para interpretar si entre esas obligaciones se encuentran los intereses, y cuáles deberán aplicarse (retributivos o moratorios) y si a la demora en la restitución del principal por efecto de la resolución, al aplicarle el art. 1108 CC debe someterse al interés legal o puede entenderse que el pacto (de interés retributivo o moratorio) pueda alcanzar a esta situación de resolución, que no es ni la de cumplimiento del contrato de préstamo, ni la de demora del mismo.

3.2.- Referencia al régimen general de indemnización de daños y perjuicios, y especial referencia al deber de mitigar el daño y su aplicación en el supuesto contemplado

Las reglas de la responsabilidad contractual por daños y perjuicios se regulan en los artículos 1101 y ss. CC.

El artículo 1101 hace responsables de indemnizar daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia, morosidad o los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas. El impago que origina la resolución del contrato se encuadra en la última modalidad.

Los daños indemnizables se regulan en los arts. 1106 y 1107 CC. Es difícil determinar cuáles sean los daños indemnizables, pero lo cierto es que se trata de colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría de no haber sufrido la lesión en su crédito. Es lo que la doctrina ha llamado "interés positivo"[536].

Se trata de un concepto resarcitorio que en ningún caso entraña alcance punitivo del ilícito cometido[537]. El cálculo de la indemnización, según nuestro Derecho, comprende los llamados *daño emergente* y *lucro cesante*. Hay supuestos de "cálculo abstracto del daño", que son aquellos en los que una norma fija el alcance de esos daños, como es el caso del

[535] DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Manual…, op. cit.,* pág. 67, cláusula 6ª.

[536] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.*, pág. 683.

[537] *Ib.*, pág. 683.

art. 1108 sobre el que volveremos[538]. Pero frente a esos supuestos, el régimen general exige probar el daño realmente sufrido, que puede consistir en: el coste del negocio de reemplazo, los costes de reparación, daños sufridos en el bien objeto de la obligación, gastos en los que necesariamente haya incurrido el acreedor como consecuencia del incumplimiento, daños producidos a terceros como consecuencia del incumplimiento, etc[539]. El lucro cesante, comprende, la ganancia que se ha dejado de obtener por el incumplimiento o retraso. Nuestros tribunales han sido restrictivos a la hora de interpretar este concepto, descartando las futuras ganancias dudosas. Sí han admitido como criterio el promedio de ganancias de un empresario.

Entre las reglas que rigen la indemnización de daños y perjuicios, está el deber que pesa sobre el perjudicado de *mitigar el daño.* Díez-Picazo fundamenta esta exigencia en el principio de buena fe consagrado en el art. 7 CC[540].Quien sufre un daño, tiene un deber de diligencia para que no se extienda, pues no puede pretender exigir la reparación de aquello que no es consecuencia del incumplimiento o retraso, sino que es achacable a su propia falta en la adopción de las medidas oportunas para evitarlo. Por lo tanto, además de la buena fe, fundamenta esta carga que pesa sobre el prestamista en nuestro caso, la evitación de la ruptura de la secuencia causal que origina los daños, para que puedan ser reclamados[541].

En el ámbito europeo en materia de indemnización por resolución del contrato, los PECL incluyen los criterios básicos de delimitación de su extensión: la asunción del riesgo al tiempo de contratar y la mitigación del daño. Ambos criterios integran la llamada *regla de*

[538] Para un mayor detalle de supuestos de cálculo abstracto del daño, *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.,* pág. 684.

[539] La jurisprudencia es clara al exigir la prueba del daño, que éste se derive del incumplimiento y la cuantificación del mismo (SSTS de 17 de julio de 1987 [RJ 1987/9977], de 22 de julio de 1998 [RJ 1998/6390] y de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998/1166] entre otras muchas]). El daño, en el régimen general, debe ser efectivo y tener existencia real, no siendo admisible la eventualidad del mismo (SSTS de 10 de octubre de 1990 [RJ 1990/7592], de 9 de abril de 1996 [RJ 1996/2912], de 28 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9402], y de 17 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9513]).

[540] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo V (*La responsabilidad civil extracontractual*), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 344. Algún autor considera que debiera incluirse textualmente esta regla de mitigación del daño en el propio Código Civil (cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: "Las nuevas bases de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, vol. 4, octubre-diciembre 1993, pág. 1743).

[541] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo II…, *op. cit.,* pág. 691.

mercado o *coste de sustitución de mercado.* Consiste en entender que la indemnización al acreedor se consigue por el coste adicional que, por oscilación del mercado, tendría que haber satisfecho o tendrá que satisfacer (si todavía no lo ha hecho) para procurarse una prestación sustituta de la incumplida. Hay opiniones dispares en cuanto a considerar incluido en la indemnización la menor pérdida o beneficio obtenido por un acreedor perjudicado que, en cumplimiento de su deber de mitigación del daño, adopta medidas más allá de lo razonable[542]. Esta línea de investigación excede el propósito del presente trabajo, si bien pudiera considerarse interesante su profundización en un futuro. Baste ahora para apuntar la existencia de estos criterios en el entorno comunitario y por ende la necesidad de aplicación de la carga de mitigación del daño que aquí se defiende, además, como camino hacia la armonización de los ordenamientos privados.

El art. 1107 CC establece las reglas que han de seguirse distinguiendo entre los deudores no dolosos y los que sí lo son. Para los primeros rige la regla de la previsibilidad al tiempo de contratar de los daños que se le puedan reclamar. Los segundos responden de todos los daños y perjuicios derivados de su falta de cumplimiento.

3.3.- Peculiaridad de la regulación de los daños y perjuicios derivados de las deudas pecuniarias: el art. 1108 CC

3.3.1.- El régimen del art. 1108 CC

El Código Civil regula de una forma diferenciada de este régimen general de *mora debendi* el incumplimiento de las deudas pecuniarias, mediante los mecanismos excepcionales que recoge en el artículo 1108. Este artículo es una auténtica excepción a lo dispuesto con carácter general en el artículo 1107 CC sobre el régimen de responsabilidad por daños y perjuicios en los supuestos de demora. En el caso de las deudas pecuniarias, al constituir al deudor en mora, el acreedor está exento de probar el daño que le produce el retraso en el incumplimiento de dicha obligación, el nexo causal de dicho daño con el retraso, y su cuantificación, porque todo eso ya está fijado *ope legis*. Sin embargo, esta norma es de

[542] SOLER PRESAS, A.: "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, mayo 2009, págs. 12 y 13, donde sostiene que no se pueden detraer de la indemnización las "ventajas" derivadas de la adopción de medidas mitigadoras. En contra, LANDO y BEALE para quienes solamente son exigibles las pérdidas reales (cfr. LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II,* Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, pág. 659).

carácter dispositivo, pudiendo fijarse un interés distinto que en ningún caso podrá ser usurario[543]. Defendemos que es posible incluso regular convencionalmente el supuesto de incumplimiento en este tipo de obligaciones pecuniarias no solamente mediante el acuerdo de un tipo de interés diferente al legal, sino también a través de la exclusión de responsabilidad del deudor, o con la fijación de un tanto alzado.

Como ya se ha expuesto, para el caso de mora en las deudas pecuniarias[544], la indemnización de daños y perjuicios consiste en el pago de intereses, presumiéndose que el daño se ha producido y que su cuantificación es la establecida legalmente. Es la especificidad de la mora en las deudas pecuniarias, que se distingue del resto de obligaciones cuyo régimen general acabamos de exponer en el subepígrafe precedente[545].

La estipulación de intereses moratorios tiene el respaldo general de los arts. 50 y 51 CCom y sus concordantes del CC (en sede de indemnización de daños: 1101 y 1108) y el específico para el préstamo del art. 316 CCom que dispone que "los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al vencimiento el interés pactado para este caso, o, en su defecto, el legal".

Se puede concluir que la especificidad regulatoria del artículo 1108 CC, respecto a las deudas pecuniarias, solamente consiste en presumir la existencia del daño y su cuantificación. Por descontado, no queda exento el acreedor de cumplir cabalmente el resto de obligaciones que rigen en el sistema de responsabilidad contractual, ni de atender sus deberes fiduciarios para la contraparte, como es, en especial, el deber del acreedor de mitigar el daño. En este contexto, ha de tenerse en cuenta que los deberes del banco acreedor, en cuanto prestador, son también los relativos a las disposiciones del Código de Comercio, intepretados según la buena fe y el principio general del *favor debitoris* (arts. 57 y 59 CCom).

[543] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 49.

[544] Recuérdese que adoptamos la tesis de Díez-Picazo Giménez sobre la imposibilidad de incumplimiento definitivo de las deudas pecuniarias (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, págs. 48 y 586). Por ello entendemos que solamente habrá retraso de las mismas, salvo que el acreedor no quiera el cumplimiento al optar por la resolución.

[545] En palabras del TS: "Así como la mora en el pago de cantidades dinerarias acarrea la condena al pago de daños y perjuicios pues éstos se presumen conforme al art. 1108 del CC, no sucede lo mismo con la mora en la entrega de cosas determinadas, en cuyo supuesto no hay presunción de daño, por lo que se necesita la prueba de la existencia para que se produzca la condena a su resarcimiento además de a la entrega de la cosa", STS de 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8931).

En este contexto debe traerse aquí a colación el conjunto de deberes que se siguen para los bancos de la recta interpretación y aplicación del art. 316 CCom, *lex specialis* aplicable en este ámbito material a la contratación bancaria. El precepto establece que se deberán intereses desde el día siguiente al del vencimiento (recordemos que se circunscribe a regular el contrato de préstamo), a diferencia de lo que establece con carácter general el art. 63 del mismo cuerpo legal para el inicio de los efectos de la mora.

En el caso de que no se hubieran pactado intereses de demora, hay quienes han sostenido que si los intereses remuneratorios pactados son superiores al interés legal, también se aplicarán para la situación de mora, pues de lo contrario se incentivaría el incumplimiento de los contratos[546]; argumento que entendemos ineficaz, en la medida en que:

- por una parte, los deudores medios o prestamistas estándar tienen interés siempre en cumplir el contrato, salvo que el interés legal fuera irrisorio, lo cual no puede suceder en contextos de supervisión pública, ajustado tras la reforma que lo convirtió en variable en 1984;

- por otra parte, el interés de demora reviste carácter de indemnización y el remuneratorio de precio (integrado por la compensación financiera), respondiendo a finalidades diferentes, por lo que sus niveles deben ajustarse independientemente, al margen de cuál de los tipos sea superior.

En la doctrina mercantilista, Vicent Chuliá defiende en este terreno, más flexiblemente, que la regulación de la situación de mora en el préstamo consistente en el pago del interés convencional o legal es una indemnización mínima o de mínimos que no puede impedir la exigencia de los daños y perjuicios que realmente se hayan podido producir en cuantía superior[547]. Vemos que a pesar de que el art. 316 CCom regula en general el contrato de préstamo mercantil, no hay duda en considerarlo una regla de cobertura civil de daños o, en el contexto civilista, de indemnización de daños y perjuicios en caso de mora.

Recordemos que la Ley de 14 de Marzo de 1856 liberalizaba el tipo de interés, pero sólo el ordinario, pues para el caso de mora limitaba el interés por concepto, al interés legal. Los Códigos no mantendrán esta redacción, o de su lectura puede admitirse (y de hecho así se

[546] SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 2, 25ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2003, pág. 297 y MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…, *op. cit.*, pág. 405.

[547] VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción…, op. cit.,* pág. 1838.

interpreta) un interés moratorio pactado superior al legal. Si se observan compendios previos a la promulgación tanto del CCom como del CC, en cuanto al interés de demora, se fija el interés legal sin ninguna duda, sin posibilidad de pacto y con mención a la Ley que lo establece que es la antedicha de 1856. Estos compendios, pese a no constituir un verdadero Código, así se hacían llamar y tenían una numeración de artículos como un auténtico Código incluyendo las normas vigentes[548].

En la doctrina hay interpretaciones acerca del tipo a considerar como interés moratorio. Dado que tanto el art. 316 CCom como el 1108 CC (aplicable con carácter general a todo tipo de deudas pecuniarias, y en consecuencia al préstamo bancario de dinero), permiten el pacto de interés moratorio, se han planteado varias interpretaciones:

- primera interpretación, que arranca de la hipótesis de buena fe en la contratación: si las partes han pactado un tipo de interés moratorio (diferente al retributivo y al legal), ese será el que se aplique desde el momento en que se constituya en mora el deudor, en virtud del juego de los principios generales de autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda*[549];

- segunda interpretación, que parte de un análisis económico de la norma protector del prestamista: si las partes solamente han pactado un tipo de interés retributivo, que es superior al legal, según la norma leída *stricto sensu* correspondería aplicar el interés legal porque no hay pacto específico sobre el interés moratorio; sin embargo, se sostiene que en ese caso debe seguir aplicándose el pacto de interés retributivo superior, para evitar incentivar el incumplimiento de los contratos[550].

No se puede justificar esta segunda interpretación en la regla que establecía el anterior Código de Comercio (de 1829) en su art. 396: entendía prorrogado el pacto de interés remuneratorio por el tiempo que se demore la devolución del capital. Considerar tal precepto aislado es olvidar la existencia de limitación de la tasa de interés que existía entonces: todo pacto de interés estaba limitado al 6%. El interés legal coincidía con esa tasa. Por lo tanto, como ya hemos explicado en el capítulo segundo, todo interés convencional solamente podría ser *inferior* al interés legal, al 6%. La solución dada por

[548] ABELLA, J.: *Código Civil…, op. cit.,* págs. 352 y ss.

[549] Conforme AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: "El préstamo…", *op. cit.*, pág. 66.

[550] Como se ha expuesto, SANCHEZ CALERO, F.: *Instituciones…, op. cit.*, pág. 289 y MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 405.

nuestro anterior Código Mercantil con carácter general para las situaciones de mora, era la aplicación del interés legal, salvo que ser hubiera pactado uno convencional (insistimos, inferior a aquel), en cuyo caso también perduraría en el retraso porque se entiende que el acreedor se contentó con recibir tal cantidad.

3.3.2.- El problema del mayor daño

La fijación de la indemnización para el caso de mora en los intereses pactados o legales (arts. 316 CCom o 1108 CC) lleva a la consideración de si se trata de un límite o si es posible reclamar unos daños diferentes. El TS se ha pronunciado en el sentido de entender que el art. 1108 CC limita la indemnización de daños y perjuicios que ha de satisfacer el demandado, no siendo procedente la condena a otros perjuicios (aunque también hubieran nacido del incumplimiento moroso)[551].

La doctrina clásica se ha mostrado dividida acerca de la admisión del mayor daño[552]. El sector mayoritario entiende que si el art. 1108 CC se concibió como un privilegio para el acreedor, no permitirle reclamar el mayor daño le supone un auténtico disfavor, por eso sostiene su procedencia[553]. Esta línea es igualmente seguida por la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos, que supondría una modificación

[551] STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649). En el mismo sentido SSTS de 13 de abril de 1992 (RJ 1992/3100), de 23 de abril de 1998 (RJ 1998/2988), de 15 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7884) y de 18 de mayo de 1991 (RJ 1991/3713).

[552] Para un mayor detalle de las posiciones clásicas doctrinales sobre la admisión o no de la prueba del mayor daño por el acreedor, *vid.* DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 71 y 72, nota 77, que pueden sintetizarse en que en España a partir de la famosa afirmación de Demolombe "nunca más y nunca menos", aparecen reacciones que si bien suponen una admisión mayoritaria de la prueba del mayor daño, no hay acuerdo sobre en qué casos: las posiciones antagónicas pueden entenderse protagonizadas por Díez-Picazo Giménez (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* págs. 590 y ss.) quien defiende que sólo en supuestos de dolo cabe aumentar la indemnización mediante prueba, y por Ruiz-Rico Ruiz (RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios…", *op. cit.,* págs. 753 y ss., quien niega con rotundidad esa posibilidad y que en todo caso cabría reclamar vía daños extracontractuales no ligados a la mora. López López concluye que la voluntad del legislador fue la de fijar una liquidación *forfaitaria* que no admite la prueba del mayor daño y que por decisión legislativa se excluye a la obligación resarcitoria de su sede propia, las deudas de valor, para convertirla en una obligación de suma (cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: "*Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias", en POLO DÍEZ, A. (coord.): *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells,* tomo II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, págs. 1508 y 1509).

[553] Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.,* pág. 590 y ss. y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil,* Secretariado de Publicaciones e intercambio editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, págs. 15 y ss.

del CC, tal y como se está gestando en la comisión de codificación actualmente, al proponer la inclusión por primera vez en nuestro ordenamiento de esta regla[554].

La posición contraria, aunque sin defender la prueba del menor daño, se utiliza como argumento para evidenciar la incongruencia de quienes sostienen la prueba del mayor daño en caso de dolo del deudor[555]. Se sostiene que no es posible la prueba del mayor daño porque no sería admisible que existiera una regla de presunción sin prueba en contrario o *iuris et de iure* para una parte de la relación y *iuris tantum* para otra; y no tendría sentido por otra parte fijar *forfaitariamente* los daños y perjuicios en este tipo de obligaciones pecuniarias.

Parece, por tanto, que la intención del legislador era establecer una cantidad ante la dificultad de la prueba del daño[556].

Desde una perspectiva diferente puede sostenerse la posibilidad de reclamar todo el daño, independientemente de dónde provenga, si hacemos un paralelismo entre el sistema de valoración del daño en los accidentes de vehículos a motor, a través de un baremo, y la posibilidad y necesidad de *restitutio in integrum* como finalidad apuntada por el propio baremo y refrendada por el TC[557].

No compartimos como única posibilidad la reclamación del mayor daño y no del menor, cuya procedencia se ha advertido por la evolución de los parámetros económicos (menor tasa de inflación respecto a la evolución del tipo legal), pero solamente para restar importancia al dilema[558] –desde la perspectiva del acreedor, que no tendrá mayor daño que reclamar, pero entonces el desequilibrio se produce en perjuicio del deudor-. A partir de la aproximación económica y de la evolución histórico-jurídica analizadas en los capítulos

[554] El nuevo art. 1206 del CC permitiría la reclamación del mayor daño (el texto del proyecto de CC puede consultarse en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas, última consulta: 06-09-2015).

[555] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.*, págs. 70 y 71, notas 76 y 77.

[556] La complicación de la prueba del daño del prestamista se advierte en RODRÍGUEZ ESPEJO, J.: "El interés…", *op. cit.*, pág. 42. Sin desconocimiento del debate doctrinal, se defiende la indemnización tasada en FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C. y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C. y J.: *El contrato de préstamo y crédito, jurisprudencia y doctrina española*, DIJUSA, Madrid, 2000, págs. 322 y 323.

[557] STC de 29 de junio de 2000 (RTC 2000/181).

[558] Así lo sostiene Ordás Alonso, para quien hablar de elevadas tasas de inflación como escenario sobre el que reclamar la procedencia de un mayor daño, resulta hoy día anacrónico (cfr. ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…", op. cit.,* pág. 148).

primero y segundo, hemos llegado a una explicación de la aparición de las normas que eximían al acreedor de la prueba del daño y su cuantificación en las obligaciones pecuniarias, que en nuestro Derecho se plasma en el art. 1108 CC. Ese dato histórico del porqué de su nacimiento, no debe confundirse con la aportación que nos ha legado y puede mantenerse hoy día. Es decir, su nacimiento vino ocasionado por la prohibición de intereses, si bien, aporta un desarrollo en el tratamiento de los daños y perjuicios que se ocasionan en las obligaciones pecuniarias. Por ello, puede concebirse la regla, despojada ya de su conexión con la prohibición del pacto de interés, como una presunción, que se puede desvirtuar acudiendo a las reglas generales: probando, pero tanto el menor como el mayor daño, de manera simétrica.

Hablar solo de la posibilidad de prueba del mayor daño, es seguir bajo los parámetros de la concepción del préstamo como gratuito. Sería hablar del desarrollo de la primitiva regla de poder reclamar el *damnum emergens* y el *lucrum cessans* como único modo que tenía el prestamista de recibir una cantidad de dinero mayor que la entregada (que suplía al pacto de intereses, prohibido). Realmente, plantearse la prueba del mayor daño, es detectar que la regla histórica mantenida actualmente sin variación, no tiene sentido, desencaja.

Pero la forma de armonizarla con la concepción actual, no es la de permitir únicamente el mayor daño, sino también el menor. La aplicación de la regla favorece al acreedor en el sentido de que, recordemos, es una regla jurídica establecida primariamente para permitir el desenvolvimiento de una transacción económica que, en origen le estaba prohibida al prestamista, o se le permitía con limitaciones, a saber: prestar con derecho a percibir intereses (remuneratorios o retributivos). La regla que posteriormente le permitiera recibir una cantidad en otro concepto (intereses moratorios resarcitorios del *damnum emmergens* y *lucrum cessans*), como eufemismo, lógicamente solo se dirige a favorecer al prestador, que es el beneficiario natural de los intereses -que no le estaban permitido recibir-, siendo la parte prestataria quien incurre en un gasto o pérdida patrimonial. Si se analiza en su verdadera naturaleza y esencia la institución de daños y perjuicios, no se puede seguir manteniendo su orientación favorecedora del prestador, considerando solo esa dirección, la del beneficiario del ingreso por intereses, sino que debe contemplarse también la posición de quien incurre en el gasto correlativo, máxime cuando el interés remuneratorio -ya admitido- supone una compensación presuntamente justa o equilibrada (precio del dinero) por la indisponibilidad temporal que sufre el prestador.

Si utilizamos una comparación, sería como prohibir el precio de una compraventa, impidiendo al vendedor recibirlo, pero creando una regla posterior que sí le permitiera recibir otra cantidad en concepto de *daños y perjuicios*, y sin necesidad de prueba (porque hasta entonces sí se le exigía como única forma de poder ingresar un importe ante la prohibición general). Esa regla, contemplada aisladamente de su contexto evolutivo, solo favorece al vendedor. Y podría considerarse que el comprador nunca tendría derecho a recibir también daños y perjuicios o a probar un menor daño. En su verdadera naturaleza y esencia, en el contrato de compraventa el vendedor recibe un precio, sin necesidad de prueba, pero en concepto de precio. Y si ha sufrido daños y perjuicios, puede ser resarcido, probándolos.

La línea que se defiende en esta investigación es la relación entre la regulación de la mora en las deudas pecuniarias y el contrato de préstamo, por ello la identidad en las regulaciones del CC para el primer caso (arts. 1108 a 1110) y del CCom en el segundo (316 a 319).

Por ello, entendemos que debe permitirse la prueba tanto del mayor como del menor daño en la reclamación de daños y perjuicios por demora en el pago de una deuda pecuniaria.

3.3.3.- El problema del brocardo *in illiquidis non fit mora*

Desde el siglo XIX, el TS viene aplicando el principio *in illiquidis non fit mora*. Incluso antes de la promulgación del Código Civil. Según dicho principio, mientras no estuviera determinada la cantidad a pagar, no podía comenzar el devengo de intereses de demora. La aplicación estricta de este brocardo, fue criticada por la doctrina, al denunciar que procuraba subterfugios para avispados deudores, que con el fin de conseguir aplazamiento gratuito, interponían recursos tendentes a tal fraude.

Se alegaba para rechazar su aplicación, por una parte, que su origen histórico no tiene la finalidad con la que se aplica (procede del casuismo del derecho romano, y realmente se afirmaba que no incurre en mora el deudor que ignora lo que debe, pero el caso concreto no se refería a un supuesto de mora en el cumplimiento de las obligaciones, sino a la necesidad de depositar la denominada caución pretoria -*cautio praetoria*- en caso de

exceso por un legado de la cantidad permitida[559]), y por otra parte, una deuda nunca puede ser ilíquida completamente, porque en ese caso la obligación no estaría bien constituida al faltar el requisito de la determinación del objeto (art. 1273 CC)[560].

Es ya doctrina jurisprudencial moderna y que se puede estimar como pacífica y consolidada, la que determina que el principio *in illiquidis non fit mora* está absolutamente superado (STS de 30 de julio de 1999 [RJ 1999/6218]).

Dicho principio ha sido atenuado en el sentido de que deben abonarse los intereses de la cantidad que determina la sentencia aunque sea menor que la reclamada[561]. Tampoco se aplica si la cuantía depende de una simple operación aritmética cuyos factores son conocidos, siendo la sentencia meramente declarativa de tal derecho, no constitutiva del mismo (STS de 2 de abril de 1997 [RJ 1997/2727]). De este modo, se evita un aprovechamiento injustificado por parte del deudor de la situación de relativa indeterminación de la deuda.

Sin embargo, sí se aplica cuando para fijar lo debido ha sido preciso un proceso judicial (STS de 7 de abril de 1995 [RJ 1995/2988] o no se conoce en absoluto la cantidad realmente debida hasta que se fija en la sentencia (STS de 24 de mayo de 1994 [RJ 1994/3741]). En estos casos en los que la liquidez se determina en la sentencia, el abono de los intereses de demora solo procede desde que ésta ha adquirido firmeza[562].

No deben confundirse, de otra parte, aunque es usual hacerlo, los requisitos para exigir una obligación, y por lo tanto hablar de incumplimiento, de los requisitos estrictamente relativos a la mora. La deuda líquida, vencida y exigible, debe serlo previamente a la constitución en mora. Si una deuda no reúne esos requisitos, no puede hablarse de incumplimiento y por lo tanto no puede constituirse al deudor en mora. Concretamente, la iliquidez no es un requisito de la mora sino de la propia obligación. Si el deudor no conoce

[559] D. 50,17,99, en interpretación de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 530.

[560] Así DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 529. Por su parte Díez-Picazo considera que no es defendible la estricta aplicación que del brocardo ha realizado el Tribunal Supremo máxime cuando no hay duda sobre la existencia de la obligación y únicamente se discute el *quantum* (cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II…, *op. cit.*, pág. 630).

[561] Así, SSTS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994/1619), de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096), de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994/2561), de 7 de junio de 1994 (RJ 1994/4896) y de 1 de abril de 1997 (RJ 1997/2722).

[562] Cfr. SSTS de 22 de julio de 1991 (RJ 1991/5412) y de 16 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9408).

el montante de su obligación, no puede cumplir. Pero sí podrá realizar él mismo la liquidación con los datos conocidos no siendo razonable que se escude en este impedimento que puede ser superado por sí mismo, o al menos, en la medida en la que pueda hacerlo[563].

La mora en cuanto situación en la que se encuentra un deudor, que todavía puede cumplir y que ha sido intimado para ello, debe considerarse efecto y directa consecuencia del incumplimiento, que en el préstamo bancario se anuda al devengo del interés de demora pactado[564].

3.4.- Naturaleza de los intereses de demora ordinarios

Los intereses moratorios suponen una indemnización por el retraso en el cumplimiento de una obligación de pago de una cantidad de dinero (STS de 13 de abril de 1992 -RJ 1992/3100- y de 17 de marzo de 1994 -RJ 1994/1989-)[565]. Su función no es de actualización monetaria, pues para ello existen otros mecanismos jurídicos tanto privados (cláusulas de estabilización) como públicos (previsiones legales en función de un punto de referencia como pueda ser el patrón oro, el índice del coste de la vida, etc) (STC de 14 de septiembre de 1992 [RTC 1992/114])[566].

Según una jurisprudencia del TS, los intereses moratorios son una modalidad de cláusula penal que se contempla para el supuesto de incumplimiento de la obligación con efectos indemnizatorios (STS de 2 de octubre de 2001 -RJ 2001/7141-), aunque, en este caso, en contra de la regla general, el acreedor puede exigir conjuntamente la restitución de la cantidad y la satisfacción de la pena, por mediar pacto en ese sentido (arts. 1153 CC y 56 CCom). Dada su naturaleza más propiamente sancionadora o penalizadora privada, es

[563] Díez-Picazo Giménez defiende esta posición para evitar que el deudor se escude en el brocardo *in illiquidis non fit mora* evitando su cumplimiento (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G:: *La mora…, op. cit.*, págs. 45 y 46).

[564] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora…, op. cit.*, pág. 48.

[565] En la doctrina, por todos, ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…, op. cit.*, pág. 33.

[566] En el mismo sentido STC de 22 de junio de 1993 [RTC 1993/206], SSTS de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999/1994) y de 18 de febrero de 1998 (RJ 1998/875).

facultad de los Tribunales conforme al art. 1154 CC ponderar los intereses resultantes valorando cada supuesto (STS de 10 de julio de 2003 -RJ 2003/4622).

Sin embargo, no compartimos esta concepción porque no queda duda de su carácter resarcitorio dada la ubicación de la regulación del interés de demora (en sede de daños y perjuicios en el Código Civil) y porque así lo sostiene la más autorizada doctrina: no tiene elementos punitivos[567]. Y en el plano mercantil, si bien pudiera sostenerse que no se aprecia esa -única- finalidad indemnizatoria (art. 316 CCom), ya hemos explicado por una parte, que por el efecto de la resolución del contrato, se aplican las normas generales en la restitución de cantidades y la posible existencia de mora -porque se dejaría de estar en sede de un contrato de préstamo al haberse resuelto o bien al aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado-, y por otra parte, recordemos que la redacción del CCom originaria, de 1829, permitía el pacto de intereses, pero solo si era inferior al interés legal. Mantener esa misma redacción, después de la liberalización de la tasa de interés convencional, puede dar lugar a interpretar que también se extiende aquella al interés moratorio (art. 316 CCom). O no, si tenemos presente aquel espíritu de 1829 (reflejado en la regulación de otros contratos en los que en caso de mora, expresamente solo se permite el cobro del interés legal -*vid.* arts. 341 y 736 CCom-), y también que la Ley de 1856 solo predicaba la libertad de pacto respecto de los intereses retributivos, y en su artículo 8º identificaba el interés legal con el moratorio.

En el mismo sentido, es posible defender que este carácter de interés legal que originariamente se dio al interés moratorio no se ha perdido con la promulgación del CC: ya expusimos nuestra posición acerca de la correcta lectura del art. 1017 del Proyecto de 1851, antecedente del vigente 1108 (consistente en entender que se refería al pacto de intereses correspectivos únicamente). Se podría sostener aquel mismo espíritu con la redacción actual, si por "pacto contrario" entendemos estrictamente a *lo opuesto,* que sería que el deudor no responde de daños y perjuicios (sería una cláusula de exención de responsabilidad por daños y perjuicios y por lo tanto ni siquiera entrarían en juego los legales) y por "convenidos", los retributivos, pero no para su aplicación a la situación de

[567] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* tomo V*…., op. cit.,* pág. 24 y también en la misma obra del autor, tomo II, pág. 725. Con carácter general, la responsabilidad contractual no tiene función preventivo-punitiva [cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, vol. 3, julio-septiembre 1991, pág. 1023].

mora, porque eso supondría salirse del convenio. Recuérdese que el Código, regula con carácter principal al contrato de préstamo como *esencialmente* gratuito.

Otro aspecto de la naturaleza del interés de demora que se encuentra en la doctrina es el criterio de proporcionalidad que debe regir a todo interés en relación con el principal que lo origina, su límite[568]. Se define el pacto de intereses como prestación accesoria que tiene por objeto los frutos o productos- siempre proporcionales y generalmente pecuniarios- que se reconocen en algunas obligaciones por el transcurso del tiempo. Esta definición es más amplia que la contenida en el art. 315 CCom porque incluye tanto a los intereses retributivos como a los moratorios, e introduce la idea de proporcionalidad en el ámbito más extenso del contrato.

Esta idea de proporcionalidad que debe regir la relación de los intereses con el capital, se ha conectado, ciertamente, con el criterio que debe seguir el juez a la hora de valorar si un tipo de interés es usurario en aplicación de la Ley Azcárate. Es el canon que debe seguir, pues la referida ley no establece una tasa concreta como límite. Esta regla no es sino la expresión jurídica de la regla económica que ya explicaba Marx al considerar el interés como una parte de la ganancia capitalista[569].

Cabe entender, a la postre, que la Ley de Usura es aplicable a todo tipo de interés y por lo tanto no sólo al remuneratorio. Este razonamiento es coherente con la posición de entender aplicables los intereses retributivos a la fase de mora, pero no únicamente porque es posible defender la aplicación de la Ley de Azcárate a todo tipo de interés (en la medida en la que sea posible y pueda aportar una solución a la excesiva onerosidad o abusividad), sino porque todo interés debe ser proporcionado y ajustado al principal. Argumento que suprime la necesidad de defender que la ausencia de pacto específico sobre el *quantum* moratorio se ha de suplir con la aplicación del interés retributivo. En esta intelección, la regla de la proporcionalidad, cabalmente entendida como regla de equidad, es aplicable a los intereses retributivos y también a los moratorios y ejecutorios o procesales como veremos.

[568] MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…", *op. cit.,* págs. 417 y 418.

[569] *Vid. supra*, capítulo I.

3.5.- Breve referencia a la cuestión del anatocismo

A pesar de no ser objeto de esta investigación, a continuación unas notas sobre el anatocismo para precisar el significado que se da al mismo.

El pacto de anatocismo o de intereses de los intereses está prohibido con carácter general por nuestro ordenamiento. Esta regla está recogida por el art. 317 CCom primer párrafo, que establece que "los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses". Sin embargo introduce un segundo párrafo que lo permite[570].

En el ámbito mercantil, los arts. 317 y 319 CCom impiden, frente al criterio del Código Civil (cfr. art. 1109 CC) el denominado anatocismo judicial (RDGRN de 29 de enero de 1998 [RJ 1998/280][571]).

Sin embargo, se entiende que el art. 317 confirma el art. 1109 CC en lo que al anatocismo convencional se refiere (STS de 8 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8477].

También se ha sostenido el devengo de intereses anatocísticos del art. 1109 CC por los intereses procesales impagados, si bien deberán reclamarse en un proceso declarativo aparte[572].

Hay quien ve en los intereses del art. 576 LEC un especial anatocismo *ope legis*, porque el art. 1109 CC limita su eficacia al tiempo que transcurre entre la reclamación judicial y la resolución, aplicándose desde entonces la ley procesal[573].

En el presente estudio se parte de la base de que el principal pendiente de pago, junto con los intereses también impagados, conforman conjuntamente la cantidad que será objeto de reclamación judicial y todo ello conformará el "nuevo" principal sobre el que en su caso se

[570] Se ha sostenido que el art. 317 CCom se trata de una norma aislada y obsoleta contra la que ha venido a prevalecer el desuso o la práctica en contrario apelando al sistema de libre fijación de intereses (MONTES PENADES, V.: "Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles", en POLO DÍEZ, A. *et alii* (coords): *Estudios de derecho bancario y bursátil homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, pág. 1870).

[571] En el mismo sentido RRDGRN de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/5220) y de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998/5221).

[572] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 211, nota 27.

[573] FÍNEZ RATÓN, J. M.: "Algunos…", *op. cit.*, pág. 294.

devengará intereses procesales si se cumplen los requisitos establecidos por el art. 576 LEC.

Todo lo dispuesto sobre las reglas de los intereses moratorios ordinarios y procesales, son también aplicables al pacto de anatocismo, en especial las que tratan de limitarlos por su cuantía excesiva. De otra forma, haber encontrado una solución para aquellos, podría obviarse con la aplicación del pacto anatocístico[574].

3.6.- Posible incidencia de la cláusula penal en el impago del prestatario

3.6.1.- Características generales de la cláusula penal

La cláusula penal es concebida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como una de las formas de garantía personal[575]. Su función es constreñir al deudor a que cumpla la obligación principal, de la que es accesoria, si bien, a diferencia de otras formas de garantía no logra la satisfacción del acreedor si el deudor no es solvente, porque no añade otros patrimonios para responder (como en el caso de la fianza) ni afecta determinados objetos para facilitar su ejecución (que sí realizan la prenda o la hipoteca).

La cláusula penal es una pena convencional. Ha ido adquiriendo importancia vinculada a la economía, como medida de presión para lograr el cumplimiento de determinados contratos, siendo especialmente utilizada en la contratación bancaria[576].

En la doctrina no están claras las funciones de la cláusula penal: se ve como una liquidación preventiva del daño (carácter resarcitorio), como un instrumento de coerción (carácter punitivo o sancionador), o como una fórmula mixta entre ambas perspectivas[577].

---

[574] En este sentido *vid.* GÓMEZ ROJO, M. E.: *Historia jurídica del anatocismo*, Publicaciones de la Universidad de Málaga, Barcelona, 2003, pág. 79, donde se afirma que el anatocismo es una forma de usura.

[575] Pinazo Tobes, por todos, así lo concluye y recoge las distintas definiciones de la doctrina y las sentencias del Tribunal Supremo en las que lo justifica (*vid.* PINAZO TOBES, E.: "Cláusula penal contractual", en CARRASCO PERERA, A. F. (dir.): *Cuadernos de Derecho judicial. Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 327 a 332).

[576] Cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño,* Dykinson, Madrid, 1996 y también SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica,* tomo III, EDERSA, Madrid, 1973, pág. 92.

[577] *Vid.* BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 11, coincide con RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, vol. 2, abril-junio

Blanco Gómez entiende que en todo caso cumple una función preventiva, aun cuando sólo tenga estricto carácter punitivo, porque las partes han utilizado esta fórmula garantizadora para reforzar el cumplimiento de la obligación principal mediante un agravamiento de la responsabilidad (en términos cuantitativos) o bajo el aspecto de una facilitación de la prueba del daño[578].

La opinión mayoritaria defiende la función de aseguramiento de cumplimiento de la obligación principal[579]. En nuestro Derecho está regulada en los artículos 1152 a 1155 CC. Al disponer el artículo 1152 que "en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado", en nuestro derecho, su naturaleza sustitutoria de la indemnización resalta su función resarcitoria más que la punitiva o sancionadora[580].

Su origen histórico se remonta a la *stipulatio poenae* del Derecho romano y las penas privadas de carácter pecuniario del Derecho común. El Derecho penal formó también parte del *Ius Commune*, existiendo frente al proceso penal público la sanción de otras infracciones por medio de una pena privada (el pago de una multa pecuniaria constitutiva de la venganza de la víctima, compensatoria del daño o lesión)[581].

A pesar de su terminología, que viene de ese origen etimológico, la cláusula penal no tiene nada de sentido criminal, pues sólo puede consistir en el pago de una suma de dinero o cualquier otra prestación admitida como objeto de las obligaciones, bien en beneficio del acreedor o de un tercero[582].

No obstante esa relevancia legal de la función preventiva o liquidatoria del daño, no puede eliminar la función coercitiva, aseguradora o sancionadora/punitiva. Porque como

---

1993, pág. 512, donde afirma que "quizá porque las bases teóricas no estén sentadas, quizá porque una regulación tan escueta para supuestos bastante diferentes entre sí haga que los tribunales se muestren titubeantes".

[578] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 12.

[579] *Ib.*, pág. 12.

[580] *Ib.*, págs. 12 y 13.

[581] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 12, nota 3.

[582] Este carácter no criminal es recogido por CABANELLAS en la definición que hace de *cláusula penal* (cfr. CABANELLAS, G.: *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1991, pág. 169).

acertadamente se ha justificado por la doctrina, una cosa es una cláusula indemnizatoria y otra una cláusula penal[583]. Prueba de ello es que nuestro propio ordenamiento admite la acumulación de la pena y del resarcimiento de daños y perjuicios[584]. Si fueran lo mismo, no cabría duplicarlo.

Por lo tanto, habrá que estar en cada caso para averiguar la función o funciones que cumple la cláusula penal pactada. Puede tener un carácter puramente penal, pero no solamente. Y todas las funciones pueden ser coexistentes.

La doctrina tradicional ha enfocado esta figura en su función indemnizatoria, dejando un poco de lado su vertiente sancionadora, y la facultad cumulativa. Al ser más estudiada su modalidad liquidatoria, hay una falta de delimitación doctrinal de esta figura de tan frecuente aplicación práctica, quedando oscurecidos aspectos como a sus presupuestos de aplicación, o sus puntuales derivaciones en la modalidad moratoria[585]. Con razón, la mejor doctrina que ha tratado este problema afirma que la actual pena privada no tiene nada de su carácter criminal histórico[586]. Sin embargo, sí tiene un componente sancionador seguramente en algún punto de intersección entre el Derecho público y el privado. En este punto conviene profundizar en el examen del concepto de sanción civil, más amplio que el de cláusula penal.

---

[583] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.,* pág. 13. Realmente, la faceta de liquidación preventiva del daño, es un pacto privado de inversión de la carga de la prueba (cfr. MAGAZZU, A.: "Clausola penale", en *Enciclopedia del Diritto,* tomo VII, Giufré, Milán, 1958, pág. 187).

[584] *Vid.* art. 1.153 CC.

[585] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.,* pág. 14.

[586] Por todos BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.,* pág. 14, nota 7 y CASADO CASADO, B.: *El derecho sancionador civil, consideraciones generales y presupuestos,* Estudios y ensayos de la Universidad de Málaga, Málaga, 2009, págs. 27 y 28, nota 2, donde explica que la evolución histórica de la pena, desde su concepción como cuestión de derecho privado (el particular, la víctima, era quien imponía la pena) hasta su publificación: será el Estado el encargado de imponerla. La sanción civil por lo tanto primero estaba asociada a una idea punitiva y después reparadora (*vid.* KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado,* trad. de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma, México, 1979, págs. 58 y 59; AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, las medidas de seguridad y consecuencias accesorias,* Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 21 y 22; HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho,* 2ª ed., trad. de CARRIO, G. R., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 34 y ss.; DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones penales y administrativas, sentido y alcance del principio "ne bis in ídem",* Bosch, Barcelona, 1998, págs. 237 y ss., donde cita a Kelsen para negar la naturaleza sancionadora de las medidas de Derecho Privado, como por ejemplo, en el ámbito civil, pero en opinión de CASADO CASADO (*loc. cit)* sólo se refiere a medidas reparadoras (*vid.* también GALLO, P.: *Pene private y responsabilità civile,* Giuffrè Editorial, Milán, 1996, págs. 38 y ss.).

No obstante la negación del carácter puramente criminal de la cláusula penal, su función coercitiva o castigo no persigue una función propia diferente de una ejecución forzosa o de resarcimiento de un daño[587].

Realmente, debe entenderse que si la pena es igual o inferior al daño causado por el incumplimiento, funciona como una liquidación preventiva del daño (función resarcitoria o indemnizatoria), y si es superior, en lo que excede, es verdadera pena (función sancionadora)[588]. La reclamación del mayor daño no debe ir por ese camino del exceso que supone la pena, sino por revisar las previsiones al tiempo de contratar.

La doctrina mayoritaria tanto extranjera como española concibe la cláusula penal como una garantía del cumplimiento de la obligación principal[589]. El sentido auténtico de la cláusula penal es la que constriñe la voluntad del obligado al cumplimiento de su prestación. Cumple junto con las garantías reales su papel preventivo-disuasorio, pero a diferencia de estas no otorga preferencia al acreedor[590].

La cláusula penal es consecuencia del incumplimiento de la obligación principal. La obligación debida es la principal, pero para el caso de su incumplimiento, se puede pactar una cláusula penal, y puede revestir diversas modalidades: de alcance sustitutivo, liquidatorio, cumulativo o referente mínimo del resarcimiento. Habrá que estar a la voluntad de las partes y el sentido que hayan querido darle.

---

[587] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 15.

[588] En la doctrina, se atribuye a la cláusula penal las siguientes funciones (que realmente son las modalidades que puede adoptar): a) Función coercitiva y de garantía. Se utiliza para constreñir o estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal al resultar más ventajoso que soportar la pena. b) Función estimativa y liquidatoria del daño, fijando y sustituyendo convencionalmente los que se deriven del incumplimiento de la obligación principal. c) Función estrictamente penal o punitiva. El acreedor puede solicitar conjuntamente la obligación principal y la pena. d) Pena moratoria, es una modalidad de las anteriores porque constriñe al cumplimiento, es acumulable a la prestación principal y puede liquidar por anticipado el daño ocasionable al deudor si se constituye en mora. e) Función de cubrimiento del riesgo. Es la excepción a que la pena solo es aplicable por incumplimiento imputable al deudor, de forma que puede entrar en juego aun cuando la prestación principal sea de imposible cumplimiento por otras causas. Esta modalidad es considerada más que una cláusula penal una cobertura del riesgo. Hemos seguido la clasificación de BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.* págs. 19 y 20, que excluye de su estudio pero menciona la modalidad de la pena de arrepentimiento, que es aquella que el deudor puede elegir para evitar cumplir la obligación principal. Es una facultad alternativa del deudor.

[589] *Ib.*, pág. 15.

[590] *Ib.*, pág. 15.

El carácter accesorio de la cláusula penal se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 1155 CC puesto que solamente la nulidad de la obligación principal conlleva la de la cláusula penal, y no al revés.

Para Dávila, existen varias modalidades de clausula penal, y puede cumplir una o varias funciones en cada una de ellas[591]. Así, la pena puede ser:

a) Cumulativa, prevista para que el acreedor pueda reclamar tanto el cumplimiento de la obligación principal como los daños y perjuicios y también la pena[592].
b) Sustitutiva, debida en el caso de incumplimiento de la obligación principal[593].
c) Moratoria, pensada para el caso de retraso en el cumplimiento. Esta función es perfectamente factible en el préstamo bancario.

