

Roj: **STS 867/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:867**Id Cendoj: **28079110012013100101**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/02/2013**Nº de Recurso: **1759/2010**Nº de Resolución: **113/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente, el Procurador D. Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de D. Inocencio y Don Millán ; siendo parte recurrida el Procurador D. Javier Pérez Castaño Rivas, en nombre y representación de Don Simón .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- **1.-** El Procurador D. Eugenio José Alonso Ayllón, en nombre y representación de D. Simón , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Inocencio , D. Millán y la sociedad "Inversiones y desarrollo Inmobiliario ATRIA, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se declare la nulidad del préstamo por usurario y, en consecuencia, la nulidad de la hipoteca que garantizaba dicho préstamo, dándola por extinguida y ordenando la cancelación de la inscripción registral de la misma, y del contrato de opción de compra, con la respectiva cancelación registral, y la expresa condena en costas a los demandados*

**2.-** El procurador D. Roberto Muñoz Solís, en nombre y representación de D. Inocencio y Don Millán contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *a) Se acuerde la integra desestimación de las pretensiones del demandante, don Simón absolviendo a sus mandantes, don Inocencio y don Millán de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. b) Se condene expresamente al demandante don Simón al abono de las costas procesales.*

**3.-** La procuradora Dª Blanca Alvarez Tejón, en nombre y representación de "Inversiones y desarrollo Inmobiliario ATRIA, S.L." contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *desestimatoria de la misma y se absuelva a mis representados, con expresa imposición de costas a la parte contraria.*

**4.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO** : *Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Alonso Ayllón en nombre y representación de Don Simón contra D. Inocencio y Don Millán y la sociedad Inversiones y Desarrollo Inmobiliario Atria S.L., debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas en el suplico de la demanda; con expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte actora*



**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Simón , la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Simón revocamos parcialmente la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Oviedo en fecha veintiséis de febrero de dos mil diez y con parcial estimación de la demanda rectora del proceso declaramos la nulidad por usurario del préstamo garantizado con hipoteca cambiaria y de la hipoteca constituida en garantía de sus obligaciones y formalizados en escritura otorgada el 5 de Mayo de 2008 ante el Notario del Ilustre Colegio de Oviedo D. Luis-Ignacio Fernández Posada bajo número de protocolo 950 y suscrita de una parte por los demandados D. Inocencio y Don Millán y de otro por el demandante Don Simón , conllevando la declaración de nulidad los efectos legales inherentes y acordando la cancelación de la inscripción registral derivada de dicha escritura. Desestimamos la petición de nulidad del contrato de opción de compra suscrito entre Don Simón y la demandada Inversiones y Desarrollo Inmobiliario Atria S.L. en escritura número 862 otorgada el 8 de Mayo de 2008 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid D. Agustín Pérez-Bustamante De Monasterio. Todo ello sin imposición de costas de ninguna de las dos instancias del proceso.*

**TERCERO** .- **1.-** El procurador D. Roberto Muñiz Solís, en nombre y representación de D. Inocencio y Don Millán , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción por aplicación indebida de los artículos 1 y 3 de la Ley de represión de usura de 23 de julio de 1908, en relación con el artículo 1740 y siguientes del Código civil así como infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 1 de febrero de 2002 y 2 de octubre de 2001 . **SEGUNDO** .- Infracción por aplicación indebida del artículo 3 de la Ley de represión de usura de 23 de julio de 1908, en relación con los artículos 1300 y 1303 del Código civil así como infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fechas 14 de junio de 1984 y 8 de noviembre de 1991 .

**2** .- Por Auto de fecha 8 de marzo de 2011, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**3** .- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Javier Pérez Castaño Rivas, en nombre y representación de Don Simón presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de febrero del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El demandante en la instancia y parte recurrida en casación, Don Simón , ejercitó una doble acción de nulidad, la del contrato de préstamo garantizado con hipoteca cambiaria, de 5 mayo 2008 por usurario y la del precontrato de opción de compra, de 8 mayo 2008: la nulidad de este último ha sido desestimada en la instancia, a lo que se ha quietado aquel demandante y no se ha planteado en casación. En el contrato de préstamo, los prestamistas son los demandados, recurrentes en casación, don Inocencio y D. Millán . En la opción de compra, la optante es la entidad "Inversiones y desarrollo Inmobiliario ATRIA, S.L." que no ha acudido a los recursos al ser desestimada la demanda respecto a ella.

