

## UNA NUEVA CONCEPCIÓN PARA LA USURA: PRESUPUESTOS Y RESTITUCIÓN<sup>1</sup>

Antonio Ruiz Arranz

Investigador Predoctoral  
Universidad Autónoma de Madrid /  
Westfälische Wilhems-Universität Münster

---

TITLE: *A new conception for usury: concept and restitution.*

RESUMEN: El control de los préstamos y contratos asimilados mediante la Ley de la usura es un supuesto excepcional solo se entiende con la concurrencia de un elemento subjetivo en la figura del prestatario; de lo contrario, se incurre en rescisión por lesión y en un control de precios indeseado por el ordenamiento. La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha prescindido de cualquier valoración de tipo subjetivo en la determinación del supuesto de hecho usurario; y se ha centrado en los elementos objetivos (interés notablemente superior al normal de dinero y desproporcionado). La Ley de la usura es una ley antigua, fundada sobre un reproche moral al usurero que difícilmente se puede dar hoy en la mayoría de los casos en los que interviene una entidad sometida a la supervisión del Banco de España. Este trabajo pretende justificar la necesidad de repensar el elemento subjetivo que debe acompañar al supuesto de hecho usurario, reconduciéndolo hacia la conducta del usurero y no tanto a la situación del prestatario. El nuevo enfoque, culpabilístico, permite reconfigurar el juicio de existencia de usura y, en concreto, delimitar un presupuesto jurídico-material del ilícito civil que se debe verificar para considerar descuidada la conducta del prestamista. El juicio de usura se ha de realizar a partir de la determinación de unos umbrales por encima de los cuales no se debe poder colocar el tipo de interés remuneratorio. Esta aproximación culpabilista de la usura permite abandonar los contornos de la Ley de la usura en la mayoría de los casos, explicando el supuesto por medio de la cláusula general de buena fe. En último término, la nueva concepción permite flexibilizar las consecuencias jurídicas de la usura y separarlas del efecto sancionador o preventivo-punitivo tradicional.

ABSTRACT: *Control of loans and assimilated contracts through the Spanish Usury act embodies an exceptional case that gives importance to the subjective conditions on the lender's side. Otherwise, we would incur in rescission for lesion and thereon in an undesired price control. The recent jurisprudence of the Spanish Supreme Court rejects any subjective element in determining the assumption of usury; and has focuses on the objective elements, namely an interest significantly higher than normal and disproportionate. The Spanish Usury Act is ancient founded on a moral reproach against the usurer that today hardly occurs, especially if a financial institution under the supervision of the Bank of Spain intervenes. This paper justifies the need to rethink this subjective element on usury, redirecting it towards the behaviour of the usurer and not so much to the situation of the borrower, as a tort. This new approach bases on culpability and allows the definition of the material conditions to be fulfilled to recognize a usury case. The assessment of usury, now as a borrower's conduct, must be thus verified with the exceeding of an interest rate limit depending on the loan and the market itself. This new assumption*

<sup>1</sup> En el marco del Proyecto DER-2017-84947-P, del que son investigadores principales Nieves Fenoy Picón y Antonio-Manuel Morales Moreno. Desde su gestación, la elaboración de este trabajo se ha ido beneficiando, en este orden, de las observaciones del Prof. Gómez-Pomar, del Dr. Vendrell Cervantes; de Marta Pantaleón Díaz, de Diego Sobejano Nieto, del Prof. Morales Moreno y del Prof. Rodríguez-Rosado. A todos ellos agradezco enormemente el tiempo dedicado y los comentarios críticos. Los errores que aún quedaren son solo míos.

*of usury may be assessed through the general good faith clause model. At the same time, it permits to reformulate the legal consequences of usury outside the Usury Act and therefore to separate them from the traditional sanctioning or preventive-punitive effect there established.*

PALABRAS CLAVE: Usura, Ley de la usura, rescisión por lesión en más de la mitad, elementos subjetivos, control de precios, desproporción, ventaja injusta, nulidad, anulabilidad, vicios de la voluntad, causa ilícita, cláusula general, buena fe, adaptación del contrato, restitución, sanción