Desde la óptica de la relación de la cláusula penal con la obligación principal, puede pactarse tanto para el caso de incumplimiento como para el caso de retraso en el reembolso.

Desde la óptica de la relación de la cláusula penal con la obligación principal, puede pactarse tanto para el caso de incumplimiento como para el caso de retraso. Y desde el punto de vista de su relación con la indemnización de daños causados, puede ser debida como pura sanción penal o bien como constitutiva tanto de pena como de indemnización. También puede pactarse la elección entre pena y resarcimiento o la acumulación de ambos conceptos. O puede pactarse la posibilidad de reclamación del mayor daño causado. En definitiva, como se ha apuntado más arriba, habrá que estar a la voluntad de las partes.

Un criterio para interpretar la voluntad de las partes es la cuantía de la cláusula penal: si es ínfima en relación con la obligación principal, será una pena moratoria. En otro caso, se

[591] DAVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 53 y 54.

[592] El art. 1153 CC establece una regla general en alguna medida contradictoria: ni el deudor puede liberarse del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena, ni el acreedor puede exigir conjuntamente ambas. Para que se dé una u otra situación, debe pactarse expresamente. En el mismo sentido el TS (entre otras, en SSTS de 27 de septiembre de 1961 -RJ 1961/3029- y de 18 de abril de 1986 -RJ 1986/1860-) aplica restrictivamente la interpretación cumulativa de la cláusula penal: no lo presume sino que debe haber un pacto claro y expreso para apreciarlo.

[593] En opinión de Rodriguez Tapia, también sustentada por Blanco Gómez, el carácter sustitutivo o cumulativo de la pena depende de su relación con la indemnización de daños y perjuicios, no con la exigibilidad de la prestación principal (cfr. BLANCO GÓMEZ J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 88, y RODRIGUEZ TAPIA, J. M: "Sobre la cláusula…", *op. cit.*, págs. 511 a 587*).*

habrá pensado para sustituir a la obligación principal por incumplimiento de la misma, entendiendo incluidos unos daños mayores que los del simple retraso[594].

Como hemos afirmado más arriba, a lo que habrá que estar es a la voluntad de las partes para interpretar el verdadero sentido que se le ha querido dar a la cláusula penal, habida cuenta de las diversas tipologías existentes, y las diferentes consecuencias jurídicas en cuanto a conceptos exigibles (principal, daños y perjuicios, pena). Los intereses moratorios, para que sean considerados cláusula penal, deben estar así estipulados contrato. Si bien, los contratos de préstamo bancario no utilizan esta figura, sino simplemente establecen una tasa por interés de demora, para ser exigida junto con el principal.

La cláusula penal puede tener en el ámbito de un préstamo o de una apertura de crédito bancaria los siguientes escenarios[595]:

a) La hipótesis en la que se pacta para el caso de incumplimiento o retraso. En este caso cumple una clara finalidad de garantía de la obligación principal. El deudor se verá compelido a cumplir, por la disuasión que supone la pena.
b) La hipótesis según la cual las partes pacten que la pena *también* cumpla la función de resarcimiento del daño. En este caso el acreedor podrá optar entre la pena o el resarcimiento del daño, o bien reclamar la pena y el *exceso* del daño no cubierto por ésta.
c) La hipótesis de *cúmulo* entre el daño y la pena. En este caso, el daño se regirá por las reglas ordinarias.

En todo caso habrá que tener en cuenta que la regulación que se contiene en el Código (art. 1152 CC) implica como regla general que la cláusula penal es sustitutiva de los daños e intereses. La doctrina trata de explicar la *ratio legis* del precepto en que las partes suelen pactar como cláusula penal aquello que de otra forma sería difícil de valorar judicialmente como daño causado por el incumplimiento[596].

---

[594] ESPIN CANOVAS, D.: "La cláusula penal en las obligaciones contractuales*",* en *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo 1946, pág. 168.

[595] Según BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…*, *op. cit.*, págs. 75 y 76 siguiendo a su vez a Trimarchi (cfr. TRIMARCHI, V. M.: *La clausola penal*, Giuffrè Editorial, Milán, 1954, pág. 299).

[596]*Vid.* DAVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación…, op. cit.,* pág. 320 y AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, págs 30 y ss.

Para alterar ese régimen es necesario pactar expresamente lo contrario: que la pena sea cumulativa a los daños y perjuicios.

A continuación se expresa la relación entre el sistema de establecimiento de cláusulas penales en la contratación bancaria y su relación con las cláusulas de devengo de intereses moratorios.

3.6.2.- La cláusula penal moratoria y su posible equiparación al pacto de intereses moratorios

Preliminarmente es preciso acotar una hipótesis asumida en esta materia: es posible pactar, además del interés de demora una cláusula penal, pero entonces ésta no podrá tener naturaleza indemnizatoria, en la medida en que se entienda que esa función es cumplida ya por el acuerdo moratorio.

No obstante, en la doctrina se identifica la cláusula penal -moratoria- para el caso de que esté articulada como un interés porcentual pecuniario, con el pacto de intereses moratorios previsto en el art. 1108 CC[597]. Sin embargo, hay discrepancias en cuanto al fundamento de la asimilación. Para unos es lo mismo pactar un porcentaje que una cantidad alzada para el caso de incumplimiento de una obligación pecuniaria, y en ambos casos se estará ante una cláusula penal porque se persigue modificar las consecuencias del incumplimiento, que sería el pago del interés legal si nada se hubiera pactado[598]. Mientras que para otros, ambas figuras coinciden en su carácter sustitutorio o liquidatorio del daño[599]. Se puntualiza que no toda pacto de intereses moratorios tendrá la naturaleza de pena, sino solo aquellos que excedan del interés legal, del interés de mercado o del interés retributivo, y los que impongan una penalización superior a lo usual y razonable serán usurarios[600]. Además, se ha sostenido que no es de aplicación la moderación prevista en el art. 1154 CC por las

[597] Por todos, *vid.* la relación de obras y autores que se contiene en ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…*, *op. cit.*, pág. 37, nota 82.

[598] DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación…*, *op. cit.,* pág. 40.

[599] BLANCO GÓNMEZ, J. J.: *La cláusula…*, *op. cit.*, pág. 98.

[600] RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: "Sobre la cláusula…, *op. cit.*, pág. 545.

propias reglas de las cláusulas penales, al no existir incumplimiento parcial cuando se trata de aplicar una cláusula penal en forma de interés moratorio[601].

Algo más acertada nos parece la posición que afirma que a veces es cuando menos dudoso que un pacto de intereses moratorios sea una cláusula penal[602]. Nos mostramos conformes con su apunte sobre la abusividad para el caso de que resulte una cuantía desmesurada en proporción al tiempo en que se ha dejado de disfrutar el capital dinerario, pero debiera aceptarse con carácter general, porque se refiere solo a las cláusulas penales y, como hipótesis de trabajo, no compartimos que el art. 1108 CC tenga tal naturaleza.

Debe en este sentido tenerse presente que la *pena moratoria* se sobreentiende que puede exigirse además de la obligación principal. Tal pena moratoria, además, solamente cubre los daños y perjuicios derivados del mero retraso, pero no del incumplimiento de la prestación[603]. Por ello el deudor no se libera pagando la pena moratoria.

Al igual que en el pacto de intereses moratorios, el acreedor de una pena moratoria está eximido de probar el daño (STS de 20 de mayo de 1986 -RJ 1986/2735-). Tampoco en cuanto al montante, lo que le favorece si los perjuicios son inferiores. En caso contrario hay que distinguir los supuestos en los que el importe de la pena se encuentra en relación de *concurso alternativo* con los daños reales y por lo tanto solo es exigible el montante de la pena, y los supuestos en los que el concurso es *cumulativo*: cuando se haya pactado la reserva de daños ulteriores y cuando el retraso se deba al dolo[604]. En estos dos últimos supuestos, sí que habrá que probar el daño y su cuantificación.

---

[601] Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…, op.cit.*, pág. 40. En la práctica se utiliza el recurso a la facultad moderadora que permite el art. 1154 CC para aplicarlo sobre el interés de demora, sin considerar si tiene naturaleza de cláusula penal (*vid.* SUÁREZ SILVA, OCTAVIO J.: "Establecimiento o cálculo de los intereses", en LUNAS DÍAZ, M. J. (dir.): *Malas prácticas bancarias*, Formación Ausbanc, Madrid, 2002, pág. 168).

[602] *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "De las obligaciones con cláusula penal", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 158.

[603] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, pág. 103.

[604] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.*, págs. 108 y 109; en contra Dávila, para quien los supuestos de pena moratoria cumulativa no serán frecuentes porque lo normal será pactar una pena por día de retraso y será difícil probar unos daños y perjuicios diferentes (cfr. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación…, op. cit.*, pág. 43). En este último sentido, también PINAZO TOBES, E.: "Cláusula penal…", *op. cit.*, pág. 344.

La posible reclamación de un mayor daño que el previsto por la penal es discutido, pero en todo caso exigirá la prueba del mismo[605]. En un sentido más equitativo, coincidimos con Pinazo Tobes al considerar la posibilidad de revisión de la pena tanto cuando sea excesiva como cuando resulte irrisoria[606].

En cuanto a la incidencia de la cláusula penal moratoria con el supuesto de resolución, para los intereses moratorios, al encuadrarse el retraso en fase de cumplimiento, sus consecuencias no pueden aplicarse al supuesto de resolución, que es opuesto a aquel[607].

Vemos, por tanto, y a tenor de la exposición precedente, similitudes entre esta figura y nuestro objeto de estudio: regulan el supuesto de mora, suponen un cálculo anticipado de los daños y perjuicios para ese caso, están por ello exentos de prueba tanto del daño como de su cuantificación (en el caso de la pena moratoria por su propia naturaleza, en el del pacto de intereses moratorios por disposición legal, puesto que en defecto de pacto se aplicaría el interés legal), presentan los mismos debates acerca de la posibilidad de reclamación del mayor daño, etc. Todo ello nos recuerda a la teoría de los *títulos extrínsecos*, expuesta en los capítulos primero y segundo, compuesta por las categorías de *damnum emmergens*, *lucrum cessans* y *poena* como justificaciones a la recepción de una cantidad por el prestamista diferente del principal entregado, dada la prohibición del pacto de intereses. Su aceptación se basaba en su función indemnizatoria de los daños y perjuicios que sufría el acreedor y que no tenía por qué soportar.

En definitiva, podemos concluir que si bien a nivel teórico es posible admitir cierta identificación, e incluso confusión, entre las figuras de la cláusula penal moratoria (configurada como cumulativa y solo para el caso de retraso) y el pacto de intereses moratorios, de forma que la categorización en uno u otro supuesto pueda presentar dudas, en la práctica es posible sostener que, en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, estaremos ante un pacto de intereses moratorios porque así se suele estipular en las pólizas

[605] Para un mayor detalle sobre las posiciones a favor y en contra de la reclamación de un mayor daño *vid.* BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.,* págs. 135 y ss.

[606] PINAZO TOBES, E.: "Cláusula penal…", *op. cit.*, pág. 380, si bien este autor entiende que esa posibilidad solo podría venir de la mano de un cambio normativo.

[607] DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, 1985, pág. 2957; en contra Blanco Gómez (cfr. BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula…, op. cit.,* págs. 135 y ss.) porque sostiene que el deudor incumplidor no puede hacer de peor condición al acreedor que solo ve retrasada su prestación y por ello recibe una cláusula penal que no recibiría en caso de incumplimiento definitivo. A nuestro juicio, tal supuesto desequilibrio o injusticia se corrige con la voluntad de las partes, que pudieron preverlo y al pactar una clausula penal moratoria sabían de su alcance.

de préstamo bancario, porque además se remiten expresamente a la regulación de los artículos 316 CCom y 1108 CC y porque la cláusula penal moratoria suele utilizarse en los contratos de obra. Por ello, las disposiciones que regulan la cláusula penal, y entre ellas la facultad moderadora del artículo 1154 CC, no serán aplicables a la cláusula de intereses por mora.

3.7.- Régimen de imputación de pagos en la mora ordinaria

Ya hemos visto que en el apartado precedente, la regla de imputación de pagos vendrá determinada en el propio contrato. Las partes habrán pactado un cuadro de amortización con la cadencia de pagos prevista, y su correspondiente división entre cantidades por principal y por intereses.

En la fase moratoria previa al proceso, a efectos de imputación de pagos, se da el siguiente escenario:

- el contrato se ha incumplido, pero el prestamista no cuenta con todos los medios que el Derecho pone a su disposición al no haber instado todavía ningún proceso judicial;

- el contrato sigue teniendo la finalidad perseguida por cada parte: el prestamista busca obtener un interés y el prestatario un plazo de disfrute del capital.

- la mora ocasiona unos perjuicios al prestamista.

Por ello, en esta fase todavía se sigue persiguiendo la consecución de un interés. El art. 396 CCom de 1829 contenía una regla razonable: consideraba prorrogado el plazo y con él el pacto de interés (retributivo) para el caso de que llegado el vencimiento no se hubiera atendido su pago.

Este razonamiento nos lleva a defender para esta fase la regla contenida en el art. 1173 CC: "Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses". Esta regla es reproducida por el art. 318.2CCom, con la salvedad de "resultar expresa su aplicación". Lo que el CC establece como regla única en el caso de deudas a interés, el CCom lo supedita a que no se haya hecho otra imputación. En el ámbito mercantil cabe la duda de interpretar posible una imputación

expresa realizada por el deudor diferente a la regla contenida en el art. 318.2 CCom y por ello imputarlo al principal.

El TS ve en el art. 1173 CC una norma de carácter interpretativo y limitativa de la voluntad del deudor, porque de no atenderla, por su sola voluntad convertiría una deuda que produce intereses en una simple, en claro perjuicio del acreedor[608].

Serán igualmente de aplicación las previsiones contenidas en el art. 318.1CCom y repetidas por el art. 1110 CC. De la misma forma que expusimos en la fase precedente, la razón de ser de estos preceptos es la posibilidad de que el préstamo sea gratuito, aun habiéndose pactado intereses. Sería como una segunda oportunidad o salvaguarda para que el préstamo realmente sea con intereses o sin ellos.

Esta regla puede confundirse en el caso de los pagos parciales, porque pudiera entenderse que el silencio implica la extinción de la deuda de intereses, pero actualmente únicamente se aplica en caso del pago del capital por completo.

No obstante lo anterior, es posible advertir una zona limítrofe que comparte rasgos de ambas fases: el supuesto en el que el prestamista o bien resuelve el contrato y por ello solicita la restitución de todo lo que entregó de forma inmediata, o bien aplica la cláusula de vencimiento anticipado y solicita igualmente la devolución de todo el principal pendiente (con las diferencias para cada caso expuestas *ut supra*).

En este caso, ya no puede considerarse que la producción de un interés es el fin perseguido por el prestamista y digno de tutela por el Derecho. En este caso, el objetivo es la entrega por el prestatario de todo el principal pendiente, bien a título de restitución por resolución, bien a título de devolución por cumplimiento -exigible- anticipado.

Solamente en la medida en la que ese principal no se vaya reduciendo, es lícito considerar que produce un perjuicio al acreedor que debe ser resarcido.

En este caso, la imputación de pagos deberá realizarse al principal, por el mismo razonamiento que se defiende para los intereses procesales y a pesar de no haberse iniciado la vía judicial.

[608] STS de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/7681).

IV. FASE PROCESAL. RECLAMACIÓN JUDICIAL

4.1.- Acciones ejercitables por el prestamista y referencia a las excepciones oponibles por el cliente (pago, compensación y prescripción, en particular)

Ante el impago, la entidad bancaria acudirá a los tribunales para obtener la satisfacción de su crédito.

En la LEC de 1881 existía un procedimiento denominado *juicio ejecutivo*, que era el utilizado por las entidades prestamistas ante el impago de préstamos. Según la D.A. quinta de la LEC de 2000, los juicios ejecutivos pendientes a su entrada en vigor, se seguirán tramitando conforme a la anterior. Solamente si las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio, se aplicará en su momento la LEC de 2000 en lo relativo a dicho procedimiento.

Es posible la supervivencia de dichos procedimientos hoy día, pues salvo la completa satisfacción del acreedor (o su desistimiento), nada los puede hacer decaer. Lo mismo sucede con cualquier proceso ejecutivo en la nueva regulación. En ambos casos se añade el problema del devengo constante del interés procesal, que contribuye a la perpetuación de la situación procesal.

Dicho *juicio ejecutivo* si bien es un procedimiento especial y sumario previsto para dar agilidad procesal a la reclamación de cantidades documentadas en títulos que llevaran aparejada ejecución, entre sus trámites no se excluía la fase de contestación del deudor, la proposición y práctica de prueba y el dictado de una sentencia *de remate*. Posteriormente se iniciaba el procedimiento de apremio.

Esa sentencia de remate puede encajar en el supuesto de la nueva redacción que en 1980 se dio al art. 921 LEC de 1881 creando los intereses procesales, y en 1984 se modificó para permitir su pacto. Es una resolución, pero discutiblemente lo es de condena. Ello se desprende de lo dispuesto en el art. 1.473 siendo los tres únicos posibles fallos los siguientes:

- seguir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor,

- no haber lugar a pronunciar sentencia de remate.

- declarar la nulidad de todo el juicio, o de parte de él, reponiendo en este caso los autos al estado que tuvieran cuando se cometió la falta.

La referencia en el primer supuesto a la cantidad que haya de ser pagada al acreedor, pudiera revestir cierta condena, sin embargo, el hecho de estar en un procedimiento cuyo objetivo es la ejecución de un título, no implica que se haya condenado al mismo sino que se ordena la ejecución. En este sentido, el art. 1479 dispone que "las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión".

La LEC del 2000 prevé en su artículo 517 una relación de títulos ejecutivos, en cuyo apartado quinto se encuentran las pólizas que suelen recoger los contratos de préstamo bancario: "las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos". El contrato de préstamo no exige formalidad *ad solemnitatem*, sin embargo, en la práctica bancaria no solamente constan los préstamos de las entidades de crédito por escrito, sino que además lo hacen en documento público intervenido por un fedatario, generalmente denominado póliza de préstamo (póliza de crédito, en el caso de las operaciones activas con línea de crédito o indeterminación inicial del principal prestado). Esta cautela puede entenderse si se tiene en cuenta que la LEC en su art. 517 reconoce su fuerza de título ejecutivo como acabamos de exponer. Por lo tanto, su utilización por las entidades financieras es lógica desde el conocimiento de los eventuales riesgos crediticios, y en previsión de lo que pudiera ocurrir en caso de impago, en aras de facilitar el ejercicio de los derechos de reembolso e indemnización.

La demanda ejecutiva basada en este título producirá el dictado de un auto despachando ejecución (art. 551 LEC), en el que se expresará la cantidad por la que se despacha ejecución, por todos los conceptos. Esta será la acción que puede ejercitar hoy día el prestamista, la ejecutiva.

Este auto despachando ejecución, no podrá determinar con exactitud la cantidad en concepto de intereses de demora. Apuntamos aquí el debate de que dichos intereses lo puedan ser por la mora ordinaria (si se entiende que no hay resolución que cumpla el supuesto del art. 576 LEC o antiguo 921 LEC para devengar intereses procesales) o procesal (en el caso contrario).

El art. 575 LEC ha venido a reproducir la práctica que se realizaba para intentar poner alguna solución al problema planteado acerca del despacho de ejecución en concepto de intereses y costas, cuya cuantía no podía determinarse al inicio de esa ejecución. Este precepto es indicador de la necesidad de liquidación de esos dos conceptos por cuya cuantía provisional limitada al 30 por 100 se puede despachar ejecución[609].

En este epígrafe no podemos dejar de apuntar que también se encuentran disponibles para los acreedores bancarios las vías ordinarias de reclamación de un crédito por los juicios verbal (si el importe es inferior a 6.000 €, art. 250 LEC) u ordinario (si es superior, art. 249 LEC). Estos procedimientos están encaminados a la consecución de un título ejecutivo, que es la sentencia, en la que se expresará con carácter de cosa juzgada (en el supuesto objeto de estudio) la relación que une a las partes y la cantidad debida y el concepto por el que lo es. Son procedimientos *completos* en el sentido de que a diferencia de los anteriormente expuestos, revisan toda la relación entre las partes, y por ello suponen una tramitación más extensa en trámites y en plazo. El procedimiento ordinario, brevemente explicado, consiste en la presentación de demanda, en la contestación por escrito del demandado, la celebración de Audiencia Previa para resolver las excepciones procesales que pudieran plantearse, proponer prueba y admitirla en su caso, la celebración de juicio para la práctica de la prueba propuesta y el dictado de una sentencia. Esta será la resolución que en caso de condena, genere los intereses previstos en el art. 576 LEC.

El *juicio verbal* se diferencia del anterior en que la contestación, resolución de excepciones, proposición, admisión y práctica de la prueba, se realiza en el propio acto de la vista. Termina igualmente con sentencia (a la que también le será de aplicación lo dispuesto en el art. 576 LEC).

No parece que, por causa legal alguna, pueda impedirse, por otra parte, la utilización del *proceso monitorio* para la reclamación de pago de un préstamo bancario, si bien no es lo más aconsejable ni será lo que en la práctica se utilice, existiendo otras vías para ello. Se regula en los arts. 812 y ss. LEC y requiere la existencia de una deuda líquida, vencida y exigible. En este caso, no se podrán reclamar ni siquiera provisionalmente cantidades futuras como son intereses de demora todavía no vencidos ni liquidados. Y además, con la

[609] El art. 575 LEC dispone que: "La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación".

sola oposición del deudor (que no tiene ni que fundamentar detalladamente), derivará en los procesos ordinario o verbal -salvo que el acreedor no quisiera continuar, pero se le impondrán las costas-.

Solamente haremos, seguidamente, una mención al préstamo garantizado con hipoteca, si bien todos los problemas y concretas regulaciones que lleva aparejada esta institución desborda con creces el objeto de estudio. Los arts. 681 a 698 LEC regulan las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. El prestamista podrá dirigir la acción para exigir el pago de las deudas garantizadas por prenda o hipoteca directamente contra los bienes pignorados o hipotecados. En lo que se refiere al interés que puede reclamarse a través de este procedimiento, habrá que estar al que expresamente se contiene en el título. A su vez, deberá cumplir con las exigencias de cuantía y determinación. El art. 685 remite a lo dispuesto en los arts. 573 y 574 LEC, que se refieren al documento que liquide los intereses en caso de préstamos a interés variable. Es decir, se pueden ejecutar las cantidades en concepto de intereses que ya sean líquidos y se aporte documento que así lo certifique. Sin embargo, habrá intereses de demora que se devenguen mientras no se produzca el pago completo. Estos intereses no serán los del art. 576 sino los moratorios. Es dudoso que las resoluciones tendentes a ejecutar el bien hipotecado puedan constituir la resolución de condena que se exige para el devengo de los intereses procesales.

En el caso de que la ejecución de la hipoteca no fuera suficiente para satisfacer al acreedor, se seguirán las reglas de la ejecución ordinaria. En este caso, será necesaria una nueva demanda ejecutiva. La situación en este caso será la misma que la prevista al inicio de este epígrafe: el procedimiento ejecutivo al que se ha accedido con un título ejecutivo de los previstos en el art. 517.5 LEC.

Por su parte, el deudor que se enfrente a cualquiera de estas reclamaciones, si son consecuencia de su impago, tendrá muy limitadas sus vías de oposición o defensa. En primer lugar, habrá que distinguir de qué tipo de procedimiento se trate, porque en los ordinarios (incluida la fase del monitorio) podrá valerse de todos sus argumentos, disponiendo de un período de prueba.

Sin embargo, si el prestamista ha utilizado la vía ejecutiva directamente, sus medios de defensa son mucho más tasados y sujetos a un plazo perentorio de diez días según las reglas generales de la ejecución días (cfr. arts. 556, 557 y 559 LEC)[610].

Además de lo anterior, y ya sin sujeción a ningún plazo, el art. 562 LEC permite la oposición al ejecutado cuando en el curso del procedimiento se hayan cometido infracciones legales.

Como puede verse, no suponen una solución definitiva al problema planteado en esta investigación ni el pago (lo cual no hará nacer mora alguna), ni la voluntad del prestamista (tales como quitas, esperas o transacciones que no son obligatorias), ni la prescripción o caducidad (porque pueden obviarse mediante reclamaciones extrajudiciales o judiciales interrumpiendo la prescripción, o mediante la diligencia debida al no agotar los plazos de caducidad, que será lo habitual).

Sin embargo, la permisión del control de abusividad de las cláusulas sí supone, a nuestro entender, un avance hacia una solución en la medida en que el objeto de interpretación del hermeneuta que analiza los niveles de abuso y la concurrencia de la aplicación de los mecanismos de control es, en el caso de los préstamos bancarios potencialmente abusivos, un interés de demora desorbitado. Proponemos que la oposición por este motivo y en ese momento procesal se funde en los argumentos que se exponen en este estudio y se recogen de una forma recapituladora en el AED final (*vid. infra* capítulo quinto).

4.2.- Naturaleza y problemas conceptuales vinculados al tratamiento legal de los llamados intereses procesales o ejecutorios

4.2.1.- Naturaleza de los intereses procesales o ejecutorios

Con el término de intereses procesales, de la mora procesal o ejecutorios nos referimos a los instaurados en nuestro Ordenamiento por Ley 77/1980 que modificó la Ley de 1881

[610] Los únicos motivos de oposición son: pago o cumplimiento, lo que deberá acreditar documentalmente; compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; pluspetición; prescripción y caducidad; quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente; transacción, siempre que conste en documento público; defectos procesales enumerados en el art. 559 LEC (falta del carácter o representación del ejecutante o ejecutado, nulidad del despacho de ejecución) y existencia de una cláusula abusiva (novedad introducida en la LEC).

añadiendo el artículo 921 *bis*, y que fue modificado por Ley 34/1984. Estos intereses actualmente se regulan por el artículo 576 LEC.

La doctrina procesalista ve en los intereses procesales una continuación de la función que cumplen los intereses moratorios del art. 1108 CC. Se trata de conseguir el cumplimiento del contrato a través del cumplimiento de la sentencia. Sin embargo hay quien opina lo contrario, porque los fines perseguidos por los intereses ejecutorios no son los mismos que los perseguidos por los de demora: en el primer caso, los intereses nacieron con objeto de abordar dos problemas concretos, cuales eran la depreciación monetaria de un lado y el fomento del cumplimiento voluntario de la condena evitando la interposición de recursos por el condenado como táctica dilatoria (de ahí su carácter punitivo o sancionador); mientras que los intereses moratorios cumplen una función indemnizatoria[611]. Sin embargo, no es coherente que pese a este argumento luego defienda la intercambiabilidad de cualquier pacto de intereses en cualquiera de sus fases: así el pacto de interés correspectivo puede hacer las veces de interés moratorio (porque no hay duda de su aplicación por la jurisprudencia) y también de interés pactado a los efectos del establecido en la LEC[612].

Se ha tratado de explicar su aparición como una corrección frente a la estricta aplicación del brocardo *in illiquidis non fit mora* en sede judicial. Así, al disponerse por ley que toda cantidad líquida devengará intereses, ya no existe el problema de que esa cantidad posteriormente sea alterada. Y bien poco importa si la cantidad final ha sido el resultado de un proceso necesario para su determinación o simplemente se declara su débito. En cualquiera de los dos casos genera intereses desde ese mismo momento. Esta función correctora respecto de los apuntados problemas de liquidez, es apreciable en abundantes fallos jurisprudenciales[613], pero a juicio de Fínez no era este su propósito[614]. Defiende que el problema de la liquidez en las deudas de valor está mal planteado y no es el art. 576 LEC el instrumento adecuado para corregirlo sino que la propia sentencia de condena debe

[611] FÍNEZ RATÓN, J. M.: "Algunos problemas…", *op. cit.,* pág. 287 y 289. La función de cumplimiento voluntario de la condena parece relacionarlo con los problemas que se daban en el ámbito penal, en los accidentes de vehículos a motor, en los que se daba esa picaresca de interposición de recursos con ánimo dilatorio.

[612] *Ib.*, pág. 293.

[613] SSTS de 29 de febrero de 1992 (RJ 1992/1405), de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8139) y de 28 de octubre de 1988 (RJ 1988/7776), entre otras.

[614] FÍNEZ RATÓN, J. M.: "Algunos problemas…", *op. cit.,* pág. 293.

incluir como concepto indemnizatorio el tiempo transcurrido desde la producción del hecho lesivo[615].

Otra explicación a la creación de los intereses procesales ha sido la adecuación del bajo tipo de interés legal fijado por el CC, a la realidad social. En 1980 el CC todavía era el que fijaba el tipo de interés legal, y lo hacía de una forma fija. Mantenía la misma tasa desde 1939, cuando quedó fijada en el 4%. En esa época, como ya hemos visto en el capítulo de aproximación histórico-económica, España sufría unas tasas de inflación del 18%.

En el capítulo de evolución histórico-jurídica ya expusimos que, en la tramitación parlamentaria, el argumento central utilizado para su inclusión fue el de protección a los acreedores de contratos bancarios formalizados en pólizas. Hoy día podría decirse que las razones aducidas para la existencia de los intereses procesales son atendidas por otros mecanismos jurídicos, así:

- el recelo a la interposición de recursos con ánimo dilatorio es sofocado con la imposición de las tasas judiciales, que tratan precisamente de controlar el acceso desmedido a los tribunales; igualmente, la exigencia de consignación es otro mecanismo jurídico cuya finalidad es evitar recursos que no respondan a una base mínimamente sólida en la que fundarse; la propia evolución del principio *in illiquidis non fit mora* ha supuesto una atenuación en su aplicación estando completamente superado; la gran mayoría de los contratos bancarios (para los que el precepto fue fijado) están documentados en póliza que tiene la consideración de título ejecutivo, por lo que la interposición de recursos no tiene sentido plantearse en situaciones que directamente van a ejecutarse sin cabida de recursos en los que discutir el montante a ejecutar;

- la inadecuación del tipo de interés legal fijado en el CC y establecido en el 4% ya fue corregido en 1984 al instaurarse la fórmula de interés variable según la variación que anualmente se fijara en la Ley de Presupuestos Generales.

Más bien pudiera entenderse que, junto a los anteriores intentos de justificación, lo que subyacía era la influencia del movimiento denominado financiarización de la economía, que alcanzaba a la esfera jurídica y más concretamente a la judicial. Uno de las características de este movimiento es precisamente el contagio de la estructura financiera a

[615] *Ib.*, pág. 295, con apoyo en la STS Sala de lo Penal, de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3902).

campos ajenos a la misma. La expansión de su lógica a todos los ámbitos de la economía y de todo cuanto pudiera ser objeto de financiarización.

Ha sido discutida, por otra parte, la relación que realmente guarda la institución de los intereses moratorios con la de los intereses llamados procesales o *ad processum*. Para delimitar ambos, se han intentado definir las funciones que pueden desempeñar los intereses procesales y sus características que lo diferencian de los de la mora ordinaria.

En primer término ha de tenerse presente cómo el TC, basándose en la exposición de motivos de la Ley 29 de junio de 1984 (que recordemos, no es la que crea los intereses procesales sino la que introduce la posibilidad del pacto de los mismos), entiende que se trata de dar una mayor intensidad a la fuerza compulsiva del pronunciamiento judicial[616]. Además de esta función de reforzamiento, ve en ellos una función disuasoria de recurso, pero no como única finalidad, pues también son sancionadores o punitivos[617]. Distingue el máximo intérprete de la Constitución entre la función indemnizatoria, que se cumpliría con el "interés legal" y la función disuasoria, "el recargo". Es decir, dentro del propio interés procesal hay que distinguir dos componentes, uno indemnizatorio, que se corresponderá con el interés legal y otro disuasorio o preventivo de un comportamiento antijurídico, de carácter también punitivo o sancionador, que será el recargo. Para el hecho de que haya pacto, como normalmente los intereses convencionales adoptan la forma de incremento en equis puntos del interés retributivo, es fácil diferenciar ambos componentes. Para el supuesto de que no se adoptara tal fórmula, la diferencia entre el interés moratorio (procesal) y el anterior, sería el recargo sancionador.

La naturaleza sancionadora de los intereses procesales también ha sido reconocida por el TS, diferenciándolos de los moratorios: "No son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1108 del CC y los intereses que recoge el art. 921 redactado por Ley 6 agosto 1984 y que dicha Ley ha configurado como punitivos o

[616] STC de 22 de junio de 1993 (RTC 1993/206).

[617] La naturaleza sancionadora de los intereses procesales a diferencia del carácter indemnizatorio de los moratorios -ordinarios, no judiciales-, es también apuntada por la doctrina (cfr. JIMÉNEZ MUÑOZ "Sobre la naturaleza de los intereses", en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 113, enero-marzo 2009, págs. 171 a 202).

sancionadores y que, como esta Sala ha reiterado, nacen "*ope legis*" sin necesidad de petición ni de expresa condena[618]".

Entre las notas características que la jurisprudencia ha irrogado a los intereses procesales, para diferenciarlos de los moratorios, se encuentran las siguientes:

- nacen *ope legis,*

- no es necesaria la petición de parte, y por ello la sentencia puede condenar a ellos sin incurrir en incongruencia,

- no es necesario ni siquiera un pronunciamiento judicial de condena.

Otro punto delimitador entre los intereses moratorios y los procesales es su compatibilidad. El TS lo resuelve al entender que los intereses moratorios quedan *subsumidos* en los del art. 921 LEC (hoy 576 LEC, los intereses ejecutorios)[619].

Se ha visto en la creación de los intereses procesales la reacción del legislador contra el abuso que suponía la interposición de recursos por los deudores con ánimo dilatorio, como una forma de lograr tramos de aplazamiento gratuito[620].

En la doctrina se interpreta la mención a los contratos típicamente bancarios en el sentido de que se hace referencia a intereses retributivos, remuneratorios o correspectivos[621]. Es decir, que el pacto permitido por la LEC no sólo se extiende a ese tipo de intereses (que se prolongan en la fase judicial tras una sentencia en primera instancia que condene a cantidad líquida), sino que son los que precisamente están en la mente del legislador al no mencionar ni a los moratorios ni a los procesales. Por lo tanto defiende la aplicación *post sententiam* de los intereses moratorios pactados superiores al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Y los correspectivos en la medida en la que su aplicación también se extiende como intereses moratorios[622]. Y en esa misma línea se defiende la

[618] STS de 10 de abril de 1990 (RJ 1990/2715), y en el mismo sentido la de 15 de abril de 1991 (RJ 1991/2691).

[619] STS de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988/1074).

[620] Así, Morán Bovio (cfr. MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 419), quien además entiende que ese abuso lo es también del principio de prohibición del anatocismo.

[621] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 141.

[622] En este punto ya señala que no hay consenso en la doctrina civilista (DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.*, pág. 141).

aplicación del pacto únicamente si es superior al legal incrementado en dos puntos, de forma que, ante un interés variable aboga por una revisión anual de forma que en cada anualidad se aplique la tasa superior del pacto o del interés legal incrementado en dos puntos.

La naturaleza sancionatoria del interés procesal en el incremento en dos puntos del interés legal es reconocida por la STC de 16 de diciembre de 1996 (RTC 1996/206). Es una sanción por el incumplimiento; pero se sostiene, además, que el interés procesal es *irrenunciable* por razones de orden público, y por tanto, que no cabe un pacto de exención o exoneración[623]. Y tampoco cabe aplicar un pacto cuyo interés sea inferior al legal incrementado en dos puntos, porque el legislador quiso que las deudas contenidas en sentencias de condena devengaran un interés, que ese interés fuera superior al mantenido tradicionalmente y que además se incrementara en dos puntos. Sin embargo, no comparte la mención que se hizo en el debate parlamentario acerca de la disponibilidad de las partes, pues el hecho de que el legislador admitiera el pacto no es manifestación de la disponibilidad de las partes. Lo es el hecho de que el acreedor, ejecute o no ese interés que por ley le corresponde.

4.2.2.- Problemas de delimitación tipológica de los intereses procesales conforme a su verdadera naturaleza

La peculiaridad de la existencia de intereses procesales invita a la reflexión. Hay muchos indicadores que no encajan ni en la naturaleza que se predica de los intereses procesales ni en su fundamento. Ello hace pensar en la falta de adecuación de esta institución con el ordenamiento jurídico:

a) Se trata de un *acicate* o vía de persuasión para el cumplimiento de las sentencias, finalidad que ya viene ordenada por nuestra norma suprema (artículo 117 CE). Es además, una sanción inmediata. Ni en las sanciones penales, ni siquiera en las administrativas se impone una sanción sin tramitación de expediente previo, con posibilidad de alegaciones. Es una sanción por el incumplimiento de un tipo determinado de sentencias, lo cual deja en entredicho el principio de igualdad. El incumplimiento del resto de sentencias sería igualmente sancionable. Es cuestionable que quepa una sanción por el incumplimiento de

[623] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 142 y 143.

un determinado tipo de sentencias, cuando el carácter coercitivo del Derecho se expresa, en el ámbito civil y mercantil, con la ejecutoriedad de lo dispuesto en la sentencia, que es el objeto de la prestación para cuya obtención se ha reclamado la tutela judicial efectiva por parte del actor. Entrar en el ámbito procesal no es lo mismo que estar fuera de él. La sanción que se dice lleva implícito el interés procesal, es redundante con la utilización de los mecanismos judiciales. Si se entiende que el interés moratorio no es suficiente, para ello se acude a la justicia y se obtiene un título por el cual poner en funcionamiento el poder coactivo del Derecho.

b) Si el problema radica en que el proceso se prolonga en el tiempo, por cuestión de la propia Administración de Justicia, es tal prolongación, en todo caso, un hecho no imputable al deudor. Será el acreedor el que, para ser compensado de las consecuencias adversas que genera esa demora, tenga que iniciar un proceso contra la Administración exigiendo, en su caso, la oportuna responsabilidad patrimonial. O bien, que la sanción se dirija contra los órganos que incumplen el término fijado para los procedimientos, no contra el deudor.

c) Si el problema es la devaluación de la moneda o pérdida de su poder adquisitivo, existen otros mecanismos compensatorios, como así lo ha apuntado la doctrina[624].

d) El ánimo dilatorio procesal que pudiera existir en el deudor (y esta vez sí, a él imputable), es atajado por las exigencias de constitución de depósitos, consignaciones o incluso tasas judiciales hoy día. En todo caso siempre quedará abierto el proceso de reclamación por daños y perjuicios en procedimiento aparte.

e) Es una sanción y se predica su carácter sancionador incluso por los más altos tribunales, pero el destino del contenido económico de dicha sanción no es para el poder público. No existe ninguna otra sanción impuesta por el poder público con este carácter.

f) Aunque no se ha tratado como finalidad de los intereses procesales, el posible temor a que no se pueda ejecutar lo solicitado y en base a ello fundamentar la existencia de intereses procesales, es resuelto por la posibilidad de adopción de medidas cautelares. Es curioso que este no sea el fundamento, pues parece que se da por supuesto que el deudor

[624] Cfr. SABATER BAYLE, E.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1986, págs. 336 y ss.

puede pagar y que únicamente retrasa el pago como fórmula más barata de obtención de financiación.

g) Su repetida aplicación *ope legis*, sin necesidad de pronunciamiento judicial expreso puede verse como un impedimento para su control. Realmente, toda reclamación judicial se basa en una norma que reconoce un derecho, pero que no se ha cumplido (en el orden civil/mercantil). Como punto de comparación más cercano, en oposición, los intereses de la mora ordinaria sí necesitan de expreso pronunciamiento judicial (lo que es discutible cuando el mismo pacto de interés moratorio se extiende como interés procesal y se convierte en dicha figura).

h) Se ha trasladado en alguna medida un principio jurídico aplicable a una institución de derecho privado (traslación que resulta discutible, además) al ámbito público, de manera injustificada y sin identidad de razón.

i) En el devenir procesal, no se ha tenido en cuenta la frecuente conjunción de *malas praxis* y excesiva onerosidad sobrevenida que pueden desencadenar la reclamación de daños y perjuicios a favor del deudor. Es decir, refutado ya la parte sancionadora de los intereses procesales, por lo que respecta al tramo que queda (y su naturaleza de compensación de daños y perjuicios, que es la naturaleza de los intereses moratorios, de los cuales se ha predicado que son su prolongación; a su vez, la relación de los intereses moratorios con los correspectivos sería la de compensación por el perjuicio que supone esa retribución que se deja de obtener). Esa posibilidad de reclamar daños y perjuicios en dirección contraria (del deudor hacia el acreedor, porque le son imputables a este último), hace que la invariabilidad del interés procesal no sea equitativa. Es decir, ya compone un privilegio injustificado favorecedor del banco el hecho de seguir suponiendo en fase procesal que el dinero es productivo en la tasa determinada sin posibilidad de prueba en contrario (una tasa inferior a la pactada, por ejemplo). Sería más justo poder ventilar los daños y perjuicios en ambas direcciones.

En caso de existir, el deudor tendría que (a diferencia del acreedor, que está eximido de hacer todo ello): (i) iniciar otro proceso no sumario, (ii) acreditar la realidad del daño con su consecuente justificación de imputabilidad al acreedor, (iii) justificar su cuantificación, (iv) esperar a obtener una sentencia condenatoria en el mejor de los casos y sobre todo esperar a su firmeza (v), iniciar el proceso de ejecución. Este modo de proceder puede evitarse si se aplicara una regla equilibrada en el propio proceso de ejecución inicial. El TC

admite el razonamiento de que si en el proceso una de las partes actúa de mala fe (está pensando lógicamente en el ejecutante) "la condena al pago de intereses [procesales] podría calificarse efectivamente como una consecuencia excesiva o ilegítima del acceso a los Tribunales"[625].Por lo que no es inviable considerar esta posibilidad de analizar la procedencia de intereses procesales *ad processum*, teniendo en cuenta la posibilidad de ser disminuidos o extinguidos o que incluso resultara una cantidad a favor del ejecutado. Es decir, tener en cuenta las dos posiciones, los daños y perjuicios de ambas partes, que en el caso del cliente bancario suelen ser elevados. Esta solución sería incluso ventajosa para el acreedor si se parte de una admisión de la existencia de intereses procesales, porque tiene un saldo positivo del que parte. Sin considerar estos factores, todos los daños y perjuicios ocasionados al deudor no se podrían compensar correctamente recurriendo a la aplicación automática de un tipo de interés procesal. La solución propuesta aun así contaría con el favor legal de tenerse por acreditada y cuantificada la cantidad por intereses procesales a favor de la parte contratante *bona fide*.

En la doctrina no se plantean estos problemas. Y por lo tanto no se resuelven. De la exposición de sus argumentos se deduce que los han pasado por alto, porque de advertirlos, los habrían tratado con la misma minuciosidad con la que tratan otras cuestiones a veces irrelevantes en relación con lo expuesto. Aunque también se observan manifestaciones que no siguen el razonamiento y por lo tanto no derivan en problema: quienes defienden la naturaleza penal de los intereses procesales, no se plantean los problemas que tal afirmación conlleva, tal cual está regulada (más bien no regulada, y de ahí los problemas) la institución; quienes sostienen que se trata de un privilegio para el acreedor (que son precisamente quienes apoyan la tesis de que es necesario proteger el acreedor) no ven ninguna cortapisa a tal declaración. Para la doctrina el único problema que puede plantearse en cuanto a los intereses procesales es la necesidad o no de dar audiencia al deudor ejecutado para liquidar los intereses procesales, resolviéndolo en el sentido negativo porque defiende por una parte que los intereses procesales deben liquidarse en el auto que despacha ejecución y por lo tanto únicamente hay que tener en cuenta la cantidad de condena líquida del título que se ejecuta; por otra, entiende que se trata de una sencilla

[625] ATC de 13 de octubre de 1987 (RTC 1987/1126), FJ 3.

operación aritmética utilizando las bases que ya están sentadas en la resolución que se ejecuta y no hay lugar a opiniones ni controversias ni jurídicas ni fácticas[626],

Curiosamente no se plantea el problema que con la actual LEC sí se suscita en la aplicación de los intereses de demora procesal en los procedimientos ejecutivos especiales hipotecarios. Sustenta que sí se generan intereses procesales en este supuesto por dos razones que hoy día no sirven, porque encuentran un obstáculo legal. Los argumentos que esgrime son: (i) el interés hipotecario es en el que precisamente pensó el legislador del artículo 921.IV llegando a mencionarlo de forma expresa en la tramitación parlamentaria y (ii) los supuestos de constitución de hipoteca son los típicos de establecimiento por pacto de un interés superior al procesal -legal incrementado en dos puntos-. Ninguna de estas dos razones resuelve el problema que se plantea con la actual regulación de la LEC (lógicamente no pudo tenerlo en cuenta porque entonces la regulación de otra institución, el juicio ejecutivo, le permitía sostener su tesis). Pero actualmente el juicio ejecutivo ha desaparecido en los términos en que tradicionalmente se regulaba. Esa mayoría de pólizas bancarias que sustentaba el sentido de los intereses moratorios procesales, han sido calificadas como títulos ejecutivos, por lo que directamente puede solicitarse su ejecución. Por lo tanto, ya no se da el supuesto del artículo (actual 576 LEC) según el cual se devengan intereses procesales -también regulado en sede de ejecución-, porque ni haciendo una interpretación extensiva nos encontramos ante ninguna resolución de condena. Lo único que puede obtenerse es un auto despachando ejecución. Es la primera resolución judicial que se obtiene. El supuesto del artículo de la LEC es que lo que produce intereses procesales es una sentencia o resolución *de condena*.