El contrato de préstamo establecía un interés remuneratorio del 10% semestral (es decir, 20% anual) y un interés moratorio del 22% anual, más una comisión de impago del 5% del capital y otra, del 3%. El vencimiento estaba previsto en el plazo de seis meses desde la escritura del préstamo.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Oviedo, de 20 julio 2010 , revocando la de primera instancia que había desestimado la demanda, declaró la nulidad por usurario del préstamo y de la hipoteca que lo garantizaba y, como se ha dicho, desestimó la acción de nulidad de la opción de compra. Fundamentó la nulidad en la consideración de que se trataba de un *interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso* y lo razonaba así:

*"siendo el interés legal en 2008 del 5,50% el tipo remuneratorio valorado por la Juez del 20% anual, resulta a criterio del Tribunal notoriamente superior a aquél, con un exceso tan notable (se acerca a su cuádruplo) que es calificable como manifiestamente desproporcionado en términos de la Ley de 1908 , debiendo además destacar que el tipo remuneratorio del 10% operaba sólo durante el semestre previsto para el vencimiento del préstamo, rigiendo a partir de entonces un tipo de demora del 22%, carácter desproporcionado y usurario del tipo de demora al señalar que no puede desconocerse que el escaso plazo pactado para la devolución del principal, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía y el que no se previeran pagos fraccionados, determinaban*



la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, por lo que si no se aplicase la Ley de 1908 a estos intereses sancionadores se propiciaría una actuación contraria a lo que la norma pretende evitar con matices de fraude de ley del art. 6 CC, considerandos que se refuerzan en el supuesto presente en el que a pesar de que el importe del principal es muy superior el plazo de devolución se reduce drásticamente a seis meses con un interés del 22% a liquidar día a día.

**SEGUNDO** .- Los codemandados don Inocencio y D. Millán han formulado el presente recurso de casación.

El primero de los motivos se funda en la infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908, conocida como "Ley Azcárate" y derogadas sus normas procesales por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 enero. En el desarrollo del motivo se insiste en que tanto el interés remuneratorio (en la primera parte del motivo) como el interés moratorio (en la segunda parte) no son intereses notablemente superiores a lo normal del dinero ni manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, como exige la primera de las normas citadas como infringida.

La prestación de intereses es la obligación accesoria que acompaña a la obligación pecuniaria principal y que viene determinada en relación al tiempo de cumplimiento y a la cuantía de ésta. Aparte de los intereses legales (así, artículo 1108 del Código civil), los convencionales se establecen por los sujetos de la obligación principal, como remuneratorios previstos para el cumplimiento normal o a término y como moratorios, para la demora en el cumplimiento de la obligación principal. Unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes (artículo 1108, "intereses convenidos" y 1255 del Código civil, principio de la autonomía de la voluntad) pero con la limitación que impone la mencionada Ley de usura en su artículo 3 que establece la nulidad del contrato con la consecuencia de que el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida.

Hay dos razones para desestimar el motivo. La primera se halla en la previsión del artículo 2 de la Ley de usura y que está derogada y sustituida por el artículo 319. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone:

*"En materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo."*

Lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (sentencia de 9 enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (sentencias de 31 marzo de 1997, 10 mayo 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (sentencia de 29 septiembre de 1992) valorando caso por caso (sentencia de 13 mayo 1991), con libertad de apreciación (sentencia de 10 mayo 2000), formando libremente su convicción (sentencia de 1 de febrero de 2002).

La segunda razón viene de la propia argumentación de la sentencia recurrida: un préstamo, cuyo vencimiento es a los seis meses, con un interés remuneratorio de 10% semestral (20% anual) cuyo semestre es el plazo de cumplimiento y si no devuelve el capital en este breve plazo, comienza el interés moratorio del 22%, está Sala lo considera, como ha dicho el Tribunal a quo, notablemente superior al normal del dinero, no sólo teniendo en cuenta, como orientativo, el interés legal en aquel tiempo (5,50%), sino las circunstancias del caso (urgencia, intermediación) que lo hacen manifiestamente desproporcionado. Con tipos de interés parecidos, la sentencia de 7 mayo 2002 declara usurario el préstamo, en estos términos:

*"Cierto es que la calificación de los intereses a efectos de la usura en sentido legal no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal, sino que depende de las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario. De ahí que un tipo de interés que en una época es muy alto, en otra se entienda que es normal. Pero la sentencia recurrida ha prestado atención a ello; no sólo ha tenido presente el tipo acordado, sino el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario (folio 228). Siendo éstos del 10% y entre el 14 y 16% anual, respectivamente, es de una claridad meridiana que el interés pactado en un préstamo con garantía hipotecaria del 29% anual excede con mucho de cualquier límite razonable. El criterio de interés normal del dinero lo marca el mercado, en una situación de libertad en su estipulación. La sentencia recurrida también destaca que en el préstamo litigioso se pactó un interés de demora del 30% sobre el principal e intereses, y además una cláusula de penalización del 10% sobre el importe adeudado. Aunque parezca inverosímil, en el motivo en examen se defiende la legalidad y licitud de tales estipulaciones, toda vez que la práctica bancaria aplica intereses de demora muy altos, y que los arts. 1.108, 1.109 y 1.152 Cód. civ. permiten los pactos en cuestión."*