KEY WORDS: *Usury, usury act, rescission for lesion beyond moiety, subjective elements, price regulation, unfair advantage, nullity, avoidance, vitiated consent, illegal cause, general clause, good faith, adaptation of the contract, restitution, sanction*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RELEVANCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA USURA. 2.1. *Rescisión por lesión y usura*. 2.1.1. Rescisión por lesión y usura en la historia y el derecho comparado. 2.1.2. El rechazo de la rescisión por lesión en España. 2.1.3. La usura histórica. 2.1.4. La ley de la usura española hasta nuestros días. 2.1.5. El necesario mantenimiento del elemento subjetivo de la usura. 2.2. *Hacia un nuevo elemento subjetivo para la usura*. 2.2.1. *La usura como ilícito civil basado en dolo o la culpa*. 2.2.2. El juicio de existencia de la usura: umbrales para la culpa del prestamista. 2.2.3. Límites explícitos e implícitos; culpa y dolo; dificultades y certezas. 2.2.4. La intervención del legislador en la determinación del límite de lo usurario. 2.2.5. Posibles críticas a un sistema de límites orientativos. 2.2.6. Límites de lo usurario, asignación eficiente y constitucionalidad. 2.3. *El contrato usurario como daño*. 2.4. *Recapitulación*. 2.5. *¿Hay que derogar la Ley de la usura?* 3. EL JUICIO DE USURA COMO UNO PROPIO DEL MODELO DE CLÁUSULA GENERAL. 4. DELIMITACIÓN DE LA USURA FRENTE A FIGURAS ALEDAÑAS. 4.1. *Vicios de la voluntad e ilicitud de la causa*. 4.2. *Transparencia y protección de los consumidores*. 4.3. *Usura y ventaja injusta*. 5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA USURA. 5.1. *Estado de la cuestión en España y su crítica*. 5.2. *La reparación del contrato usurario. Dos alternativas*. 5.2.1. La adaptación del contrato. 5.2.2. La terminación del contrato usurario. 5.3. *Las restituciones por usura*. 5.3.1. Restitución en caso de adaptación. 5.3.2. Restitución en caso de terminación. 5.3.3. La restitución del artículo 3 LU. 5.4. *¿El usurero sin riesgo?* 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El 15 de abril de 2020 Mireia Artigot Golobardes publicó en *Almacén del Derecho* un artículo titulado «*Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica*<sup>2</sup>». El artículo— extenso, para lo que es habitual en este foro— plantea varias cuestiones de interés teórico y práctico. Entre ellas, me interesa destacar su último apartado cuya rúbrica reza «*La sanción excesiva que resulta de la doctrina de la Sentencia 149/2020. La necesidad de intervención legislativa para establecer un remedio flexible*». La autora apunta a las inconsistencias que lleva aparejadas la nulidad absoluta del préstamo, por usurario; y que se concreta siempre en la restitución del capital prestado, de un lado, y de los intereses percibidos como usurarios, del otro (art. 3 LU). Es decir, lo que era una financiación con interés se convierte en otra sin interés o a interés cero. Desde el

<sup>2</sup> Disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica> [última consulta, 9.7.2020].

análisis económico del Derecho, la autora critica esta «sanción contractual», que tilda de «severa y económicamente muy relevante», por no «incentivar tipos de interés próximos a los normales»; y plantea la posibilidad de flexibilizar las consecuencias de la usura, diferenciándose incluso «según fuera la distancia entre el tipo de interés del contrato y el normal de referencia». Creo que hace falta profundizar y explicar con mayor andamiaje jurídico y dogmático esta buena idea y, en concreto, la necesidad de flexibilización de la consecuencia jurídica de la usura a partir de la reconfiguración de su supuesto. A ello se dedica el presente trabajo.

Los pleitos por causa de usura han experimentado una revitalización durante los últimos años. Protagonistas de esta litigiosidad han sido las tarjetas de crédito *revolving* por medio de dos sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo: las SSTs 25.11.2015<sup>3</sup> y STS 4.3.2020<sup>4</sup>. En ellas, se declararon nulos, por usurarios, dos contratos de crédito revolvente sobre la base de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (en adelante, «Ley de la usura» o «LU»). Estas resoluciones han desencadenado una verdadera reconfiguración del supuesto de hecho de la usura, que trasciende del propio crédito *revolving*. Según la doctrina de ambas sentencias, hoy basta con atender a los elementos objetivos del artículo 1 I LU (interés *(i)* «notablemente superior al normal del dinero» y *(ii)* «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso») para tildar un contrato de usurario, con independencia de los caracteres subjetivos del prestatario listados en el mismo artículo («situación angustiosa», la «inexperiencia» o lo limitado de sus facultades mentales)<sup>5</sup>.