Hoy día, para abarcar ese supuesto, debe realizarse a nuestro parecer una reforma legal (más allá del objeto investigado). Lo cual presenta varios problemas porque, con incluir la mención "o título ejecutivo", no sería aún suficiente para solventar el problema de excesiva onerosidad. El título ejecutivo ya genera intereses moratorios, lo dice él mismo, y también lo dice la ley, eso ya se consiguió. Pero como no se puede predeterminar que ese título ejecutivo haya de ser también una sentencia o resolución dictada por el poder judicial, nos encontramos con un problema práctico.

[626] DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 202 y 203. Coincide con Fernández-Ballesteros y de la Oliva Santos al sostener que no se trata de fijar un *quantum* de una condena o cantidad ilíquida (cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil,* vol. 3, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 189).

La evolución ha consistido en la transición desde la situación regulatoria previa de la existencia de un juicio ejecutivo, todo lo sumario que se quisiera, pero con intervención del deudor y finalización con una sentencia de remate, a la situación coetánea del derecho procesal caracterizada por una regulación que prescinde por razones de economía procesal todavía más de los necesarios trámites de comprobación, y hace directamente ejecutiva la póliza que antes tenía que pasar por ese juicio ejecutivo.

La pregunta que surge ahora es: ¿cómo hacer que algo que se está ejecutando genere también intereses procesales cuando se le ha permitido el acceso al juzgado directamente para ser ejecutado? Habría que cambiar toda la institución del proceso ejecutivo que únicamente permite la ejecución de títulos líquidos. Además de resolver todos los problemas que aquí se han apuntado sobre la institución de los intereses procesales.

Toda esta problemática refleja un *interés* en la existencia, del propio interés procesal, que se sobrepone a cualquier impedimento jurídico.

4.3.- Problemas específicos derivados de la generación de intereses moratorios en fase ejecutiva. Hipótesis sobre el nacimiento del problema: los intereses moratorios como constitutivos de un préstamo indeterminado en su cuantía por su duración

El impago de un préstamo conlleva el devengo de intereses moratorios. Ya se ha expuesto que las pólizas bancarias como contratos de adhesión que son, los habrán incluido en su clausulado, y la práctica demuestra que serán por importe superior a los ordinarios o retributivos.

Siguiendo la tesis de quienes defienden que los intereses procesales son una sucesión de los moratorios, puede deducirse que cuando no se generen intereses procesales, los moratorios seguirán devengándose. Es decir, el problema que se apunta en la presente investigación puede referirse tanto a unos como a otros.

Así, en los supuestos en los que se generen los intereses procesales del art. 576 LEC (o 921 LEC de 1881), el problema consiste en la indeterminación del tiempo durante el cual se seguirán devengando. Teniendo una resolución de condena, de una cantidad de dinero líquida, automáticamente se devengarán intereses procesales, que consistirán en la aplicación del interés legal incrementado en dos puntos (si no hay pacto) o en el convenido

por las partes. Esta resolución, de ser impagada, será ejecutada. Se procederá de esta forma cuando el préstamo no esté conformado en una póliza que conlleve título ejecutivo, o siéndolo, cuando el prestamista opte por el ejercicio de una acción que termine en una sentencia de condena.

Teóricamente es posible que se den supuestos en los que no se aplique el art. 576 LEC por no reunir sus requisitos. Serán los casos de ejecuciones en los que no haya una resolución de condena. En estos supuestos, sí se devengarán intereses de demora. Serán los pactados, porque al igual que los procesales, sólo terminan de devengarse cuando se proceda al completo pago. Cuando deje de existir el principal que los genera. En este supuesto podrían encajarse precisa y paradójicamente, los supuestos para los que fue pensado el interés ejecutorio. Las pólizas bancarias que se reclamen vía procedimiento de apremio, por ser título ejecutivo, no serán objeto de resolución que condene a su pago. En el proceso ejecutivo, se dictará auto despachando ejecución. Esa es la primera resolución judicial que recaerá. No contiene un pronunciamiento de condena estrictamente hablando.

En cualquiera de los dos supuestos, el problema es común.

Y además, la cuantía también. Es defendible que el pacto a que alude el art. 576 LEC sea entendido como el pacto de interés moratorio. Por lo tanto, aunque sea posible la distinción desde un punto de vista conceptual, la tasa a aplicar será la misma.

El artículo 570 LEC dispone que "la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante". El impago puede dar lugar a una deuda que se retroalimenta por devengo de intereses bien procesales bien moratorios, en una situación de insuficiencia de medios para atender el pago. No hay un término para el devengo de intereses.

La cuantía que puede llegar a devengarse en concepto de intereses de demora o procesales puede ser elevada por cualquiera de los siguientes motivos, que además pueden darse simultáneamente, en perjuicio del deudor:

- porque el capital sobre el que se calculen es elevado. Entre otros supuestos, eso sucederá en los supuestos en los que el préstamo sea elevado, como sucede en los supuestos de préstamos suscritos para la adquisición de una vivienda o inmueble.

- porque el tipo de interés de demora (ordinaria o procesal) sea elevado. Sobre este punto, la referencia es, por ejemplo, lo dispuesto por STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358), si el interés de demora excede en más de dos puntos del interés retributivo.

- porque el tiempo en el que se estén devengando intereses sea excesivo. Esto sucederá en todo caso siempre que el proceso ejecutivo esté abierto, y lo estará mientras no se satisfaga al acreedor completamente: mientras no se pague el principal, los intereses y las costas.

El procedimiento ejecutivo no caduca nunca. Sí caduca la acción ejecutiva basada en sentencia judicial o resolución arbitral: a los cinco años siguientes a su firmeza (art. 518). Durante todo ese tiempo, no obstante, habrán estado produciéndose intereses procesales.

El supuesto de estudio es el que previsiblemente acontezca en la práctica: que se inicie un procedimiento ejecutivo. No hacerlo puede suponer la generación de intereses de demora, pero si no va acompañado de la eficacia que supone acudir a los tribunales, nunca podrían cobrarse (si no es por la voluntad del deudor). Es importante esta reflexión a los efectos de evaluar posteriormente la situación del prestamista, que cuenta con los medios coercitivos del poder judicial para poder hacer efectivo su crédito.

Pueden darse varias situaciones que coadyuvan a empeorar la situación:

- que el procedimiento ejecutivo se inicie en época tardía. La cuenta de intereses habrá avanzado;

- que abierto el procedimiento ejecutivo, se eternice. Por diversas razones. El transcurso del tiempo, como ya hemos visto, es un factor que eleva la cuantía de intereses. Y este hecho es irrefrenable: los intereses siguen generándose a medida que transcurre el tiempo.

En cualquiera de los supuestos, hay que tener presente el deber de mitigar el daño a que aludíamos al hablar de las generalidades del régimen indemnizatorio. En la medida en la que tanto el interés moratorio como el procesal cumplen una función indemnizatoria, se rigen por las reglas de esa institución. El art. 1108 CC únicamente es especial en cuanto a la prueba de la realidad del daño y su cuantificación. No exime del deber de mitigar el daño.

Si es imputable al prestamista el transcurso del tiempo, por ejemplo, a la hora de retrasar el inicio del procedimiento ejecutivo, permitiendo que se generasen intereses de demora, no pueden serles debidos. Esto deberá tenerse en cuenta y descontarse cuando se haga la

liquidación de los intereses moratorios. Para que esto se tenga en cuenta, tiene que poder participar en esa liquidación el deudor (para poder alegarlo) y el juzgado (para poder advertirlo de oficio o a instancia de parte).

4.4.- El problema del sistema de imputación de los pagos amortizativos de las deudas acumuladas sobre el capital y los intereses en la fase procesal

El escenario en fase judicial es diferente al que se daba en la relación contractual previa. Durante la ejecución normal del contrato, es decir, extrajudicial y en ausencia de incumplimiento, las partes se ajustan al cuadro de amortizaciones pactado. En este momento el contrato está alcanzando su finalidad económica: para el prestatario es conseguir una financiación durante un período de tiempo, de forma que no tiene que devolver el principal (y el interés pactado) de forma inmediata, y para el prestamista conseguir que ese dinero que presta le produzca un interés, busca la generación de interés.

Sin embargo, si se llega a la sede judicial es que se han alterado los factores. Hay un incumplimiento de pago por el deudor, el prestamista solicita la devolución de inmediato del dinero entregado. En este momento, el objetivo no es la consecución de interés. Cuestión distinta es que mientras se produzca (por la indisponibilidad financiera, por sanción, por indemnización), se deba por el prestatario. Pero ese no es el propósito.

En la medida en la que el interés procesal es resarcitorio, rigen las normas del instituto de la indemnización de daños, entre ellas el deber de mitigar del acreedor.

Jurídicamente, es posible en nuestra opinión aunar las dos siguientes finalidades necesarias para un recto desenvolvimiento del tracto procesal y la satisfacción común de prestamista y prestatario en esta sede:

- por una parte, evitar que el daño aumente (en este caso, a través del interés, que es su medida), lo que significa que el prestamista no puede perseguir -como objetivo- la producción de un interés, porque lo que está reclamando es el pago de lo que se le debe y de una forma inmediata (el nuevo principal que genera intereses procesales, recordemos, es la deuda que incluye el principal pendiente de pago inicial y los intereses insatisfechos hasta la resolución de condena);

- por otra, resarcir al acreedor del retraso que efectivamente se produzca. Es decir, que mientras su deuda esté impagada, y en la medida en la que lo esté, debe recibir intereses como indemnización por ese retraso.

Estas dos posiciones parecen antagónicas, pero se consiguen a través de una adecuada regla de imputación de pagos. En fase procesal, los pagos que se realicen deben imputarse al principal. A través de esta regla se consigue lo siguiente:

- La imputación de pagos al principal impide exponer el principal (cuyo pago se reclama en sede judicial) al riesgo de ser indemnizado. El objetivo que se persigue con la utilización del poder coercitivo del Derecho materializado a través del recurso a los tribunales, es el pago del principal objeto de condena. Por ello, el objetivo es ir reduciendo el principal.

- A su vez, el principal pendiente de pago, será indemnizado porque generará intereses. Pero esos intereses únicamente se generarán por un principal que va decreciendo y en la medida en la que lo hace. El pago de intereses procesales es una consecuencia, no un objetivo.

Dicho de otro modo, desde la perspectiva de lo que se evita, la imputación de pagos al principal impide que la deuda general (principal más intereses) aumente a pesar de que se realicen pagos (voluntarios o forzosos a través de ejecuciones). Si la imputación se realizara a los intereses procesales, estos seguirían devengándose si no se reduce el principal que los genera insistentemente. Se estarían provocando "daños" al principal que habría que reparar continuamente. Lo que se buscaría es la producción de esos intereses, la generación de los mismos. Se estaría buscando el daño, que es lo que se trata de evitar. Y es indudable que esta actitud sería imputable al prestamista (como perceptor de las cantidades pagadas) puesto que el pago es una acción del deudor tendente al cumplimiento.

Apoya esta tesis la reflexión sobre el sentido del plazo expuesto en el art. 316 CCom: trata de evitar una práctica usuraria tradicional consistente en no establecer un plazo de devolución del importe dado en préstamo y exigir su devolución al día siguiente[627]. Con ello se conseguía el pago de intereses moratorios, que gozaban de mejor consideración que los exigibles por el aplazamiento. (Recuérdese que latía en el sentir de la época el rechazo

[627] MORÁN BOVIO, D.: "El contrato…", *op. cit.*, pág. 420.

al préstamo con intereses fruto de la prohibición de los mismos, pero se admitía el cobro de intereses moratorios como excepción a tal regla por constituir la indemnización de daños y perjuicios que no tenían por qué soportarse).

En la práctica es importante mantener esta regla de forma que si el juzgado de *facto* la utiliza[628], imputando los pagos que se reciben al principal, pero posteriormente el ejecutante presenta una liquidación de intereses que no sigue tal regla, de nada servirá la labor previa judicial si no se advierte esta incongruencia. Si no se poseen unos conocimientos mínimos de matemática financiera, es posible que pase desapercibida la alteración de la regla (que el prestamista aporte una relación según la cual todas las imputaciones de pagos se han realizado a la deuda de intereses en primer lugar).

La diferencia entre realizar una imputación de pagos al principal en primer lugar, o hacerlo a los intereses, puede ser muy considerable, dado que en fase procesal no nos movemos en unos parámetros prefijados en un cuadro de amortizaciones, y el factor tiempo es indeterminado.

Durante la elaboración de esta investigación, se han producido numerosas reformas legislativas (examinadas en el capítulo precedente). Entre ellas, y concerniente al punto que ahora tratamos, la Ley 1/2013, de 14 de mayo (Ley anti-desahucios), ha introducido una importantísima regla en fase procesal. Por primera vez se regula en nuestra LEC el sistema de imputación de pagos. Si bien es cierto que se realiza mediante la modificación de un artículo, el 654 LEC, ubicado en sede de ejecuciones hipotecarias, su contenido es extensible a cualquier procedimiento de ejecución[629].

Es decir, normativamente se está admitiendo la tesis aquí sostenida: en cuanto a la disyuntiva pagos realizados al capital o pagos realizados a los intereses moratorios, se impone la primera opción. La imputación de pagos al principal siempre precede a la de los

[628] Desde una perspectiva procesal se ha admitido este sistema de imputación de pagos, pero sin fundamentarlo de la forma que aquí se defiende, simplemente entendiendo que es la forma más sencilla, por lo que parece que es la inercia que se tenderá a realizar por los juzgados, y la que arroja una menor deuda para el ejecutado (cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.*, págs. 100 y 101).

[629] Se ha introducido la siguiente modificación del art. 654 LEC: "En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución , dicha cantidad se imputará por el siguiente orden : intereses remuneratorios , principal , intereses moratorios y costas . Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos , con distinción de la correspondiente a principal , a intereses remuneratorios , a intereses de demora y a costas".

intereses moratorios. Sin embargo, obsérvese que anterior al principal se incluye el pago a intereses retributivos. Es la misma regla que defendíamos en fase contractual. Ahí sí tiene sentido que la imputación de pagos se realice a los retributivos porque es la finalidad que se persigue en ese momento y por ese tipo de intereses.

4.5.- Procedimientos para liquidar la deuda de intereses moratorios en fase procesal

En contra de lo sostenido por algún sector de la doctrina[630], es necesario que exista un procedimiento -dentro de cualquiera de los procesos judiciales examinados más arriba- para liquidar lo intereses en fase procesal con intervención del deudor. Hasta el dictado de la sentencia, se habrán liquidado y condenado a los correspondientes intereses moratorios (ordinarios). Desde entonces, comienza el cómputo de intereses procesales.

En este primer supuesto, los intereses moratorios ya han contado con un proceso en el que han sido debatidos y analizados. En todo proceso ordinario o verbal en el que se reclamen intereses moratorios, debe otorgarse al deudor la posibilidad de discutir sobre ellos: cuantía, procedencia, etc. Es una mínima exigencia del principio de contradicción y del derecho constitucional a utilizar todos los medios de defensa.

Para el supuesto de que se acuda a la vía judicial directamente en la fase ejecutiva (mediante la interposición de una demanda ejecutiva basada en un título ejecutivo no judicial, que es el caso de las pólizas de contratos bancarios, como venimos sosteniendo), es discutible que los intereses generados sean moratorios y procesales o solo moratorios –por no existir una resolución de condena-. En cualquier caso, recordemos que el pacto moratorio es extensible al pacto a que alude el 576 LEC.

Sea en concepto de intereses moratorios y/o procesales, debe haber una liquidación de los mismos que pueda ser revisada judicialmente y en la que pueda intervenir el deudor.

En este supuesto, nos encontramos con la dificultad de que precisamente el acceso a esta vía implica la emisión de una certificación en la que consten los intereses moratorios debidos hasta ese momento (previo al acceso a la vía judicial). Entendemos que ello no obsta a que sea revisable en ese mismo proceso, en el sentido de que, se admita esa certificación a los efectos de despachar ejecución y dar acceso al proceso, pero

[630] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, págs. 201 y ss.

posteriormente tiene que poder revisarse con intervención del deudor y del propio juzgado. Habría que liquidar tanto los intereses moratorios como los procesales si los hubiere. En términos cronológicos sería hablar de los intereses impagados hasta el despacho de ejecución y los intereses que se devenguen en el propio proceso ejecutivo.

La necesidad de un procedimiento de liquidación de los intereses en sede procesal (moratorios y/o procesales), además de las cuestiones de hecho apuntadas, se desprende por la misma analogía con la que son tratadas las costas de ejecución.

El art. 575 LEC prevé que se despache ejecución por el 30 por 100 del principal a ejecutar, en concepto de intereses y costas que se prevea puedan generarse en la ejecución. Ello, sin perjuicio de su posterior liquidación, por lo que ya admite que habrá una liquidación por esos conceptos.

Las costas de ejecución, deberán ser posteriormente tasadas, es decir, liquidadas. No se trata de un problema de imposición de costas, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 539, hay trámites procesales ejecutivos que requieren la imposición de costas, y en ese caso se determinará a quién corresponde, y los que no, dicho artículo establece que serán a cargo del ejecutado. Pero en todo caso, previene que *hasta que no se produzca su liquidación* las partes correrán con ellas. Es decir, que es necesaria una liquidación. Lo cual es lógico, pues al iniciar el proceso es imposible determinar las que finalmente resultarán.

Por la misma argumentación los intereses moratorios procesales deben liquidarse.

Los arts. 712 y ss de la LEC regulan la "liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas". Parece el trámite oportuno para liquidar los intereses moratorios (ordinarios y/o procesales). Dentro de este capítulo, se distinguen a su vez cuatro procesos:

- Los arts. 713 a 716 regulan la liquidación de daños y perjuicios.

- El art. 717 se ocupa de la petición de determinación del equivalente dinerario de una prestación no dineraria.

- Los arts. 718 y 719 se ocupan de regular la liquidación de frutos y rentas.

- El art. 720 regula la rendición de cuentas de una administración.

De todos ellos, el apartado primero es el que mejor encaja para liquidar los intereses. Obsérvese que la ley que introduce en nuestro ordenamiento los intereses procesales, no

introduce un procedimiento liquidatorio de los mismos. El procedimiento que ya existía en la LEC, se refiere a daños y perjuicios, que son la naturaleza a la que responden los intereses moratorios, como hemos visto.

Los intereses procesales, necesitan ser liquidados porque es necesario que se tengan en cuenta factores diferentes a los parámetros establecidos en el contrato[631]. Hay que tener en cuenta:

- Si los intereses son abusivos o han devenido abusivos. El criterio de abusividad viene definido en la normativa de consumo vista en el capítulo tercero. Habrá que realizar los controles de inclusión, transparencia y abusividad. Como se trata de una cláusula (la de intereses moratorios) accesoria, que no define el objeto principal, siempre podrá entrar a analizarse su contenido a efectos de abusividad. En el análisis de la LCGC ya vimos que expresamente se considera abusiva una cláusula que establezca una indemnización desproporcionada. En este sentido está en relación lo que se dice en el siguiente parámetro a tener en cuenta.

- Proporcionalidad. Este criterio es el que define a los intereses y se mide en relación al principal o capital que los genera. El hecho de que los intereses normalmente se fijen en un porcentaje, no implica que se cumpla el criterio de proporcionalidad. También es necesaria hacer la comparación en términos absolutos. Es decir, de cifras finales. Si el principal es una determinada cantidad, y por intereses moratorios la cifra asciende a cuatro veces ese principal, no habrá ninguna proporcionalidad.

- Imputación de pagos. Es importante tener en cuenta las reglas de imputación de pagos según de qué tipo de intereses estemos hablando según hemos expuesto en los apartados así rubricados. Lo normal es que la imputación de pagos se haya realizado al principal, como se ha explicado. Sin embargo, deberá controlarse por el deudor y por el juzgado que, a pesar de haberse seguido esa regla en la cronología del proceso, a la hora de presentar su liquidación el ejecutante, no presente unas cifras que impliquen hacer una imputación a los intereses. Para controlar este extremo son precisos unos mínimos conocimientos

[631] Además, los intereses procesales legales incrementados en dos puntos *ex* art. 576 no permanecen estáticos en el tiempo sino que están sujetos a las modificaciones anuales fijadas por los Presupuestos Generales del Estado (cfr. SANCHO FRAILE, J.: "Artículo 576. Intereses de la mora procesal", en LORCA NAVARRETE, A. (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 2805), lo que debe tenerse en cuenta tanto si no hay pacto como si lo hay, porque en este último caso la comparación de tipos será el referente para apreciar un posible abuso.

matemáticos. Si bien, si esa liquidación está debidamente desglosada, deberá observarse que la partida de principal debe ir reduciéndose.

- Usura. Es posible que la tasa de interés sea usuraria. Los tribunales están obligados a actuar incluso de oficio para advertir la existencia de cláusulas abusivas. Si existe usura, con más motivo. Por ello debe ser un parámetro que se analice en la liquidación de intereses, además de poder ser advertido y denunciado en cualquier fase del proceso. Hemos visto que hay sectores que consideran que la Ley de Usura no es aplicable a los intereses moratorios. Ni mucho menos a los procesales. En la medida en la que el pago de un interés sobre una cantidad constituye una forma de préstamo, deberá aplicarse. Cuestión distinta es que dicha ley, aun aplicándose, no sirva para resolver situaciones de endeudamiento excesivo por intereses moratorios. Por ello es necesario el análisis de los demás parámetros.

- Equilibrio de las prestaciones. Admitido el carácter consensual y bilateral (recíproco) del préstamo, la prestación de intereses puede compararse con la prestación recíproca. Esto estará claro en el caso de los intereses retributivos, sin embargo presenta más problemas la búsqueda de la contraprestación del interés moratorio en cuanto concepto resarcitorio. El componente punitivo de los intereses procesales no podrá evaluarse bajo este prisma.

- Mitigación del daño. La función resarcitoria que cumplen los intereses moratorios, tanto los de la mora ordinaria como los procesales, implica que deben cumplir la carga que pesa sobre el perjudicado, en este caso el prestamista, de mitigar el daño. En nuestro caso se traduce, por ejemplo, en la no procedencia de intereses por demoras injustificadas e imputables al ejecutante. Tal será el caso del ejercicio tardío de acciones, o en la actitud pasiva en el proceso ejecutivo o meramente de trámite como no solicitando la subasta de bienes embargados y solicitando reiteradamente la prórroga registral. Si bien es cierto que a las deudas pecuniarias se les aplica la regla especial contenida en el art. 1108 CC (316 CCom), esa especificidad solo se circunscribe a la presunción del daño y su cuantificación, pero no escapa al resto de principios en que se basa toda indemnización de daños y perjuicios. Por ello debe respetarse la obligación que pesa sobre el prestamista en este caso de mitigar el daño.

- Prueba del mayor o menor daño. Según se defiende en esta investigación, la presunción a que se refiere el 1108 CC, y de la que comparten el 316 CCom y 576 LEC, debe interpretarse como una presunción *iuris tantum*. Si el daño real ha sido otro, a ese debe

estarse y resarcirse. En el caso de intereses, si por ejemplo fueron pactados unos intereses fijos de demora, que se han aplicado durante un plazo largo, en el que la realidad económica ha mostrado unos intereses muy inferiores, es evidente que nunca se habrá producido ese daño y deberán rebajarse los intereses en esa medida. La prueba del mayor daño requerirá sujetarse a lo dispuesto en los arts. 1106 y 1107 CC, debiendo respetar muy especialmente la regla de la previsibilidad y traslado de esta información al prestatario adherido. En economía, baste el apunte, es difícil hacer previsiones a medio y largo plazo que sean fiables.

La existencia de todas estas cuestiones a debatir a su vez justifica la imputación que defendemos, puesto que si ya se hubieran ejecutado unos intereses que ni siquiera se han liquidado definitivamente y posteriormente resultan improcedentes, se estarían causando perjuicios *a priori* y muy probablemente al ejecutado. El momento de liquidar los intereses es el momento en el que se ha recibido el pago completo del capital[632].

Además de ese momento, es preciso que existan otros, y el juez de oficio pueda y deba apreciar la inaplicación de la cláusula abusiva de intereses o la desproporción de los mismos, su carácter usurario o cualquiera de los parámetros apuntados. Una medida para ello sería, por ejemplo, que para la admisión del despacho de ejecución, se realice una previa evaluación judicial de los intereses moratorios hasta entonces devengados siguiendo todos los parámetros aquí apuntados, que podrá ser revisada con intervención del deudor. Asimismo, a instancia de parte, también debiera ser posible denunciar estas situaciones sin esperar al procedimiento de liquidación.

[632] En la doctrina encontramos posiciones diferentes que evidencian una falta de conocimiento del problema aquí planteado: de Padura Ballesteros sostiene que es en el auto que despacha ejecución donde deben liquidarse los intereses, es decir, previamente a que se devenguen y además entiende que debe hacerse *inaudita parte debitoris* porque no existen cuestiones fácticas ni jurídicas que tener en cuenta, sino una simple operación matemática (cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, págs. 201 y ss.). Esta posición se opone a la tesis aquí sostenida, (más acorde con una liquidación completa, lo que redundará en un mayor acercamiento a la justicia); Ordás Alonso fuera de toda realidad práctica, señala como plazo de devengo de los intereses procesales el que transcurre desde la sentencia que fija la cantidad líquida hasta el día en el que se presente la demanda ejecutiva (*vid.* ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…*, *op. cit.*, pág. 31). Es de la misma opinión Cordón Moreno (CORDÓN MORENO, F: "Comentario al art. 576", en CORDÓN MORENO, F. (dir.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 1292 a 1293). A esta visión hay que objetar que obviar que durante el propio proceso ejecutivo se están generando intereses es no considerar ni siquiera la posibilidad de existencia del problema.

4.6.- Deficiencias procesales e insuficiencia social de las soluciones adoptadas por la LEC, agravada por su incoherencia conceptual y por la generalización y admisión judicial de malas prácticas bancarias en el proceso ejecutivo

A continuación se relaciona una serie de problemas que se advierten en la regulación procesal en relación con los intereses devengados durante el proceso ejecutivo.

4.6.1.- El requisito de la determinación o liquidez de la cantidad a ejecutar

Del examen del conjunto de preceptos que regulan la ejecución, se desprende la necesidad de que el despacho se realice por cantidad determinada. Que una cantidad se determine significa que se haya liquidado. Así, el art. 549, que regula la demanda ejecutiva, exige que se exprese en la misma la cantidad por la que se solicite la ejecución. Este artículo a su vez remite al 575, que dispone que "la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva". Por su parte, el art. 551 dispone que el auto que despache ejecución contenga la cantidad por la que se realiza, por todos los conceptos.

En el caso de las cantidades que se generen durante el propio proceso de ejecución y que son de cargo del prestatario (intereses y costas), es imposible cumplir esa regla general. Realmente, hay unos intereses moratorios que se (i) generan, (ii) liquidan y (iii) ejecutan en el mismo proceso: los que van desde la demanda ejecutiva (y por lo menos) hasta el completo pago del principal que los genera (dando por supuesta la regla de imputación de pagos defendida en fase procesal: al capital).

Recordemos que originariamente, el art. 921 de la LEC de 1881 exigía para poder embargar bienes del ejecutado, que la deuda fuera líquida, entendiendo a esos efectos los intereses que la sentencia hubiera fijado con una tasa y un tiempo de aplicación. Por ello, la LEC ha tenido que articular un sistema para incluir estos conceptos. Así, el art. 575 establece la excepción de que en el caso de intereses y costas que se devenguen durante la ejecución, es posible solicitar por ambos conceptos hasta un 30 por 100 de la cantidad cuya ejecución se solicita *sin perjuicio de la posterior liquidación.* Esta regla ha venido a plasmar en una norma la práctica forense que se venía realizando. El propio art. 575

reconoce que se tiene que realizar una liquidación, por lo que ambas cantidades no son líquidas en el momento del despacho[633].

La admisión del despacho de ejecución por cantidades que no sólo están pendientes de liquidarse, sino también de generarse o *devengarse*, origina distorsiones en el proceso en la medida en que:

- De una parte, es posible que nunca se generen en el importe en el que han sido provisionalmente calculadas y despachada ejecución por ellas. En este caso, el esquema de la LEC es llevar a cabo todo el proceso de ejecución hasta pagar esos importes y posteriormente liquidarlos, constatado ya que se han superado las cantidades reales(pero nada se dice sobre el procedimiento específico a seguir en estos supuestos), o bien, el ejecutado intenta hacerlo valer como oposición general, fuera de los casos previstos de oposición porque no encaja ni en su contenido ni puede hacerlo en el plazo: son plazos breves al inicio de la ejecución (10 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución, arts. 556, 557 LEC), y entonces puede que no sea posible saber qué importes van a resultar. El art. 564 LEC remite incluso a que se ventile en otro proceso.

- De otra parte, el art. 564 LEC prevé que para los supuestos en que, como es frecuente en la práctica bancaria contemporánea, haya devengo de intereses variables, y el ejecutado oponga pluspetición, pueda nombrarse a un perito. El problema de aplicación de esta norma reside en la desjudicialización de la actividad de liquidar los intereses moratorios (ordinarios y/o procesales); el cálculo del importe debido entraña una componente técnica, pero también un acto de adecuación normativa que no puede -únicamente- ser realizado por un perito porque exige valoraciones jurídicas que sólo competen al juez, como se expone en esta investigación. Cuestión distinta es la ampliación que prevé el art 574 LEC en el vencimiento de intereses y plazos con posterioridad, regla que se está refiriendo a intereses retributivos. En este caso, estos vencimientos de principal e intereses, serán conformes con el título ejecutivo, y nada obsta para que se solicite la ampliación de la demanda ejecutiva y así se realice. Lo único que ha hecho que no pudieran reclamarse al inicio ha sido el transcurso del tiempo. En estos supuestos, al llevar a cabo la eventual liquidación de intereses moratorios y/o procesales, habrá que tener en cuenta los plazos y

[633] El art. 572 LEC, refuerza esta excepción de no exigencia de liquidez por los conceptos de intereses y costas, al disponer expresamente que "no será preciso (…) que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine", pero solamente "a los efectos del despacho de ejecución".

vencimientos de estos importes posteriores, que hace que se devenguen escalonadamente en el tiempo.

- Finalmente, y respecto a los intereses procesales, se dice que nacen *ope legis*. También nacen así, en puridad, los moratorios del 316 CCom o del 1.108 CC, y, sin embargo, la ley prevé más cautelas para la comprobación de su exactitud numéricamente hablando (no se habrá realizado una correcta liquidación jurídica de los mismos mientras no se haya hecho un examen completo como el que aquí se sugiere, como mínimo). Así, si los intereses moratorios han sido solicitados en un proceso ordinario que ha terminado en sentencia, la propia sentencia habrá fallado sobre ellos y durante el proceso se habrá podido proponer prueba, oposición, etc. Y si proceden de un título ejecutivo, la ley prevé que se emita una certificación por el profesional en la materia (art. 517.5º LEC), previo al inicio del proceso ejecutivo. Sin embargo, en el caso de intereses procesales o generados tras la incoación del procedimiento, solamente se dispondrá del momento de su liquidación para efectuar el análisis jurídico y el cálculo matemático.

4.6.2.- Malas prácticas bancarias en el proceso ejecutivo

El pacto de interés procesal, en sí mismo, es respetado. Salvo que sea declarado abusivo, usurario, responde a la libertad de contratación. Este pacto puede suponer un importante desequilibrio respecto al momento en el que se aplica. Es difícil que se tengan en consideración las previsiones de la *cláusula rebus sic stantibus* por impedimentos conceptuales como desarrollamos más adelante, o los parámetros de liquidación que aquí proponemos, porque suponen entrar al fondo y a revisar el contenido del pacto en relación a su efectiva aplicación, lo cual es una exigencia jurídica pero una complejidad respecto a la práctica habitual menos precisa -en perjuicio del prestatario-.

Sin embargo, es notoria la práctica de las entidades de utilizar el argumento, en sede de las ejecuciones hipotecarias, relativo a la alteración sobrevenida de valor, de modo que los bancos aprovechan para arbitrar o especular sobre la variación en el valor de tasación del

inmueble respecto al pactado, aplicando actualizaciones de valor aduciendo una excesiva onerosidad sobrevenida[634].

Este último pacto no es objeto de estudio de la presente investigación, pero su eco social llama nuestra atención como parámetro comparado. En ambos casos estamos hablando de pactos para aplicarse en la fase judicial. Sin embargo, el principio *pacta sunt servanda* parece variar en función del interés que se tenga en su aplicación. Es incoherente –e inaceptable para nuestro paladar jurídico- que un interés de demora (ordinaria o procesal) pactado y muy elevado deba defenderse con carácter absoluto por respeto al acuerdo entre las partes, y no un valor de tasación, también pactado, por ser inferior al de mercado.

4.7.- Inaplicabilidad de la doctrina *rebus sic stantibus* y de las disposiciones de la Ley de la usura

No podemos dejar de mencionar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, y su posible incidencia en el análisis que nos ocupa. Brevemente explicada, se trata de un mecanismo de creación jurisprudencial[635], que supone la inaplicación de una cláusula o su moderación si se dan una serie de requisitos relativos a la variación profunda de las circunstancias que fundamentaron su adopción.

El análisis del interés de un préstamo bajo este criterio no alcanzaría al pacto de interés retributivo porque un determinado tipo se habrá fijado con base en la autonomía de la voluntad, principio general que seguirá rigiendo durante toda la vida del contrato. Incluso si lo que pretende hacerse valer es que se tomó un determinado tipo fijo en vez de variable o viceversa, es difícil que existan circunstancias graves que hayan cambiado que justifiquen su no aplicación.

El análisis sobre el interés de demora, es sólo posible sobre el pactado. En defecto de pacto rige el interés legal o el legal incrementado en dos puntos si hablamos de la mora procesal.

---

[634] En 2012 sorprendían titulares como el siguiente, publicado en *Cinco Días*: "El dilema de fondo de las tasaciones. La banca se resiste a asumir pérdidas por las valoraciones", Sección Mercados & Finanzas, 24-02-2012, pág. 18.

[635] La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de reforma del Código Civil, incluye un nuevo artículo 1213, que recoge por primera vez esta doctrina jurisprudencial (*vid.* http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas, última consulta: 05-07-2015).

La generación indeterminada en el tiempo del interés es lo que puede hacerlo excesivo y no puede combatirse con la aplicación de esta doctrina sino de los parámetros apuntados que deben seguirse en la liquidación (mitigación del daño, proporcionalidad…).

En un determinado punto, la aplicación de esta doctrina puede coincidir con la prueba del mayor o menor daño, si a lo largo de la ejecución del contrato o de su indemnización por retaso, hay una fuerte variación en los tipos de mercado que es lo que se tuvo en cuenta para determinarlos apriorísticamente (téngase en cuenta que los tipos de demora se fijan en el momento de la perfección del contrato, que puede distar mucho del momento en el que se apliquen; o bien pueden aplicarse en un momento cercano a la perfección pero durante un espacio de tiempo muy prolongado). Pero entendemos que en ese caso no se trata de una aplicación excepcional sino de lo que debe reconocerse. La dificultad que tiene esta teoría es su interpretación restrictiva por la jurisprudencia. Queda a la discreción del juez la consideración de su estimación o no.

A pesar de que en la doctrina se ha interpretado la aplicación de esta doctrina como compatible con el respeto al principio *pacta sunt servanda*, en cuanto que no es absoluto porque la dimensión negativa del mismo implica que lo no previsto en el contrato no fue querido por las partes (y por lo tanto solo debe alcanzar a lo expresamente pactado: el contrato solo opera bajo las circunstancias y riesgos pactados)[636], no es suficiente para aplicarlo a nuestro caso. Los requisitos exigidos por el TS para su apreciación incluyen que previamente no hubiera habido un incumplimiento por el deudor[637], lo que se aparta del objeto del presente análisis que presupone precisamente el impago del prestatario. Y además, la doctrina *rebus sic stantibus* se mueve bajo el prisma de cumplimiento del contrato, no de su resolución[638]. Recordemos lo analizado sobre la opción de resolución. Cabría solamente su planteamiento si se entiende como cumplimiento del contrato las

[636] CASTIÑEIRA JEREZ, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 29, julio-diciembre 2012, págs. 72 y 73.

[637] Entre otras las SSTS de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927), de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707), de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214) y de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343). Otros motivos de rechazo de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* por el TS son: (i) que por el tipo de contrato o actividad se debió asumir un tipo de riesgo empresarial o industrial que incluye el cambio de circunstancias (STS de 17 de noviembre de 2000 -RJ 2000/9343-), o (ii) que cualquiera de las partes directa o indirectamente haya asumido la alteración sobrevenida de las circunstancias (SSTS de 16 de junio de 1983 [RJ 1983/3632], 25 de enero de 2007 [RJ 2007/592]).

[638] Como se pone de manifiesto en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *et alii: Curso de Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*, Editorial Colex, Madrid, 2008, págs. 471 a 476, es acertada la solución del TS al negar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* pero resolviendo el contrato al no poder cumplirse la finalidad del mismo.

previsiones de las partes sobre la resolución. Pero es difícil de casar con el requisito apuntado de la inexistencia de incumplimiento por la parte deudora.

Por lo que respecta a la Ley de la Usura, analizada con detalle en el capítulo segundo, sus disposiciones se refieren a la existencia de usura en el momento de la perfección del contrato. El interés retributivo, sin ninguna duda, está sujeto a este límite. El interés de demora pactado también, a nuestro juicio, pero puede que los parámetros en el momento de la perfección del mismo no detecten una situación fáctica o de hecho de usura.

Usura tal vez no pretendida pero que, conforme a las circunstancias del mercado de tipos de interés, puede darse posteriormente y no deriva del propio contrato, sino que, más bien, deriva del entendimiento típico bancario de la aplicación del régimen del interés procesal hasta el momento del efectivo pago, en el sentido de una aplicación automática de ese interés que se combina fatalmente para el cliente prestatario con la del principio procesal de pervivencia o no caducidad del procedimiento ejecutivo mientras no sea satisfecho el ejecutante por completo, sin atender a reajustes equitativos en dichas consideraciones.

En esta investigación se proponen parámetros de conceptualización jurídica suficientes para proporcionar a los prestatarios una vía admisible por los jueces para equilibrar una posible situación excesivamente onerosa, especialmente para un ejecutado por causa de liquidaciones de intereses de demora desmesuradas, esto es, inasumibles sin incurrir en insolvencia o situaciones próximas a esta. Lo cual, como veremos, tampoco dará solución.

4.8.- Consideraciones finales sobre el contenido del deber de información precontractual que pesa sobre las entidades financieras a la luz de las dificultades planteadas en la fase procesal

Una vez detectados y analizados los problemas que plantea el interés de demora, ordinario y procesal, es posible determinar con cierta precisión el contenido de la información precontractual que debe trasladarse al prestatario.

En el capítulo tercero hemos analizado la normativa que versa sobre este deber en pro de la transparencia bancaria. Realmente es un requisito exigible para la correcta formación de la voluntad a la hora de contratar requerida por las normas del Código Civil en este punto (arts. 1261 y ss.). Las normas vistas o mencionan muy residualmente el interés de demora

como punto a incluir en la información contractual, o no lo incluyen expresamente. Pero sí hay normativa que incide en que se explique al prestatario las consecuencias del incumplimiento, así como del coste total que supondría la operación contratada. En estos conceptos entra de lleno todo lo relativo a la aplicación y funcionamiento del interés de demora y procesal.

Por ello, deberá advertirse al prestatario sobre:

- del tipo que se aplicará en concepto de interés de demora, distinguiendo la fase extrajudicial de la procesal;

- el importe sobre el que se aplicará;

- el tiempo medio que por criterio la entidad lo reclama judicialmente, a efectos de controlar que no sea un tiempo excesivo que incumpla el deber de mitigar el daño;

- el régimen de imputación de pagos (por normativa deberá exigirse la imputación al principal desde que el interés aplicable sea el de demora, y por lo tanto indemnizatorio y no tendente a la producción de un interés, en los términos expuestos);

- los conceptos e importes de indemnización que la entidad tome en cuenta para determinar el interés de demora, a los efectos de evaluar si reclamará un mayor daño, y en qué casos lo hará, o cuándo se entenderá que hay un menor daño (para que el prestatario pueda tener unos parámetros fiables);

- el nivel de riesgo asumido por el prestatario en la fase judicial, que se traducirá en las posibles situaciones que den lugar a *malas praxis* o dilaciones del procedimiento achacables a las entidades: política seguida por la entidad, tiempos de espera sin actividad, actuaciones judiciales. Por ejemplo, qué criterio de embargo de bienes sigue, y de límites de solicitudes de prórrogas de embargo antes de subastar, etc.

- los mecanismos (al menos como explicación general) de funcionamiento práctico del tipo de interés de demora: en particular, especificando que se aplica indefinidamente sobre la cantidad a ejecutar, hasta que no se satisfaga completamente el pago. Eso significa que la cuantía a reclamar, aparte de las costas del proceso, no permanece estática. Y que su aumento es indefinido e ilimitado.

- la inclusión de escenarios económicos realistas que contemplen la situación del prestatario con la asunción futura de todos los costes totales que soportará, lo que entraña, como mínimo, una suficiente explicación del efecto que produce la conjunción de la cláusula de vencimiento anticipado con la cláusula de interés de demora sobre el importe finalmente debido en cuotas anuales por principal e intereses.

- la especificación relativa a qué política sigue la entidad en cuanto a procedimiento judicial concreto a utilizar y en qué supuestos (criterios de selección de uno u otro).

Esta información es debida únicamente en sede contractual, y no incluye lo relativo al significado y alcance del inicio de un proceso judicial. Y dentro de la multitud de procesos y fases, de la ejecutiva. No abarcaría el significado del embargo de bienes, de su transcendencia en la práctica mercantil y civil, de los perjuicios que puede ocasionar al ejecutado (riesgos a los que se enfrenta como imposibilidad de acceso al crédito por figurar en listas de morosos, imposibilidad de ser propietario, etc.).

Desde la consideración de que las entidades gozan de la posibilidad de utilizar doblemente la coerción del derecho, en el sentido del hecho mismo de solicitar la tutela judicial acudiendo a los tribunales, y poder aplicar un tipo procesal establecido por ley igualmente por que se aplique esa tutela, debe entenderse que para una correcta integración de sus deberes con los clientes, las entidades están obligadas también a informar sobre el alcance patrimonial de las consecuencias de la incoación y desenvolvimiento del proceso judicial de reclamación de la deuda dineraria.

CAPITULO QUINTO.-PERSPECTIVAS NORMATIVAS Y METODOLÓGICAS DE SOLUCIÓN FRENTE AL PROBLEMA DE EXCESIVA ONEROSIDAD DE LOS INTERESES PROCESALES ACUMULADOS

I.- INTRODUCCIÓN

Las exigencias sobre transparencia que hemos analizado en los capítulos precedentes son un medio de protección preventiva, que despliega sus efectos en la fase precontractual para conseguir un consentimiento informado. Sin embargo, no es suficiente advertir completamente al usuario bancario (prestatario en nuestro estudio) de lo que le puede ocurrir en caso de impago y más concretamente en relación con el interés de demora, sino que es necesario que esas consecuencias del incumplimiento también se ajusten al ordenamiento jurídico y por ello cumplan los principios de proporcionalidad y equidad y que respeten un límite temporal atendiendo a los requerimientos constitucionales.

Desde otro punto de vista, ese énfasis en el tratamiento contractual de la problemática del sobreendeudamiento de las personas físicas, en parte impulsado por la transposición de las Directivas Europeas, como la de las cláusulas abusivas, y por las SSTJUE como es el famoso caso Aziz, solo contempla a la persona física como consumidor, olvidando al empresario individual, al administrador societario, a las personas casadas, incapaces o menores, también necesitados de tutela porque también habrán hipotecado sus bienes

personales o serán sujetos como parte prestataria[639]. Es necesario afrontar desde un enfoque concursal algunos aspectos sociales que plantea la problemática, destacando la novedad entre nosotros de la adopción del mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*.

Unido al argumento utilizado para defender los efectos positivos de ese régimen de *discharge* consistente en que el deudor, si no paga, es porque no puede, no porque no quiere[640], se encuentra el elenco de circunstancias no imputables al deudor que coadyuvan a que se produzcan situaciones de sobreendeudamiento (deficiente evaluación de la solvencia del deudor, inclusión de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas -intereses de demora, vencimiento anticipado, garantías excesivas-, tasaciones al margen de los valores reales). En el mismo sentido, los argumentos basados en la evitación de supuestas prácticas picarescas por el prestatario (como la interposición de recursos dilatorios o la obtención de crédito sin coste) para justificar la existencia de intereses moratorios procesales, no tienen verdadera base fáctica. Es necesario, desde nuestra óptica, realizar un *economic analysis of law* (AED) para llegar a una solución eficiente y así construir una jurisprudencia racional tanto por la escasez de recursos de que dispone el prestatario como por las exigencias de correcta aplicación normativa (independientemente de su deficiente situación económica)[641].

Por ello, en esta última parte se abordarán las perspectivas constitucional, concursal y económica del Derecho.