Tal como recuerda la reciente sentencia de 18 de junio de 2012, la ley de represión de la usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, "pacta sunt servanda". De esta forma, artículo 1293, el Código subraya la derogación de la legislación Antigua sobre la materia, caso de Partidas que admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión



por lesión que afectase al tráfico patrimonial. De ahí, entre otros extremos, su referencia expresa al "contrato", no considerando como tal la partición de la herencia cuya rescisión por lesión quedó permitida en el seno del artículo 1074 del Código. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos ( SSTS 9 de abril 1947 , RJ 1947, 898, 26 de octubre de 1965 , RJ 1965, 4468, 29 de diciembre 1971, RJ 1971, 5449 y 20 de julio 1993 , RJ 1993, 6166). De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos.

Por todo ello, esta Sala, al considerar el préstamo usurario, confirmando el criterio y la decisión del Tribunal a quo en su sentencia, desestima este primer motivo del recurso de casación.

**TERCERO** .- El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 3 de la Ley de usura que contempla los efectos de la declaración de nulidad de un préstamo, por usurario: *el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida*. En este motivo, los recurrentes mantienen que, entre los efectos de esta declaración de préstamo usurario, no se halla la nulidad de la hipoteca cambiaria que garantiza préstamo e intereses, nulidad de hipoteca que no contempla dicha norma.

Haciendo abstracción de las leyes de defensa de los consumidores y usuarios y de la de condiciones generales de la contratación, que no se han alegado ni aplicado directamente en la instancia y de la doctrina que cita en el desarrollo del motivo, que no se refiere a la garantía hipotecaria, la aplicación de la nulidad de la misma no la contempla ni la niega norma alguna, sino que se deduce del propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoriedad. Su carácter de accesorio (de todos los derechos de garantía) lo han destacado las sentencias de 16 noviembre 2000 y 30 diciembre 2002 . Está al servicio del crédito garantizado y que sigue su suerte como se desprende del artículo 1857.1º y se deduce también del artículo 1528 del Código civil .

Una sentencia, de 14 junio 1984 mantuvo la validez de la hipoteca, tras la declaración de nulidad del préstamo usurario que garantizaba. Pero la sentencia posterior, de 20 de junio de 2001 declara la nulidad también de la hipoteca, *"dada su naturaleza accesorio y dependiente de la obligación principal"* y combate la decisión de aquella sentencia en estos términos:

*"La sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1.984 mantuvo el criterio de la subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por la aplicación del art. 3 de la Ley de 1.908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo la accesoriedad de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar. Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales ( sentencias de 10 de junio de 1.952 , 24 de febrero de 1.992 y 6 de octubre de 1.994 ). Por tanto, no se ve como pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1.908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción."*

Cuya doctrina ha sido reiterada por la sentencia de 7 mayo 2002 que confirma las sentencias de instancia que habían declarado que la nulidad del préstamo lleva consigo la de la garantía hipotecaria.

En este sentido, también la citada sentencia de 18 de junio de 2012 , añade:

*"el control que establece la ley se proyecta conceptualmente sobre la posible validez del contrato celebrado, sin que pueda diferenciarse el alcance de dicho control o la razón de la ineficacia que produce. De ahí la unidad de la sanción contemplada, esto es, la nulidad del contrato de préstamo, o negocio a él asimilado, que alcanza o comunica sus efectos ya a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo STS de 5 de julio 1982 , RJ 1982, 4215, 31 de enero de 2008 , nº 65, 2008, 20 de noviembre de 2008 , nº 1127, 2008, 15 de julio de 2008, nº 740, 2008 y 14 de julio de 2009 , nº 539, 2009)."*

Reiterando esta doctrina jurisprudencial, debe ser declarada la nulidad de la hipoteca que garantiza el préstamo declarado usurario y, por tanto, nulo, por razón de su accesoriedad respecto a éste. Se confirma por ello, lo resuelto por la sentencia recurrida, desestimando este motivo.



**CUARTO** .- Se desestiman, pues, ambos motivos del recurso de casación, debiéndose declarar no haber lugar al mismo, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Inocencio y Don Millán , contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en fecha 20 de julio de 2010 que SE CONFIRMA.

**Segundo** .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

**Tercero**.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Francisco Javier Orduña Moreno.-Roman Garcia Varela .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.