La reconfiguración jurisprudencial del supuesto de hecho usurario no ha traído consigo una reconsideración de la consecuencia jurídica de la usura, según criticaba Artigot Golobardes. En este sentido, la jurisprudencia arroja una descompensación entre, por un lado, los requisitos para declarar un contrato usurario y, por el otro, la consecuencia jurídica que sigue. Mientras que el supuesto de hecho de la usura parece haberse modernizado y adaptado a los términos de una economía de mercado, más perfeccionada, y en la que la inmensa mayoría de prestamistas actúan sometidos a la autoridad del Banco de España, la consecuencia jurídica sigue siendo una —la del artículo 3 LU— pensada para *sancionar* civilmente una conducta moralmente reprochable: aprovecharse de la necesidad o la falta de juicio de otro.

<sup>3</sup> MP: Sarazá Jimena; RJ 2015\5001.

<sup>4</sup> MP: Sarazá Jimena, RJ 2020\407.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, «No hay derecho: el Tribunal Supremo y las tarjetas revolving», *Hay Derecho*, 9 de marzo de 2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/09/no-hay-derecho-el-tribunal-supremo-y-las-tarjetas-revolving/> [última consulta: 4.7.2020].

Partiendo del estado de evolución actual de la usura —ciertamente definido por el Tribunal Supremo con las dos sentencias mencionadas— el presente trabajo pretende ofrecer al lector una moderna explicación dogmática de la usura. Se trata de plantear una concepción nueva y, sobre todo, autónoma de la institución que ponga el acento en la conducta del prestamista y que prescinda de los pormenores de la figura del prestatario. De este modo, se estará en mejores condiciones de (i) ilustrar la actual tendencia jurisprudencial en materia de usura, que solo maneja elementos objetivos del contrato de préstamo, y (ii) con ello, ofrecer cobertura jurídica a la respuesta flexible señalada por Artigot Golobardes. Me dedicaré a perfilar las siguientes tres ideas:

1. La necesidad de mantener un elemento de subjetividad en la usura, el cual debe venir referido a la infracción del deber de cuidado del prestamista (culpa). Esta «nueva» subjetividad permite calificar de ilícita la *conducta* del «usurero» y desplazar el supuesto fuera del artículo 1 LU. A su vez, se evita que incurra en un simple control de precios, no querido por nuestro ordenamiento. El análisis histórico se antoja elemental aquí.
2. La posibilidad de abandonar los contornos de la alfonsina Ley de la usura, para desplazar —al menos de *lege lata*— el juicio hacia un modelo de cláusula general, basado en la buena fe objetiva (art. 7.1 CC).
3. La flexibilización de las consecuencias de la usura acompasadas a una previa confección de su supuesto dogmático, basado en la culpa del prestamista.

No me propongo comentar, más allá de lo necesario, la jurisprudencia reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en materia de usura, pues es un terreno ya muy bien tratado<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Me remito a los trabajos que se han dedicado a este cometido: SABATER BAYLE, «Contratos bancarios: crédito “revolving”: nulidad por usura y restitución de intereses. Comentario a la STS, Sala Primera, nº 628/2015 de 25 de noviembre, *Aranzadi Civil Mercantil*, 2016, N.º 2; ALEMANY CASTELLS, «La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España», *Diario La Ley*, nº 9362, 20 febrero 2019; LA MISMA, «De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015», *Revista de Derecho Vlex*, núm. 140, enero 2016; AGÜERO ORTIZ, «No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación del consumo», *Cesco*, nº 19/2016, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/10/Intereses-remuneratorios-tarjetas-de-credito.pdf> [última consulta: 10.7.2020]; CASAS VALLÈS, «Informe sobre la eventual calificación como usurarios de los intereses remuneratorios estipulados en contratos de crédito “revolving”», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, N.º. 7, 2020, pp. 26 y ss.; RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO RODA, «La desnaturalización del concepto de la usura en la jurisprudencia» *Diario la Ley*, nº 9432, 10 junio 2019; SÁNCHEZ GARCÍA, «No hay derecho», cit.; SCHULLER, «Nulidad de los créditos revolving a través de la normativa de usura», *Cesco*, N.º 36, 2020, pp. 63 y ss.; ORDUÑA MORENO «La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras

## 2. LA RELEVANCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LA USURA

La usura es un expediente de control del precio (interés) de los contratos de préstamo y asimilados (art. 9 LU)<sup>7</sup>. Dice el artículo 1 I LU que «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*». Mucho se ha discutido sobre si, para reputar usurario un préstamo, basta con la concurrencia de sus requisitos objetivos o si es necesario que, además, participen de él los elementos subjetivos del tipo, resaltados en cursiva. No es una discusión baladí, por la proximidad de la usura con la rescisión por lesión, en general prohibida (art. 1293 CC). En este epígrafe intentaré demostrar la necesidad de un elemento subjetivo en el tipo de usura, por contraposición a la lesión. A partir de ahí, y a la luz del desarrollo histórico<sup>8</sup> y comparado, propondré una redefinición de su elemento subjetivo, adaptado a la jurisprudencia actual.

### 2.1. Rescisión por lesión y usura

Como instrumento de control del precio del préstamo, la usura presenta cierto componente rescisorio<sup>9</sup>. Por eso, es importante estudiarla en paralelo a la rescisión por lesión, en la compraventa, a fin de deslindar con mayor solvencia ambas. Mientras que la rescisión por lesión se conjuga objetivamente a partir de los datos del contrato (precio y valor), la usura ha exigido históricamente de un elemento subjetivo adicional, referido a la situación de necesidad del prestatario.

#### 2.1.1. Rescisión por lesión en la historia y en el Derecho comparado

Justiniano estableció, para la venta de inmuebles, la facultad de rescindir el contrato por no ser justo el precio, si este era inferior a la mitad del valor («*laesio enormis*»)<sup>10</sup>.

---

que luces», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2020; DÍAZ RUIZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, N.º 158, abril-junio, 2020; BERROCAL LANZAROT, *Tarjetas y créditos revolving o rotativos. La usura y el control de transparencia*, 2020, pp. 183 y ss., 261 y ss.

<sup>7</sup> BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica del préstamo de dinero: sinalagma, interés, usura*, 2004, p. 115: «La legislación de la usura encubre una política de control de precios que elude su cauce de expresión jurídica y su justificación».

<sup>8</sup> El estudio histórico-dogmático no es un ejercicio de onanismo intelectual inerte; tampoco un mero repaso de lo sucedido en tiempos anteriores. En derecho privado, constituye un punto de partida insoslayable para comprender las categorías actuales, redefinirlas si es preciso y enmendar errores de percepción. Al fin y al cabo, el Derecho es un producto histórico. No debería ser necesario justificar ante *juristas* un estudio histórico; pero hay quienes consideran que algo así empece la lectura.

<sup>9</sup> DE CASTRO Y BRAVO estimó, *El negocio jurídico*, 1967, párr. 591.

<sup>10</sup> Se trata de un desarrollo postclásico. Durante la época clásica no se contemplaba esta posibilidad, que me conste (cfr. la *regula iuris* de Ulpiano en D. 50,17,145, según la cual nadie defrauda a los que saben y

Esta rescisión se anclaba sobre valoraciones objetivas (comparación entre precio y valor) y no tenía en cuenta ni la conducta del comprador que se aprovechaba ni la situación del vendedor<sup>11</sup>. Los comentaristas medievales extendieron elevaron la rescisión por lesión a una exigencia de la moral contractual<sup>12</sup>, extendiendo su campo de aplicación a la venta de muebles y aun a favor del comprador<sup>13</sup>. La escolástica tardía mantuvo esta clase de rescisión en su afán por preservar la justicia de los cambios<sup>14</sup>.

El esquema objetivo de la rescisión por lesión en la venta se reprodujo en muchas de las codificaciones decimonónicas, como la francesa (art. 1674 CCfr), la austriaca (§ 934 ABGB) o la italiana (art. 1529 CCit 1865). También se mantuvo, ya en el siglo XX, en la Compilación catalana de 1960 (art. 323). La admisión de la lesión en estos ordenamientos se hizo para el contrato de compraventa (o contratos bilaterales). Otros ordenamientos conservaron la rescisión por lesión enorme, pero incorporando a su tipo elementos de tipo subjetivo y extendiendo la figura a todos los contratos (no solo a la venta y similares). Ejemplificativos de esta segunda remesa son el *Codice civile* italiano de 1942 y el Fuero de Navarra de 1973 (art. 1448 CCit 1942<sup>15</sup> y Ley 499 FN 1973<sup>16</sup>).