[639] Esta otra perspectiva ha sido puesta de manifiesto por PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección…", *op. cit.*, pág. 211.

[640] Cfr. CUENA CASAS, M.: "El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad", en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 48, marzo-abril 2013, pág. 26.

[641] *Vid.* IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…, op. cit.,* págs. 61 a 65.

II.- VALORACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

2.1.- Derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas y tutela judicial efectiva

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se incardina en el conjunto de derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 CE. Su inclusión en dicho artículo no debe inducir a su confusión con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues es un derecho autónomo del mismo. El derecho que tratamos en el presente epígrafe tiene como finalidad específica la garantía de que el proceso judicial, incluida la ejecución de las resoluciones, se ajuste en su desarrollo a adecuadas pautas temporales[642].

El TC en sentencia de 31 de enero de 1994 (RTC 1994/34) concluye que se tiene que ordenar la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas. Lo que a su vez implica determinar qué dilaciones tienen que "sufrirse" y cuáles no, por razones de justicia material, de eficiencia u otras dignas de reconocimiento procesal. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, además, debe conjugarse con el también constitucional (y del art. 24) consistente en la consecución de una tutela judicial efectiva. En varias resoluciones del TC podemos apreciar la autonomía entre ambos derechos: una resolución tardía puede reparar el derecho a la tutela judicial pero no el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[643].

Coincidimos con la doctrina que propone reconocer un contenido patrimonial al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que se materializaría en la compensación, como solución reparadora frente a la vulneración del mismo, en la medida en la que metafísicamente es imposible retrotraer el tiempo[644].

La recta aplicación del concepto de dilación indebida requiere, por otro lado, la confrontación del plazo real con el estipulado en las normas de los procesos. En nuestro caso, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde una construcción teórica y abstracta, un

[642] Cfr. RODÉS MATEU, A.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español,* Atelier, Barcelona, 2009, pág. 15.

[643] SSTC de 13 de abril de 1983 (RTC 1983/26), de 23 de enero de 1985 (RTC 1985/5), de 31 de enero de 1994 (RTC 1994/35) y de 13 de junio de 1996 (RTC 1996/180).

[644] Doctrina expuesta en RODÉS MATEU, A.: *El derecho…, op. cit.,* págs. 17 y 18.

proceso no tendrá dilaciones indebidas si tiene una duración razonable para que los intereses litigiosos reciban pronta satisfacción. Se incluye en este tiempo tanto la resolución como la ejecución de lo resuelto[645]. Pero para que haya vulneración de este derecho se exige algo más que el mero incumplimiento de los plazos legales.

El componente objetivo del derecho constitucional analizado es la dilación, que puede originarse o bien por ausencia de actividad judicial (o existencia de cierta actividad judicial formal pero no conducente a la solución del asunto de una forma eficiente y razonable, o a la adopción de medidas innecesarias para ello que dilatan innecesariamente el proceso), o bien la existencia de una resolución judicial pero que llega de forma extemporánea[646]. Por otra parte, el componente subjetivo está sustanciado en la circunstancia de que esa dilación sea "indebida". Se requiere en primer lugar un incumplimiento del plazo procesal. Sin embargo, nos encontramos con una materia que no tiene asignado un plazo procesal. No hay un plazo que determine que la ejecución en el orden civil/mercantil debe realizarse en un plazo concreto. En nuestro ordenamiento no existe un plazo perentorio temporal. Solamente hay un criterio material y es el de la plena satisfacción del acreedor.

Se trata de una laguna legal, pero no constitucional. Si bien es cierto, que su formulación en la Constitución adolece de ser un concepto jurídico indeterminado[647]. Para dotar de contenido este derecho fundamental, el propio TC ha fijado unos criterios basándose en la doctrina del TEDH en interpretación del art. del CEDH[648]:

- la complejidad del proceso, no es lo mismo que los hechos sean claros y/o la calificación jurídica.

- la actitud procesal del demandante de amparo o justiciable, no pudiéndose alegar indefensión por quien ha utilizado maniobras dilatorias. En el orden civil, estas maniobras pueden haber sido utilizadas por una parte no solo en su contra, sino también perjudicando a la contraparte. Es la especial vulneración que se pone de manifiesto en esta investigación: la actitud pasiva o *mala praxis* del ejecutante, con lo que incrementa su propio daño al

[645] *Ib.*, pág. 31.

[646] La STC de 1 de diciembre de 1994 (RTC 1994/324) analiza un supuesto de omisión impropia o aquella en la que se observa cierta actividad formal jurisdiccional que no resuelve en el sentido requerido.

[647] La STC 14 de marzo de 1984 (RTC 1984/36) manifiesta que este concepto jurídico indeterminado debe ser dotado de contenido en cada caso concreto atendiendo a criterios objetivos.

[648] Un detalle de las resoluciones del TEDH en las que se basa el TC se contiene en RODÉS MATEU, A.: *El derecho…, op. cit.*, págs. 50 y 51, nota 93.

saber que la cuenta de intereses sigue corriendo en su beneficio, lo cual perjudica al ejecutado en cuanto que el montante de la deuda que se le imputa aumenta.

- el comportamiento del órgano judicial actuante, siendo posible una violación del derecho que analizamos por insuficiencia de medios personales o materiales, aunque los jueces y magistrados estén exculpados de responder personalmente (STC de 14 de marzo de 1984, RTC 1984/36, FJ 3º).

- la duración ordinaria de los litigios del mismo tipo,

- el interés que en el proceso arriesga el demandante, si bien en este punto, habría que considerar los riesgos de ambas partes, como se exponen en el apartado del análisis económico (AED).

- las carencias de la organización judicial y el excesivo trabajo del órgano jurisdiccional.

Mientras no se materialice en un plazo concreto previsto legalmente, los jueces deberán adoptar las siguientes medidas en los procesos ejecutivos civiles:

- aplicar directamente la Constitución por imperativo del art. 9.3 CE, utilizando los criterios expuestos para dotar de contenido el derecho de forma que les sirva de pauta para utilizar en el caso concreto,

- utilizar el mecanismo de la compensación como valoración patrimonial de la eventual vulneración del mismo deduciéndolo del importe por intereses moratorios (en caso de insuficiencia generará un derecho a favor del deudor)[649].

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es además la garantía última de todos los derechos y libertades constitucionales y de los reconocidos en el resto del ordenamiento jurídico, de forma que todos los derechos procesales deben desarrollarse sin dilaciones indebidas[650].

[649] Rodés Mateu defiende el contenido patrimonial de la vulneración de este derecho, como hemos apuntado más arriba, mientras que Pérez Royo apoyándose en el art. 55.1.c) LOTC, matiza que la indemnización de daños y perjuicios por la violación de este derecho no es un contenido de la sentencia que reconozca el amparo, sino que se debe entablar otro proceso de reclamación patrimonial de la Administración (cfr. PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 386).

[650]Coincidimos con este planteamiento, expuesto en GARCÍA PONS, E.: "El período a considerar en el derecho a un juicio justo", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, pág. 175.

Conviene poner de manifiesto que la LEC de 1881, al hablar de qué entendía por cantidad líquida, en relación con los intereses, disponía que se reputarán líquidos si se establece el porcentaje y el tiempo durante el que deban aplicarse (art. 921).

Esa mención al tiempo ha desaparecido. Hoy día no hay límite temporal, y ya hemos visto cómo resuelve la actual LEC el problema de la liquidez: permitiendo el despacho provisional por una cantidad que no exceda el 30 por 100, pero siempre podrá ampliarse la demanda ejecutiva a las cantidades que se vayan generando y superen dicho límite.

Realmente es cuestionable que por una parte, el deudor esté obligado al pago de intereses procesales que comienzan a computar desde la primera resolución de condena, y por otra, que no se considere dilación indebida (y por lo tanto computan a los efectos de tiempo que aumenta la cuantía por intereses procesales) los plazos y retrasos en la Administración de Justicia, incluso por falta de medios personales y materiales[651].

El TC entiende que si hay dilaciones indebidas que suponen un perjuicio económico para el justiciable, debe reclamar la correspondiente indemnización según dispone el artículo 121 CE y desarrollan los artículos 292 y ss. LOPJ[652]. En voto particular Gimeno Sendra explícitamente reconoce que la existencia de dilación indebida en el proceso conlleva un perjuicio para el acreedor consistente en los intereses de demora procesales, del que ni él ni el deudor son responsables, siéndolo el Estado[653].

Es decir, que además de la correspondiente indemnización, al justiciable le corresponden los intereses de demora procesales. Por lo tanto, el propio TC entiende que la dilación en el proceso incide en la imposición de los intereses procesales consistiendo tal incidencia en que no es el deudor el responsable último los intereses procesales sino el Estado[654]. Sin embargo, frente al acreedor, el deudor es el que tiene que pagar los intereses procesales incluidos los indebidos, y posteriormente reclamar al Estado la indemnización por el exceso. Este razonamiento realza una vez más la protección al acreedor, para evitar tener que acudir a los Tribunales doblemente: para reclamar su derecho y para reclamar los intereses procesales por dilaciones indebidas.

[651] ATC de 13 de octubre de 1987 (RTC 1987/1126), FJ 3.

[652] STC de 14 de septiembre de 1992 (RTC 1992/114), FJ 5.

[653] Voto particular de la STC de 10 de mayo de 1989 (RTC 1989/83).

[654] Conclusión a la que también llega DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.*, pág. 193.

Esta doctrina del TC sobre la incidencia de las dilaciones indebidas en materia de intereses procesales no es uniforme, si bien en un principio se decantó por entender que sí hay incidencia en el sentido de que el Estado es responsable de esos intereses de demora procesales generados a su vez *indebidamente*[655]. Admite que no procede el devengo de intereses procesales en los supuestos de dilaciones indebidas del procedimiento por *una actuación incorrecta del Juez o por la mala fe de alguna de las partes*[656]. Incluso, haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basta una duración inaceptable para hablar de dilación indebida sin necesidad de que el Juez sea negligente[657].

La lentitud de los procesos judiciales en España es notorio y una asignatura pendiente[658]. De ahí la *recomendación* expresada por la doctrina acerca de la reclamación en amparo del reconocimiento de la violación del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Situación procesal que es, hoy día, imposible en la práctica dado el nuevo sistema restrictivo en el acceso al amparo constitucional, donde la limitación introducida consiste en la necesidad de justificación de la concurrencia del concepto jurídico indeterminado *especial trascendencia constitucional*; exigencia que, además, se suma a las que derivan de los ya rigurosos requisitos inherentes a la legitimación activa precisa para el empleo de tal procedimiento constitucional.

Es difícil sin duda saber cuándo nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad del Estado (por funcionamiento anormal de la administración[659]) por *dilación indebida del procedimiento* generador de un crédito a favor del deudor por el importe de los intereses procesales devengados durante tal retraso injustificado, porque los pronunciamientos del TC no son uniformes, aunque se pueden tener como referencia las indicaciones del

[655] Esta falta de uniformidad se aprecia en las siguientes resoluciones: ATC de 13 de octubre de 1987 (RTC 1987/1126), SSTC de 14 de septiembre de 1992 (RTC 1992/114), de 9 de mayo de 1994 (RTC 1994/132) y de 10 de mayo de 1989 (RTC 1989/83).

[656] ATC de 13 de octubre de 1987 (RTC 1987/1126), FJ 3.

[657] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 190.

[658] Al respecto se ha pronunciado Díez-Picazo Giménez apuntando como causas de tal retraso generalizado en (i) el escaso número de jueces; (ii) la falta de medios personales y materiales (con escasas perspectivas de cambio dada la austeridad que nos impone la convergencia exigida por la Unión Económica y Monetaria); y (iii) la caótica situación de la legislación procesal (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I: *La justicia civil en España. Presente y futuro. Acceso, coste y duración*, inédito, citado en DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 194, nota 41).

[659] *Vid.* DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 197.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como que el proceso supere la duración media de los procesos de ese tipo[660].

Como última reflexión, cabe apuntar que si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede *a priori* entenderse como enfocado a la salvaguarda de los intereses del prestamista en nuestro caso, desde una perspectiva constitucional no puede limitarse la visión a ese aspecto parcial. Un proceso sin dilaciones indebidas salvaguarda por una parte a quien ha acudido a la justicia para obtener su tutela (derecho del que es diferenciable, porque es posible obtener tutela pero tardía, y entonces este segundo derecho constitucional se viola, y viceversa[661]), pero por otra, es garantía y legitimidad del propio Estado al velar porque sus normas, que son expresión de la voluntad general, se aplican correctamente, lo que en el caso de un proceso sin dilaciones indebidas significa que el ejecutado, contra quien se dirige el proceso, puede tener la garantía de que toda la fuerza coercitiva del Estado está controlada, limitada en sus jurídicos parámetros. Volviendo al estado de naturaleza: los individuos solamente habrán entregado parte de su poder al Estado si este poder no les va a someter ni procurar un estado peor que en el que se encontraban sin el mismo.

En el fondo, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también está pensado para el derecho penal, en beneficio o salvaguarda de quien presuntamente ha cometido un ilícito criminal; de la misma forma tiene que ser entendido para quien ha cometido el ilícito civil de no pagar una deuda dineraria. El propio TC reconoce que la exigencia de este derecho es intensa en el proceso penal y en particular en las causas con presos, pero tiene vigencia en todo tipo de procesos (STC de 23 de enero de 1985 -RTC 1985/5-, FJ 3º y STC de 18 de enero de 1990 -RTC 1990/8-, FJ 4º).

[660] Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: "Artículo 24. Garantías procesales", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, págs. 35 y ss.

[661] La STC de 13 de abril de 1983 (RTC 1983/26), FJ 3º explica que una decisión judicial correcta pero tardía vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, mientras que una decisión incorrecta pero temprana vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

2.2.- Derecho a un proceso con todas las garantías

En la doctrina se afirma que el derecho a un proceso con todas las garantías resulta superfluo[662]. Realmente todas las garantías establecidas en el art. 24 CE conforman ese proceso. Cumplir cada una por separado implica cumplir el conjunto.

Este derecho se ha utilizado para justificar la incompresible omisión en el art. 117 CE de uno de los principios configuradores del poder judicial: su imparcialidad.

Sin embargo, consideramos que resulta útil esta mención en la Constitución a modo de recopilatorio, es decir, para incidir en la importancia de que en un proceso se cumplan todas las garantías. Sería como un mecanismo de cierre, comprensivo del todo, una forma de asegurar que no se ha dejado nada en el olvido, escondido o de cualquier otra forma obviado.

En nuestra investigación este derecho es expresivo de que todas las propuestas realizadas deben cumplirse. Todas ellas.

Por eso, quedan sin amparo constitucional las posiciones doctrinales que entendían innecesaria la intervención del deudor en el proceso de liquidación de intereses moratorios ordinarios o procesales: se estaría vulnerando el principio de contradicción, y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa de su derecho. Sería fácilmente dable la parcialidad si encima de la mesa solamente se cuenta con la liquidación presentada por el prestamista.

La ausencia de cumplimiento de todas las garantías procesales implicaría además la imposibilidad de conseguir efectivamente una eventual solución alcanzada normativamente. Sería papel mojado. En nuestro caso, si procesalmente no se respetan todos los mecanismos, el problema analizado se enraizaría autogenerándose y siendo imposible de erradicar. Esta perspectiva constitucional nos abre las puertas a una solución en la generación desorbitada de intereses de demora ordinarios o procesales, porque desde el marco que supone como norma superior del ordenamiento delimita el problema. Dicho en sentido inverso: si no se respeta el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, permitiendo su continuación indefinida *in aeternum,* la generación y ejecución de intereses moratorios seguirá esa misma suerte.

[662] Cfr. PÉREZ ROYO, J.: *Curso…, op. cit.,* pág. 387.

2.3.- El derecho constitucional de propiedad privada

La propiedad, antes de su consideración constitucional, había sido un elemento diferenciador del individuo, pues era lo que le permitía ser libre y poder dedicarse a la vida pública. Era el distintivo de quienes no tenían que realizar un trabajo mecánico para vivir, porque tenían propiedades para su garantizar su sustento, y por ello eran calificados de personas honorables, dignas de dedicarse a los asuntos superfluos y sociales. La propiedad tenía por lo tanto un carácter político.

La Revolución Francesa rompió con ese esquema, y se instauró la concepción de que cualquier actividad que se realizara era libre y de igual dignidad. Desde entonces, la libertad no proviene del volumen de propiedad privada de que se disponga, no se necesita ser propietario para ser libre (más exactamente ciudadano digno de dedicarse a la vida pública), sino que más bien al contrario, es el trabajo realizado en libertad el que puede hacer al individuo propietario.

La llamada Constitución económica se basa en estos "nuevos" postulados. Si recordamos lo expuesto en el primer capítulo, al hacer un examen de aproximación histórico-económica, nos encontrábamos con la propiedad y el trabajo como las primeras fuentes de productividad. La tierra era productiva, y se retribuía con una renta; el trabajo, con un salario. La productividad del dinero, tuvo sus dificultades para ser reconocida, pues incluso por parte de economistas se negaba su carácter fructífero. Esta deficiencia tuvo el gran impacto en nuestra materia de estudio de llegar a prohibirse la percepción de intereses por prestar dinero. Su reconocimiento jurídico, vino de la mano de los mismos acontecimientos históricos, en los que se inserta el movimiento codificador, que reconoce el carácter productivo del dinero en los intereses, que son sus frutos civiles.

La teoría clásica del Estado, se basa en la concepción de que los hombres deciden pasar de un estado de naturaleza, en el que son libres y tienen propiedades, a otro en sociedad y por ello ceden parte de su poder a un ente superior para que les garantice esas libertades individuales y sus propiedades, para pasar a tener una mayor seguridad[663]. Ese es el trato. No cabe una injerencia ilegítima del poder público en la propiedad privada, no se puede utilizar ese poder para atacar lo que se tiene que defender y garantizar.

[663] A juicio de Pérez Royo, las palabras de Locke, Rousseau y Hobbes sobre el particular son unánimemente aceptadas por todos los clásicos de la Teoría del Estado (cfr. PÉREZ ROYO, J.: *Curso…*, *op. cit.*, pág. 236).

El art. 33 CE expresamente reconoce este derecho, que si bien no es un derecho fundamental, goza de la protección prevista en el art. 53.1 CE. Al no considerarse un derecho fundamental, no goza de las garantías reforzadas que se establecen en el apartado siguiente (53.2 CE), sin embargo, debido a la reforma de las exigencias de accesibilidad al recurso de amparo mediante la justificación de la especial trascendencia constitucional, hoy día, el recurso de amparo es un mecanismo jurídico de excepción. Esto no quiere decir una merma en la protección, sino que más bien puede verse como una forma de hacer que la protección constitucional se otorgue desde la propia justicia ordinaria y de los poderes públicos, que deben conocer y aplicar la jurisprudencia ya creada por el TC. Es decir, si se trata de temas ya resueltos por el TC, el amparo "deberá otorgarse" en las líneas ya reconocidas por los jueces y tribunales.

El resto de mecanismos de protección que confiere directamente la Constitución quedan abiertos (cuestión de inconstitucionalidad, etc.).

Como el derecho de propiedad no es objeto de recurso de amparo, el TC no ha podido delimitar su contenido esencial, sin embargo, sí que ha controlado la razonabilidad o proporcionalidad, en definitiva, la constitucionalidad de las injerencias normativas de los distintos poderes públicos en dicho derecho[664].

El derecho constitucional a la propiedad privada, ha sido interpretado por el TC, adoptando las resoluciones del TEDH. Encontramos entre las primeras manifestaciones sobre este particular, la referencia al principio de proporcionalidad: la intervención estatal sobre el derecho de propiedad tiene que someterse a un control de razonabilidad, es decir "la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido" (STEDH de 8 de julio de 1986 -TEDH 1986-). Los supuestos que se analizan se refieren a situaciones de expropiación, si bien, como hemos apuntado, en la medida en la que el derecho de propiedad puede ser objeto de injerencia por los poderes públicos y concretamente por el poder judicial, éste debe también respetar y aplicar todo este *bloque de constitucionalidad*.

[664] *Vid.* GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, P.: "El derecho a la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (coord.): *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 151.

Lo que aquí nos interesa es recoger esta necesidad de adecuación del poder judicial a un criterio de proporcionalidad en su actuación, cuando trate asuntos que lleven aparejados intereses de demora.

En nuestro objeto de estudio están en pugna dos situaciones en relación con este derecho:

- Por una parte, el derecho de la entidad bancaria a aumentar su patrimonio mediante la percepción de intereses (entre los que hay que distinguir los debidos como retributivos y los debidos por compensación, como se ha expuesto en esta investigación), como fruto del ejercicio de su actividad, así como a recuperar el importe prestado. Para garantizar y defender ambos componentes de su derecho de propiedad, acude a la tutela judicial, (manifestación concreta del poder estatal).

- Por otra parte, se encuentra el derecho del ejecutado de no sufrir una injerencia en su patrimonio más allá de lo debido.

El peligro de transgresión del derecho de propiedad privada sobre el ejecutado, tal y como están configurados el propio contrato y los mecanismos jurídicos de actuación a disposición del prestamista, se manifiesta en la posibilidad de que:

- se produzca el perjuicio mediante el mecanismo del embargo,

- se produzca el perjuicio mediante la generación excesiva y ejecución simultánea de intereses que no proceden si no responden a las pautas que venimos sosteniendo (pérdida injustificada de propiedad privada).

En el otro lado de la balanza, el prestamista pudiera ver alterada su estabilidad si no se ejecutan las deudas dinerarias íntegramente, porque afectaría en la disminución de su patrimonio.

En la medida en la que es el Estado el que a través del poder judicial acoge la pretensión del prestamista de tutelar su derecho utilizando los poderes de que dispone, es el que debe cuidar de mantener el equilibrio velando porque no se produzcan a su vez injerencias indebidas en la propiedad privada del ejecutado en la utilización de los mismos.

En nuestro objeto de estudio, la excesiva generación de intereses de demora, si se produce de una forma indefinida y desproporcionada, genera un conflicto que debe ser resuelto a favor de la tutela del prestatario, lo que se justifica por razones de:

- Eficiencia sistémica: las razones que han llevado en los últimos tiempos a proceder al rescate de un determinado tipo de empresas para evitar su concurso (entidades financieras) no pueden ser esgrimidas en sus relaciones jurídico-privadas, y concretamente en la materia que nos ocupa, porque no es sostenible añadir un poder extra a una de las partes en claro perjuicio desmedido de la otra. Lo eficiente es lo sostenible, y no es sostenible que en toda situación (a largo plazo) se procuren beneficios o ventajas a un mismo destinatario, que por sí mismo no obtendría. En economía se les ha denominado "*too big to fail*"[665] y tienen el peligro de incurrir en "*moral hazard*" (en castellano, riesgo moral, de incurrir en mayores riesgos cuando las consecuencias negativas son asumidas por terceros). Incluso es más eficiente, como expondremos en el epígrafe siguiente, fomentar mecanismos que ayuden al deudor a recuperarse sin necesidad de atender todo su pasivo exigible, porque de otra forma, el incremento de las posibilidades de cobro en un sistema sin *fresh start* es insignificante[666]. Esta segunda oportunidad repercutirá en un crecimiento económico al volver a situar en el mercado a un consumidor con capacidad para ello y a un empresario individual (si tal fue su caso) que invierte y pone en marcha un negocio.

- Prevalencia de la economía real sobre la financiera, y por lo tanto, no se puede hacer cargar al prestatario con el pago de una deuda cuyo origen es legal: se deben intereses moratorios porque una norma así lo establece (o permite que se pacte), aun cuando se haya resuelto el contrato o anticipado el vencimiento del préstamo. Se está convirtiendo en productiva una cantidad que puede que en el mundo económico no lo sea. Baste el mero dato de que un préstamo es temporal y la generación de intereses moratorios se concibe indefinida.

[665] Por ser un tema económico, escapa a nuestro estudio. Si bien, para una primera aproximación *vid.* CUBILLAS MARTÍN, E. *et alii: How credible is a too-big-to-fail policy?*, en Documentos de trabajo FUNCAS, núm. 732, noviembre 2013, disponible en www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=7-05732, última consulta 14-09-15, estudio que corrobora la prevalencia de la teoría, si bien en mayor medida donde no se ha vivido previamente una crisis financiera; en el mismo sentido *vid.* www.zoomnews.es/144574/economia/finanzas-y-mercados/hay-29-entidades-financieras-intocables-sistema-economico-mundia, última consulta: 14-09-15; POVEDA, R.: "Modelos bancarios (en las antípodas del *too big to fail*)", en *Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, núm. 94, mayo 2014, págs. 28-29.

[666] Sobre los beneficios que aporta un sistema de *fresh start vid.* CUENA CASAS, M.: "El impacto…", *op. cit.*, págs. 24 a 28.

- Justicia material (estado de necesidad de los deudores) sobre esta cuestión trataremos más ampliamente en el apartado 2.5 siguiente.

- Asimetría en las obligaciones y riesgos asumidos por las partes (la parte prestamista en un contrato de adhesión unido a su condición de entidad financiera –experta en el sector y que cuenta con una posición e información privilegiada- lo convierte en un adversario fuerte), que debe corregirse evitando que se propague mediante el instituto del interés moratorio[667].

2.4.- Obligación de cumplimiento de las resoluciones judiciales y poder judicial de hacer ejecutar lo resuelto en materia de intereses procesales: ¿*bis in idem*?

El poder judicial es concebido desde sus orígenes constitucionales como la función separada de la manera más posible respecto de los otros dos poderes (legislativo y ejecutivo).

El poder judicial es el encargado de dictaminar la verdad en los casos concretos. La ley es la que determinará esa verdad en abstracto, pero en la medida en la que haya disputas jurídicas, y éstas sean resueltas por un juez imparcial, y de una forma vinculante además, la verdad social definitiva es la que se contenga en su decisión[668]. En nuestro objeto de estudio, más importante que este aspecto que parece referirse a los procesos que terminan en sentencia, es la facultad ejecutiva del poder: hacer ejecutar lo resuelto (que en nuestro caso también se incluye hacer ejecutar lo que es ejecutivo, si un título con tal fuerza es el que accede al procedimiento de apremio).

De entre las características que se atribuyen al poder judicial, nos interesa la relativa a su responsabilidad y al cumplimiento de la ley y el ordenamiento jurídico. Antes que su independencia. El primer principio constitucional del poder judicial es su sumisión a la

[667] Este argumento ha sido utilizado por nuestros tribunales para fallar a favor de la nulidad de contratos bancarios de productos derivados por generar error en el consentimiento (*vid.* la plataforma creada por afectados, donde se incorporan sentencias sobre el particular: www.asuapedefin.com, última consulta: 14-09-2015).

[668] *Vid.* PÉREZ ROYO, J.: *Curso…, op. cit.*, pág. 745, quien afirma que es la mejor solución o forma de encontrar la verdad que hasta ahora se ha encontrado en las sociedades desarrolladas.

ley[669]. Los jueces tienen legitimidad democrática en la medida en la que aplican la ley, que es la voluntad general. No tienen voluntad propia.

El poder judicial es un poder apolítico, en palabras de Montesquieu "nulo"[670]. No responde a una u otra opción política, sino que es exclusivamente jurídico. Debe mantenerse al margen de toda actividad política del Estado precisamente por la fuerza tremenda que supone, sobre los ciudadanos, sobre sus libertades individuales, todos los días, de forma que solamente pueda utilizarla para socorrerles.

El art. 117 CE encomienda a los jueces y tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El art. 118 CE establece el deber constitucional de cumplir las sentencias y resoluciones firmes que dicten aquellos. La doctrina procesalista también ve este mandato constitucional como imperativo[671].

La utilización del poder judicial por parte del prestamista ya supone que el prestatario ejecutado "sufre" la coerción del Estado ante su incumplimiento. La forma de ordenar el cumplimiento en el derecho privado es precisamente la existencia del poder judicial.

Sin este mecanismo, ni la garantía que supone su existencia misma, el prestamista no podría ni asegurarse su cobro ni cobrarlo efectivamente. Ante el impago, si el prestamista no acude a un juzgado, no tiene otra forma jurídica de poder obtener la satisfacción de su crédito.

Por ello, no es lo mismo situarse en fase judicial que no hacerlo.

Ni para el prestamista ni para el prestatario.

Por todo lo anterior, si se predica de los intereses procesales que tienen un componente coercitivo, es posible entenderlo como un *bis in ídem*. Frente a un mismo hecho, que es el incumplimiento de una resolución judicial, se castiga al incumplidor doblemente por el Estado: con la injerencia en su patrimonio a través de la utilización de la coerción que supone el ejercicio del poder judicial a través del proceso ejecutivo, y por otra parte, adicionando una cantidad a modo de multa o sanción por ese mismo incumplimiento: los intereses procesales.

[669] Así se defiende en PÉREZ ROYO, J.: *Curso…, op. cit.*, págs. 891 y ss.

[670] *Ib.*, págs. 888 y 889.

[671] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* pág. 83.

Traemos nuevamente las palabras de la doctrina que entendía que la aparición de la categoría de los intereses procesales se trataba de un incorrecto planteamiento del problema en las deudas de valor: la creación del art. 921 *bis* de la LEC de 1881 trataba de dar solución al problema de la actualización en las deudas de valor especialmente las referidas a indemnizaciones por accidentes de tráfico. Se observaba en la práctica la interposición de recursos con ánimo dilatorio, lo que vino a intentar corregirse mediante este mecanismo. Esta tesis sostenía que lo correcto sería incluir en la propia condena la indemnización que correspondiera por el tiempo que transcurriera.

Esta clásica distinción entre deudas de suma y deudas de valor, lleva inherente el concepto mismo de que el momento en el que la deuda de valor se concreta en unidades monetarias, está actualizada. En previsión de que el momento del efectivo pago sea posterior, la propia resolución que determine ese *primer* montante, debe incluir el criterio que ha seguido para su actualización en función del tiempo que previsiblemente pueda transcurrir hasta el efectivo pago, pero como componente indemnizatorio y de condena.

A nuestro juicio, además de otras razones ya expuestas, la categoría de intereses procesales adolece del mismo defecto que el de los intereses por la mora ordinaria, porque son en alguna medida una continuación de aquellos[672]. Nos referimos a la necesidad de su limitación para que no resulte una cantidad desproporcionada, y para ello proponemos los parámetros apuntados en esta investigación, que en el fondo suponen una correcta aplicación de la normativa vigente.

Si a esos problemas añadimos el componente sancionador que revisten los intereses procesales (en los que se pueden convertir los pactados para la mora ordinaria), nos encontramos con la dificultad teórica planteada en este epígrafe, que hace dudar de la conveniencia o necesidad de su instauración.

[672] En este sentido coincidimos con la tesis sostenida en DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 37, donde se afirma además que los intereses procesales son hijos de su tiempo y nacieron en unas circunstancias económicas desfavorables para la parte acreedora.

2.5- Valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE): hacia la equidad

Nuestra Constitución destaca de entre todo su clausulado los valores superiores del ordenamiento jurídico en su primer artículo (no es baladí): la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Defiende la propiedad privada, pero ni es un derecho fundamental ni es un valor en sí misma, y en todo caso se trata de un valor relativo (el derecho, en última instancia, a un patrimonio privado). Defiende la libertad de empresa, pero sucede lo mismo (el bien jurídico protegido es en última instancia la libertad de obrar, pero lo que el precepto indica es el carácter capitalista o de mercado del sistema, o de libre economía no dirigida).

Existe una constitución económica, pero la economía no está erigida, o no debe erigirse, como valor superior del orden jurídico por encima de la persona.

Como corolario a esta breve exposición valorativa constitucional, cabe decir que son precisamente los fines últimos que se persiguen en el texto constitucional los expresados en el encabezamiento del texto constitucional, y que son de índole general, reflejo de los fines del propio ordenamiento jurídico y orientación última del propio texto constitucional que determina su reconocimiento normativo. Esos fines (la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político) son los orientadores de todo el ordenamiento. El respeto de todos los demás derechos, deberes, libertades y garantías deben tender a ellos.

Aplicado su propósito a la problemática que plantea nuestro caso concreto, debe afirmarse que ni se trata de salvaguardar el negocio del prestamista por encima de todo, ni de proteger la propiedad privada del prestatario en el otro extremo. Se trata de obtener una solución justa en términos de igualdad y siempre respetando la libertad, de ambos. Como se ha expuesto en el desarrollo del poder judicial, la mención a cualquier opción política no tiene entrada, porque es un poder de irrelevancia política. Precisamente por ello es la máxima expresión del pluralismo político: porque puede y debe ser ejercido bajo cualquier color político. En el contexto positivo constitucional, los principios jurídicos promueven el respeto al Derecho como institución puramente jurídica[673].

[673] La aplicación por el juez de los valores constitucionales puede considerarse una forma de llevar a cabo el método de la jurisprudencia de valores, que intenta superar el de intereses, y en general la concepción rígida del Derecho (sobre los métodos de origen germánico en la aplicación del derecho, y especialmente la distinción entre la jurisprudencia de conceptos y su evolución *vid.* LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1980, págs. 166 y ss; la

Esta reflexión nos lleva *velis nolis* al concepto de *equidad.* Históricamente tuvo un papel preponderante en el derecho romano: tenía que ser justo. Se ha sostenido que hoy día no hay equidad legal sino equidad judicial, porque la ley lo es independientemente de que sea o no justa[674]. Por ello, es el juez el que, dentro de los límites de la legalidad, puede lograr un equilibrio que se acerque a esa idea de justicia[675]. La equidad requiere proporción, igualdad.

Frente a la anterior concepción, defendemos que si bien es cierto que es distinguible el Derecho por una parte y los valores (o desvalores) de que se quiera dotar, por otra, (una ley puede ser injusta y no por ello deja de ser ley, la ley es la expresión de la voluntad popular), también lo es que en nuestro ordenamiento jurídico está expresado el antedicho valor de justicia. Y esta positivización está recogida en la máxima expresión al ubicarse en el máximo cuerpo normativo que es la Constitución, en su primer artículo, y como valor superior de todo el ordenamiento jurídico.

En este sentido, los jueces, al enfrentarse al problema planteado en esta investigación, están obligados a ser justos y comprobar que en todo momento las actuaciones judiciales -incluida la tramitación de la ejecución-, se mantienen en parámetros de equidad.

Las proposiciones expuestas en este trabajo se entiende que son aplicación del derecho, de sus propias categorías jurídicas sin necesidad de acudir a criterios abstractos de justicia. Sin embargo, como medida de cierre y garantía, se apunta a los criterios de equidad y proporcionalidad como expresión de los valores últimos de nuestro ordenamiento jurídico y única forma de respeto al mismo.

En el epígrafe tercero se expone la conveniencia de practicar un adecuado análisis económico de las normas (AED) como guía para alcanzar la proporcionalidad descrita, y cuantificarla o expresar en términos numéricos la medida de equilibrio o razonabilidad

---

jurisprudencia de intereses es entendida como aplicación de la norma por el juez, teniendo en cuenta los intereses de la vida o la finalidad del derecho en HECK, P.: *El problema de la creación del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, pág. 31. En esta edición en castellano se incluyen en el prólogo importantes referencias de obras sobre la jurisprudencia de intereses publicadas en España -*ib.*, págs. 10 y 11-).

[674] Cfr. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La equidad en el derecho privado*. *Derecho y justicia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 59.

[675] Coincidimos en que la interpretación de las normas debe hacerse desde la Constitución, como aplicación de sus valores y principios (*vid.* BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 165 y 167).

jurídica de los intereses debidos por el prestatario en la contratación del mutuo bancario en los supuestos de morosidad.

III.- LIMITACIONES DEL DERECHO CONCURSAL PARA PONER FIN A LA GENERACIÓN DE INTERESES MORATORIOS

3.1.- Dificultades para la iniciación de un proceso concursal e inadecuación del mismo cuando lo discutido es el importe de la deuda

El art. 5 LC establece la obligación que tiene el deudor de solicitar la declaración de concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debiera haber conocido su estado de insolvencia, lo que se presumirá si concurre alguno de los presupuestos que pueden fundamentar su solicitud: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, o el incumplimiento generalizado de las obligaciones de derecho público.

No obstante tal obligación, las cifras muestran que *de facto* no se acude a la vía concursal[676], lo que evidencia una falta de eficacia de la normativa para aportar soluciones.

Si lo analizamos desde el problema concreto sobre el que versa esta investigación, podemos concluir igualmente que el derecho concursal no da una solución efectiva del problema, ni eficiente, y menos aún, definitiva, porque:

A) Durante la tramitación del procedimiento, después del auto de declaración concursal no se evita la generación de intereses en los contratos bancarios con garantía real, (que incluye los préstamos hipotecarios), según dispone el art. 59.1 LC, lo cual puede hacerse extensivo a los préstamos con otro tipo de garantías (personales) habituales en el sector. Las entidades bancarias cuentan con textos de contratos sujetos a condiciones generales, perfectamente revisados y estudiados para que gocen de la suficiente seguridad jurídica por medio de mecanismos que eviten o minimicen sus riesgos, y en particular el

[676] No concuerda el escaso número de concursos de persona natural con la tasa de cinco millones de parados (*vid.* CUENA CASAS, M.: "El impacto…", *op. cit.*, pág. 26).

control *ex ante* de su adecuación a la legislación de condiciones generales, porque el mecanismo de la libertad contractual o consentimiento no impide su nulidad si no superan el control de contenido[677]. Estos préstamos garantizados se incluirían en la tipología de créditos a los que se ha referido un sector doctrinal[678] en defensa de su mayor valor por esas protecciones de que se han hecho valer desde el momento mismo de la contratación, lo que parece haber tenido eco en la legislación concursal, al dotarlos de una regulación diferente concretamente en materia de intereses (en el sentido de ser la excepción a la suspensión en la generación de los mismos). Dado que estos estudios, siguiendo los análisis de la literatura financiera[679], además de las garantías reales incluyen las personales como instrumento que aumenta el valor como activo realizable del crédito pendiente[680], no dudamos de que se utilice esta misma argumentación para defender el devengo de intereses también en este tipo de préstamos -con garantía personal- cuyo supuesto no está recogido legalmente (pero pueda ser probable su inclusión normativa).

B) Tras la tramitación del concurso, el deudor persona natural sigue respondiendo de las deudas pendientes que no se hayan podido pagar con la liquidación de su patrimonio (art. 178.2 LC). Es decir, en ese sentido, estará en la misma situación que si no se hubiera llevado a cabo el proceso. Las posibilidades de embargo de la totalidad del patrimonio a través de los procedimientos singulares de ejecución, hacen que los acreedores puedan disponer de todas las medidas coercitivas del Derecho fuera del concurso. El concurso tiene sentido cuando se trata de aplicar la máxima *par conditio creditorum*, cuando hay conjunción de acreedores. Es posible y además frecuente que las dificultades económicas provengan solo de uno de ellos o al menos en magnitud bien diferenciada del resto de obligaciones ordinarias de pago (gastos de consumo, alimentación, etc), lo que crea una situación de asimetría entre acreedores y en la relación entre el acreedor principal y el deudor. El colapso en el que se encuentra un deudor que no puede hacer frente a sus pagos,

[677] Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 467 a 482.

[678] Por todos, BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 51, cuya obra (2002) es anterior a la ley concursal de 2003.

[679] *Vid.* MYERS, S. y BREALEY, R.: *Fundamentos de financiación empresarial,* 4ª ed., Mc. Graw Hill, Aravaca (Madrid), 1994, pág. 154, para la relación directa entre riesgo y rentabilidad; FRIEDMAN, D.: *Teoría de los precios,* 2ª ed., Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Vicálvaro (Madrid), 1992, pág. 333, para la importancia del elemento temporal en los intercambios económicos y BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos…, op. cit.*, págs. 43 y 32 respectivamente para la consideración de las anteriores aportaciones.

[680] Cfr. BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos…, op. cit.,* pág. 177 y ss.

desembocará en la ejecución de su vivienda habitual, la subsistencia de la deuda no cubierta, a lo que pueden añadirse deudas de otro origen, como acertadamente ha puesto de manifiesto la doctrina (*v. gr.* crédito al consumo, visa…) y que un procedimiento concursal no solucionará[681].

C) El desconocimiento del deudor acerca del funcionamiento y alcance de los intereses de demora (ordinarios o procesales), -lo que es revelador del incumplimiento por las entidades financieras de su deber contractual de información examinado en los capítulos tercero y cuarto-, puede llevarle a no advertir que el problema se está gestando. La práctica pone de manifiesto además frecuentes situaciones de *malas praxis* bancarias que se añaden a estas situaciones límite de forma que no se den los presupuestos para iniciar el concurso, cuando a la vez se esté en una situación insostenible. La casuística puede ser interminable, pero baste apuntar con carácter general que por ejemplo, el mantenimiento de un proceso de ejecución paralizado *sine die*, puede significar para el deudor que se ha terminado de hecho su tramitación y no se van a reiniciar nuevas actuaciones, mientras que es posible sin embargo que el acreedor lo reactive intempestiva o muy tardíamente, y entonces la cuantía de intereses que presente la liquidación sea totalmente inasumible para el deudor, quien no habría advertido la descomunal deuda acumulada de no estar bien asesorado del riesgo de acumulación de intereses, lo que sucede en numerosas ocasiones por diferentes razones –situación procesal de rebeldía del ejecutado, negligencia letrada, abandono de la causa, cambios de residencia o de estado civil, desempleo de larga duración, etc. entre otras frecuentes en el contexto crítico vivido a partir de 2008-. Ya se advierte desde la doctrina procesalista que si la ejecución deviene infructuosa (dando por supuesto que habiendo bienes embargados se van a ejecutar), el *dies ad quem* de los intereses procesales puede prolongarse *in aeternum*[682].

[681] Cfr. PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección…", *op. cit.*, pág. 227. Esta consideración nos lleva al instituto de la *dación en pago*. Aunque desborda nuestro objeto de análisis, no queremos dejar de apuntar brevemente que si bien puede ser una solución, debe aplicarse con rigor jurídico, porque como acertadamente se ha criticado a la pionera sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, jurídicamente es insostenible determinar que no procede continuar la ejecución por la diferencia entre las cantidades reclamadas y el producto que se obtuvo por la subasta de la vivienda hipotecada, sin declarar la extinción de la deuda, sin ser fundamento jurídico indicar genéricamente que la crisis que padecemos es en parte imputable, aun indirectamente a la entidad ejecutante (*vid.* HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: "Ejecución hipotecaria y dación en pago", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, págs. 247 a 269).

[682] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…*, *op. cit.*, pág. 212.

D) El concurso no puede ser la solución para un problema que no consiste en cómo cobrar una deuda sino en si esa deuda se debe en su totalidad. Si la cuenta (cálculo de intereses moratorios) está bien hecha. En este último sentido se han orientado las aportaciones de este trabajo, en buena medida enfocadas en sentar algunos criterios y presupuestos de aplicación normativa para alcanzar la correcta liquidación de intereses.

E) Las nuevas modificaciones paraconcursales y preconcursales proliferadas en los últimos años, cuyo examen detenido excede el límite de este trabajo, no aportan una mejor condición al deudor. Coincidimos en la crítica que se ha formulado a nivel doctrinal,[683] a estos precipitados cambios legislativos que se han sucedido en los últimos cinco años[684], por derivar en una alteración del sistema iniciado en 2003 al romper el equilibrio de intereses (*par conditio creditorum*) a favor de grandes acreedores financieros y especuladores que advierten estas situaciones ruinosas para enriquecerse con ellas a través de las nuevas figuras introducidas (por ejemplo, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos), que por otra parte eliminan la unidad de procedimiento que guió aquel origen y todo ello es permitido con la ausencia de inspección judicial.

Solamente cabría la posibilidad de condonar intereses en sede de:

a) acuerdos de refinanciación[685],

b) convenios anticipados,

c) otros acuerdos paraconcursales y

d) *fresh start*.

Obsérvese que salvo el último caso, todos requieren de la aceptación de los acreedores, lo que puede no darse (es posible que los intereses de demora no sean tomados en consideración como factor detonante de una crisis, y pasen a ser un asunto menor en la negociación de los acuerdos de refinanciación o en el reinicio de la actividad).Y en el supuesto de segunda oportunidad o *fresh start* (que examinaremos más adelante), la

[683] *Vid.* OLIVENCIA RUIZ, M.: "Concurso y preconcurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, año 2015, págs. 11 a 18.

[684] RDL 3/2009, Ley 38/2011, Ley 14/2013 y el reciente RDL 4/2014 convertido en Ley 17/2014.

[685] Para un mayor detalle sobre los riesgos y ventajas de los acuerdos de refinanciación, *vid.* HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "La posición del acreedor financiero en los acuerdos de refinanciación", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito,* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 289 y ss.

dificultad se encuentra en reunir los requisitos para poder acceder al mismo, y en que no exime del pago de todas las deudas, devengando intereses las que queden fuera de su ámbito.

A modo de corolario, si el concurso no es pertinente para solucionar el problema en estudio, hay que evitar la situación de apertura improcedente, además de por las causas expuestas, porque los costes personales, materiales y temporales que supone tramitar estos procedimientos pueden acrecentar la deuda lejos de atajarla. No obstante, para las situaciones en las que se deba acudir a esta vía, en los siguientes apartados se analizan los pormenores de su regulación y su incidencia en esta investigación.

3.2.- Especialidades del derecho concursal ante la resolución de los contratos

La declaración de concurso del prestatario no es una causa automática de extinción del contrato a pesar de incluirse en la práctica con condición general por parte de las entidades puesto que el art. 61.3 LC establece que "se tendrá por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes". Solamente el concursado o la administración concursal en su caso, utilizando la facultad reconocida por el art. 61.2, párrafo segundo LC, podrá resolverlo por considerarlo conveniente para el interés del concurso. Si declarado el concurso se resuelve el contrato por incumplimiento, en todo caso el Juez del concurso puede acordar su cumplimiento (art. 62.2 LC). En este caso, las deudas pasarán a ser deudas de la masa debiendo pagarse con prioridad e inmediatamente a su vencimiento (art. 63 LC).

Hay que destacar la novedad introducida por la LC en relación a las operaciones de financiación y concretamente en el caso del préstamo, consistente en la "rehabilitación de créditos". Mediante esta fórmula la administración concursal puede restablecer la plena vigencia de contratos de préstamo cuyo vencimiento anticipado por impago se haya producido con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que se haya producido en los tres meses anteriores a dicha declaración y se comunique dicha rehabilitación al acreedor antes de que finalice el plazo de comunicación de créditos, consignando las cantidades impagadas (art. 68 LC). Esto no será posible si el acreedor ya ha iniciado

acciones en reclamación del pago antes de la declaración del concurso y se opone a la rehabilitación (art. 68.2 LC).

3.3.- Suspensión del devengo de intereses en el concurso: los contratos bancarios como excepción

3.3.1.- Suspensión de procedimientos ejecutivos que conlleva la suspensión en la generación de intereses de demora

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se sitúa en el marco de la reciente incorporación en el anexo A del nuevo reglamento europeo de insolvencia (reglamento UE 2015/848) de la comunicación del inicio del proceso de negociación, regulada en el art. 5 *bis* LC, en cuya aplicación incide al suponer la adición de otra causa de suspensión legal de ejecuciones, previstas en el art. 565.1 LEC[686]. En nuestro supuesto, toda suspensión de un procedimiento ejecutivo, implicará también la suspensión en la generación de intereses de demora.

A pesar de que la regla general es la suspensión de las ejecuciones en tramitación y que no pueden iniciarse nuevas una vez abierto el concurso (art. 55 LC), los créditos con garantía real conforman la excepción (art. 55.4 LC). A su vez, el art. 56 LC permite la suspensión de las ejecuciones por créditos garantizados con bienes del deudor empresario, si son necesarios para continuar su actividad.

3.3.2.- Reglas directas de suspensión en la generación de intereses en sede concursal

El art. 59 LC regula el devengo de intereses durante el concurso y establece como regla general su suspensión desde la declaración del concurso[687]. Nuevamente, la excepción son los que sí se devengarán por créditos con garantía real.

[686] *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J.: "Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación *ex* art. 5 *bis*, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, pág. 37.

[687] El tenor literal del artículo 59 LC es el siguiente:

El otro artículo que se ocupa de la regulación de intereses en la LC es el 92.3º, calificándolos de créditos subordinados[688].

La relación entre ambos artículos ha dividido a la doctrina en función de quienes sustentan cada una de las dos siguientes posiciones:

- la tesis defensora de que las reglas sobre la suspensión del devengo de intereses en sede concursal (art. 59 LC) son una concreción para un supuesto particular de la regla general contenida en el art. 92.3º LC de subordinación de los intereses;

- la mayoritaria, que aboga por una diferenciación de aplicación temporal de ambos preceptos: el art. 92.3º LC se aplica a los intereses ya devengados con anterioridad a la declaración del concurso mientras que el art. 59 LC está destinado a regular los intereses que se devengarán tras la declaración del concurso[689].

La diferencia entre una y otra posición, radica en las posibilidades reales de cobro de una deuda, que, aunque accesoria, puede suponer un importante montante, lo que viene determinado por su consideración como crédito subordinado o no. Para Vázquez Cueto, (que se inclina por la segunda opción), considerar que todas las deudas de intereses son subordinadas carece de fundamento dogmático y realmente encubre un intento de evitar que la acumulación de intereses sustanciosos por financiadores a largo plazo (y expresamente cita a las entidades financieras), se convierta en un crédito no subordinado y

---

"Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses.
1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3 de esta Ley.
2. No obstante, cuando en el concurso se llegue a una solución de convenio que no implique quita, podrá pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. En caso de liquidación, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, se satisfarán los referidos intereses calculados al tipo convencional."

[688] El tenor literal del art. 92.3º LC es el siguiente:
"Artículo 92. Créditos subordinados.
Son créditos subordinados: (…) 3º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía".

[689] Entre los defensores de esta postura se encuentran Uría, Menéndez, Rojo, Beltrán, Sánchez Calero, Gastaminza, etc. [un detalle completo de las obras y autores de esta interpretación puede encontrarse en VÁZQUEZ CUETO, J.: *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso,* Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 20, nota 7].

con las mismas garantías de cobro que el principal del que derivan. Es evidente que se está refiriendo a la regla, de no suspensión de los intereses en caso de créditos con garantía hipotecaria.

Observamos en las excepciones que recoge la normativa concursal cuales son el devengo de intereses en créditos con garantía real y la posibilidad de ejecución separada de los mismos (hasta donde alcanza ese privilegio especial), una manifestación de la tesis que sostiene que no todos los créditos tienen el mismo valor: en la contratación hay acreedores que ya anticipan el riesgo de insolvencia y lo incluyen en sus contratos mediante la adopción de garantías para prevenirlo o conseguir una protección si acontece[690]. Parte del principio financiero de que a menor probabilidad de cobro, mayor riesgo y por lo tanto menor valor del crédito. Los créditos que se han dotado de garantías reales, personales, privilegios o bien que han utilizado instrumentos que desempeñan la misma función protectora (compensación o pacto de reserva de dominio), tienen un mayor valor que los que no se han rodeado de tales salvaguardas. Esta tesis aplicada al concurso significa que estos acreedores no pueden tener un tratamiento similar amparado en el principio de *par conditio creditorum* y que el derecho concursal no es concebido para alterar ese valor y mecanismos del crédito.

Nuestro rechazo a tal regla, además de los motivos económicos que expondremos, se basa en motivos jurídicos de respeto a principios básicos. La igualdad de trato a todos los acreedores debe cumplirse con todo su rigor. Si una deuda está garantizada con un derecho real, los intereses vienen a suponer un refuerzo de esa garantía (o al revés). Se duplican los mecanismos de seguridad. Si la regla general es el no devengo de intereses durante la tramitación concursal, no tiene sentido aplicar una excepción a un supuesto en el que precisamente se tienen más garantías que en otro en el que se carezca del refuerzo expuesto. Si se trata de una inversión segura para el acreedor, la incidencia se reflejará en la clasificación del crédito; si la generación de intereses es rentabilidad, y en base a los estudios económicos en los que se basa aquella tesis que rebatimos, las operaciones más seguras generan menos rendimiento, no tiene sentido que se altere la regla general de suspensión en la generación de intereses precisamente en los créditos garantizados (porque por eso mismo ya estaban concebidos para no producir una fuerte rentabilidad); y por

[690] Defiende la tesis de tratamiento desigual en el concurso de los créditos garantizados BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos…, op. cit.*, págs. 35 y ss.

último, es muy probable que nos encontremos en supuestos abusivos por exceso de garantías exigidas al prestatario, y una norma así los fomentaría.

En este sentido, apoyamos la justificación de la suspensión del devengo de intereses en razones de equidad y de respeto al principio de igualdad de trato a todos los acreedores: no puede acrecentarse la desigualdad durante el concurso entre los que establecieron una garantía precisamente para el supuesto de insolvencia y quienes no lo hicieron; o entre quienes no establecieron un interés o este era bajo, y quienes sí lo hicieron; tampoco puede dejarse lugar a la especulación por quienes concedieron crédito al concursado en fechas anteriores pero cercanas a la declaración. Por ello las excepciones a la suspensión suponen un ataque a la *par conditio creditorum* y complican la mecánica del concurso[691].

Ponemos de manifiesto que en la doctrina no se ha tratado especialmente el estudio de este tema quizá por tratarse de unas deudas accesorias que no tienen la envergadura de los principales de los que derivan, en serio peligro de impago ante la excesivamente habitual situación de insuficiencia patrimonial[692]. Sin embargo, su estudio es útil por las siguientes consideraciones: (i) la concepción del concurso como un mecanismo jurídico que no requiere el efectivo impago de créditos ni el cese de la actividad del concursado y (ii) por advertir de la considerable magnitud que pueden llegar a alcanzar los intereses derivados de créditos concursales.

El régimen de suspensión de los intereses termina, y se produce la reanudación de su devengo, en los siguientes supuestos:

- cuando se ha alcanzado un convenio en el que se haya pactado el cobro total o parcial de los intereses que se hubieren devengado (y no lo hicieron por aplicación del art. 59 LC)[693].

- en caso de que el concurso termine por liquidación, y existe un remanente, éste se destinará automáticamente al pago de los intereses cuyo devengo quedó en suspenso.

Como vemos, las hipótesis que maneja tanto la legislación como la doctrina, son optimistas, al suponer que existirá un remanente. Y a la vez altamente incompletas con la

[691] Así se defiende en GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *Efectos del concurso sobre los créditos. Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 82 y 83.

[692] Cfr. VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *El régimen…, op. cit.,* págs. 14 y 15 donde se citan las escasas obras doctrinales dedicadas al estudio de los intereses concursales (*vid.* nota 1).

[693] El art. 59.2 LC establece los requisitos que debe tener ese convenio: no puede incluir una quita, etc.

tesis que defendemos en esta investigación, pues dan por supuesto el devengo de intereses mezclando los de todo tipo, sin hacer referencia a la necesidad de liquidación de intereses moratorios de acuerdo a su naturaleza indemnizatoria (y en general, su característica de proporcionalidad inherente al propio concepto de interés) lo que supone aplicar las reglas que en el presente trabajo se proponen y detallan.

Por otra parte, nuestra crítica a considerar que la apertura de un proceso concursal sea el cauce para atender situaciones de endeudamiento excesivo cuando lo es por una deuda de intereses desorbitada. El problema estriba principalmente en la incorrección en que incurren las entidades a la hora del cálculo de tal suma, no en sus mecanismos, sistemas o vías empleadas habitualmente para obtener el importe; importa el cálculo de los intereses finalmente debidos, y no tanto los modos de cobro.

La regla de la suspensión del devengo de intereses no alcanzará a la principal deuda que puede contraer un consumidor por préstamo, que es por lo general la adquisición de su vivienda, y en el caso de los emprendedores, el crédito inicial de funcionamiento del negocio. Esta constatación refuerza la idea que venimos defendiendo de la inutilidad de la regulación concursal para solucionar el problema de la generación de intereses en el proceso de ejecución, porque no la va a paralizar.

Además, como ya hemos advertido, el concurso no exime del pago de las deudas no satisfechas con sus propios mecanismos de liquidación previstos; de modo que, terminado el concurso (por liquidación o en su caso por convenio si así se pacta y cumplen los requisitos normativos sustantivos y procedimentales - arts. 98 a 141 LC-) la deuda de la persona natural continuará generando intereses (art. 178.2 LC), llegando a ser posible la reapertura de un nuevo procedimiento (art. 179 LC).

Por lo expuesto, el Derecho concursal regula la concurrencia de acreedores en situaciones de insolvencia, acotada normativamente en sus presupuestos de aplicación, pero no establece un límite para dispensar tratamiento a la generación de intereses por préstamos bancarios.

3.4.- Extinción de la persona jurídica *vs.* pervivencia de la persona natural y su deuda pendiente

La extinción de las sociedades por inexistencia de bienes, como forma de conclusión del concurso, es la diferencia que existe frente a la misma situación de insuficiencia patrimonial para el caso de un concursado persona física. La extinción de la persona jurídica es definitiva. A pesar de que los artículos de la LC que regulan los efectos posteriores a la terminación del concurso no lo explicitan, se sobreentiende que para que tengan lugar es preciso que se dé el presupuesto básico: existencia del ente[694]. Por lo tanto, la especificidad del deudor persona natural es que habiendo finalizado el concurso, es posible que existan deudas y no patrimonio para atenderlas, lo cual no las anula[695]. Por ello, el art. 178.3 LC prevé que en ese caso los acreedores podrán iniciar acciones individuales.

Siguiendo la misma línea de argumentación, la posible reapertura del concurso, prevista en el art. 179 LEC es solo predicable del deudor persona física[696]. Este mecanismo corrobora la exigibilidad de las deudas más allá de la tramitación y finalización de un proceso concursal.

Por lo tanto, el principio de la responsabilidad del deudor por las obligaciones restantes (178.3 LC), se constata en la posibilidad de que se inicien acciones individuales contra él, o bien se proceda a la reapertura del concurso.

En el derecho comparado existe la posibilidad de exoneración del pasivo restante como consecuencia jurídica de la conclusión del procedimiento concursal. En EE.UU. se conoce

[694] Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "Comentario al art. 178", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 2657.

[695] Antes de la reforma de la LC de 2013, ya se alzaban voces en la doctrina clamando por una limitación de la responsabilidad del deudor *"sobreendeudado"*, mostrando la crudeza de estar condenado a perder su vivienda (para los préstamos hipotecarios) y a estar indefinida e infinitamente encadenado a su prestamista, situación que sólo terminaría con su óbito, si sus herederos rechazaban su herencia o la aceptaban a beneficio de inventario (cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Inconsistencia jurídica y económica de la dación en pago ante ejecuciones hipotecarias: la necesaria búsqueda de medidas alternativas", en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 67, junio 2011, págs. 28 a 31).

[696] SACRISTÁN BERGIA, F.: "La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos", en GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M. S., SACRISTÁN BERGIA, F. (coords.): *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, La Ley y Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, monografía núm. 11/2009, Getafe (Madrid), 2010, págs. 57 y ss.

como *discharge*, figura que de una u otra forma ha inspirado las regulaciones de otros ordenamientos acogiéndola. Se inspira en la idea de *fresh start*, entendido como el ofrecimiento al deudor de un nuevo comienzo, que se consigue con la liberación de sus deudas concluido el proceso. En nuestro entorno, este mecanismo se da en Alemania, Austria, Finlandia, Bélgica, Portugal y Francia. Si bien es cierto que hay diferencias entre las distintas normativas, tienen como denominador común una serie de cautelas para evitar su uso indiscriminado y fraudulento.

Las reflexiones doctrinales sobre la incorporación de este sistema a nuestra normativa concursal, han sido diversas. En su rechazo se ha argumentado que entre los principales inconvenientes se encuentra el gran perjuicio que se ocasionaría al sistema crediticio, originando una contracción del mismo y un endurecimiento de las políticas de su concesión[697](a esta visión podría contra argumentarse que las entidades han disminuido igualmente la concesión de créditos incluso ante la recepción de fondos europeos con tales fines). En su defensa, que la medida supondría beneficios no sólo para el deudor, persona natural, sino para sus acreedores porque verían satisfechos sus créditos aunque solo fuera en parte, lo que de otra forma sería difícil[698].

Nuestro derecho ha venido aplicando rigurosamente el art. 1911 CC de responsabilidad patrimonial universal, hasta el acogimiento por primera vez de la figura del *discharge* en 2013, de una forma más aparente que real, por la dureza de sus requisitos, algo en lo que coincide la doctrina[699]. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización fue la que introdujo el mecanismo de la segunda oportunidad o *fresh start* en nuestra ley concursal (art. 178 *bis*).

[697] Sobre la oposición a la inclusión del sistema de *fresh start, vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 153. También se ha esgrimido el desincentivo que supone la liberación de la deuda para trabajar y emprender (cfr. GÓMEZ POMAR, F.: "La segunda oportunidad del deudor persona individual en Derecho Español y el Real Decreto-Ley 1/2015", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40, año 2015, pág. 59).

[698] Esta tesis puede encontrarse en ZABALETA DÍAZ, X.: "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal Alemán", en OLIVENCIA RUIZ, M. (coord.): *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 913.

[699] Cfr. CUENA CASAS, M.: "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start"* en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, enero-abril 2014, pág. 139; PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección…", *op. cit.*, pág. 210; SENENT MARTÍNEZ, S.: "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015" en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, pág. 147.

Esta importantísima modificación venía clamándose desde sectores doctrinales que denunciaban la inutilidad del anterior procedimiento en el caso la insolvencia de las personas físicas, que se manifestaba en el escaso número de concursos de este tipo de deudores pese a la crisis económica y a los *ratios* de desempleo (situación de insolvencia)[700]. El propio FMI ya recomendaba a España en 2013 la adopción de una regulación eficiente económicamente mediante la reforma de su ley concursal y la introducción de esta figura[701].

El RDL 1/2015 ha venido a detallar con más precisión los mecanismos de segunda oportunidad, si bien todavía se aprecian dudas acerca de la eficacia de la reforma[702].

La extinción completa del pasivo insatisfecho tras un proceso concursal que termine en liquidación es lo normal cuando se trata de personas jurídicas, pero no si el deudor es una persona física. A diferencia de lo dispuesto en el art. 178.3 LC según el cual no era exigible el pasivo pendiente tras la liquidación del concursado persona jurídica, que desaparecía como sujeto de derecho, la versión del art. 178.2 LC anterior a la reforma de 2013 preveía por virtud de lo dispuesto en el art. 1911 CC la persistencia del pasivo pendiente tras el concurso en el caso de una persona física. Tal desigualdad ha venido a atemperarse mínimamente con la adopción del sistema de *discharge*, puesto que como hemos apuntado, para su reconocimiento exige unos requisitos que lo hacen prácticamente inviable.

En contra de los temores sobre los efectos negativos que esta figura pudiera acarrear (aumento de la morosidad, repercusión en el incremento del coste del crédito…), lo más razonable es sostener que el riesgo se encontraría en un posible abuso por las personas jurídicas, y no las físicas, que son a las que se permite dejar deudas pendientes sin limitación. Y si atendemos a los datos económicos, permitir la recuperación del deudor

[700] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Ley…", *op. cit.*, pág. 124. En la nota 1 recoge los datos de concursos de 2012 y 2013 y realiza una comparación con países de nuestro entorno para demostrar el bajo número de concursos de persona física que se han llevado a cabo en nuestro país.

[701] *Vid.* INTERNATIONAL MONETARY FOUND: *Spain 2013 article IV Consulation*, IMF Country Report No. 13/245, agosto de 2013, disponible en http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf, última consulta: 08-09-2015.

[702] *Vid.* SENENT MARTÍNEZ, S.: "El nuevo…", *op. cit.*, pág. 160.

conlleva un crecimiento económico (porque puede normalizar su condición de consumidor o empresario individual impactando directamente sobre el consumo y la inversión)[703].

A pesar de que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el art. 579 LEC permitiendo únicamente al deudor hipotecario que haya visto ejecutada su vivienda habitual, si cumple una serie de duros requisitos, una cierta rebaja en la deuda pendiente, tal medida no es comparable con la operada por Ley 14/2013 que comentamos, si bien puede originar problemas de coordinación entre ambas normativas. Esta situación de "concurso normativo" delata una deficiencia en la técnica legislativa, cuya solución más acertada parece ser la de prevalencia de las disposiciones concursales[704].

La excesiva tutela del acreedor por nuestro sistema concursal bajo la excusa de que ello abarataría el crédito favoreciendo la inversión está trasnochada, pues realmente favorecer la recuperación del deudor es lo que tiene efectos a nivel micro y macroeconómicos (la modificación de la LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya supuso un robustecimiento de la posición de los acreedores, al equiparar la inclusión de su crédito en la lista definitiva con una sentencia de condena firme, lo que les facilitaba su eventual reclamación -ya ejecución directamente- posterior al concurso).

Este cambio de filosofía está calando a nivel europeo[705]. Los efectos positivos del *fresh start* se están tomando en consideración: es un estímulo para la negociación, puesto que la amenaza de una condonación impuesta actúa como incentivo (hasta ahora inexistente) para que los acreedores se sienten a negociar una refinanciación o convenio que evite el proceso concursal[706]. Y además, favorece la concesión de crédito responsable, al actuar como límite en la ejecución. Esta importantísima consideración puesta de manifiesto por la doctrina[707], si bien referida a los límites que supone el mecanismo del *fresh start,* es

[703] Así se sostiene en CUENA CASAS, M: "El impacto…", *op. cit.,* pág. 24. Además, esta medida lejos de suponer el fomento del incumplimiento arbitrariamente, está en sintonía con los PECL -cuyo examen excede del ámbito de esta investigación-, según los cuales no se exigirá el cumplimiento si ello causaría al deudor un esfuerzo o coste no razonable, o si la parte agraviada puede razonablemente obtener el cumplimiento de otra fuente (cfr. BEALE, H.: "The PECL and consumer remedies under the CESL", en BONELL, M. J., HOLLE, M. L., NIELSEN, P. A. (dirs.): *Liber amicorum Ole Lando,* DJOF Publishing, Copenhague, 2012, págs. 46 y ss.).

[704] También se muestra a favor CUENA CASAS, M.: "Ley…", *op. cit.,* pág. 159.

[705] Para una referencia completa *vid.* CUENA CASAS: "Ley…", *op. cit.,* pág. 129.

[706] Cfr. CUENA CASAS, M.: "El impacto…", *op. cit.,* pág. 26.

[707] *Vid.* CUENA CASAS, M.: "Ley…", *op. cit.,* pág. 129.

trasladable igualmente a nuestro supuesto. Tal y como venimos defendiendo, la inexistencia legal de límites -en especial de carácter temporal- en el proceso de ejecución, perjudica al prestatario y puede suponer incluso un incentivo para el prestamista que tiene garantizada la producción de un interés sea cual sea su duración y sin la necesidad de cumplir ningún requisito ni enfrentarse a ningún "castigo".

La realidad ha sido la modificación de la LC, pero solo como excepción admite la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho en el art. 178 *bis*, cuyas notas características son las siguientes:

- es solamente aplicable al deudor persona natural, porque como hemos advertido, la persona jurídica se extinguirá ante la inexistencia de pasivo suficiente (si no se ha aceptado un convenio de quitas por los acreedores, claro está).

- la posibilidad de solicitar esta medida excepcional está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos, ligados a la buena fe del deudor y al efectivo pago de determinadas deudas.

- el incumplimiento de dichos requisitos es a su vez causa de denegación de la exoneración solicitada.

- este beneficio, en caso de ser concedido, tiene una limitada aplicación a determinadas deudas insatisfechas, no alcanzando a las obligaciones por pensión de alimentos a cargo del deudor, ni a las obligaciones de derecho público.

- el beneficio no se extenderá a los fiadores, contra quienes podrán dirigirse los acreedores en reclamación del total de las deudas cuyo pago se ha exonerado al deudor principal. No estamos de acuerdo en que haya limitado el alcance del *fresh start* a estos terceros[708]. Téngase en cuenta que es posible que estén en una situación muy parecida a la del deudor principal, y en todo caso el principio de accesoriedad debe ser respetado (1847 CC).

- es posible su revocación, dentro de los cinco años siguientes, pasados los cuales, se decretará el carácter definitivo de la exoneración a petición del interesado.

[708] En contra ya se manifestaba Cuena Casas abogando por que no se extiendan los efectos del 178 *bis* a los terceros garantes, en la línea que ya siguen otros ordenamientos (*vid.* CUENA CASAS, M.: "Ley…", *op. cit.*, págs. 151 a 155).

En relación con las deudas excluidas materialmente (no subjetivamente) de la exoneración -art. 178 *bis.* 5-), la LC introduce una medida en relación con el devengo de intereses: "durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, las deudas pendientes no podrán devengar interés" (178 *bis.* 6 LC).

Sin embargo, esta previsión no puede concebirse como solución del problema planteado en esta investigación porque:

- tiene un carácter excepcional,

- su justificación parece hallarse en razones de compasión, ajenas al problema que aquí apuntamos sobre la incorrección de la aplicación de la normativa,

- solamente es aplicable a los supuestos en los que el deudor sea beneficiario de la exoneración del pasivo, lo cual es difícil ante la dureza de los requisitos exigidos,

- el conjunto de la normativa concursal, en cuanto a la deuda por intereses moratorios de préstamos bancarios, no alude a las reglas que se defienden en este trabajo sobre la correcta y completa liquidación de los mismos, no siendo admisible como solución un planteamiento que obvia eso y en su lugar da por sentado que se deben en su totalidad las cantidades que se deriven del automatismo de aplicar un porcentaje sobre una cantidad.

3.5.- Breve referencia a la SAREB y al FROB como mecanismos especiales para las crisis de entidades y su incidencia en los créditos litigiosos con intereses moratorios: la excepción del art. 1535 CC

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, contiene el régimen para las situaciones de crisis bancarias, que puede consistir en:

- la conservación de la entidad, siguiendo la preferencia clásica del Derecho concursal; o,

- la "resolución ordenada", que se dará en los supuestos graves de inviabilidad y cuando por razones de interés general el Gobierno así lo autorice.

Tanto en uno como en otro caso, nuestro ordenamiento ha instaurado una medida novedosa para sanear los balances de las entidades financieras, mediante la creación de un *banco malo*, que es la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración

Bancaria (SAREB)[709]. Su finalidad es ser el destinatario de los denominados activos tóxicos, de alto riesgo, para procurar su reventa minimizando los costes a cargo del Estado.

Los artículos 35 a 38 de la citada ley y su desarrollo reglamentario por el Decreto 1559/2012 regulan la actuación de la SAREB. Entre esos artículos, destacamos el 36.4, según el cual en la transmisión de créditos "que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el art. 1535 CC".

Esta disposición constituye todo un privilegio en perjuicio de los deudores que, encontrándose en la situación procesal de contraparte de una entidad financiera, por un crédito que pueda ser considerado litigioso y tóxico (como ciertamente lo será el prototipo de nuestro objeto de estudio: un préstamo con o sin garantía hipotecaria, en el que estén pendientes de pago o bien el principal, intereses y costas, o incluso solamente cualquiera de esos conceptos, y muy especialmente la deuda por intereses moratorios en sede procesal -que advertimos puede ser desorbitada-).

En estos supuestos, si el crédito ha sido transferido, el prestatario no podrá utilizar el derecho de colocarse en la situación del cesionario adquiriendo el activo por el precio acordado, muy seguramente inferior al que se reclama judicialmente. Esta posible vía de liberación y solución de la situación angustiosa para el deudor, no opera en este ámbito.

IV.- VALORACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

4.1.- Generalidades del AED

El AED surgió en EEUU en la segunda mitad del siglo XX a partir de los trabajos de Ronald COASE, y es en la justicia de Estados Unidos donde más se ha desarrollado como metodología jurídica y como sistema hermenéutico para la selección de argumentos judiciales. También es allí donde más éxito ha tenido en el mundo de otros operadores

[709] La SAREB ha sido constituida al amparo de las D.A. 7ª a 10ª de la Ley 9/2012 facilitando la labor general del FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria). Un mayor detalle sobre estas dos instituciones puede encontrarse en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: "Sareb: algunas…", *op. cit.,* págs. 115 a 153.

jurídicos, especialmente en el académico[710]. En el resto del mundo su influencia ha sido más modesta, aunque con una tendencia hacia su utilización que lentamente va en aumento, incluso en los países de Civil Law o derecho de origen romano. En nuestro ordenamiento ha sido más bien escasa su utilización, sobre todo en lo que respecta al derecho público[711].

El AED consiste en estudiar las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía, a la que podemos definir como ciencia que se basa en la eficiencia, y cuyo fin es la asignación eficiente de recursos limitados. En este sentido se ha asimilado con la ciencia jurídica en cuanto que las decisiones jurídicas se adoptan en condiciones de escasez. De la misma forma que la economía estudia cómo adoptar decisiones racionales en un mundo de recursos escasos, tratando de maximizar su utilidad, los problemas de aplicación de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, porque deben tomarse decisiones que no restrinjan inútilmente o excesivamente los derechos de otros grupos afectados.

El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos[712].Aporta soluciones al margen de las diversas opciones políticas o jurídicas, porque se basa en un criterio diferente: la eficiencia. Así por ejemplo, frente al planteamiento de la construcción de un tendido eléctrico para abastecer a una aldea en un área poco poblado y rodeado de montañas, la corriente iusnaturalista defenderá su realización con base en la consideración de que son personas que hay que atender, el positivismo adoptará la medida si así se ha votado, mientras que el AED aportará datos del coste-beneficio que supondrá, independientemente de lo anterior.

Por ello, el AED puede ser compatible con las diversas opciones jurídico-políticas y también con otros métodos analíticos del Derecho[713]:

---

[710] Un estudio sobre el nacimiento y evolución del AED puede encontrarse en MERCURO, N. y MEDEMA, S.: *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University Press, Princeton, 2006. Es ilustrativa la cita que se recoge de Posner sobre la consideración de la *eficiencia* como segundo significado de *justicia* (*ib., pág.* 94).

[711] Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho", en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, septiembre-diciembre 2014, pág. 101.

[712] *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Por qué…", *op. cit*, pág. 102.

[713] En este punto seguimos las conclusiones recogidas en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…,op. cit.,* págs. 96 a 131.

- la dogmática iusnaturalista es *a priori* altamente incompatible con el AED, porque no trata de lograr la eficiencia de las normas, sino la preeminencia y vigencia de los principios de derecho natural. Sin embargo, es posible que utilicen los resultados que arroje el AED sin perjuicio de decantarse por los valores que defienden.

- el AED es complementario e instrumental respecto del método exegético de la escuela histórica del Derecho porque utiliza hipótesis para la selección de normas de la misma forma que el método histórico utiliza criterios de detección de normas óptimas para la convivencia.

- la metodología del positivismo jurídico es compatible con el AED, existiendo algunos casos de incompatibilidad como por ejemplo aquellos supuestos en los que el análisis coste-beneficio ya se tuvo en cuenta a la hora de elaborar la norma, o cuando otros valores están por encima del criterio de la eficiencia, como puede ser el derecho al trabajo frente a la productividad empresarial.

- el pragmatismo jurídico es compatible con el AED, que se concibe como una variante de aquel, porque en todo caso entraña "una interpretación práctica e instrumental de la realidad normativa"[714].

- el método de la jurisprudencia de intereses es compatible y complementario con el AED, porque en ambos casos se siente la necesidad de que los operadores jurídicos (jueces, legisladores) completen el ordenamiento jurídico atendiendo a los intereses de las partes –expresados en precio para el AED-, y a la vez al interés interno de las normas.

El AED que se realiza en esta investigación aspira a arrojar unos resultados que posibiliten la correcta aplicación de la norma (de *lege lata*), a completar el ordenamiento jurídico de acuerdo a sus principios inspiradores en otros (fase intermedia entre la existencia del Derecho y su creación), y en todo caso a contribuir con la ciencia jurídica en la búsqueda de soluciones en la materia objeto de estudio (de *lege ferenda).*

[714] Ibáñez Jiménez, cita a Posner, quien se manifiesta partidario del pragmatismo jurídico en contra del formalismo jurídico exagerado (*vid.* IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…*, *op. cit.*, pág. 119, nota 57).

4.1.1.- Utilidades del AED

El AED es, ciertamente, útil para racionalizar las decisiones de justicia material de todos los operadores jurídicos: abogados, jueces, funcionaros, profesores, legislador, etc. Porque es un área del conocimiento que está en conexión con el Derecho y le aporta datos que se revelan necesarios para la correcta aplicación del mismo (de *lege lata)* y para su mejora y desarrollo (de *legeferenda).* Por eso hay conceptos del AED que todo jurista debiera conocer –externalidades, costes de transacción, información asimétrica, coste de oportunidad, etc.-[715]. El AED es útil, así, para valorar si una determinada solución jurídica constituye el incentivo suficiente para que sea cumplida consiguiendo la maximización en la consecución de los fines esperados (constitucionales, etc.).

Aplicar a la construcción de las normas o a su valoración el AED puede ayudar incluso a la correcta interpretación y aplicación del Derecho en aquellas ramas en las que sea precisa su intervención. En nuestro objeto de estudio, como se expondrá más adelante, es necesario un AED porque la rama de estudio es económica, y más concretamente precisa de herramientas que indiquen las soluciones más eficientes y menos perjudiciales (mitigación del daño).

El examen de las normas del préstamo bancario, realizado desde la perspectiva metodológica del AED, supone incorporar técnicas de examen de los costes y beneficios de banco y cliente que llevan a la determinación concreta de lo que ha de entenderse por proporcionalidad, principio este que la propia metodología del *Law and Economics* comparte con la exégesis clásica del propio ordenamiento jurídico en la medida en la que una decisión desproporcionada es, por definición, una decisión no óptima e injusta por tanto, y viceversa[716]. Aquí se puede constatar que la aplicación de los principios jurídicos es similar a la de los principios económicos: ejecutar una medida que suponga una restricción innecesaria o excesiva para una de las partes, implica que no es la correcta ni económica ni jurídicamente, porque existirán alternativas que cumplan el mismo fin pero con un menor coste. Si el campo jurídico de aplicación, como es nuestro caso, trata precisamente de minimizar los costes (la reparación del daño lleva implícito el deber de

[715] Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Por qué…", *op. cit.*, pág. 119.

[716] *Ib.*, pág. 123.

mitigarlo), entonces es crucial incluir el AED para maximizar la utilidad combinada o conjunta de las partes, siguiendo los postulados de eficiencia[717].

4.1.2.- Críticas comunes a la aplicación del AED

A pesar de esas compatibilidades y utilidades, se han realizado críticas al AED, de forma que no debiera aplicarse esta técnica –o en algunos sectores jurídicos no es válida-, si tenemos en cuenta: (i) que las personas no siempre actúan racionalmente, (ii) que el Derecho no persigue siempre fines exclusivamente económicos, (iii) que hay esferas de la actividad humana que no son susceptibles de análisis económico, (iv) y que puede sostenerse que el AED está ideológicamente sesgado.

Sopesando las utilidades con las críticas del AED, en lo que a la presente investigación respecta, es posible afirmar que el AED no solo es útil, sino necesario. Y esto es así porque se va a utilizar en el campo marcado jurídicamente y requerido de valoración eficiente.

En este sentido, el AED es particularmente útil para medir la eficiencia de privilegios tradicionales consustanciales con la economía de mercado que han permanecido arraigados en ordenamientos incluso contrapuestos entre sí (como lo son el angloamericano y el latino continental). Tal es el caso del "privilegio fiduciario o de la multiplicación del dinero bancario, que otorga a la banca el poder de multiplicar el dinero en circulación merced al mecanismo de préstamo y crédito combinado"[718].

[717] Cfr. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…, op. cit.,* pág. 81, nota 36, donde recoge abundantes referencias de las principales corrientes en materia de eficiencia y concretamente de restricciones y sus representantes. Con carácter general, para Torres López el AED es una herramienta esencial para comprender las siempre reconocidas interrelaciones de todo tipo existentes entre el Derecho y la Economía (cfr. TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 97), y en nuestro objeto de estudio con mayor motivo por las razones expuestas.

[718] *Vid.* IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…*, *op. cit.*, págs. 130 y 131.

4.2.- Aplicación del AED desde una perspectiva jurídico-conceptual en las categorías inherentes al interés de demora

4.2.1.- El AED en la correcta aplicación del interés moratorio como norma indemnizatoria (I): el deber de mitigar el daño

Hemos visto en los capítulos precedentes que el interés moratorio tiene una naturaleza puramente indemnizatoria. Y que los intereses procesales, además, tienen un componente punitivo.

También se ha comprobado que en la institución de daños y perjuicios rige el principio de la mitigación del daño. Y que este deber que pesa sobre el perjudicado, se aplica a las deudas pecuniarias de dinero, porque su especificidad jurídica no abarca este punto.

La mitigación del daño implica adoptar aquellas medidas que supongan el menor coste posible para el prestatario, porque se trata de no incurrir en (más) daños. Este terreno delimitado por las reglas del Derecho, es propio del AED: se necesita un criterio eficiente para valorar la conveniencia de las posibles actuaciones. Se necesita minimizar el daño, cuantificable económicamente.

4.2.2.- El AED en la correcta aplicación del interés moratorio como norma indemnizatoria (II): la imputación de pagos

Otro campo propio del AED es el régimen de imputación de pagos de los intereses moratorios ordinarios y procesales. Ya se ha visto en el capítulo precedente, que desde un punto de vista jurídico, los pagos recibidos en esa fase deben imputarse al principal, porque en régimen de indemnización de daños y perjuicios, la finalidad es la reparación del daño, no la búsqueda de intereses como negocio. Pero esta misma solución es susceptible de AED, porque, enlazando con el principio de mitigación del daño expuesto anteriormente, todas las actuaciones deben ir dirigidas hacia la minoración del coste.

Además de lo anterior, y en la medida en la que tanto el interés de demora ordinario, como el procesal, son mandatos legales que comparten el privilegio a favor del acreedor de no exigirle la prueba del daño ni su cuantificación, deben ser aplicados correctamente por el propio órgano jurisdiccional. Si el Estado es el que “impone” que debe pagarse ese interés,

debe ser coherente con el propio ordenamiento jurídico, y cumplir las reglas en él contenidas en lo referente a esta institución: debe controlar que la imputación de pagos se haga correctamente –no pudiendo admitir otra-, y debe controlar que los intereses que se aplican por mandato legal son los que responden a una efectiva indemnización del daño que respeta la mitigación del mismo.

No es admisible que, el ordenamiento imponga una obligación al prestatario (el pago de intereses moratorios, ordinarios y/o ejecutorios) y para su correcta aplicación, deba el prestatario que procurarse un perito, y asumir su coste en la medida en la que todos los gastos de ejecución serán de su cuenta. El propio personal del juzgado tiene que estar capacitado para realizar esta labor, bien como formación complementaria a la jurídica, bien por la existencia de profesionales en el sector del AED (de la misma forma que existen informáticos, por ejemplo, que se ocupan de las cuestiones de grabación de las audiencias previas y vistas, sin cargar su coste a las partes).

Cuestión distinta es que en el ejercicio de su derecho a la defensa, las partes sean libres de poder aportar sus propios análisis económicos. Pero serán adicionales y en ningún caso obligatorios ni necesarios. Porque la tarea debe estar ya cubierta de la forma apuntada.

4.2.3.- El principio de proporcionalidad en el interés de demora: exigencia jurídica y solución del AED

En los capítulos precedentes hemos visto cómo la proporcionalidad es una característica del interés, tanto desde un punto de vista económico, como jurídico.Unas líneas más arriba hemos expuesto que el principio de proporcionalidad es una máxima que rige en el AED.

Por todas estas razones (jurídico-económicas), el análisis del interés de demora exige examinar su proporcionalidad. Ello nos lleva a predicar la necesidad de un control de proporcionalidad que deben realizar los operadores jurídicos. De la misma forma que en la correcta aplicación del mismo, como hemos apuntado en el presente capítulo, el propio personal del juzgado debe utilizar el AED para aplicar correctamente el mandato legal (adoptando las concretas soluciones jurídicas que respeten los principios de la indemnización de daños y perjuicios como son la mitigación del daño, y la imputación de

pagos al principal), también deben aplicar este examen de proporcionalidad. Va ínsito en la propia norma que establece los intereses moratorios (tanto ordinarios como ejecutorios).

A continuación se proponen unas pautas que puedan integrar ese control de proporcionalidad:

1. El término proporción implica estar hablando de la parte de un todo. El todo estaría representado por el principal pendiente de pago y que genera los intereses objeto de estudio. Los intereses generados serán, pues, una parte de ese todo. En la medida en la que su cuantía iguale a la del principal, la proporción ya no existirá. Sin necesidad de recurrir a criterios matemáticos o económicos, si a una persona se le reclama una cantidad x, y solamente por intereses de demora debe pagar esa misma cantidad (adicionalmente), cualquier persona diría que son unos intereses desproporcionados. Por lo tanto, este sería el límite máximo, que a su vez, habrá que matizar. Cantidades inferiores pueden ser igualmente desproporcionadas.

2. Habrá que tener en cuenta la capacidad económica del prestatario, pues no podrá hacer frente de la misma forma una persona que difícilmente cuente con medios de subsistencia que otra que no.

3. Enlazando con lo anterior, es posible saber si el deudor realmente está utilizando la vía del impago de una forma intencionada, en cuyo caso, se deberán aplicar las reglas del deudor de mala fe que rigen en la indemnización de daños y perjuicios. En este caso, hablaríamos de supuestos excepcionales de proporcionalidad.

4. Además, habría que considerar el tiempo transcurrido, durante el cual se han estado generando intereses. Por tener una referencia, si ese tiempo ha sido superior al tiempo previsto para el contrato de préstamo original, se habría traspasado el umbral de proporcionalidad en este sentido. Desde el momento en el que los intereses de demora son superiores a los ordinarios, no cabe ninguna duda que el posible daño ocasionado al ejecutante está más que reparado.

5. En la doctrina se han comparado las garantías e instrumentos que minimizan el riesgo de impago de una operación (en el caso de un crédito, el pago de intereses que compensen el riesgo de pérdida derivado de la insatisfacción), con un "rehén"[719]. En ese sentido, funcionan frente al deudor como un incentivo para el cumplimiento, porque los

[719] Así puede leerse en BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos…*, *op. cit.*, págs. 40 a 42.

costes del incumplimiento son mayores. Expresamente se menciona el supuesto de los usureros del siglo XIX que recibían objetos y joyas de gran valor no sólo económico sino emocional ante la certeza de que quien obtenía crédito de esa forma se aseguraría de hacer todo lo posible por cumplir. Late una función coercitiva del interés de demora, sin embargo, en nuestro ordenamiento en el ámbito civil, el interés de demora es concebido única y exclusivamente como indemnizatorio. Es cuestionable que el interés de demora que puede pactarse al amparo del art. 316 CCom cumpla únicamente esa función, si bien, como hemos apuntado en el desarrollo del *iter* de la deuda por impago de un préstamo bancario, dicho artículo solo se aplicará en caso de cumplimiento y no resolución del mismo, que es lo normal (con aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado ydel art. 1108 CC). Sin embargo, la categoría de intereses procesales sí tiene un componente sancionador. Habría que tener en cuenta en ambos casos (intereses de demora ordinaria y de demora procesal) si procede una cuantía por sanción o no, y en su caso, en qué proporción (sobre la pena moratoria recuérdese lo que ya advertimos).

6. La reparación de la eventual vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, requiere una indemnización (a cargo del Estado). Esta indemnización puede materializarse a través de la compensación, adoptando la posición expuesta previamente. Para que haya una compensación, tiene que haber una deuda en sentido opuesto. En el supuesto de la deuda por intereses moratorios, estamos ante una obligación que nace *ex lege*. Este carácter lo comparten tanto los intereses moratorios como los procesales. De aquí se deriva la obligación de aplicación de sus correctivos, como es la compensación que se origina por la dilación indebida del proceso, por los propios poderes públicos (en este caso jueces y personal del juzgado). Los derechos a compensar son la deuda por intereses moratorios y la indemnización a favor del deudor por la dilación indebida del proceso. El hecho de que la indemnización sea a cargo del Estado, no es obstáculo, en nuestro concreto objeto de estudio, para que se compense con la deuda a favor del acreedor ejecutante, pues se tiene que utilizar la misma justificación por la cual los intereses procesales, pese a tener la finalidad de dar cumplimiento a una sentencia y contener un elemento coercitivo, se materializan en una cantidad de dinero a satisfacer por el deudor no al Estado, sino al acreedor ejecutante.

4.3.- Aplicación del AED para obtener la cantidad indemnizatoria óptima por impago de un préstamo bancario

4.3.1.- Selección de hechos relevantes para el AED

La técnica del AED deviene útil y necesaria para la correcta aplicación del derecho en la materia que nos ocupa. El derecho delimita el marco en el que puede utilizarse este método. Es el derecho el que exige que debe adoptarse una medida eficiente. Ello es así porque la correcta aplicación del interés de demora implica que se cumplan a la vez dos elementos que son fuerzas contrapuestas:

- la indemnización del daño,

- el deber de mitigar el mismo.

4.3.2.- El AED en la mitigación del daño: valoración de hipótesis de imputación de pagos

Un caso concreto de aplicación de la técnica de las matemáticas como instrumento de AED, ya ha sido explicado en su formulación lógico-jurídica: el régimen de imputación de pagos en el interés de demora procesal. A continuación se explica desde una perspectiva práctica de AED, con un ejemplo numérico de un contrato de préstamo en el que el prestatario dejó de atender los pagos, lo que llevó a su reclamación judicial por el prestamista. Tras obtener resolución de condena, en la fase ejecutiva, se plantean las siguientes hipótesis de cálculo de intereses de la mora procesal devengados.

* Hipótesis a: imputación de pagos realizada al interés.

En la tabla de cálculo que a continuación se expone, los pagos o ingresos recibidos se imputan a los intereses, lo que se aprecia en la inmutabilidad del importe en concepto de principal que permanece invariable en toda la columna.

Los datos de los que se parten son:

- Principal pendiente de pago (capital generador de intereses): 20.247,08.

- Tipo de interés de demora (procesal): 22,50 % anual.

Fecha	Ingresos	Capital (C)	Días (n)	Intereses(I)	SALDO (I)
08-03-93		-20.247,08	1.780	-21.969,47	-21.969,47
21-01-98	9,62	-20.247,08	1.002	-12.367,08	-34.326,93
19-10-00	11.160,79	-20.247,08	0	0	-23.166,14
19-10-00	3.380,18	-20.247,08	877	-10.824,28	-30.610,24
15-03-03	252,88	-20.247,08	23	-283,88	-30.641.24
07-04-03	1.035,62	-20.247,08	30	-370,27	-29.975,89
07-05-03	458,45	-20.247,08	54	-666,49	-30.183,93
30-06-03	507,26	-20.247,08	31	-382,61	-30.059,28
31-07-03	342,83	-20.247,08	104	-1.283,61	-31.000,06
12-11-03	342,80	-20.247,08	1.066	-13.157,00	-43.814,26
13-10-06	2.113,05	-20.247,08	290	-3.579,30	-45.280,51
30-07-07	757,00	-20.247,08	77	-950,36	-45.473,87
15-10-07	756,60	-20.247,08	18	-222,16	-44.939,43
02-11-07	2.269,80	-20.247,08	73	-901,00	-43.570,63
14-01-08	756,60	-20.247,08	64	-789,91	-43.603,94
18-03-08	2.269,80	-20.247,08	35	-431,98	-41.766,12
22-04-08	756,60	-20.247,08	27	-333,24	-41.342,76
19-05-08	756,60	-20.247,08	35	-431,98	-41.018,14
TOTALES	27.926,48	-20.247,08		**-68.944,62**	
Deuda pte		-61.265,22			

Fig. 1.- Tabla de cálculo de intereses procesales con imputación realizada a los intereses.

En esta hipótesis, obtenemos los siguientes resultados:

- El total de intereses devengados durante el procedimiento, que es el resultado del sumatorio de la columna de intereses, asciende a la cifra de 68.944,62 €.

- La deuda pendiente de pago a la fecha de cálculo: principal (intacto) + saldo de intereses (resulta del cálculo de intereses en cada período, en el que se han imputado los ingresos recibidos a la deuda de interese pendiente; el estado final es la última línea de la columna de saldo de intereses)= 20.247,08 + 41.018,14 = 61.265,22 €

* Hipótesis b: imputación de pagos realizada al capital.

En esta segunda hipótesis, los pagos o ingresos recibidos se imputan al capital, cuyo importe va decreciendo en cada línea de su columna.

Fórmula para el cálculo establecida en la póliza: $I = \frac{C\ (n+1) * i * 90}{36.000}$

i= 22,25%

Fecha	Ingresos	Capital (C)	Días (n)	Intereses(I)	SALDO (I)
08-03-93		-20.247,08	1.780	-20.058,40	-20.058,40
21-01-98	9,62	-20.237,46	1.002	-11.290,86	-31.349,26
19-10-00	11.160,79	-9.076,67	0	0	
19-10-00	3.380,18	-5.696,49	877	-2.782,09	-34.131,35
15-03-03	252,88	-5.443,61	23	-72,67	-34.204,02
07-04-03	1.035,62	-4.407,99	30	-76,01	-34.280,03
07-05-03	458,45	-3.949,54	54	-120,83	-34.400,86
30-06-03	507,26	-3.442,28	31	-61,27	-34.462,13
31-07-03	342,83	-3.099,45	104	-181,03	-34.643,16
12-11-03	342,80	-2.756,65	1.066	-1.636,12	-36.279,28
13-10-06	2.113,05	-643,60	290	-104,18	**-36.383,46**
30-07-07	757,00	0	77	0	-36.270,06
15-10-07	756,60	0	18	0	-35.513,46
02-11-07	2.269,80	0	73	0	-33.243,66
14-01-08	756,60	0	64	0	-32.487,06
18-03-08	2.269,80	0	35	0	-30.217,26
22-04-08	756,60	0	27	0	-29.460,66
19-05-08	756,60	0	35	0	**-28.704,06**
TOTALES	27.926,48	0		36.383,46	**-28.704,06**

Fig. 2.- Tabla de cálculo de intereses procesales con imputación realizada al principal.

El total de intereses procesales devengados es de: 36.383,46 €.

Los ingresos realizados con posterioridad al pago del capital son: 27.926,48 – 20.247,08 = 7.679,40 €

Por ello, restando el segundo importe, del primero, la deuda intereses procesales es de: 36.383,46 – 7.679,40 = 28.704,06 €.

Si comparamos ambos cuadros observamos las siguientes diferencias:

- COMPORTAMIENTO DEL CAPITAL. En el primer caso, vemos que el capital se mantiene constante. En el segundo caso, decrece hasta extinguirse.

- COMPORTAMIENTO DE LOS INTERESES. Los intereses, van reduciéndose, pero a su vez aumentan porque siempre tienen el mismo capital que los devenga. Su importe final es superior en el primer caso 68.944,62 € frente a 36.383,46 €. No se han extinguido en el primer caso, siguen devengándose. Todo el capital pendiente de pago ha generado intereses, ha sido "indemnizado". En el segundo caso, al extinguirse el capital (pero no habiendo renunciado a los intereses), llega un momento en el que los intereses dejan de producirse y todos los pagos, habiendo atendido por completo al capital hasta pagarlo definitivamente, comienzan el pago de intereses, cuya cuantía se mantiene fija hasta su completo pago.

- SOLUCIÓN: el segundo caso es el único que es acorde con la norma porque cumple a la vez los dos principios: en todo momento se atiende a la indemnización (si se entiende por tal, y desde esta primera perspectiva, dejando aparte la aplicación de otros criterios correctivos –proporcionalidad, equidad…-), y se ha mitigado el daño porque no se han generado intereses innecesarios. Solamente en la medida en la que se ha necesitado indemnizar por el capital pendiente de pago.

Conclusión: no es necesario un acto propio o consentido de la contraparte en la imputación de pagos, porque las propias normas que regulan la institución de los intereses moratorios, que también se aplican a los de la mora procesal o ejecutorios, así lo exigen.

4.3.3.- AED: relación de costes-beneficios para las partes de un proceso ejecutivo en el que se generan intereses moratorios

Un segundo análisis se va a realizar poniendo en relación los costes-beneficios que supone para cada una de las partes mantener un proceso ejecutivo abierto durante el cual se están generando intereses moratorios.

a) Costes para el prestamista

- Indisponibilidad financiera e inflación. En este punto, hay que tener en cuenta la gran diferencia existente entre la retribución que recibe la entidad financiera en concepto de intereses retributivos, y el importe que paga a sus clientes por los depósitos que contratan. En sus orígenes, cuando se empezó a admitir el concepto jurídico de interés como fruto civil, se explica que el prestamista debe percibir una cantidad porque si hubiera puesto "a interés" el dinero que entrega, hubiera obtenido ese importe. Sin embargo, hoy día puede decirse que el carácter productivo del dinero, económicamente, es cuestionable. No puede seguirse manteniendo la premisa inmutable e indudable de que toda cantidad de dinero, en todo momento y en cualquier momento genera un interés (sin entrar a valorar siquiera cuál deba ser esa tasa de interés). No recibir una cantidad a tiempo no implica necesariamente y en todo caso un daño por lo que ese dinero haya dejado de producir, porque incluso puede suceder el caso contrario: no haber recibido el dinero en un momento determinado puede salvar el principal que se hubiera perdido en inversiones de productos derivados o tóxicos[720], que hubiera sido lo normal hoy día, porque ese dinero no se deposita en cuenta corriente. E incluso puede hacerse la reflexión de quién tiene ese dinero en cuenta corriente (consumidores) y quién no (entidades financieras prestamistas).

- Costas. Suponen un coste para el prestamista en la medida en la que tenga o bien que adelantar su importe, o lo que será lo normal, pactar con los profesionales con quienes trabaja que, dado que su importe se repercutirá al ejecutado, su pago efectivo se realizará cuando se obtenga de aquel[721]. Por lo tanto, no es un daño a computar, porque queda resarcido con la condena en costas[722]. Este tipo de pactos puede ser solicitado por clientes habituales como son las entidades, ante la existencia de supuestos en los que efectivamente no se cobre o tarde en cobrarse y sus costes sean absorbidos por otros negocios.

[720] Pueden consultarse las resoluciones de productos derivados en www.asufin.com, última consulta: 27-09-2015.

[721] Concretamente los honorarios de abogados, se entiende que no deben pagarse por cada parte a medida que se van devengando (así se sostiene en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y DE LA OLIVA SANTOS, A: *Derecho procesal civil*, vol. 1, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 477). Entendemos no obstante, que no habiendo norma sobre ello, dependerá del acuerdo de las partes sobre la forma de pago.

[722] Así lo sostiene el TS en STS, Sala 1ª, de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1358).

- Devaluación monetaria. Los contratos de larga duración o con un plazo diferido, como es el caso del contrato de préstamo, se exponen a los efectos que sobre ellos pueda ocasionar el fenómeno de la devaluación monetaria. En el apartado económico ya expusimos las limitaciones o controles que supone para nuestro ordenamiento haberse integrado en la unión monetaria. Aun así, para el supuesto de que se dé, los efectos negativos que pueda sufrir el prestamista no pueden ser objeto de inclusión como componente de perjuicio a repercutir vía intereses de demora porque:

* existen otros mecanismos para ello, que son las cláusulas de estabilización[723];

* el interés moratorio no incluye este componente;

* en nuestro sistema rige el principio del nominalismo;

* las entidades financieras cuentan con estudios de mercado y herramientas idóneas para calcular los parámetros de la operación de forma que no les suponga una pérdida, por lo que ya habrán tenido en cuenta a la hora de fijar los términos contractuales todos los escenarios posibles.

b) Beneficios para el prestamista por la utilización del proceso judicial (no utilizarlo significa no obtenerlos)

- Utilización de la única forma legal de cobro de su deuda. La coerción del derecho en el ámbito privado se materializa en la posibilidad de acudir al poder judicial para que dictamine resoluciones de condena y haga ejecutar lo resuelto.

- La presunción legal le exime de probar que ha sufrido un daño y de cuantificarlo. Se aplicará directamente el interés legal o el pactado. No se exige ningún límite a este pacto (salvo el cumplimiento de la normativa sobre cláusulas abusivas, que no establece una tasa máxima, lo que supone un amplio margen para la consideración de lo que está permitido).

[723] Este mecanismo es conocido y defendido por la doctrina desde hace tiempo (cfr. SABATER BAYLE, E.: *Préstamo…, op. cit.,* págs. 336 y ss., quien además indica que no puede haber superposición de conceptos si el interés ya está actualizado); en el mismo sentido, más recientemente, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La equidad…, op. cit.,* pág. 134, explica que el sentido es la conversión de una deuda de dinero en deuda de valor; además de las referidas cláusulas de estabilización, alude a los seguros como medios de protección frente a la devaluación monetaria (*ib.*, pág. 136).

c) Costes para el prestatario

- Costas. Todas las costas de ejecución por regla general son de su cuenta (art. 539 LEC). Aparte, también deberá satisfacer las que necesiten expresa condena y así sea dictaminado, lo que sucederá ante el impago, porque ha incumplido su obligación.

- Abogado y procurador. Además de lo anterior, debe pagar a sus profesionales (salvo que le sea concedido el beneficio de justicia gratuita lo que implica conocer de la existencia de esta posibilidad y solicitarlo a tiempo).

- Intereses de demora. Asunción del importe de una cantidad que será la pactada, o por defecto la dispuesta legalmente (arts. 1108 CC y 576 LEC) que se aplica automática e indefinidamente sobre la cantidad pendiente de pago. El importe resultante de este concepto puede ser muy desorbitado. Si el importe por este concepto excede de la tasa de mercado, o en su caso del interés legal, estaría asumiendo un exceso sobre el daño realmente producido.

- Coerción del derecho sobre todo su patrimonio. El poder judicial materializa su fuerza mediante el embargo de todos sus bienes y la ejecución de los mismos para el cobro de la deuda pendiente. Los efectos de estas medidas son la "pérdida" de sus propiedades por valores inferiores a los de compra e incluso a los de tasación dadas las reglas de la subasta. La diferencia es la pérdida de patrimonio. En este aspecto coercitivo, las concretas prácticas que se realicen en cada caso pueden llegar a suponer importantes perjuicios para el prestatario que en principio no podrá hacer valer en este mismo proceso. Decimos en principio porque en esta investigación se defiende que se tenga en consideración en el momento de la liquidación por intereses de demora los posibles perjuicios que los minoran a modo de compensación de los mismos. Estos perjuicios podrán ser: el embargo sobre bienes que nunca se subastan, y la concesión de prórrogas sobre los mismos por mimetismo y ante la rápida comprobación de que existe deuda y además en aumento por los intereses de demora; la existencia de embargos incluye al deudor en las listas de morosos, que cierran su posibilidad de acceso al crédito (es la caída en una espiral de signo negativo: la solicitud de préstamo se realiza porque no se tiene por lo menos liquidez, el impago origina el vencimiento anticipado de toda la deuda pendiente en bloque, ello origina la apertura de un proceso judicial, el inicio de la cuenta por intereses de demora, el aumento de deudas y su importe en un período corto de tiempo que conduce al colapso incluso a nivel personal-anímico, etc.).

- "Carga del proceso". La existencia misma de un proceso que pesa sobre el ejecutado no es una cuestión deseable y cada vez menos a medida que se perpetúa en el tiempo.

- *Malas praxis.* En este concepto genérico se incluyen todo tipo de prácticas propias de una contraparte fuerte, conocedora "del terreno" y con medios para asesorarse sobre cómo proceder de la forma más ventajosa. En este capítulo se incluye, por ejemplo, la consecuencia del incumplimiento por las entidades financieras del deber que apuntábamos en el capítulo tercero derivado de la nueva normativa sobre concesión de préstamo responsable.

- Las consignaciones y depósitos, en la medida en la que no sean entregados al acreedor, no impiden la generación de intereses procesales. Únicamente la *mora accipiens* justifica la exención de su devengo. Esto es así porque es el acreedor con su negativa a recibir la prestación el que está impidiendo que el deudor cumpla y por lo tanto no procede desde entonces el devengo de intereses procesales[724].

d) Beneficios para el prestatario.

- Impago de la deuda pendiente. Es improbable que no se pague en su totalidad todo lo que se debe. Se incluye este concepto con dudas, porque nunca puede suponer un beneficio no pagar una deuda, y menos con una entidad financiera: tiene importantes efectos negativos jurídicos y extrajurídicos.

Podemos concluir que:

- al prestamista siempre le convendrá acudir a la tutela judicial. Prestar o no es un análisis comercial que trasciende el campo de esta investigación. Las entidades tienen sus propios estudios de mercado para saber en todo momento el alcance de los riesgos que pueden asumir y a los que se enfrentan.

- al prestatario no le conviene verse inmerso en un proceso judicial. Si no paga es porque no puede. El componente coercitivo que supone el interés de demora procesal como acicate para que el prestatario cumpla su obligación a través del cumplimiento de la sentencia es innecesario. Puede tener sentido en los supuestos penales de accidentes de tráfico (o sus reclamaciones civiles en concepto puro de indemnización de daños y perjuicios), pero en

[724] Cfr. DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses…, op. cit.,* págs. 183 y 184.

caso de incumplimiento de préstamos por falta de pago el hecho mismo del proceso es suficientemente imponente para no atender su pago como mecanismo dilatorio.

4.3.4.- Conclusión: hacia un sistema de liquidación de intereses moratorios por conceptos

Como corolario a la exposición, a continuación se recoge una lista de conceptos que suman (+) y restan (-) la cantidad por intereses moratorios (ordinarios o procesales), lo cual debe dar un resultado proporcional y ajustado a la equidad:

+ daño sufrido por el prestamista (interés legal o convencional) (*)

+ prueba del mayor daño (previsible, informado y no abusivo)

- intereses desde la consignación del importe debido (**).

- componente de riesgo por morosidad del interés retributivo

- prueba del menor daño (parte del interés que sea lucro de la entidad, enriquecimiento injusto, tipo de interés de mercado inferior, etc.) (***).

- interés abusivo (nulidad de la cláusula) (****)

- mitigación del daño

- costes innecesarios

- tiempo innecesario (compensación por dilaciones indebidas)

- *mora accipiens*

- riesgos innecesarios

- daños y perjuicios ocasionados al ejecutado (resultado de *malas praxis*) (*****)

Resultado proporcional y ajustado a la equidad

(*)La literatura económica concluye que un tipo variable es menos arriesgado para el prestamista, por lo que un eventual tipo fijo ocasionará un mayor o menor daño.

(**) El propio TC admite que "carece de todo sentido que la sentencia permita el enriquecimiento sin causa del actor en cuanto a la suma que, puesta a su disposición por el demandado, aceptó cuando solicitó a la Audiencia la ejecución provisional de la sentencia. Ello obliga necesariamente a deducir a efectos del pago de intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cantidad aceptada de aquella a que condenó la Audiencia" (STC de 20 de Noviembre de 1998 [RJ 1998, 8748]).

(***) En los préstamos a interés variable, a diferencia de lo que ocurre en los que tienen estipulado un tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero[725]. Por lo tanto, si el interés de demora es una institución que pertenece al marco de la indemnización de daños y perjuicios, en aplicación del deber de quien sufre el daño de mitigarlo, es más respetuoso con dicho principio que adopte una tasa variable.

(****) Si el interés de demora es considerado abusivo, debe aplicarse el interés legal -que será incrementado en dos puntos si se trata del interés moratorio procesal-, como resultado de la nulidad de la cláusula y la imposibilidad de reintegración del contrato.

(*****) En este punto puede incluirse la reclamación por incumplimiento del deber de concesión de crédito responsable establecido por Ley 2/2011, de 4 de marzo.

[725] ORDUÑA MORENO, F. J.: "Derecho…", *op. cit.*, pág. 84.

CONCLUSIONES

Primera.- La admisión y régimen del interés en los ordenamientos se han vinculado a la evolución de la concepción del dinero: desde su consideración como mero medio de cambio y por lo tanto improductivo, hasta el reconocimiento de su valor de uso y por ende su capacidad de generar ganancias, una parte de las cuales es el interés, cuyos componentes se han ido desarrollando en función de las teorías económicas, de la tipología real o financiera de la economía, de la influencia fáctica de factores como la inflación o los costes que el prestamista repercutía al prestatario y de su finalidad según la clase de interés (retributivo/financiero; moratorio o resarcitorio por falta de reembolso y sancionador/indemnizatorio, en su vertiente ejecutiva-procesal).

Segunda.- Desde los orígenes de la banca en la Grecia de los siglos V y IV a.C., la utilización de la figura del interés (si bien todavía no se podía hablar de su componente temporal y financiero en una época de economía real) se daba al margen la regulación privada, en cuanto que aquella no era respaldada por las concepciones jurídico-filosóficas según las cuales los préstamos no tenían que devengarlo, hasta su reconocimiento jurídico en el Derecho Romano, a través de una *stipulatio* adicional al contrato de mutuo. En la Edad Media se mantiene el carácter improductivo del dinero, que se acentúa con la prohibición expresa de cobrar intereses en las leyes civiles, lo que es coherente con la consideración coetánea de la tierra como único factor productivo generador de renta. Por excepción, en el caso de títulos extrínsecos, formalmente ajenos al contrato de préstamo y fundamentados en la idea tomista de que nadie está obligado a sufrir un perjuicio por prestar dinero, el acreedor sí podía exigir una cantidad adicional a la suma prestada, pero en concepto de daños y perjuicios que tenía que probar acreditando esos "títulos". Es posible fundar esa excepción en la institución romana de la mora, pero no solamente entendida como retraso en el cumplimiento, sino asimismo como mecanismo restitutorio de la integridad temporal del préstamo -el tiempo de reembolso es *pars temporis,* consustancial al propio préstamo-; lo que no es extraño a aquella institución, porque uno de los efectos de la mora era precisamente el pago de daños y perjuicios, que, aplicados al caso, serían los *intereses moratorios.*

Tercera. La aceptación económica y jurídica universal del interés solo advino con la Revolución Industrial, fruto de las ideas de Locke desarrolladas por Marx acerca del valor de uso del dinero y su reconocimiento como otro factor de producción (junto a la tierra o el trabajo), que debe ser retribuido con un interés. Por eso nuestras regulaciones liberales admiten el pacto de intereses, si bien con límites: el 6% en el Código de Comercio de 1829 para el interés retributivo y para el interés moratorio el interés legal (tasado y operante como límite superior para el caso de pactarse). Aunque la Ley de 14 de marzo de 1856 liberalizó la tasa de intereses (retributivos o convenidos), los moratorios seguían limitados e incluso identificados con el interés legal. Solo el Código Civil de 1889 y el de Comercio de 1885, pese a su proclama formal de limitarse a recopilar el derecho previo, albergan la posibilidad de pactar intereses *moratorios sin limitación*. No es seguro que el legislador tuviese el propósito de desvincular el interés moratorio del límite superior que entraña aplicar un interés legal, sin embargo. Seguramente una incorrecta lectura del antecedente normativo, el art. 1017 del Proyecto de 1851, llevó a tal entendimiento, al suponer que se refería a la posibilidad de pactar intereses moratorios y no retributivos, como sostenemos. La idea de permitir el pacto moratorio más allá del interés legal en el plano sustantivo será arrastrada procesalmente con la creación de los intereses ejecutorios; idea que, en el contexto de financiarización actual de la economía, explica perfectamente la creación, por reformas de la LEC de los años ochenta, de esa categoría de *intereses procesales de demora*, generados por toda cantidad de condena expresada en una sentencia, independientemente de si el objeto del pleito es un préstamo o no.

Cuarta.- Pese a la admisión del interés, pervive la concepción del muto romano gratuito en los Códigos. Puede sostenerse que ante la prohibición jurídica del pacto de intereses, la necesidad de acreditar un daño y cuantificarlo a través de títulos extrínsecos para poder percibir el único interés (moratorio) evolucionó hacia la adopción de reglas que eximieran de tal carga probatoria al acreedor y reconocieran *ex lege* que la mora en el pago de una cantidad de dinero generaba daños y perjuicios sin necesidad de acreditarlos, daños que se cuantificaban en los intereses legales (a falta de pacto; cfr. 1108 CC). Pero esta norma tiene como base la prohibición del interés, que se opone a la de su admisión y sin embargo se mantienen ambas. Esto explica la identidad o similitudes de la regulación de los daños y perjuicios por mora en las obligaciones pecuniarias (arts. 1108 y ss. CC) con el contrato de préstamo (arts. 316 y ss. CCom).

Quinta.- El régimen de la mora en las deudas pecuniarias (1108 CC y 316 CCom) concurre en su aplicación con el resto de reglas que rigen la indemnización de daños y perjuicios, incluso con el deber de mitigar el daño infligido al prestamista, perjudicado por la mora. Sin embargo, la práctica bancaria y procesal han preterido ese deber en aras de una libertad de pacto excesivamente onerosa para el cliente bancario, considerando la imposibilidad de cumplir la obligación de pago de intereses moratorios en plazos prolongados.

Sexta.- La hermenéutica del art. 1108 CC implica de facto una presunción *iuris et de iure* de daño infligido por el prestatario al prestamista, en cuanto *lex generalis* aplicable a las deudas pecuniarias y entraña cuantificación en caso de mora. Esa presunción debe ser *iuris tantum*, aplicando las reglas generales de la indemnización de daños y perjuicios, lo que implica admitir la prueba bilateral tanto del mayor como del menor daño. De esta forma el prestatario podrá probar el menor daño acreditando que el interés de demora que debe aplicarse a su contrato es inferior al pactado –o al legal-, según parámetros de análisis económico (por ejemplo, si el tipo de mercado es inferior al pactado, o el tiempo de aplicación a ese interés no ha sido en todo o en parte a él debido). De la misma forma el prestamista podrá, naturalmente, probar un mayor daño. Este criterio de eficiencia supera la concepción tradicional decimonónica sobre la especialidad de criterio en la mora de las obligaciones pecuniarias acogida por los códigos romanistas, e iguala el tratamiento jurídico de la cuestión al que se ha seguido en el mundo anglosajón, consistente precisamente en la regla general de la prueba del daño y de su cuantificación.

Séptima.- La prioridad en la imputación de pagos de los intereses de demora (tanto en la mora ordinaria como procesal) debe darse al principal y no al interés, como ya apunta la modificación operada en 2013 al artículo 654 de la LEC aunque solo para préstamos hipotecarios, si bien su fundamento es una exigencia del derecho de daños: no se persigue primariamente con el interés moratorio la retribución o el beneficio (a diferencia de lo que ocurre en el cumplimiento ordinario del contrato de préstamo), sino la reparación (*restitutio in integrum*) y por ello la finalidad es la minoración de los posibles daños infligidos al prestador a la vez que su reparación. Esta doble función es cumplida por el mecanismo de imputación de pagos apuntado.

Octava.- El deber de información precontractual sobre el interés de demora sólo puede cumplirse si se incluyen en el condicionado del contrato todos los problemas de

acumulación de intereses y perjuicios para el prestatario que pudieran acaecer según las circunstancias personales y de mercado, y si además se hacen al cliente todas las advertencias de riesgos relevantes en todo el recorrido temporal del interés de demora, especialmente en la fase procesal, lo que supone manifestar claramente la posibilidad de que el interés de demora se genere indefinidamente en cuantía que puede incluso multiplicar el principal debido, mientras no se apliquen las propuestas de mitigación del perjuicio contenidas en este trabajo.

Novena.- No hay un límite temporal legal a la generación de intereses durante el proceso judicial (bien en concepto de intereses moratorios bien en el de procesales), pero sí constitucional: el respeto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas configurado en nuestra Carta Magna y en las resoluciones del Tribunal Constitucional y del TEDH, cuyos criterios pueden servir tanto al juez aplicador del derecho como al legislador que opte por concretar legalmente este derecho fundamental, lo cual se considera conveniente ante la insuficiencia que puede achacarse a la indeterminación constitucional. Esta propuesta es especialmente relevante desde la supresión en la LEC del requisito de indicación temporal en las sentencias que condenaran al pago de intereses, a los efectos de su ejecución como cantidades líquidas (cfr. art. 921 LEC de 1881) frente a la actual permisión de ejecución por conceptos no liquidados (cfr. art. 575 LEC).

Décima.- Las anteriores propuestas para aplicar la normativa relativa a los intereses de demora, además de ser exigencias jurídicas, también constituyen la forma eficiente de lograr una cifra no desproporcionada o abusiva, porque inciden en todos los componentes matemáticos de la fórmula que los genera (interés = capital * rédito * tiempo), individualmente considerados: capital (a través de la imputación de pagos y de la consideración de daños y perjuicios realmente sufridos y probados), rédito (mediante el control de su tasa) y tiempo (por respeto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a las derogadas prescripciones sobre necesidad de que la sentencia fije el tiempo de aplicación para considerar ejecutable una condena dineraria); y en conjunto, atendiendo a la necesidad de proporcionalidad del resultado final, no siendo suficientes las modificaciones legislativas que únicamente se centran en el multiplicando de la tasa. Se necesita un procedimiento judicial contradictorio para aplicar correctamente todas las pautas jurídicas, económicas y matemáticas (expuestas en esta investigación) en la determinación de los intereses moratorios debidos, no bastando la mera aplicación

automática de un porcentaje sobre una cantidad. A pesar de que la LEC no fije uno específico para el caso de intereses de demora, cabe utilizar los existentes (713 y ss. LEC).

Undécima.- La participación del consumidor en el mundo financiero, la asunción por el Código Civil del presupuesto mercantil de productividad del dinero, y la subyacente consideración económica en la categoría de intereses procesales, perjudican al prestatario, que se presume sujeto que genera ganancias. Los jueces deben tener en cuenta todas las circunstancias subjetivas del prestatario incurso en la obligación de pago de intereses de demora a la hora de su cálculo, en sintonía con el Derecho Romano, donde ya era considerada la mora como un supuesto más de hecho que de derecho. Esta misma solución se alcanza desde la consideración constitucional del derecho como instrumento facilitador de necesidades básicas como las de acceso a una vivienda, o defensa de los consumidores. Si el acceso a la vivienda y otros bienes básicos se logra a través de los préstamos bancarios, cuando se produce un incumplimiento por impago, las consecuencias patrimoniales del mismo no pueden igualarse a las que se deben generar en situaciones en las que dicho préstamo se hubiera adquirido con distintos fines, productivos, comerciales o industriales.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, J.: *Código Civil español reformado conforme a lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo y R.D. de 24 de julio de 1889, precedido de la ley de bases*, 5ª ed., El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1904.

- *Novísimo Código de Comercio, comentado y concordado con el Código Antiguo, con las disposiciones comerciales vigentes en España hasta su promulgación y con las legislaciones de los principales pueblos de Europa y América*, Enrique de la Riva (impresor de la Real Casa), Madrid, 1885.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 103, julio-septiembre 2006, págs. 211 a 220.

ALFARO AGUILA-REAL, J.: "Cláusulas abusivas, predispuestas y condiciones generales", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, páginas 53 a 70.

- *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1993.

ANDRÉS ÁLVAREZ, V.: "Estudio preliminar" en QUESNAY, F.: *Le tableau economique y otros estudios económicos*, Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1974.

ANSOTEGUI OLCOZ, C., GÓMEZ-BEZARES PASCUAL, F. y GONZÁLEZ FABRE, R.: *Ética de las finanzas*, Desclée de Brower, Bilbao, 2014.

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: "El préstamo bancario", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las operaciones bancarias de activo*, tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 27 a 170.

APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.): *Lecciones de Derecho Mercantil,* vol. 2, 12ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

ARGANDOÑA RAMIZ, A.: "RSE ¿Qué modelo económico? ¿Qué modelo de empresa?" en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 146, julio-septiembre 2007, págs. 11 a 24.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A.: *Derecho romano. Obligaciones. Familia. Sucesiones.*, vol. 2, ed. 18ª, EDERSA, Madrid, 1988.

ARRUÑADA SÁNCHEZ, B.: *Aplazamiento de pago y morosidad en las transacciones comerciales*, Marcial Pons-Instituto de Estudios del Libre Comercio, Madrid, 1999.

- *La directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Marcial Pons-Instituto de Estudios del Libre Comercio, Madrid, 1999.

- "La ley contra la morosidad comercial", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, julio 2004, págs 1 a 14.

ASCARELLI, T.: *Comentario del Codice civile. Obbligazioni pecuniarie arts. 1.277-1.284*, vol. 4, Nicola Zanichelli Editore, Bolonia, 1960.

ASKUNZE ELIZAGA, C.: "Más allá del capitalismo: alternativas desde la Economía Solidaria", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 168, año 2013, págs. 97 a 116.

ATIENZA AZCONA, J.: "¿Cómo hacer que la deuda externa favorezca el cumplimiento de los ODM?", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 136, enero-marzo 2005, págs. 89 a 102.

AYO FERNÁNDEZ, M.: *Las penas, las medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y CUÑAT EDO, V.: *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BASOZABAL ARRUE, X.: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BEALE, H.: "The PECL and consumer remedies under the CESL", en BONELL, M. J., HOLLE, M. L., NIELSEN, P. A. (dirs.): *Liber amicorum Ole Lando*, DJOF Publishing, Copenhague, 2012, págs. 45 a 58.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, R.: *El incumplimiento de las obligaciones*, EDERSA, Madrid, 1990.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: "Comentario al art. 178", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 2642 a 2676.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002.

BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, 1996.

BLANQUER UBEROS, R.: "El préstamo hipotecario", en ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (coord.): *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2001, págs. 199 a 251.

BÖHM-BAWERK, E. V.: *Capital e interés. Historia y crítica de las teorías sobre el interés*, Fondo de cultura económica, México, 1947.

BONELL, M. J., HOLLE, M. L., NIELSEN P. A. (eds.): *Liber amicorum Ole Lando*, DJOF Publishing, Copenhague, 2012.

BONET CORREA, J.: *Las deudas de dinero*, Civitas, Madrid, 1981.

BORRELL SOLER, A. M.: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*, Bosch, Barcelona, 1954.

BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.

BRUNETTI, A.: *Derecho Marítimo Privado*, tomo I, trad. y anotado por Gay de Montellá, Bosch, Barcelona, 1950.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "De las obligaciones con cláusula penal", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil,* tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 157 a 162.

CABANELLAS, G.: *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1991.

CAFFARENA LAPORTA, J.: "Genus nunquam perit", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, vol. 2, 1982, págs. 291 a 354.

CAMACHO LASAÑA, I.: "La RSE y la Doctrina Social de la Iglesia", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 146, julio-septiembre 2007, págs. 79 a 93.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Thompsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

CAMERON, R.: *Historia económica mundial*, Alianza editorial, Madrid, 1990.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mora*, EDERSA, Madrid, 1978.

- *La equidad en el derecho privado. Derecho y justicia*, Bosch, Barcelona, 2009.

CAÑÓN LOYES, C. y HORTAL ALONSO, A.: "Cambio conceptual y cambio valorativo. Dos ejemplos: sexualidad y usura", en *Miscelánea Comillas*, vol. 43, núm. 82, enero-junio 1985, págs. 195 a 230.

CASADO CASADO, B.: *El derecho sancionador civil, consideraciones generales y presupuestos*, Estudios y ensayos de la Universidad de Málaga, Málaga, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, 9ª ed., Reus, Madrid, 2015.

CASTIÑEIRA JEREZ, J.: "*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre 2012, págs. 71 a 106.

COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad,* Alianza editorial, Madrid, 2011.

CORDÓN MORENO, F: "Comentario al art. 576", en CORDÓN MORENO, F. (dir.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 1292 a 1293.

CUBILLAS MARTÍN, E. *et alii*: *How credible is a too-big-to-fail policy?*, en Documentos de trabajo FUNCAS, núm. 732, noviembre 2013, disponible en www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=7-05732.

CUENA CASAS, M.: "El impacto económico del *fresh start* o Ley de segunda oportunidad", en *El Notario del siglo XXI*, núm. 48, marzo-abril 2013, págs. 24 a 28.

- "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*", en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, enero-abril 2014, págs. 123 a 159.

CUERVO GARCÍA, A.: *La crisis bancaria en España 1977-1985,* Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

DAVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Manual de clases prácticas de Derecho civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1980.

- "Comentario al artículo 1753 CC", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1622 a 1626.

DE CASTRO SANZ, M.: "Banca ética o trabajar para una sociedad más equitativa", en *Documentación Social. Revista de estudios sociales y de sociología aplicada*, núm. 168, año 2013, págs. 117 a 133.

DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Sobre la cosa juzgada*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

DE LA PEÑA, L. y LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio 2013, págs. 47 a 78.

DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones penales y administrativas, sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Bosch, Barcelona, 1998.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M.: "Contratación bancaria", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 5045 a 5084.

DE PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses procesales por demora. Su fundamento. Régimen legal y jurisprudencia*, Editorial Trivium, Getafe (Madrid), 1999.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: "Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 9, 1985, págs. 2949 a 2958.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: "Artículo 24. Garantías procesales", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, págs. 19 a 123.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I (*Introducción. Teoría del Contrato),* 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II (*Las relaciones obligatorias*), 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo V (*La responsabilidad civil extracontractual*), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- "Comentario al artículo 1108 CC", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y

SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil,* tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 62 a 64.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2 (*El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*), 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

DOMÉNECH PASCUAL, G.: "Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho", en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, septiembre-diciembre 2014, págs. 99 a 133.

DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A.: "Servicios de reclamaciones en materia financiera", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 129, enero-marzo 2013, págs. 318 a 321.

DORAL, J. A. y MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.: "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, vol. 3, julio-septiembre 1980, págs. 523 a 569.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Condiciones abusivas de crédito", en NIETO CAROL, U. (dir.): *Estudios de Derecho Judicial: crédito y protección del consumidor*, núm. 3, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 439 a 518.

ESCRICHE, J.: "Interés", "Interés legal e interés convencional" e "Interés compuesto", en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo III (I-LL), edición de Juan B. GUIM según la de 1874, Editorial Temis, Bogotá, 1977, págs. 149 a 179.

- *Elementos del Derecho Patrio*, 2ª ed., librería de la viuda de CALLEJA E HIJOS, Madrid, 1840, en edición facsimilar de la editorial Lex Nova, Valladolid, 2003.

ESPIN CANOVAS, D.: "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo 1946, págs. 145 a 169.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: "La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132, octubre-diciembre 2013, págs. 133 a 166.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

FERNÁNDEZ DE FENESPLEDA, I. (*et alii*): *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L.: *Finanzas y ética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, C. y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, C. y J.: *El contrato de préstamo y crédito, jurisprudencia y doctrina española*, DIJUSA, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A. y DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

- *Derecho Procesal Civil*, vol. 3, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

FERNANDO VIZCARRO, C.: *El préstamo usurario*, Colección Nereo, Barcelona, 1963.

FÍNEZ RATÓN, J. M.: "Algunos problemas sobre los intereses de la mora procesal", en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2002, págs. 287 a 295.

FRIEDMAN, D.: *Teoría de los precios*, 2ª ed., Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Vicálvaro (Madrid), 1992.

GADEA SOLER, E.: "El préstamo bancario de dinero" en SEQUEIRA MARTÍN, A., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (dirs.): *La contratación bancaria*, Registradores de España y Dikinson, S.L., Madrid, 2007, págs. 701 a 739.

GALLO, P.: *Pene private y responsabilità civile,* Giuffrè Editorial, Milán, 1996

GARCÍA CRESPO, J. M.: "Las entidades financieras ante la jurisdicción", en PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.): *Cuadernos de Derecho Judicial: contratos bancarios*, núm. 20, CGPJ, Madrid, 2003, págs. 171 a 198.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E.: *Efectos del concurso sobre los créditos. Compensación, suspensión del devengo de intereses e interrupción de la prescripción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Contratación bancaria y consumo", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, abril-junio 1988, págs. 259 a 326.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, edición reimpresa por Editorial Base, Barcelona, 1973.

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, edición reimpresa por Editorial Base, Barcelona, 1973.

GARCÍA LUENGO, R. B. (dir.): *Código de Comercio y otras normas mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GARCÍA PONS, E.: "El período a considerar en el derecho a un juicio justo", en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-3, 2001, págs. 175 a 198.

GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975.

GIMÉNEZ VILLANUEVA, T.: "Normas de transparencia en la contratación bancaria", en NIETO CAROL, U. (dir.): *Estudios de Derecho judicial: crédito y protección del consumidor*, núm. 3, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 339 a 392.

GOMÁ LAZÓN, F.: *La (probancaria) Orden Ministerial de transparencia en los servicios bancarios*, publicado el 01-11- 2011, disponible en http://hayderecho.com/2011/11/01/la-probancaria-orden-ministerial-de-transparencia-en-los-servicios-bancarios/.

GÓMEZ POMAR, F.: "La segunda oportunidad del deudor persona individual en Derecho Español y el Real Decreto-Ley 1/2015", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40, año 2015, págs. 52 a 67.

GÓMEZ ROJO, M. E.: *Historia jurídica del anatocismo*, Publicaciones de la Universidad de Málaga, Barcelona, 2003.

GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, P.: "El derecho a la propiedad privada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (coord.): *Propiedad y Derecho Constitucional*, Centro de estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 135 a 152.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Inconsistencia jurídica y económica de la dación en pago ante ejecuciones hipotecarias, la necesaria búsqueda de medidas alternativas", en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 67, junio 2011, págs. 28 a 31.

GUNNAR PERSSON, K.: *An economic history of Europe,* Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

HANSEN, M. H. e ISAGER, S.: *Aspects of Athenian society in the fourth century B.C.*, Odense University Press, Odense (Dinamarca), 1975.

HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho,* 2ª ed., trad. de CARRIO, G. R., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

HECK, P.: *El problema de la creación del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "La posición del acreedor financiero en los acuerdos de refinanciación", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 289 a 344.

HERNÁNDEZ ANDREU, J. (dir.): *Lecciones de historia económica,* Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2008.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: "Ejecución hipotecaria y dación en pago", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 124, octubre-diciembre 2011, págs. 247 a 269.

HERRERA BRAVO, R.: *"Usurae". Problemática jurídica de los intereses en derecho romano,* Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1997.

HUERTA DE SOTO, J.: *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 4ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2009.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Método, investigación y práctica jurídica,* Bosch Editor, Barcelona, 2011.

- "Optimal Legal Form and Governance for Microbanks and Microfinancial Institutions: A European Survey", en *Journal of International Banking Law Review*, Issue 12, Thomson Reuters (Professional) Sweet & Maxwell, London (United Kingdom), 2012, págs. 501 a 508.

- "Sareb: algunas cuestiones sobre la sostenibilidad del sistema bancario", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 115 a 153.

- "La Asociación Española de Microfinanzas en el desarrollo institucional y regulatorio de las finanzas sociales", en *Microfinanzas y ONG, Revista de Responsabilidad social de la empresa*, núm. 16, cuatrimestre I, 2014, págs. 169 a190.

- "Desarrollos recientes (2012-2014) de la financiación para el emprendimiento social y del régimen de las sociedades e instituciones microfinancieras en el derecho europeo y español", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J y MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (dirs.): *Cuadernos de la Cátedra Garrigues de Derecho de Sociedades*, núm. 1, diciembre 2014, págs. 7 a 26, disponible en: http://www.upcomillas.es/images/catedras/Garrigues/Cuadernos_C%C3%A1tedra_Garrigues_vol._1.pdf.

- "Derecho de sociedades y autonomía de la voluntad de las instituciones microfinancieras", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J y MARTÍN DE VIDALES GODINO, M. (dirs.): *Cuadernos de la Cátedra Garrigues de Derecho de Sociedades*, núm. 3, junio 2015, págs. 5 a 30, disponible en: https://www.upcomillas.es/images/catedras/Garrigues/Cuadernos_C%C3%A1tedra_Garrigues_vol._3.pdf.

- "Gobierno de los bancos y conflictos de interés con clientes: neoliberalismo *vs.* responsabilidad social de la empresa", *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, núm. 7, vol. 3, 2011, págs. 105 a 128.

- (coord.): *Responsabilidad social de la empresa y finanzas sociales*, Universidad Internacional de Andalucía y Akal, 2004.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. y PARTAL UREÑA, A.: "Finanzas sociales: innovación financiera para la cooperación internacional", en IBÁÑEZ JIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (coords.): *Ética y mercado de valores*, Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 77 a 94.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., PARTAL UREÑA, A. y GÓMEZ FERNÁNDEZ-AGUADO, P.: "Más allá de la responsabilidad social en los mercados financieros: las finanzas sociales

como reflexión ética singular", *Boletín de Estudios Económicos*, núm. 206, vol. LXVII, Universidad Comercial de Deusto, agosto 2012, págs. 349 a 364.

IHERING, R.: *La lucha por el derecho*, traducción española de POSADA, A., Civitas, Madrid, 1985.

INTERNATIONAL MONETARY FOUND: *Spain 2013 article IV Consulation*, IMF Country Report No. 13/245, agosto de 2013, disponible en http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf.

IÑIGUEZ ORTEGA, P.: *Aspectos materiales de la morosidad en las operaciones comerciales: especial referencia a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre*, disponible en http://noticias.jurídicas.com/areas_virtual.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010.

- "Sobre la naturaleza de los intereses", en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 113, enero-marzo 2009, págs. 171 a 202.

KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma, México, 1979.

KEYNES, J. M.: *Tratado sobre el dinero*, Editorial Síntesis, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et alii*: *Elementos de Derecho Civil. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, tomo II, vol. 2, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.

LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 4ª ed., Ariel, Barcelona, 1980.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho,* 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

- *Deudas líquidas e ilíquidas y cobro de intereses,* Tecnos, Madrid, 1995

LECUMBERRI MARTÍ, E. y MARTÍN VILLA, P.: "Aspectos inconstitucionales de la ampliación de la ejecución despachada; el artículo 1456 de la LEC", en *Actualidad Aranzadi*, núm. 107, 1993, págs. 1 a 3.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M.: "*Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio", en POLO DÍEZ, A. *et alii* (coords.): *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, págs. 1493 a 1513.

LLEBARÍA SAMPER, S.: "La protección del consumidor en la ejecución hipotecaria", en HERBOSA MARTÍNEZ, I. (dir.): *Crisis financiera y entidades de crédito*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 231 a 254.

MADRID RODRÍGUEZ, F.: "El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia", en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2013, págs. 945 a 955.

MAGAZZU, A.: "Clausola penale", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo VII, Giufré, Milán, 1958, pág. 187.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, octubre-diciembre 2014, págs. 7 a 61.

- "Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, págs. 184 a 194.

MARIÑO PARDO, F.: *Los intereses de demora y sus límites: la ley de represión de la usura, la legislación sobre cláusulas abusivas y la Ley1/2013 de protección de los deudores hipotecarios. Los efectos de la declaración del interés de demora como abusivo y la Sentencia TJUE de 21 de enero de 2015*, disponible en http://www.iurisprudente.com/2015/02/los-intereses-de-demora-y-sus-limites.html.

MARTÍN MARTÍN, V. (coord.): *Lecciones de historia económica*, Mc Graw Hill, Madrid, 2006.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones e intercambio editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, disponible en https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/4/2012/Nuevo%20regimen%20de%20transparencia%20y%20protecci%C3%B3n%20del%20cliente%20de%20servicios%20bancarios.pdf.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *et alii*: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Editorial Colex, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. *et al*: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisprudencia, comentarios y concordancias*, Colex, Madrid, 2003.

MARX, K.: *El capital. Crítica de la economía política*, libro I (*El proceso de producción del capital*), tomo I, volumen 1 de la edición a cargo de Pedro Scaron, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1981.

- *El capital. Crítica de la economía política*, libro III (*El proceso global de la producción capitalista)*, tomo III, volumen 7 de la edición a cargo de Pedro Scaron, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1981.

MCCLOSKEY, D. N.: *Bourgeois dignity. Why economics can´t explain the modern world*, University of Chicago Press, Chicago, 2010.

- *The Bourgeois Virtues. Ethics for an age of commerce*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

MEDIALDEA GARCÍA, B. y SANABRIA MARTÍN, A.: "La financiarización de la economía mundial: hacia una caracterización", en *Revista de economía mundial*, núm. 32, año 2013, págs. 195 a 227, también disponible en http://hdl.handle.net/10272/7532.

MEDINA CRESPO, M.: *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, editorial Bosch, Barcelona, 2010.

MERCADER UGUINA, J. R.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MERCURO, N. y MEDEMA, S.: *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

MIQUEL y RUBERT, I. y REUS y GARCÍA, J.: *Código de Comercio español, concordado y anotado, precedido de una introducción histórico-comparada, y seguido de la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, imprenta de D. Anselmo Santa Coloma, Madrid, 1855.

MOKYR, J.: *The Enlightened Economy: An Economic History of Britain 1700-1850*, Penguin Press, Londres, 2010.

MONTES PENADES, V.: "Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles", en POLO DÍEZ, A. *et alii* (coords.): *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo II, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, págs. 1865 a 1900.

MONTESQUIEU (barón de), C.: *El espíritu de las leyes*, trad. de BLÁZQUEZ, M. y DE VEGA, P. Alianza editorial, Alianza editorial, Madrid, 2003.

MORALES MORALES, X.: "Supuestos de aplicabilidad del párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *La ley*, núm. 1, 1992, págs. 954 a 957.

MORÁN BOVIO, D.: "El contrato de préstamo mercantil", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, tomo II, Ariel Derecho, 13ª ed., L´Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2009, págs. 411 a 423.

MORRIS, R. A.: "Consumer debt and Usury: a New Rationale for Usury", en *Pepperdine Law Review*, vol. 15, issue 2, 1988, págs. 151 a 179.

MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G. A.: *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación (Análisis de doctrina y jurisprudencia)*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

MUÑOZ GARCÍA, C.: "Abusividad, una vez más, en los contratos de préstamo hipotecario", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 135, julio-septiembre 2014, págs. 399 a 403.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1999.

MYERS, S. y BREALEY, R.: *Fundamentos de financiación empresarial*, 4ª ed., Mc. Graw Hill, Aravaca (Madrid), 1994.

NAVARRO AMANDI, M.: *Código Civil de España: compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes, con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, Madrid, 1880.

NAVARRO E. y NAVE J. M.: *Fundamentos de matemáticas financieras*, Bosch Editor, Barcelona, 2001.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.: *Una visión crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, publicado el 08-10-2012, disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/317-una-vision-critica-de-la-orden-eha-2899-2011-de-transparencia-y-proteccion-del-cliente-de-servicios-bancarios-0-3893680119787976.

OLIVENCIA RUIZ, M.: "Concurso y preconcurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, año 2015, págs. 11 a 18.

ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

ORDUÑA MORENO, F. J.: "Derecho de la contratación y condiciones generales", en ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L. (coords.): *Contratación bancaria*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 23 a 104.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, vol. 3, julio-septiembre 1991, págs. 1019 a 1091.

- "Las nuevas bases de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, vol. 4, octubre-diciembre 1993, págs. 1719 a 1745.

PARETO, W.: *Manual of political economy*, ed. de MONTESANO, A., Oxford University Press, Oxford, 2014.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 1170 CC", en BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., SALVADOR CODERCH, P. (dirs.): *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 200 a 227.

- "Sistema de las deudas de dinero", en POLO DÍEZ, A. *et alii* (coords.): *Estudios de derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, tomo III, La Ley, Las Rozas (Madrid), 1994, págs. 2071 a 2103.

PEINADO GRACIA, J. I.: "Riesgo sistémico, solvencia y riesgo moral. Incidencia en el derecho privado de los mercados financieros. Un apunte crítico", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 134, abril-junio 2014, págs. 7 a 34.

PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas: Ley 3-2004 y Directiva 2000-35*, Civitas, Madrid, 2006.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.

PINAZO TOBES, E.: "Cláusula penal contractual" en CARRASCO PERERA, A. F. (dir.): *Cuadernos de Derecho judicial. Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 325 a 381.

POTHIER, R. J.: *Tratado de las obligaciones*, tomo I, edición traducida por S.M.S., imprenta de Fidel Giró, Barcelona, 1839.

POVEDA, R.: "Modelos bancarios (en las antípodas del *too big to fail*)", en *Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, núm. 94, mayo 2014, págs. 28 a 29.

PRADA GONZÁLEZ, J. M.: "Algunos aspectos de los préstamos bancarios", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 14, 1984, págs. 309 a 344.

PRATS ALBENTOSA, L.: "El contrato de préstamo", en ORDUÑA MORENO, F. J. y TOMILLO URBINA, J. L. (dirs.): *Contratación bancaria*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 107 a 186.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1978.

- *Compendio de Derecho civil,* vol. 2, Bosch, Barcelona, 1987.

PULGAR EZQUERRA, J.: "La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, enero-marzo 2014, págs. 207 a 231.

- "Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación *ex* art. 5 *bis,* ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, págs. 31 a 53.

QUESNAY, F.: *Le tableau economique y otros estudios económicos,* Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1974.

ROCA GUILLAMON, J.: "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos", en NIETO CAROL, U. (dir): *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 189 a 228.

RODÉS MATEU, A.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ BRAUN, C: *León Walras. El equilibrio general,* Ediciones Pirámide, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ ESPEJO, J.: "El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario,* Centro de documentación bancaria y bursátil, vol. 2, Madrid, 1993, págs. 37 a 47.

RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: "Sobre la cláusula penal en el Código Civil", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, vol. 2, abril-junio 1993, págs. 511 a 587.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: "Comentarios a los artículos 1108 y 1109 CC", en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 752 a 847.

- "Intereses moratorios, mora en las deudas dinerarias, el requisito de la liquidez de la deuda, los intereses legales del artículo 921 de la LEC y cláusula penal", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 16, 1988, págs. 117 a 128.

SABATER BAYLE, E.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1986.

SACRISTÁN BERGIA, F.: "La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos", en GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M. S., SACRISTÁN BERGIA, F. (coords.): *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, La Ley y Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, monografía núm. 11/2009, Getafe (Madrid), 2010.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 2, 25ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2003.

- "Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 11, julio-septiembre 1983, págs. 533 a 552.

SÁNCHEZ MIGUEL, M. C.: "Préstamos, anticipos bancarios, apertura de crédito", en ALONSO UREBA, A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (coords.): *Instituciones del Mercado Financiero*, vol. 2, Sopec, Madrid, 1999, págs. 525 a 564.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Nueva Orden de tutela de la clientela bancaria*, publicado el 03-11-2011, disponible en: http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/11/nueva-orden-de-tutela-de-la-clientela.html.

- "Reclamaciones de la clientela bancaria y regulación contractual (futura)", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, enero-marzo 2015, págs. 387 a 389.

SANCHO FRAILE, J.: "Artículo 576. Intereses de la mora procesal", en LORCA NAVARRETE, A. (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, páginas 2803 a 2810.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo III, EDERSA, Madrid, 1973.

SENENT MARTÍNEZ, S.: "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, págs. 147 a 160.

SOCIEDAD DE ABOGADOS: *Código de Comercio comentado*, Imprenta de Campins y Pont Editores, Barcelona, 1849.

SOLER PRESAS, A.: *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

- "La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, mayo 2009.

SUÁREZ SILVA, OCTAVIO J.: "Establecimiento o cálculo de los intereses", en LUNAS DÍAZ, M. J. (dir.): *Malas prácticas bancarias*, Formación Ausbanc, Madrid, 2002, págs. 164 a 168.

SWEEZY, P. M.: *Teoría del desarrollo capitalista*, undécima reimpresión, Fondo de cultura económica, Madrid, 1982 (primera edición en castellano de 1945).

TAPIA HERMIDA, A. J.: "La vigencia de la ley de la usura", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario*, vol. 2, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1993, págs. 141 a 182.

THOMPSON, W.E.: "A view of Athenian Banking", *Museum Helveticum*, núm. 36, Zürich, 1979, págs. 224 a 241.

TOMÁS MARTÍNEZ, G. y GÓMEZ URQUIJO, L.: "La protección del cliente bancario en el nuevo marco de gobernanza europea", en *Diario La Ley*, núm. 7842, Sección Doctrina, 20 de abril de 2012, ref. LA LEY 4043/2012.

TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.

TRIMARCHI, V. M.: *La clausola penal*, Giuffrè Editorial, Milán, 1954.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: "El contrato de apertura de crédito", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las*

operaciones bancarias de activo, tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil,* Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 171 a 262.

URÍA GONZÁLEZ, R.: *Derecho mercantil,* 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.

VARGAS VASSEROT, C.: *La evolución histórica del Derecho Mercantil y su concepto*, Repositorio institucional, Universidad de Almería, publicado el 19-03-2012, disponible en http://hdl.handle.net/10835/1199.

VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso*, Civitas y Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

VEGA PÉREZ, F.: "La deuda de intereses", en SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.): *Comentarios a jurisprudencia de derecho bancario y cambiario,* vol. 2, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1993, págs. 119 a 140.

VEGAS TORRES, J.: "De la ejecución dineraria: disposiciones generales", en DE LA OLIVA SANTOS, A. *et al*: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, Madrid, 2001, páginas 983 a 1001.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. 2, 23ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

VICENTE Y CARAVANTES, J.: *Código de Comercio extractado con la exposición, al pie de cada artículo, de los fundamentos de sus disposiciones; y con la solución de las principales dificultades y cuestiones que presenta el texto*, 4ª ed., Imprenta de D. S. Omaña, Madrid, 1850.

WALRAS, L.: *Elementos de economía política pura*, Alianza editorial, Madrid, 1987.

WEBER, M.: *Historia económica general,* 3ª ed., Fondo de cultura económica, México, 2011.

ZABALETA DÍAZ, X.: "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho Concursal Alemán", en OLIVENCIA RUIZ, M. (coord.): *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia,* vol. 1, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 885 a 916.

ZAMAGNI, V.: *Historia económica de la Europa contemporánea,* Editorial crítica, Barcelona, 2011.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Nuevo modelo de relación banco-cliente,* publicado el 25-01-2013, disponible en http://www.rdmf.es/2013/01/25/nuevo-modelo-de-relacion-banco-cliente/.

- *Derecho del mercado financiero,* 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

ARTÍCULOS DE PRENSA Y OTROS

BARANDIARÁN, A.: "La banca insiste en recurrir hasta el final en la deuda perpetua pese al varapalo del Supremo", en *El Correo,* 12-04-2015, pág. 54.

Cinco Días: "El dilema de fondo de las tasaciones. La banca se resiste a asumir pérdidas por las valoraciones", Sección Mercados & Finanzas, 24-02-2012, pág. 18.

El Economista, "Deutsche Bank pagará más del doble que otros pancos por el Libor", año X, núm. 2819, 24-04-2015, pág. 10.

MANSO OLIVAR, R.: "Dinero por promesas", en *El Economista,* año IX, núm. 2650, 30-09-2014, pág. 4.

NOLTE ARAMBURU, M.: "Un mundo de tipos cero o negativos", en *El Correo,* 16-03-2015, pág. 45, disponible en http://mnolte.blogspot.com.es/2015/03/un-mundo-de-tipos-cero-o-negativos-el.html.

Revista pronto, "Un testimonio real", núm. 2178, 01-02-2014, págs. 36 y 37.

PÁGINAS WEBS

- http://es.wikipedia.org/wiki/Expulsi%C3%B3n_de_los_jud%C3%ADos_de_Espa%C3%B1a
- http://noalttip.blogspot.com.es/2014/07/ttip-estados-unidos-negocia-con-europa.html
- http://aulavirtual.bde.es/wav/html/glosario/glosario_e.html

- http://www.bde.es/bde/es/areas/polimone/estrategia/La_estrategia_del_BCE.html
- www.rae.es
- http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/notbol1.html
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas
- http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/Panorama_legisla/evolucion/Evolucion_y_pan_9df9ae5dfe91a41.html
- http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Menos_transparencia,_mas_desproteccion_201359121731.asp
- http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/Panorama_legisla/
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html
- http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas
- www.zoomnews.es/144574/economia/finanzas-y-mercados/hay-29-entidades-financieras-intocables-sistema-economico-mundia
- www.asuapedefin.com
- http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/Pleno_de_la_Sala_I_del_Tribunal_Supremo_resuelve_la_peticion_de_aclaracion_sobre_su_sentencia_relativa_a_las__clausulas_suelo__en_hipotecas

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STEDH de 8 de julio de 1986. TEDH 1986/7

STJUE de 4 de junio de 2009. TJCE 2009/155

STJUE de 3 de junio de 2010. TJCE 2010/162

STJUE 9 de noviembre de 2010. TJCE 2010/335

STJUE de 14 de junio de 2012. TJCE 2012/143

STJUE de 21 de febrero de 2013. TJCE 2013/46

STJUE de 14 de marzo de 2013. TJCE 2013/89

STJUE de 17 de julio de 2014. TJCE 2014/106

STJUE de 30 de abril de 2014. TJCE 2014/105

STJUE de 21 de enero de 2015. TJCE 2015/4

STC de 13 de abril de 1983. RTC 1983/26

STC de 14 de marzo de 1984. RTC 1984/36

STC de 23 de enero de 1985. RTC 1985/5

STC de 10 de diciembre de 1985. RTC 1985/167

ATC de 2 de julio de 1986. RTC 1986/572

ATC de 13 de octubre de 1987. RTC 1987/1126

STC de 10 de mayo de 1989. RTC 1989/83

STC 18 de enero de 1990. RTC 1990/8

STC 14 de septiembre de 1992. RTC 1992/114

STC de 22 de junio de 1993. RTC 1993/206

STC de 31 de enero de 1994. RTC 1994/34

STC de 31 de enero de 1994. RTC 1994/35

STC de 9 de mayo de 1994. RTC 1994/132

STC de 1 de diciembre de 1994. RTC 1994/324

STC de 13 de junio de 1996. RTC 1996/180

STC de 16 de diciembre de 1996. RTC 1996/206

STC de 20 de noviembre de 1998. RTC 1998/8748

STC de 29 de Junio de 2000. RTC 2000/181

STS de 24 de noviembre de 1894. CLE 1894/126

STS de 24 de diciembre de 1894. CLE 1894/169

STS de 18 de marzo de 1898. CLE 1898/129

STS de 23 de febrero de 1.900. CLE 1900/52

STS de 19 de junio de 1903. CLE 1903/184

STS 21 de octubre de 1911. CLE 1911/95

STS de 26 de octubre de 1912. CLE 1912/36

STS de 22 de enero de 1913. CLE 1913/31

STS de 19 de abril de 1913. CLE 1913/37

STS de 3 de febrero de 1914. CLE 1914/53

STS de 26 de junio de 1916. CLE 1916/55

STS de 26 de octubre de 1916. CLE 1916/49

STS de 13 de enero de 1919. CLE 1919/14

STS de 20 de junio de 1922. CLE 1922/92

STS de 1 de julio de 1922. CLE 1922/3

STS de 13 de abril de 1925. CLE 1925/12

STS de 29 de octubre de 1926. CLE 1926/71

STS de 8 de junio de 1927. CLE 1927/120

STS de 28 de octubre de 1927. CLE 1927/143

STS de 10 de febrero de 1928. CLE 1928/56

STS de 24 de enero de 1929. CLE 1929/63

STS de 3 de octubre de 1929. CLE 1929/126

STS de 15 de enero de 1930. RJ 1930/563

STS de 20 de marzo de 1931. RJ 1931/1980

STS de 11 de enero de 1932. RJ 1932/859

STS de 9 de enero de 1933. RJ 1933/1417

STS de 14 de julio de 1933. RJ 1933/1791

STS de 23 de abril de 1934. RJ 1934/887

STS de 14 de enero de 1936. RJ 1936/52

STS de 2 de marzo de 1936. RJ 1936/520

STS de 10 de julio de 1936. RJ 1936/1563

STS de 6 de febrero de 1940. RJ 1940/90

STS de 13 de febrero de 1941. RJ 1941/147

STS de 24 de abril de 1941. RJ 1941/508

STS de 24 de marzo de 1942. RJ 1942/332

STS de 31 de marzo de 1942. RJ 1942/450

STS de 22 de junio de 1942. RJ 1942/771

STS de 6 de julio de 1942. RJ 1942/930

STS de 12 de julio de 1943. RJ 1943/857

STS de 9 de mayo de 1944. RJ 1944/665

STS de 18 de junio de 1945. RJ 1945/950

STS de 19 de octubre de 1948. RJ 1948/1257

STS de 15 de enero de 1949. RJ 1949/89Bis

STS de 1 de marzo de 1949. RJ 1949/ 262

STS de 14 de diciembre de 1949. RJ 1949/1655

STS de 28 de abril de 1953. RJ 1953/1271

STS de 26 de abril de 1955. RJ 1955/1133

STS de 5 de noviembre de 1955. RJ 1955/3101

STS de 28 de enero de 1957. RJ 1957/694

STS de 26 de febrero de 1957. RJ 1957/1148

STS de 25 de abril de 1959. RJ 1959/1973

STS de 6 de junio de 1959. RJ 1959/3026

STS de 27 de septiembre de 1961. RJ 1961/3029

STS de 30 de junio de 1967. RJ 1967/3548

STS de 15 de marzo de 1972. RJ 1972/1252

STS de 19 de diciembre de 1974. RJ 1978/4799

STS de 27 de octubre de 1977. RJ 1977/4020

STS de 10 de abril de 1978. RJ 1978/ 1268

STS de 30 de mayo de 1978. RJ 1978/1954

STS de 28 de noviembre de 1978. RJ 1978/4293

STS de 21 de febrero de 1.979. RJ 1979/813

STS de 8 de febrero de 1980. RJ 1980/ 515

STS de 22 de abril de 1982. RJ 1982/1961

STS de 28 de marzo de 1983. RJ 1983/1648

STS de 16 de junio de 1983. RJ 1983/3632

STS de 16 de octubre de 1984. RJ 1984/4870

STS de 8 de julio de 1985. RJ 1985/3961

STS de 20 de noviembre de 1985. RJ 1985/5618

STS de 18 de abril de 1986. RJ 1986/1860

STS de 20 de mayo de 1986. RJ 1986/2735

STS de 9 de junio de 1986. RJ 1986/3298

STS de 8 de julio de 1986 RJ 1986/3902

STS de 17 de julio de 1987. RJ 1987/9977

STS de 17 de diciembre de 1987. RJ 1987/9513

STS de 20 de febrero de 1988. RJ 1988/1074

STS de 28 de octubre de 1988. RJ 1988/7776

STS de 11 de febrero de 1989. RJ 1989/829

STS de 16 de octubre de 1989. RJ 1989/6927

STS de 15 de noviembre de 1989. RJ 1989/7884

STS de 21 de febrero de 1990. RJ 1990/707

STS de 10 de abril de 1990. RJ 1990/2715

STS de 10 de octubre de 1990. RJ 1990/7592

STS de 12 de marzo de 1991. RJ 1991/2215

STS de 15 de abril de 1991. RJ 1991/2691

STS de 18 de mayo de 1991. RJ 1991/ 3713

STS de 22 de julio de 1991. RJ 1991/5412

STS de 4 de noviembre de 1991. RJ 1991/8139

STS de 12 de diciembre de 1991. RJ 1991/8931

STS de 29 de febrero de 1992. RJ 1992/1405

STS de 13 de abril de 1992. RJ 1992/3100

STS de 29 de septiembre de 1992. RJ 1992/7330

STS de 6 de noviembre de 1992. RJ 1992/9228

STS de 16 de noviembre de 1992. RJ 192/9408

STS 16 de octubre de 1993. RJ 1993/7329

STS de 3 de febrero de 1994. RJ 1994/972

STS de 17 de febrero de 1994. RJ 1994/1619

STS de 18 de febrero de 1994. RJ 1994/1096

STS de 17 de marzo de 1994. RJ 1994/1989

STS de 21 de marzo de 1994. RJ 1994/2561

STS de 10 de mayo de 1994. RJ 1994/3898

STS de 24 de mayo de 1994. RJ 1994/3741

STS de 7 de junio de 1994. RJ 1994/4896

STS de 20 de junio de 1994. RJ 1994/6026

STS de 24 de octubre de 1994. RJ 1994/7681

STS de 27 de octubre de 1994 RJ 1994/7870

STS de 8 de noviembre de 1994. RJ 1994/8477

STS de 7 de abril de 1995. RJ 1995/2988

STS de 28 de diciembre de 1995. RJ 1995/9402

STS de 9 de abril de 1996. RJ 1996/2912

STS de 1 de abril de 1997. RJ 1997/2722

STS de 2 de abril de 1997. RJ 1997/2727

STS de 18 de febrero de 1998. RJ 1998/875

STS de 19 de febrero de 1998. RJ 1998/1166

STS de 7 de marzo de 1998. RJ 1998/1267

STS de 23 de abril de 1998 RJ 1998/2988

STS de 22 de julio de 1998. RJ 1998/6390

STS de 21 de diciembre de 1998. RJ 1998/9649

STS de 9 de marzo de 1999. RJ 1999/1994

STS de 30 de julio de 1999. RJ 1999/6218

STS de 15 de noviembre de 2000. RJ 2000/9214

STS de 17 de noviembre de 2000. RJ 2000/9343

STS de 2 de octubre de 2001. RJ 2001/7141

STS de 10 de julio de 2003. RJ 2003/4622

STS de 25 de enero de 2007. RJ 2007/592

STS de 1 de julio de 2010. RJ 2010/6554

STS de 16 de julio de 2010. RJ 2010/6555

STS de 23 de septiembre de 2010. RJ 2010/7296

STS de 20 de abril de 2011. RJ 2011/3597

STS de 17 de enero de 2012. RJ 2012/287

STS de 18 de mayo de 2012. RJ 2012/ 6360

STS de 18 de junio de 2012. RJ 2012/6851

STS de 19 de junio 2012. RJ 2012/8029

STS de 23 de octubre de 2012. RJ 2012/10123

STS de 9 de mayo de 2013. RJ 2013/3088

STS de 22 de abril de 2015. RJ 2015/1358

ANEXO LEGISLATIVO - RCL

Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986. LCEur 1987/471

Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril. LCEur 1993/1071

Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio. LCEur 2000/2084

Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril. LCEur 2004/1848

Directiva 2007/64/CE, de 13 de noviembre. LCEur 2007/2042

Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril. LCEur 2008/799

Reglamento 2015/848/UE, de 20 de mayo. LCEur 2015/759

Resolución de 18 de enero 1994. LCEur 1994/849

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (CCom). LEG 1885/21

Real Decreto de 24 de julio de 1889 (CC). LEG 1889/27

Ley de 23 de julio de 1908. LEG 1908/57

Constitución de 27 de diciembre 1978. RCL 1978/2836

Decreto de 7 de octubre de 1939. RCL 1939/1475

Decreto de 8 de febrero de 1946. RCL 1946/886

Ley Orgánica núm. 6/1985, de 1 de julio. RCL 1985/1578

Ley núm. 57/1968, de 27 de julio. RCL 1968/1335

Ley núm. 50/1980, de 8 de octubre. RCL 1980/2295

Ley núm. 77/1980, de 26 de diciembre. RCL 1981/46

Ley núm. 2/1981, de 25 de marzo. RCL 1981/900

Ley núm. 34/1984, de 6 de agosto. RCL 1984/2040

Ley núm. 24/1984, de 29 de junio. RCL 1984/1752

Ley núm. 26/1984, de 19 de julio. RCL 1984/1906

Ley núm. 26/1988, de 29 de julio. RCL 1988/1656

Ley núm. 2/1994, de 30 de marzo. RCL 1994/999

Ley núm. 7/1995, de 23 de marzo. RCL 1995/979

Ley núm. 65/1997, de 30 de diciembre. RCL 1997/3105

Ley núm. 7/1998, de 13 de abril. RCL 1998/960

Ley núm. 38/1999, de 5 de noviembre. 1999/2799

Ley núm. 1/2000, de 7 de enero. RCL 2000/34

Ley núm. 44/2002, de 22 de noviembre. RCL 2002/2722

Ley núm. 22/2003, de 9 de julio (LC). RCL 2003/1748

Ley núm. 36/2003, de 11 de noviembre. RCL 2003/2651

Ley núm. 3/2004, de 29 de diciembre. RCL 2004/2678

Ley núm. 2/2009, de 31 de marzo. RCL 2009/697

Ley núm. 16/2009, de 13 de noviembre. RCL 2009/2193

Ley núm. 2/2011, de 4 de marzo. RCL 2011/384

Ley núm. 16/2011, de 24 de junio. RCL 2011/1206

Ley núm. 38/2011, de 10 de octubre. RCL 2011/1847

Ley núm. 9/2012, de 14 de noviembre. RCL 2012/1558

Ley núm. 1/2013, de 14 de mayo. RCL 2013/718

Ley núm. 10/2014, de 26 de junio. RCL 2014/884

Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo. RCL 2015/777

Real Decreto Legislativo núm. 1/2007, de 16 de noviembre. RCL 2007/2164

Real Decreto Legislativo núm. 1/2007, de 16 de noviembre, RCL 2007/2164.

Real Decreto-ley núm. 6/2012, de 9 de marzo. RCL 2012/315

Real Decreto-ley núm. 6/2013, de 22 de marzo. RCL 2013/457

Real Decreto núm. 303/2004, de 20 de febrero. RCL 2004/568

Real Decreto núm. 304/2004, de 20 de febrero. RCL 2004/514

Real Decreto núm. 712/2010, de 28 de mayo. RCL 2010/1437

Real Decreto núm. 1559/2012, de 15 de noviembre. RCL 2012/1567

Real Decreto núm. 84/2015, de 13 de febrero. RCL 2015/208

Orden de 27 de octubre de 1962. RCL 1962/2048

Orden de 12 de diciembre de 1989. RCL 1898/2700

Orden de 5 de mayo de 1994. RCL 1994/1322

Orden núm. PRE/1019/2003, de 24 de abril. RCL 2003/1166

Orden núm. ECO/734/2004, de 11 de marzo. RCL 2004/788

Orden núm. EHA/1718/2010, de 11 de junio. RCL 2010/1734

Orden núm. EHA/2899/2011, de 28 de octubre. RCL 2011/1943

Orden núm. ECC/2502/2012, de 16 de noviembre. RCL 2012/1589

Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre. RCL 2010/2650

Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio. RCL 2012/943

ANEXO PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

EL INTERÉS DE DEMORA EN EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS BANCARIOS DE PRÉSTAMO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Cristina Fernández San Miguel

Mayo de 2012

Director: Javier W. Ibáñez Jiménez

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 1
2. ESTADO DEL ARTE.....2
3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....9
4. OBJETIVOS 15
5. METODOLOGÍA 16
6. FUENTES 20
7. SUMARIO 21
8. BIBLIOGRAFÍA ESTUDIADA PARA LA CONFECCIÓN DEL PROYECTO ..24

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ordenamiento español vigente permite sostener reclamaciones de intereses moratorios en sede judicial por parte de las entidades bancarias frente a sus clientes en los contratos de préstamo incumplidos que pueden superar sin límite alguno el importe principal otorgado; dando lugar a un endeudamiento excesivamente oneroso para el usuario bancario, ya que dicha deuda de intereses no permanece estática en el tiempo y su generación puede no ir acompasada a las variaciones del interés de mercado si el tipo pactado es fijo y superior o muy superior a dicho interés de mercado o incluso al interés legal.

Este problema adquiere una nueva dimensión en épocas de crisis económica, porque es insostenible: las entidades financieras procurarán la reclamación agotando todos los mecanismos jurídicos a su alcance, y por su parte, el usuario bancario se verá abocado a estas situaciones, fruto de sus dificultades de pago por motivos económicos. Esto mismo, a su vez, implicará un aumento de la deuda ante la imposibilidad de atender el pago inmediato de todo el importe de préstamo pendiente, que se habrá vuelto exigible por el pacto de vencimiento anticipado para el caso de incumplimiento o por el efecto de la resolución del contrato.

A lo anterior debe añadirse la consideración de que no todas las situaciones descritas llegan a los juzgados y que las entidades bancarias otorgan de *facto* un tratamiento asimétrico a sus clientes, que no se basa en reglas jurídicas, sino en cuestiones de oportunidad o interés comercial; y en general, un tratamiento inequitativo o perjudicial para el patrimonio de los clientes minoristas o sin poder negociador.

Desde un punto de vista normativo, a diferencia de otras materias bancarias (solvencia de las entidades financieras, retribución de los administradores en sociedades cotizadas, teorías del abuso de mercado de capitales…), no hay una regulación exhaustiva y completa del problema planteado. Es necesario formular una teoría sobre los mecanismos legales eficientes para paliar y prevenir los abusos bancarios que se cometen frente a los usuarios.

2. ESTADO DEL ARTE

Existe cierto vacío legal en la regulación de los contratos financieros, que se pactan al amparo de la libertad contractual propia de la legislación liberal[1]. En la doctrina se apunta la inexistencia en nuestro ordenamiento de una regulación sistemática de las deudas pecuniarias[2]. El referente legal con el que contamos son las normas generales de obligaciones y contratos, o a lo sumo, la regulación de determinados contratos generales respecto a los cuales el contrato bancario mantiene una relación de género especie, como es el caso del préstamo mercantil (género), regulado en los artículos 311 a 324 del Código de Comercio, en el que se podría incardinar el préstamo bancario (especie). A su vez, el préstamo mercantil es una especialidad del préstamo civil (artículos 1741 a 1757 del Código Civil)[3].

Las normas contenidas en los Códigos son producto de la situación socio económica de la España decimonónica, y son incompletas. Son artículos referentes para la investigación que se pretende realizar, el artículo 1.108 del Código Civil en cuanto que establece la indemnización de daños y perjuicios por mora en las obligaciones dinerarias y la fija (salvo pacto en contrario) en el pago de los intereses convenidos y en su defecto en el interés legal del dinero; el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la generación *ex lege* de intereses de toda resolución que condene al pago de una cantidad de dinero[4]; el artículo 1173 del Código Civil que establece que si una deuda genera intereses los pagos deben imputarse primero a estos; el artículo 318 del Código de Comercio, cuyo primer párrafo establece la extinción de la obligación de intereses en los préstamos mercantiles, si el acreedor recibe el capital sin reservárselos, regla igualmente contenida en el artículo 1110 del Código Civil[5]; y el segundo párrafo del artículo 318, que establece que si no se ha realizado una imputación expresa, las entregas a cuenta se imputarán en primer término al pago de intereses, regla especial

[1] GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, página 13.

[2] ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, página 11.

[3] BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y CUÑAT EDO, V.: *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, página 34.

[4] El artículo 576 LEC es heredero del artículo 921 *bis* de la antigua LEC de 1.881.

[5] La jurisprudencia es reacia a admitir una extinción de intereses por recibo del capital (*vid* Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1989, que no extingue la obligación de pago de intereses porque entiende que para ello el acreedor debe recibir el importe principal completo). En la doctrina, hay quien apunta como un supuesto en el que sí puede entenderse que el acreedor se reserva expresamente el derecho a cobrar intereses por recibo de capital, y por lo tanto no opera la regla contenida en los artículos 318 CCom y 1110 CC, el pacto de comisión por cancelación anticipada (cfr. DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M.: "Contratación bancaria", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Tratado de contratos*, tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, página 5061). Es decir, pactar una comisión para el supuesto de que el deudor cancele anticipadamente el préstamo porque pague anticipadamente todo el capital pendiente, implica por una parte que los intereses futuros no tienen sentido porque no hay capital pendiente, y por otra, que el acreedor no obstante se ha reservado el derecho a cobrar intereses aún habiendo percibido el capital porque lo ha pactado expresamente y esos intereses reservados serán la comisión por cancelación anticipada.

para los préstamos mercantiles con respecto a lo dispuesto en el antes referido artículo 1173 del Código Civil[6].

Doctrina y jurisprudencia han mostrado diferentes interpretaciones, existiendo posiciones muy diversas acerca de: la propia tipología de intereses (retributivos, correspectivos, moratorios sustantivos y procesales, etc), la finalidad y naturaleza de cada uno de ellos (indemnizatorios, penales, coercitivos…), la posibilidad de considerar los intereses retributivos como intereses moratorios, la relación y compatibilidad o no entre intereses moratorios ordinarios e intereses procesales, y el alcance del pacto entre las partes en relación con las disposiciones legales (artículos 1108 CC, 576 LEC y actualmente Ley 3/2004 que establecen por ley un tipo a aplicar[7]).

A esta disparidad de criterios se une la consideración de que, a falta de disposición específica en el ámbito procesal, rige el artículo 1173CC y el 318 CCom según los cuales si una deuda genera intereses, los pagos deben imputarse a ellos en primer lugar. Aplicar esta regla a la fase judicial implica la posibilidad de no terminar nunca de pagar una deuda, aún cuando se hagan pagos parciales, porque se estará "tapando" un agujero que se vuelve a abrir. Es preciso hacer un análisis jurídico-económico valorando la finalidad del proceso, de los intereses de demora, de los intereses de las partes y de los costes que conlleva para llegar a una solución eficiente[8]. En relación a la imputación de pagos al principal y no a los intereses, como vía para reducir el montante reclamado por las entidades financieras[9], se encuentran diversas soluciones dadas por nuestros tribunales. El Tribunal Supremo en sentencias de 25 de Junio de 1999 y 24 de Octubre de 1994, imputa los pagos realizados en primer lugar a los intereses adeudados, en aplicación del artículo 1173 del Código Civil, porque "lo contrario supondría convertir por la sola voluntad del deudor una deuda que produce intereses en una simple, en claro perjuicio del acreedor". Por ello hay que tener en cuenta: 1. Si hay o no imputación expresa de pagos; 2. Quién realiza esa imputación (deudor, acreedor, juzgado); 3. Si hay oposición a esa imputación. Por lo general, las resoluciones mantienen el criterio de

[6] La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de reforma del Código Civil, establece un nuevo artículo 1.164 en la misma línea de imputación de pagos.

[7] La tradicional discusión en cuanto a la relación de compatibilidad o de exclusión que pueda existir entre los tipos fijados en los artículos 1108 CC y 576 LEC se ha visto incrementada con la aparición de la ley 3/2004, que establece tipos de demora que han sido considerados tipos especiales previstos en el artículo 576 LEC, y por lo tanto aplicables con preferencia, pero no es pacífica esta posición (*vid*. PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas: Ley 3-2004 y directiva 2000-35*, Civitas, Madrid, 2006, págs 230 y ss.).

[8] Como apunta Ibáñez Jiménez, un análisis económico del derecho es especialmente útil cuando se mide la eficiencia de privilegios tradicionales, arraigados en el ordenamiento, que resultan consustanciales al funcionamiento del sistema económico o de la economía de mercado y que, durante largos periodos y en muchos ordenamientos pertenecientes incluso a sistemas jurídicos contrapuestos -así, angloamericano y latino continental - permanecen invariables y prevalecen como fuente de obligaciones para amplios colectivos. En este terreno se puede recordar el privilegio fiduciario o de la multiplicación del dinero bancario en circulación merced al mecanismo de préstamo y crédito combinado (cfr. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis económico del derecho*, Bosch editor, Barcelona, 2.011, págs. 130 y 131). Es preciso determinar si esta multiplicación de dinero debe continuar en fase judicial, en qué medida, con qué límites, si la causa es la misma que en el contrato de préstamo, etc.

[9] Es evidente que el cálculo de intereses disminuirá si el multiplicando "capital" de la fórmula: intereses = capital * rédito * tiempo, es cada vez menor, y esta reducción de capital se produce si cada pago es imputado al principal o capital.

admitir la imputación que realice el deudor (o el propio juzgado) pero sólo si el acreedor no ha manifestado oposición[10]. Sin embargo, incluso una imputación de pagos realizada al principal reclamado, puede no erradicar el problema planteado porque la cantidad reclamada sea todavía desorbitada.

El problema apuntado ha intentado ser resuelto mediante la aplicación de la Ley de Usura[11].Si atendemos a las interpretaciones que la jurisprudencia ha otorgado a la consideración de interés usurario como aquel "interés notablemente superior al normal del dinero" que establece la Ley de Represión de la Usura, nos encontramos con soluciones contradictorias. Por una parte encontramos sentencias que consideran usurario o exagerados los siguientes tipos de interés: numerosas sentencias desde el 30 de Enero de 1.917 al 7 de Marzo de 1.959 apuntan como regla general para considerar un interés usurario el que sea algo superior al legal y concretamente el 8% anual; la STS de 19 de Octubre de 1.948 considera usurario en determinadas circunstancias el 10% anual; las SSTS de 13 de Noviembre de 1.916 y 18 de Junio de 1.945 señalan como usurario el 12% anual; la STS de 7 de Febrero de 1.989 considera que un interés pactado del 28% es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista; la STS de 7 de Mayo de 2.002 considera usurario un interés pactado del 29% cuando el básico del Banco de España era del 10%. Por otra parte, nos encontramos con sentencias que consideran lícitos los siguientes tipos de interés: el 21% en un préstamo bancario con intereses moratorios del 24,25% (STS de 7 de Febrero de 1.990); el 21,55% en préstamo bancario (STS de 12 de Julio de 1.990) y del 19,50 al 26% en sucesivos préstamos bancarios (STS de 18 de Febrero de 1.991)[12].

No es pacífico que esta solución contenida en la Ley de Usura sea aplicable a los intereses moratorios[13] y en todo caso entiendo insuficiente para erradicar el problema,

[10] Las sentencias (SAP Valencia de 19 de Junio de 2.007, SAP de Madrid de 5 de Abril de 2.005, SAP de Murcia de 14 de Abril de 2.005) y autos dictados por las Audiencias (de Murcia de 19 de Septiembre de 2006, de Zaragoza de 19 de octubre de 2006, de Castellón de 14 de Noviembre de 2007, Valencia de 19 de Junio de 2007, Murcia 14 Abril de 2005) entienden que la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 1173 del Código Civil es la misma que para préstamos mercantiles establece el artículo 318 CCom. Esta regla opera para el caso de que no haya imputación expresa, o habiéndola y siendo contraria a ella (que es la que hará el deudor y a veces ha realizado el propio juzgado, imputando los pagos al principal) no hay rechazo por el acreedor.

[11] Ley de represión de la usura de 23 de Julio de 1908.

[12] MARTÍNEZ ESPÍN, P: *Usura rampante y mentiras en los préstamos.com ¿Quién gobierna esta selva?*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, disponible en: www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-10.pdf, última consulta: 05-01-2012.

[13] Estas discrepancias doctrinales acerca de la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios son puestas de manifiesto por ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…*, ob. cit., página 18, para quien sí es de aplicación la referida ley a los intereses moratorios, porque la Ley de Azcárate no distingue entre tipos de intereses; la finalidad de la ley es excluir cualquier tipo de fraude; porque hay posiciones doctrinales que sostienen que el pacto de intereses retributivos es extensible al momento en el que el deudor incurre en mora y por lo tanto es aplicable el mismo tipo de interés tanto antes como después de la mora (equiparando interés retributivo y de demora) y porque en definitiva sería absurdo no valerse de las disposiciones que otorga esta Ley. Hay quienes no entienden aplicable la Ley de Usura a los intereses moratorios porque no son un elemento esencial del contrato (UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa*, pág. 16, disponible en: www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2003/6-2003-1.pdf, última consulta 05-02-2012).

puesto que nuestros tribunales, atendiendo a la casuística, declaran no ser usurarios tipos de interés del 26 %, pero no se tiene en cuenta otro factor en el cálculo del interés, que es el tiempo transcurrido y que puede arrojar un resultado final desorbitado. La Ley de la Usura opera en el momento de la contratación, pero el carácter usurario de los intereses puede provenir del propio proceso judicial. Aunque el tipo de interés se considerase no usurario, el resultado final podría serlo si el factor tiempo es el que hace aumentar el resultado de los intereses. Esto ocurrirá con mayor facilidad si ya partimos de un tipo de interés elevado. El contrato de préstamo es determinado en el tiempo, pero el proceso ejecutivo no caduca hasta la completa satisfacción del acreedor (pago)[14]. Es decir, que mientras no se produzca el pago completo, el tiempo que transcurra genera intereses de una forma indefinida.

Tampoco es pacífica la consideración de los intereses de demora como cláusula penal, y por lo tanto aplicable la facultad moderadora de los jueces en virtud del artículo 1.154 CC[15]. Hoy día nuestro Derecho permite la reclamación simultánea de la pena y de la obligación principal. Se podría aplicar la moderación de la cláusula penal por parte de los jueces al amparo del artículo 1154 CC, pero dicha solución es sólo una facultad, y no es unánime la aceptación de esta consideración. Uno de los argumentos en contra de la aplicación de dicho artículo sostiene que esa facultad está prevista para los casos en los que se ha pactado una cláusula penal por incumplimiento total, y se ha producido un incumplimiento parcial. Entonces se necesita moderar la pena para adecuarla a la entidad del incumplimiento. Pero en el pacto de intereses moratorios ya está incluida la adecuación al grado de incumplimiento realmente producido, pues se calculan en función del capital debido en el momento del incumplimiento. Pero el problema apuntado no queda resuelto: aún así la deuda puede resultar desorbitada. No obstante, de la eventual constatación en la investigación que se pretende realizar de la naturaleza punitiva de los intereses de demora, se desprenderían consecuencias jurídicas como la aplicación de las garantías penales, debiendo resolverse cómo operarían en el ámbito privado o si el hecho de nacer los intereses de demora en el ámbito judicial implica encontrarnos en una esfera de lo público.

Se ha planteado alguna solución por la doctrina, como la aplicación de las normas del derecho de consumo a los supuestos de intereses moratorios excesivos, si bien esta solución deja la puerta abierta a juzgados y tribunales para entender en cada caso la existencia o no de cláusulas abusivas y no será aplicable a los supuestos en los que no sea de aplicación el derecho de consumo (relaciones entre particulares o cuando una de las partes no sea consumidor)[16].

---

[14] El artículo 570 LEC establece que la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante.

[15] ORDÁS ALONSO, M.: *El interés…* ob. cit., páginas 38 y 39 expone estas diferencias doctrinales. Añoveros Trías De Bes (cfr. AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: "El préstamo bancario", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las operaciones bancarias de activo*, tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2007, página 67) entiende que los intereses de demora convencionales o pactados podrán ser susceptibles de moderación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, pero (citando a Rodríguez Espejo) no les debiera ser de aplicación le Ley de Usura. El Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Mayo de 2002 sí entiende aplicable la Ley de Usura para los intereses moratorios, si bien en sentencias anteriores ha mantenido la tesis contraria, considerándolos cláusula penal.

[16] UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Los intereses…* ob. cit., páginas 16 y ss.

La consideración de los intereses de demora como determinación de los daños y perjuicios ocasionados por la mora ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar un importe superior si prueba el mayor daño. Sin embargo, parece que no se ha planteado la posibilidad de disminuir la deuda reclamada si se prueba un menor daño por el deudor. Para esto previamente será necesario el estudio de cuándo puede entenderse que hay un daño inferior al determinado por el tipo de interés pactado. Parece que un interés pactado muy superior al interés legal podría justificarlo, pero previamente se deben determinar la naturaleza y finalidad de los intereses de demora. No obstante, tampoco queda claro que incluso la prueba de este menor daño pueda solucionar el problema apuntado porque se trataría de una carga procesal para el ejecutado endeudado y no de una solución de aplicación directa.

El instituto de la prescripción podría concebirse como solución, pero no es definitiva porque puede ser burlado fácilmente por la entidad bancaria, interrumpiendo la misma. No obstante, es preciso delimitar qué acción se ejercita en cuanto a la reclamación de intereses (una vez obtenida la naturaleza y finalidad de los mismos –sancionadores, indemnización de daños y perjuicios, accesorios, alternativos, acumulativos, etc), lo que nos indicará qué prescripción se aplica y con ello tener un criterio a utilizar en la búsqueda de una solución al problema planteado[17].

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* tampoco solucionaría el problema, porque de entrada se trata de una interpretación jurisprudencial, que exige una serie de requisitos para su apreciación, que pudieran entenderse no aplicables por un juez, en un caso similar a otro en el que otro juzgado entendería que sí es aplicable[18]. Y desde un punto de vista teórico, en el momento en el que se firma el contrato y se establece una determinada cláusula de tipos de interés de demora (o retributivos si se entiende que son estos los que luego se exigirán sin solución de continuidad tras la mora), regían los principios que venimos apuntando de exigibilidad de un interés de demora desde que se dicte una resolución (576 LEC y Ley 3/2004), no caducidad del procedimiento ejecutivo, que terminará sólo con la completa satisfacción del acreedor e imputación de los pagos que se vayan realizando al interés, como criterio establecido por los artículos 1173 CC y 318 CCom (y seguramente también por el propio contrato de préstamo). Eso no variará aún cuando se entienda que a lo largo de la vida del contrato hayan variado sustancialmente otras condiciones como el tipo de interés establecido, con relación al usual del mercado en ese período posterior. Y por lo tanto no se erradicaría el problema.

La posibilidad de pacto de intereses moratorios procesales, está prevista en el artículo 576 LEC junto a la obligación de pago de los intereses que correspondan "por disposición especial de la ley", entre cuyos supuestos se encuentra lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. Recientes publicaciones sobre dicha materia aseguradora, apuntan que el perjuicio moratorio es un lucro cesante y no un

[17] Si se llegara a una solución en fase judicial, cabría la posibilidad de no erradicar el problema en fase extrajudicial, si la entidad bancaria pudiera esperar a reclamar el importe habiendo conseguido que se elevara la deuda por intereses de demora sustantivos o extrajudiciales. Para esto serviría el estudio de la prescripción de la acción, que permitiría realizar un cálculo y obtener conclusiones.

[18] La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, de reforma del Código Civil, incluye un nuevo artículo 1.213, que recoge por primera vez esta doctrina jurisprudencial.

daño emergente[19]. Esta tesis y el tratamiento que se dé a dicha regulación, ha de tenerse en cuenta ante una posible aplicación a nuestro objeto de estudio.

Haciendo un análisis comparado del problema en otras ramas de nuestro propio ordenamiento (Derecho Administrativo, Derecho Fiscal, Derecho de la Seguridad Social…), podemos observar la existencia de disposiciones que se refieren a los intereses moratorios[20], pero ni su regulación, ni finalidad son coincidentes, por lo que esta dispersión normativa y de criterio pone de manifiesto la necesidad de deslindar nuestro objeto de estudio allá donde sea diferente y de contemplar en la investigación esas otras regulaciones.

La actual problemática sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios masivos por falta de pago, ha tenido alguna respuesta judicial a favor de los deudores-ejecutados, pero ni su fundamentación jurídica es unánimemente aceptada[21], ni sus concretas circunstancias hacen extrapolable la solución dada al caso concreto a otros[22]. No obstante, se ha producido una importante reforma legislativa que, entre otras modificaciones, ha variado el porcentaje del valor de tasación por el que puede adjudicarse el bien el acreedor, del 50 al 70%[23]. Este problema guarda estrecha relación con el objeto de estudio: las miles de personas afectadas por el problema de la ejecución hipotecaria, probablemente se enfrenten en un futuro no muy lejano al problema que se apunta en esta investigación. Por ello la constatación de ese otro problema es un indicador de la necesidad de dar una solución a la regulación de los intereses moratorios y a frenar las situaciones de abusos bancarios a que pueden dar lugar[24].

---

[19] MEDINA CRESPO, M.: *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, editorial Bosch, Barcelona, 2.010, página 44. El autor, frente a la tradicional distinción entre el importe por crédito resarcitorio y el importe en concepto de perjuicio moratorio que conforman las cantidades a abonar al perjudicado en la Responsabilidad Civil, sostiene que ambos conceptos hoy día ya no son independientes, sino que se superponen, entendiendo que la función valorista (actualización de un importe) está ínsita tanto en el crédito resarcitorio como en los intereses moratorios.

[20] Por citar algunos ejemplos: en materia de Seguridad Social, la Orden TAS/1562/2005 de 25 de Mayo; en fiscalidad, Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera que establecen el tipo legal de interés de demora**;** en materia de Hacienda y Finanzas, el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

[21] Comentarios a la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2.010, apuntan que jurídicamente es insostenible determinar que no procede continuar la ejecución por la diferencia entre las cantidades reclamadas y el producto que se obtuvo por la subasta de la vivienda hipotecada, sin declarar la extinción de la deuda, y que no puede ser fundamento jurídico indicar genéricamente que la crisis que padecemos es en parte imputable, aún indirectamente a la entidad ejecutante (*vid.* HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: "Ejecución hipotecaria y dación en pago", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, páginas 247 a 269).

[22] Uno de los fundamentos por los que la sentencia citada de la Audiencia de Navarra determinó la no continuación de la ejecución fue por la inexistencia en autos de otro valor del inmueble que justificara su depreciación. Este hecho es fácilmente salvable en otros procedimientos aportando una tasación actualizada.

[23] Artículo 670 LEC modificado por RD Ley 8/2011 de 1 de Julio que modifica varios preceptos de la LEC.

[24] Un común denominador en ambos problemas es la existencia de pacto privado en sede de ejecución judicial, situación que debe advertirse en la investigación.

La falta de regulación sistemática en la materia hace que la jurisprudencia tenga un papel destacado, bien modificando o dando el visto bueno a los pactos, bien dinamizando las normas existentes. En este sentido, si bien es cierto que hay disparidad de pronunciamientos judiciales, las últimas resoluciones apuntan a una tendencia defensora del usuario bancario y moderadora de los tipos de interés reclamados en fase ejecutiva, al amparo del desarrollo del derecho de consumo por impulso de la normativa comunitaria, o bien declarando nulas las cláusulas que limitan desproporcionadamente al alza y a la baja el tipo de interés[25]. Pero para ello todavía no hay una norma o regulación imperativa, sino que nuestros jueces tienen la facultad de poder servirse de normas que permitan esa interpretación[26].

[25] Sentencia de 2 de Febrero de 2.012 del juzgado de lo mercantil número 2 d Palma de Mallorca.

[26] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1, de 13 de Abril de 2.011, referencia LA LEY 51659/2011

3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se centra en el estudio de los remedios que corresponde aplicar a jueces, legisladores y doctrina para paliar los efectos adversos causados a la clientela y a la confianza depositada en las instituciones por las situaciones de abusos bancarios que pueden derivar del pacto de intereses en el contrato de préstamo bancario. Esta materia se incardina básicamente en la rama del Derecho Mercantil (la jurisprudencia ha considerado que todos los préstamos bancarios, incluidos los de consumo, son mercantiles por constituir operaciones de banca[27]). No obstante, el problema planteado afecta a diversas ramas jurídicas (Derecho Constitucional, Civil, Concursal, Procesal, Penal) e incluso extrajurídicas (económicas y éticas) que requerirán de su investigación para poder alcanzar una propuesta desde una visión de conjunto que pueda resolver los problemas que se plantean en cada una de ellas.

Como se ha expuesto anteriormente, la deficiente regulación de los contratos bancarios y la falta de control de dichas normas en su aplicación, hace que las entidades financieras tengan una mayor facilidad para imponer cláusulas perjudiciales para el usuario bancario, incluso aunque *a priori* no parecieran como desventajosas. Hay que tener en cuenta que estamos ante contratos de adhesión sujetos a condiciones generales de la contratación, lo que evidencia la necesidad de protección de la parte más débil[28], entre otros mecanismos alternativos mediante la propuesta de normas sectoriales que complementen el sistema de control de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales, y en particular, circulares o propuestas legislativas que frenen las situaciones de abuso bancario[29]. Se trata de velar por el equilibrio de las prestaciones cuando la buena fe que debe presidir el tráfico mercantil queda en entredicho.

La posibilidad de pacto de intereses que prevén los artículos 1108 CC y 576 LEC (y actualmente la ley 3/2004) necesita de estudio y armonización con el resto del ordenamiento, ante la disparidad de pronunciamientos judiciales, diferencias en la doctrina, y sobre todo, consecuencias gravosas para los prestatarios. En el apartado

[27] ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Derecho del mercado financiero*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, página 632. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1944, SAP Barcelona de 5 de Mayo de 1995, SAP Santa Cruz de Tenerife de 5 de Julio de 1995 y RDGRN de 1 de Febrero de 1980.

[28] Las entidades financieras niegan la condición de condiciones generales de la contratación de las disposiciones contractuales relativas al pacto de interés, porque esgrimen que han sido negociadas (Sentencia de 2 de febrero de 2.012 del juzgado mercantil nº 2 de Palma de Mallorca).

[29] La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de Octubre de 2.011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios es un instrumento orientado a exigir a las entidades que aporten una información más amplia y explicada a sus clientes, si bien se observan serias deficiencias que no lo hacen eficaz frente al problema objeto de esta investigación: su art. 7, referente a la información contractual que debe facilitar la entidad financiera, no incluye específicamente la referencia a intereses por demora. Sí se incluye un apartado relativo a las consecuencias del incumplimiento, pero es tan genérico que no es suficiente, porque se debería mencionar expresamente el riesgo del devengo de intereses moratorios, su cuantía (haciendo aquí especial mención al vencimiento anticipado y sus consecuencias), su imputación y la posibilidad de que ante el impago, aumente el importe debido por el transcurso de los años, etc. Los artículos 26 a 28 de dicha orden se encuentran en la sección rubricada "tipos de interés", si bien no se hace la más mínima mención al caso en el que los tipos de interés sean fijos ni a la categoría de tipos de intereses de demora.

precedente se han expuesto diversas instituciones jurídicas que intentan solucionar el problema y sus deficiencias para hacerlo. Tal estado del arte justifica la necesidad de la investigación, partiendo de esas carencias para llegar a una solución completa.

Se ha tomado como objeto de estudio el concreto contrato de préstamo, porque partiendo de su estructura y funcionamiento se puede extrapolar a la situación ejecutiva en general (esto es, ante la reclamación de cualquier deuda dineraria no únicamente la proveniente de un contrato de préstamo; por ejemplo, apertura de crédito o cualquier operación bancaria activa), en la que igualmente se reclama una deuda dineraria a la que se aplica un tipo de interés de demora. Pero las diferencias entre ambas situaciones deberán tener consecuencias jurídicas diferentes. Las entidades financieras siempre suelen pactar un tipo de interés de demora en ese tipo de contratos, y utilizarán la vía judicial para reclamar sus derechos, por ello el incumplimiento en el contrato de préstamo es un supuesto en el que se daría el problema apuntado.

Las instituciones jurídicas existentes no eliminan la posibilidad de que una entidad financiera pueda legítimamente reclamar en concepto de intereses de demora una cantidad que puede ser cuatro veces superior al importe principal concedido en préstamo (sin entrar a considerar la situación económica y personal del prestatario durante el calvario que supone estar indefinidamente ligado a una prestación en aumento). Procesalmente, los contratos bancarios (como es el de préstamo) gozan de ejecutividad al estar incorporados a una póliza intervenida por fedatario público[30]. En el procedimiento ejecutivo rige el principio de no caducidad del mismo, por lo tanto, las entidades financieras cuentan con mecanismos jurídicos que les permiten estar en una situación de protección.

La investigación supera el plano de lo privado, porque, aún cuando pueda ser compelido el deudor, mediante la estipulación de una alta tasa de interés, al cumplimiento puntual de la resolución judicial, y ello provenga de un acuerdo entre particulares, este supuesto no encaja propiamente en el ámbito de la cláusula penal al tratarse no tanto del cumplimiento de una obligación, cuanto de la ejecución de una resolución judicial[31]. Es preciso determinar qué reglas y garantías deben cumplirse en sede de ejecución de forma que no se altere el resto de valores constitucionales tales como el derecho a la propiedad o el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas. La investigación debe abordar el planteamiento de la incidencia, conveniencia y legitimidad de que se deje en manos de los particulares (en el fondo, en manos de las entidades financieras, si se tiene en cuenta el carácter de cláusula insertada en un contrato de adhesión) determinar una sanción por el incumplimiento de una resolución judicial. Y si es así, si existe algún tipo de limitación. Obsérvese por ejemplo, que la ley, tanto el artículo 1.108CC como el 576 LEC y como posteriormente lo hace la Ley 3/2007, cuando no existe pacto de particulares establecen que se aplicará un interés y lo refieren al interés legal (únicamente o incrementado en equis puntos). Es decir, en todo caso acompasado a la línea que sigan los intereses legales.

Hay que determinar qué sentido tiene dejar la puerta abierta al riesgo de que el prestatario se obligue al pago de un interés muy superior al que resulte del devenir

[30] Artículo 517 LEC.; cf. derogado 1435 LEC para el caso de las pólizas de crédito intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado.

[31] BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Dykinson, Madrid, 1996, página 98.

económico estableciendo un tipo de interés fijo como interés de demora, cuando se trata de dar cumplimiento a una resolución (no se trata de pactar un contrato entre particulares para un determinado negocio, ni de intervenir en el arriesgado mundo del mercado de valores, ni del riesgo que implica una operación empresarial). Una vez que interviene el poder judicial, como expresión coactiva del Estado para imponer la aplicación del Derecho (utilizando para ello los mecanismos ya coactivos que son la ejecución forzosa, el embargo, el procedimiento de apremio, la subasta, la anotación de embargo en los registros públicos, oficios de mandamiento de pago dirigidos a entidades financieras, haciendas, etc…) el escenario no puede ser el mismo (o incluso mucho más ventajoso para la parte "fuerte") que en la fase extrajudicial en la que el acreedor no contaba con todos estos medios o no puede tener una coacción extra que no se ajuste a lo necesario[32].

El contrato de préstamo bancario, concebido como temporal, con sus períodos e importes de pago determinados, no puede convertirse en sede judicial en nuevo contrato de préstamo a tiempo indefinido. Aún cuando el interés generado fuera el mismo que se aplicaba en la vida ordinaria del préstamo, éste ya sería superior al que percibiría un depositante de dinero porque las entidades conceden préstamos a intereses superiores a los que remuneran sus operaciones de pasivo. Por ello es preciso determinar la naturaleza de los intereses de demora, la finalidad de los mismos, el alcance del pacto privado en la esfera pública cual es el cumplimiento de una resolución, los intereses en juego, etc.

Una de las últimas sentencias dictadas en la materia, ya apunta que "la legislación cada vez pretende una mayor tutela de los consumidores, (…) pero ninguna de las normas existentes pone algún límite a la clase de intereses que nos ocupan, los moratorios"[33]. La sentencia enjuiciaba un supuesto de liquidación de intereses de demora del 18%, pactados en una época en la que el interés legal del dinero era del 4,25%. La sentencia falla acordando que se vuelva a realizar la liquidación limitando el interés a 2,5 veces el legal del dinero (entonces, 10,62%).

En las revistas especializadas también se alzan voces clamando por la necesidad de limitar la responsabilidad de los deudores que resulten capaces de generar nuevos ingresos: se apuntan como soluciones, la ampliación de la posibilidad de rehabilitar el préstamo sin hacer frente a intereses moratorios o costos judiciales desmesurados; la ampliación de los límites de la inejecutabilidad posterior, implantación de un proceso extrajudicial eficaz. Sugiere la reforma de la Ley Concursal, donde se prevea la posibilidad de extinguir en un determinado plazo, la responsabilidad personal del deudor. Apunta la situación del *"sobreendeudado"* quien, acorde al sistema normativo vigente, está condenado a perder su vivienda (para los préstamos hipotecarios) y a estar indefinida e infinitamente encadenado a su prestamista. Y esta situación sólo terminará

[32] En el plano de lo público conviene tener presente que el estado de crisis ha llevado nada menos que a realizar una reforma constitucional en nuestro ordenamiento, en torno al artículo 135 de nuestra Constitución (publicada en el BOE de 27 de Septiembre de 2.011), para garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, ante la actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis.

[33] Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1, de 13 de Abril de 2.011, referencia LA LEY 51659/2011.

con su óbito, si sus herederos rechazan su herencia o la aceptan a beneficio de inventario[34].

En la doctrina se recuerdan las situaciones de crisis financieras de 1929 y 1992, apuntando como causas la expansión artificial del crédito, que no se vio soportada por un aumento paralelo del ahorro voluntario[35]. En la misma sintonía y tratando la actual crisis propone soluciones tendentes a incrementar la renta disponible de los agentes económicos fuertemente endeudados que necesitan devolver sus préstamos. Esta idea enlaza con el planteamiento de la presente investigación: no se trata de permitir el incumplimiento de pago de un préstamo, sino que el pago del mismo pueda producirse sin que se produzca un desequilibrio desorbitado entre las prestaciones y sin quebrantar otros intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

En el sentido expuesto, los medios nos informan de resoluciones innovadoras que conviven con otras del signo opuesto en problemas jurídicos relacionados con el objeto de la presente investigación. Así, en Enero de 2.011 se publicaba la noticia de la aparición de una sentencia innovadora en Navarra, a favor de la dación en pago como forma de extinción de deuda hipotecaria entre un particular que adquiría su vivienda y el banco que actuaba como prestamista[36]. El problema radicaba en que la entidad financiera, una vez que se había adjudicado la vivienda en subasta, continuaba reclamando la deuda por el importe diferencial entre la deuda reclamada judicialmente y el valor de adjudicación en subasta del bien hipotecado. El valor de esta adjudicación rondaba el 50% del importe reclamado. La sentencia entiende que el valor real de la vivienda supera el precio de adjudicación en subasta del inmueble hipotecado, teniendo en cuenta que la tasación del inmueble la realizó la propia entidad financiera cuando hipotecó el bien. Por ello la sentencia entiende que el banco no puede reclamar el diferencial entre la deuda y el valor de adjudicación en subasta del bien, sino que con la adjudicación del inmueble la deuda se extingue.

En el mismo sentido nos indican los medios que se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Girona, apoyando la dación en pago como forma de cumplir la deuda hipotecaria con una entidad financiera, sin que se pueda reclamar el diferencial entre la deuda y el valor del bien adjudicado en subasta[37].

No obstante, estas resoluciones judiciales no tienen un respaldo unánime, pues constituyen la excepción, y de hecho resoluciones posteriores emitidas por el mismo órgano (Audiencia Provincial de Navarra) contradicen el anterior fallo, porque

---

[34] GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Inconsistencia jurídica y económica de la dación en pago ante ejecuciones hipotecarias: la necesaria búsqueda de medidas alternativas", en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 67, junio 2011, páginas 28 a 31.

[35] HUERTA DE SOTO, J.: *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 4ª ed., Unión Editorial, Madrid, 2009, página IX del prefacio a la cuarta edición. En esta obra el autor propone un orden financiero mundial basado en el coeficiente de caja de los bancos del 100 por 100 (en defensa del tradicional principio de propiedad privada), eliminación de los bancos centrales como prestamistas de última instancia al resto de entidades financieras y vuelta al sistema del patrón oro clásico.

[36] http://www.idealista.com/news/archivo/2011/01/26/0293563-un-juez-impide-a-un-banco-reclamar-mas-dinero-al-deudor-tras-quedarse-con-la-casa, última consulta: 03-12-2011.

[37] http://www.idealista.com/news/archivo/2011/10/07/0354177-nueva-sentencia-a-favor-de-la-dacion-en-pago-esta-vez-desde-la-audiencia-de-girona, última consulta: 03-12-2011.

entienden que tal y como está la legislación, es posible reclamar al deudor, quien responde, con todos sus bienes presentes y futuros. No es el juez el que tiene que suplir la labor del legislador, sino aplicar la ley vigente[38].

A nivel social, miles de personas se agrupan en asociaciones y plataformas en reclamación de reformas legales que contemplen la dación en pago como forma de terminación de una deuda hipotecaria ante la adjudicación de la vivienda por la entidad prestamista, teniendo de fondo el derecho constitucional a una vivienda digna. Así se recoge en la noticia de 25 de Septiembre de 2.011, sobre movimientos, entre otros, de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH). Este problema no es el objeto central de la investigación, pero está plenamente relacionado con él, por ello justifica la investigación en la medida en la que la búsqueda de una solución al problema planteado incide en esta otra problemática jurídica y social.[39]

En definitiva, la investigación pretende dar solución a un problema constatado en resoluciones judiciales, y posible según la normativa vigente. Se trata de avanzar el estado del arte y sobre todo de poner en contacto a las distintas facetas del Derecho implicadas (incluso materias extrajurídicas) para llegar a una solución eficiente y acorde con los valores de nuestro ordenamiento (artículo 1 Constitución española: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político). Es un problema que enlaza con la realidad social actual, que parece que repite episodios pasados[40].

En la investigación también se quiere tomar como referencia el tratamiento de la situación por otros ordenamientos jurídicos (especialmente de tipo anglosajón, como es EEUU) y la situación a nivel comunitario, teniendo en cuenta la tendencia hacia un sistema financiero cada vez más armonizado en la UE así como el actual acercamiento en el Derecho Privado a través de los intentos de regulación comunitaria de los contratos[41]. Los últimos instrumentos comunitarios en materia de Derecho contractual

---

[38] http://www.idealista.com/news/archivo/2011/02/09/0298358-la-audiencia-de-navarra-se-desdice-la-entrega-de-la-casa-no-cancela-la-hipoteca, última consulta: 15-12-2011.

[39] http://www.lavanguardia.com/vida/20110925/54221210861/decenas-de-ciudades-se-manifiestan-para-pedir-la-dacion-en-pago.html, última consulta: 15-12-2011.

[40] Los datos muestran que la morosidad de 1996 volvió a alcanzar esos niveles en octubre de 2010, registrándose una morosidad del 5.66% (www.prestamospersonales.net/articulo/tag/morosidad, última consulta: 10-02-2012). Es necesaria una teoría del abuso bancario, inexistente a día de hoy, a diferencia de las teorías sobre el abuso del mercado. Apuntando a otros problemas bancarios actuales, como es el caso de la masiva reclamación de usuarios por nulidad de contratos de swap, el sustrato de este problema puede darnos la pauta para justificar aún más el estudio que se propone, porque las entidades han abusado de los clientes cobrándoles comisiones encubiertas (que se obtienen por una diferencia porcentual entre el tipo pactado y el usual de mercado). Si esta existencia de comisiones encubiertas es reprochable, y tiene entidad económica para ser analizada, mucho más, como es el caso objeto de estudio, si estamos hablando de diferencias de tipos en puntos enteros y a lo largo de períodos anuales. Y por otra parte, la esencia de los contratos de swap fue encubrir una financiación a tipo de interés fijo, pero sin llevarse a efecto en el propio contrato de financiación, sino de una forma en la que se trasladaba el riesgo al usuario.

[41] Para algunos autores, este acercamiento del Derecho Privado es el paso previo necesario para lograr una integración completa en el plano público, es el preámbulo necesario para lograr una Constitución Europea (*vid.* COLLINS, H.: "The European Economic Constitution and the Constitucional Dimension of Private Law", en *European Review of Contract Law*, vol. 5, no. 2, 2009, págs. 71 a 94). El desarrollo de la propia investigación indicará si es tiempo y lugar para revisar el propio contrato social propugnado por Rousseau Locke y Hobbes. O quizá la aplicación de los postulados de la investigación a los problemas que se plantean en relación a la deuda externa de los países.

europeo son: la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de Diciembre de 2.007, sobre el Derecho Contractual Europeo[42] y el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*. Hoy día no existe un instrumento europeo sustantivo, si bien los anteriores documentos dejan apuntado el objetivo de crear reglamentos o directivas en tal dirección. El objeto de esta investigación es aún más pretencioso, puesto que además sería necesario un instrumento equiparable a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, a nivel europeo. Además de las anteriores normas comunitarias, y como efecto de la situación de crisis, se están dictando otros instrumentos para intentar paliar los efectos de la falta de liquidez y la morosidad[43].

Esta investigación pretende aportar el conocimiento para dar una solución al problema planteado, que difícilmente podrá ser atendido por los usuarios bancarios que lo padecen: bien por falta de medios y conocimiento, bien porque no les sea rentable económicamente una reclamación o defensa legal.

---

[42] (DO C 323E de 18.12.2008).

[43] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "La dimensión ética y social de las instituciones financieras europeas" (DOCE de 30.4.2009) y la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de Febrero de 2.011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

4. OBJETIVOS

Se plantean como objetivos de la investigación la propuesta de soluciones frente a los abusos bancarios derivados del problema planteado.

Estas soluciones podrán consistir bien en una interpretación de conjunto del ordenamiento jurídico analizando todas las ramas afectadas, o bien en la propuesta de reformas legales. Es decir, el resultado final podrá adoptar la forma de interpretación (en ese sentido se habrá concluido que el propio sistema tiene la solución, que debe alcanzarse con una correcta interpretación de las normas) o la forma de propuesta de reforma legal o bien ambas.

5. METODOLOGÍA

La investigación propuesta es de carácter mixto: teórica y empírica, por ello la metodología utilizada será diversa en función de cada apartado.

Se utilizará un método hermenéutico y exegético para delimitar los conceptos e instituciones objeto de estudio, así como para integrarlos en el conjunto del ordenamiento jurídico.

Se utilizará el método de la jurisprudencia de intereses o de valoración (como método crítico-valorativo) para el planteamiento de hipótesis.

Se utilizará el método del análisis económico del derecho para analizar la situación actual y las soluciones propuestas.

Se utilizará la estadística en la medida necesaria para la recopilación de datos en los que se base bien la confirmación de la propia investigación, bien las hipótesis que se planteen.

Siguiendo a GARRIGUES, en primer lugar conviene utilizar un método técnico-económico para la aproximación a la operación bancaria base de la investigación, que es el préstamo bancario, con las cláusulas que suelen pactarse en el mismo (claúsulas de pago de intereses ordinarios, moratorios, vencimiento anticipado, resolución, imputación de pagos, duración, etc). Según el citado autor, este procedimiento lógico de investigación permite observar las instituciones bancarias con perspectiva realista, diferenciando sus características concretas, delimitando su causa y naturaleza jurídica[44]. Esto es así porque las relaciones bancarias se presentan económicamente como un solo acto pero constan frecuentemente de varios actos jurídicos. Es preciso delimitar la verdadera causa y naturaleza jurídica de las instituciones bancarias que muchas veces se esconde tras la forma.

Sólo después de esta investigación realista procederá el estudio exegético o hermenéutico de las normas del Derecho positivo español. Este método se aplicará para determinar las normas positivas que se relacionan con el objeto de la investigación. De esta forma se puede delimitar el estado del arte desde un punto de vista del derecho positivo. Así, se utilizará este método para el estudio de las instituciones del préstamo bancario, el pacto de intereses, la mora, el incumplimiento de los contratos, la cláusula penal, los títulos ejecutivos, las acciones judiciales que se pueden entablar por las entidades financieras en la reclamación del cumplimiento de sus contratos de préstamo, el proceso ejecutivo, las garantías constitucionales, los derechos fundamentales implicados en este tipo de relaciones jurídico-bancarias, las normas del derecho de consumo aplicables, la incidencia del derecho concursal, etc.

---

[44] GARRIGUES, J.: *Contratos*…. ob. cit., páginas 9 y 10.

Se utilizará el método de la jurisprudencia de valores e intereses para precisar el alcance de todas las normas e instituciones anteriormente citadas y que son objeto de la investigación, para determinar el alcance de las mismas desde un estudio jurisprudencial. De lo que se trata es de ordenar sistemáticamente los razonamientos jurisprudenciales existentes para intentar descubrir la regla que se utiliza ante situaciones no previstas por el derecho positivo.

En un primer acercamiento, con este método se tratará de obtener la regla que ya utilizan y aplican nuestros tribunales en solución de situaciones no previstas expresamente por la norma, pero que sean acorde con ella. En segundo lugar, se trata de obtener una regla, acorde con la normativa existente que intente dar solución al problema planteado y que todavía no haya sido utilizada.

En tercer lugar, se tratará de obtener una solución jurídica, a modo de propuesta legislativa, que vaya más allá de las soluciones que se pueden obtener con el derecho existente, aún utilizando la jurisprudencia de valores. Es decir, una propuesta normativa en previsión de la insuficiencia del derecho existente y de los métodos para aplicarlo a la hora de colmar las lagunas. Una propuesta que colme las lagunas existentes y/o suponga una mejor solución desde un punto de vista jurídico y económico.

La jurisprudencia de valores utilizará como referente los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Para este estudio se tomará como referente la interpretación que ha realizado de la propia Constitución el máximo intérprete de la misma, que es el Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones. Este estudio de la jurisprudencia constitucional enlaza con la necesidad de elaborar en la comunidad jurídica recopilaciones y estudios sobre la misma, ante la reforma del recurso de amparo, operada por Ley Orgánica 6/2007 de 24 de Mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979, de 3 de octubre)[45].

Otra fuente de estudio de esta materia valorativa serán fuentes extrajurídicas éticas y filosóficas sobre el alcance y significado de los valores objeto de estudio.

En cuanto a los intereses contrapuestos que tendrán que analizarse y valorarse a través de la jurisprudencia de valores son: los intereses de las entidades bancarias (el cobro de las cantidades pactadas, la obtención del máximo beneficio, el menor coste, la prevalencia de las cláusulas incluidas en los contratos redactados por ellas mismas, el aseguramiento del cobro, obtener un beneficio empresarial, protección de sus derechos por el sistema, etc) frente a los intereses de la parte prestataria (garantías constitucionales, respeto al derecho de propiedad, evitar que las cláusulas contractuales resulten abusivas, pagar cantidades que no resulten desorbitadas, obtener el beneficio económico que buscaban al contratar, protección de sus derechos por el sistema, etc).

[45] Entre las principales reformas que se introducen en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, destaca la nueva redacción del artículo 49, que exige que los recursos de amparo justifiquen la especial trascendencia constitucional del recurso en la demanda. Esta exigencia limita considerablemente la admisión a trámite de recursos de amparo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de Junio, introduce una interpretación de este nuevo requisito relativo a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, y enumera supuestos en los que entiende que sí concurre. Entre ellos, incluye los supuestos en los que no haya doctrina del Tribunal Constitucional (lo que implica que es necesario conocer la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia concreta) o aquellos que trasciendan del caso concreto porque planteen una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica.

Por otra parte, también se contraponen intereses de derecho privado (*v.g.* cumplimiento de los contratos, equilibrio de las prestaciones contractuales) frente a intereses de derecho público (*v.g.* cumplimiento de las resoluciones judiciales, regulación del procedimiento judicial).

El análisis económico del derecho se utilizará como técnica para valorar, con la normativa actual, cuál será la previsible actuación de las entidades bancarias según las posibilidades jurídicas que tengan a su alcance en relación con sus intereses. Es decir, si a la parte acreedora le conviene y hasta cuándo mantener abierto un procedimiento, qué riesgo asume, qué beneficio le reporta, cuál es la correlación riesgo-beneficio, hasta dónde puede mantener su actuación sin que se considere un abuso de derecho o cuáles son las consecuencias jurídico-económicas de incurrir en el mismo, si el gasto en profesionales jurídicos es asumible, cuál es la pérdida real (según el cuadro de amortizaciones del préstamo y las cantidades ciertas) en oposición a los "beneficios extraordinarios" (que resultarán de lo que efectivamente cobre en un hipotético caso en el que la duración de la situación de incumplimiento supere el tiempo pactado para el préstamo, pero finalmente la entidad bancaria pueda cobrar del deudor), gastos procesales en el mantenimiento de medidas aseguravitas como son los embargos, etc.

Esta misma técnica del análisis económico se utilizará para valorar, con la normativa actual, cuál es la situación y de qué medidas jurídicas dispone el deudor frente al problema apuntado. Es decir, si le conviene no pagar, retrasar el pago, realizar pagos parciales, qué riesgos asume, qué perjuicios le acarreará el mantenimiento en la situación de incumplimiento, qué beneficios, etc.

Y como tercer "agente", también se utilizará un determinado iter para aplicar análisis económico del derecho en la administración de justicia relativa a la situación de incumplimiento, cuando se haya acudido a la vía jurisdiccional para la tutela del derecho. Este análisis requiere considerar una perspectiva de orden público, analizándose las consecuencias económicas (coste-beneficio) del incumplimiento de las resoluciones judiciales, el coste del alargamiento del procedimiento, del mantenimiento de embargos, qué sistema de imputación de pagos es más efectivo (qué inconvenientes de economía procesal supone plantear innumerables incidentes de liquidación para determinar a qué cantidad asciende la deuda en cada momento).

El análisis económico del derecho tendrá una segunda fase, una vez analizada la situación en base a la normativa actual, que es la aplicación del iter precitado para cada una de las soluciones propuestas[46]. La técnica del análisis económico del derecho permite realizar un estudio en aras de una proyección práctica de la decisión (en este caso, hipótesis o soluciones) sobre los fines predeterminados por la ley o por el legislador, al margen de su contenido u orientación ética[47], lo que implica hablar de resultados objetivos y defendibles tanto por unas orientaciones axiológicas como por otras, si bien, no siempre existirá un mismo grado de compatibilidad.

[46] El análisis económico del derecho se utilizará siguiendo a Ibáñez Jiménez (IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…* ob. cit., página 166) para la búsqueda de hipótesis jurídicas, tanto relativas a la plausibilidad de la aplicación de la norma vigente como referentes a la necesidad de reformar ésta.

[47] IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Análisis…* ob. cit., página 95.

También se utilizará el método del derecho comparado para tener la referencia de las soluciones que se aplican en otros ordenamientos y a partir de ahí intentar valorar su posible aplicación en nuestro ordenamiento. Además, se intentará integrar la solución propuesta con las directrices del Derecho Comunitario.

En definitiva, se intentará crear una teoría desde la detección del problema por casos concretos, y en base a información suministrada por datos estadísticos y datos obtenidos de la realidad jurídico-socio-económica. A partir de ahí, se investigarán las soluciones posibles al problema planteado desde una aplicación del Derecho vigente utilizando la técnica de la jurisprudencia de valores. Paralelamente, se tratarán otras redes de teorías que estén relacionadas con el objeto central de investigación. En este sentido se encuadran, por ejemplo, las teorías que versen sobre las instituciones de acciones judiciales, procedimientos ejecutivos (con especial referencia a los problemas sociales de actualidad antes apuntados relativos a las reclamaciones de las entidades bancarias en préstamos hipotecarios concedidos con ocasión de la adquisición de vivienda, en los que se plantea la el problema jurídico de la posibilidad de continuar reclamando por las entidades financieras el diferencial entre la deuda reclamada judicialmente y el valor de adjudicación en subasta del bien hipotecado en fase ejecutiva, que será la vivienda del prestatario, fácilmente el único bien de que dispongan, fruto de los ahorros de toda una vida).

Es decir, se analizará el tratamiento general para otras reclamaciones judiciales detectando qué puntos son exclusivos de nuestro problema y cuáles abarcan también a otras instituciones porque al ser más generales también inciden en ellas, por lo que las soluciones propuestas para el problema planteado deberán ser acordes y encajar también en esas otras situaciones a las que también se aplicarían. (Por ejemplo, una propuesta sobre un cambio en un procedimiento procesal que no sea exclusivo de la reclamación de un préstamo, deberá tener en cuenta que al poder utilizarse ese procedimiento para otro tipo de reclamaciones, esté confeccionado de forma que no altere su aplicabilidad cuando se utilice más allá del problema planteado). Esta teoría sobre el préstamo bancario y su situación de incumplimiento, a su vez encaja en el tratamiento procesal de la fase ejecutiva porque una situación de deuda impagada (no únicamente la derivada de un préstamo bancario), en la que ya ha recaído resolución judicial, se convierte de alguna forma en un "préstamo" en el sentido de que nuestro sistema prevé, por el artículo 576 LEC que toda deuda dineraria determinada por resolución judicial devengará un interés. Pero esta comparación no es total, por eso se pretende investigar sobre la situación concreta de un préstamo bancario y el funcionamiento de los intereses para luego extraer posibles aplicaciones a la fase ejecutiva (la cual también es de aplicación a su vez en los incumplimientos de pago de préstamos bancarios).

6. FUENTES

En conexión con el carácter mixto de la investigación, las fuentes también serán diversas.

Para la parte teórica de la investigación, las fuentes serán las propias del derecho bancario: Constitución, normativa comunitaria, leyes y reglamentos, usos, principios generales del derecho (en especial el principio de buena fe, teniendo en cuenta que la confianza es la base del sistema económico-financiero). También se acudirá a lo expuesto por la doctrina y por los órganos judiciales en sus resoluciones.

Para la parte empírica de la investigación se utilizarán como fuentes aquellas que proporcionen los datos necesarios para poder ser utilizados en relación a los fines propuestos.

Asimismo se utilizarán fuentes extrajurídicas en lo relativo a aspectos éticos y económicos en cuanto estas materias puedan dar un carácter más completo a la investigación.

7. SUMARIO

1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.- Datos que justifican la existencia del problema. Estudio técnico-económico.

1.2.- Instituciones jurídicas de base.

1.2.1.- El contrato de préstamo bancario.

1.2.1.1.- La obligación del pago de intereses.

1.2.1.1.1.- Determinación terminológica de la tipología de intereses.

1.2.1.1.2.- Causa de la obligación del pago de intereses.

1.2.1.1.3.- Finalidad del pago de intereses.

1.2.1.1.4.- La extinción de la obligación del pago de intereses.

1.2.2.- La mora.

1.2.2.1.- Mora civil y mora mercantil. Requisitos.

1.2.2.2.- Mora ordinaria y mora procesal. Evolución de la regulación de la mora procesal: artículo 576 LEC, heredero del antiguo artículo 921 *bis* LEC. Compatibilidad y sucesión de intereses moratorios ordinarios e intereses moratorios procesales: posiciones doctrinales.

1.2.2.3.- Efectos de la situación de mora en el contrato de préstamo bancario.

1.2.3.- La claúsula penal.

1.2.3.1.- Regulación en nuestro ordenamiento.

1.2.3.2.- Carácter alternativo vs carácter cumulativo de la pena.

1.2.4- Acciones judiciales en reclamación del pago de un contrato de préstamo incumplido.

1.2.4.1.- Los títulos ejecutivos.

1.2.4.2.- El procedimiento ejecutivo.

1.2.4.3.- El incidente de liquidación de intereses.

1.3.- Tratamiento doctrinal y jurisprudencial del problema.

1.3.1.- Posiciones en torno a la aplicabilidad de la Ley de la Usura.

1.3.2.- Posiciones en torno a la consideración de los intereses de demora como cláusula penal.

1.3.3.- Disparidad de criterios acerca de los intereses reclamables.

1.3.4.- Consideraciones acerca de la aplicabilidad de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios. Incidencia de la regulación de los contratos de adhesión.

1.3.5.- Limitaciones en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus.*

1.3.6.- Posiciones que sustentan la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios.

1.3.7.- Posiciones que sustentan la naturaleza sancionadora de los intereses moratorios.

1.3.8.- Posiciones que sustentan la naturaleza remuneratoria de los intereses moratorios.

2.- INCARDINACIÓN DEL PROBLEMA EN EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO / INSTITUCIONES JURÍDICAS RELACIONADAS O IMPLICADAS.

2.1.- Perspectiva constitucional.

2.1.1.- Principios, garantías y derechos constitucionales implicados.

2.1.1.1.- Doctrina del TC acerca de cada institución implicada.

2.1.1.2.- Significado ético de los valores constitucionales implicados.

2.1.2.- El poder judicial como garante de la Constitución.

2.1.3.- En torno a la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales.

2.2.- Derecho concursal.

2.2.1.- Activación del derecho concursal ante la imposibilidad del atendimiento de las obligaciones de pago.

2.2.2.- Efectos de la apertura de un procedimiento concursal.

2.2.2.1.- En los procedimiento judiciales abiertos.

2.2.2.2.- En los contratos bancarios.

2.2.2.3.- Especial referencia a los intereses durante el concurso.

2.2.3.- Terminación del concurso.

2.2.3.1.- Efectos en las personas jurídicas.

2.2.3.2.- Efectos en las personas físicas. Continuación de la deuda.

2.3.- Derecho Penal.

2.3.1.- Garantías penales en relación con el problema planteado.

2.3.2.- Relación entre la institución de la cláusula penal y el Derecho Penal.

2.3.3.- Incidencia de la consideración del Derecho Penal como parte del Derecho Público, y su aplicación al problema planteado.

2.4.- Derecho Hipotecario. Problemática de los préstamos hipotecarios y la actual propuesta de dación en pago.

2.5.- Derecho comunitario

2.5.1.- Acervo comunitario aplicable.

2.5.2.- Derecho Contractual europeo.

2.5.3.- Hacia una convergencia. Principios comunes.

2.6.- Derecho internacional

2.6.1.- Deuda externa: aplicabilidad de los planteamientos de la investigación.

3. PROPUESTAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO.

3.1.- Tratamiento del interés de demora en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico.

3.1.1.- Derecho Administrativo.

3.1.2.- Derecho Fiscal.

3.1.3.- Derecho de la Seguridad Social.

3.1.4.- Derecho Penal.

3.2.-Tratamiento en el derecho comparado.

3.3.- Interpretación conjunta de nuestro ordenamiento jurídico, enfrentando diversos bienes jurídicos protegidos.

3.3.1.- Derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (24 CE) incluida la fase de ejecución vs principio procesal de la no caducidad del procedimiento ejecutivo.

3.3.2.- Cumplimiento de las obligaciones vs respeto a las garantías constitucionales.

3.3.3.- Imputación de pagos en fase extrajudicial y en fase judicial.

3.3.4.- Exigencia del cumplimiento de pacto vs exigencia del cumplimiento de una resolución judicial.

3.4.- Propuestas de reforma legislativa

3.4.1.- Insuficiencia de las disposiciones de la Ley de la Usura.

3.4.2.- Regulación unitaria y sistemática de las deudas pecuniarias de intereses moratorios.

3.4.2.1.- ¿Validez del pacto de intereses de demora procesal?¿Necesidad de limitación al pacto de intereses de demora procesal?

3.4.2.2.- Imputación de pagos en sede judicial.

3.4.3.- Límites en la exigencia de las obligaciones civiles y mercantiles.

3.4.3.1.- Existencia de límites en el Derecho Penal.

3.4.3.2.- Finalidades y bienes jurídicos protegidos en las reclamaciones judiciales del pago de préstamos bancarios.

4. CONCLUSIONES.

5. BIBLIOGRAFÍA.

8. BIBLIOGRAFÍA ESTUDIADA PARA LA CONFECCIÓN DEL PROYECTO

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X.: "El préstamo bancario", en AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., SASTRE PAPIOL, S., TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *Las operaciones bancarias de activo*, tomo XXXIX, vol. 2, OLIVENCIA RUIZ, M., FERNÁNDEZ NÓVOA C., JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2007, páginas 27 a 170.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., y CUÑAT EDO, V.: *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

BASOZABAL ARRUE, X.: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BLANCO GÓMEZ, J. J.: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño,* Editorial Dykinson, Madrid, 1996.

CANARIS, C. W.: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas,* editorial Civitas, Madrid, 1995.

COLLINS, H.: "The European Economic Constitution and the Constitucional Dimension of Private Law", en *European Review of Contract Law*, vol. 5, no. 2, 2009, páginas 71 a 94.

CORDÓN MORENO, F.: "Comentario al art. 576", en CORDÓN MORENO, F. (dir.): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, páginas 1292 a 1293.

DAVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1992.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M.: "Contratación bancaria", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Tratado de contratos,* tomo V, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, páginas 5045 a 5084.

GARRIGUES, J: *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *"*Inconsistencia jurídica y económica de la dación en pago ante ejecuciones hipotecarias, la necesaria búsqueda de medidas alternativas*",* en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 67, Junio 2011, páginas 28 a 31.

HECK, P.: *El problema de la creación del derecho*, ediciones Ariel, Barcelona, 1961.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: "Ejecución hipotecaria y dación en pago", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124, octubre-diciembre 2011, páginas 247 a 269.

HUERTA DE SOTO, J.: *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Unión Editorial, Madrid, 2009.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W.: *Análisis económico del derecho*, Bosch editor, Barcelona, 2011.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Sobre la naturaleza de los intereses", en *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 113, enero-marzo 2009, páginas 171 a 202.

LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. et al: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisprudencia, comentarios y concordancias*, Colex, Madrid, 2003.

MEDINA CRESPO, M.: *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, editorial Bosch, Barcelona, 2.010.

MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G. A.: *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación (Análisis de doctrina y jurisprudencia)*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2004.

PADURA BALLESTEROS, M. T.: *Los intereses procesales por demora*, Editorial Trivium, Madrid, 1999.

PALAZÓN GARRIDO, M. L. et al: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Editorial Atelier, Barcelona, 2011.

PERALES VISCASILLAS, M. P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas: Ley 3-2004 y directiva 2000-35*, Civitas, Madrid, 2006.

RODÉS MATEU, A.: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2009.

RUBIO TORRANO, E.: "Ejecución hipotecaria y derechos constitucionales", *en Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2011, páginas 11 a 13.

SABATER BAYLE, E.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1986.

SANCHO FRAILE, J.: *"*Artículo 576. Intereses de la mora procesal*",* en LORCA NAVARRETE, A. (dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Editorial Lexnova, Valladolid, 2000, páginas 2803 a 2810.

SUÁREZ SILVA, OCTAVIO J.: *"*Establecimiento o cálculo de los intereses*",* en LUNAS DÍAZ, M. J. (dir.): *Malas prácticas bancarias*, Formación Ausbanc, Madrid, 2002, páginas 164 a 168.

TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama Doctrinal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

VEGAS TORRES, J.: *"*De la ejecución dineraria: disposiciones generales*"*, en DE LA OLIVA SANTOS, A. *et al*.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, páginas 983 a 1001.

VIVES MARTÍNEZ, G.: *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación,* Ediciones Revista General Derecho, Valencia, 2000.

WITKER, J.: *Cómo elaborar una tesis en derecho,* Civitas, Madrid, 1986.

ZUNZUNEGUI, F.: *Derecho del mercado financiero,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

- *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, Colex, Madrid, 2001.