Pero no todos los Derechos siguieron los mismos derroteros. Sistemas como el alemán, el suizo o el portugués, prescindieron de incorporar la lesión enorme. No obstante, introdujeron —con mayor o menor amplitud— la usura, como supuesto de nulidad del contrato en sus codificaciones (§ 138.2BGB<sup>17</sup>, art. 21 OR y arts. 182 y 1146 CCpor). Este

---

consienten; y D. 4,4,16,4). Justiniano introdujo la «*laesio enormis*» para la venta de bienes inmuebles. Así, en C. 4,44, 2 (285) y C. 4,44,8 (293).

<sup>11</sup> La lesión enorme podía servir como prueba del dolo del comprador; pero no aludía a la situación de necesidad del vendedor. Véase, COING, *Europäisches Privatrecht*, Vol. I, 1985, pp. 414-415; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, 21.ª ed., 2017, p. 255.

<sup>12</sup> En nuestra legislación histórica, las leyes de Partidas no fueron ajenas a la posibilidad de deshacer la venta hecha por menos de la mitad. Así, en P. 5,5, 56: «Otrozi dezimos, que se puede desfazer la vendita que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio, que pudiera valer en la sazón que la fizieron».

<sup>13</sup> D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho privado romano*, 2.ª ed., 1973, p. § 163, p. 489; ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, Ducker & Humblot, Berlin, 1979, pp. 135-141, quien considera interpoladas las fuentes romanas; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 255.

<sup>14</sup> Por todos, MOLINA, *De iustitia et iure*, II, 1659, disp. 348-349. Solo a partir de la posterior escuela de Derecho natural comenzará a ponerse en cuestión la rescisión por lesión; por todos, PUFFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1744, lib. 5,3,10. En general, véase, COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., p. 415.

<sup>15</sup> Se ocupa de este precepto, sus requisitos y efectos, MARTÍN CASALS, «Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium», en *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, 1998, accesible en formato pdl en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/11247> [última consulta: 2.6.2020], pp. 50-57.

<sup>16</sup> Actualmente, la Ley 500 FN 2019 ha completado esta definición manteniendo requisitos objetivos y subjetivos en la lesión enorme (y en la enormísima, de dos tercios por encima del valor).

<sup>17</sup> Precepto este introducido «en el último minuto» y para cuya inclusión se tuvieron en cuenta valoraciones propias de la lesión enorme, si bien se enfocaba a combatir los intereses excesivos (ZIMMERMANN, *Richterliches*, cit., p. 142).

segundo modelo partía de que todos los contratos son susceptibles de ser considerados usurarios e incorporaba un elemento marcadamente subjetivo en su tipo<sup>18</sup>: la explotación de una parte a la otra, o el aprovechamiento de su inexperiencia.

El Derecho alemán rechazó abiertamente la rescisión por lesión en la venta<sup>19</sup>. Al mismo tiempo introdujo la usura, la cual asoció con la contravención de las buenas costumbres. La nulidad del negocio usurario en Derecho alemán no solo precisa un desequilibrio llamativo entre las prestaciones contractuales, sino que exige «algo más». Ese «algo más» se concreta en un elemento subjetivo adicional que, bien pasa por la explotación de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o una profunda debilidad del otro; de tal forma que se afecte a la libertad decisoria del otro contratante<sup>20</sup>(§ 138.2 BGB); o bien, con carácter general en la «intención abyecta» («*verwerfliche Gesinnung*») del acreedor sin la cual no se entiende cometido el tipo<sup>21</sup> (§ 138.1 BGB). Esa intención abyecta del beneficiado se suele presumir cuando el desequilibrio entre prestación y contraprestación es grosero; no obstante, incluso en casos donde la desproporción entre una y otra supera el 100% el BGH solo aprecia intención abyecta si concurren circunstancias adicionales que permiten justificar dicha intención, como por ejemplo el aprovechamiento de una situación de emergencia<sup>22</sup>; sin ella no cabe apreciar una contravención de las buenas costumbres<sup>23</sup>. La insistencia en el elemento subjetivo obedece a que, si no, se introduciría subrepticamente la rescisión por lesión enorme<sup>24</sup>.

El Derecho suizo no permite la subsistencia del contrato en que existe una desproporción evidente ente prestación y contraprestación; y donde una parte de aprovechó del estado

<sup>18</sup> Entre nosotros, ha estudiado estos ordenamientos y su modelo subjetivo, MARTÍN CASALS, «Perspectives», cit., pp. 36-50.

<sup>19</sup> Lo hizo, por influencia de Windscheid, al entender superflua su codificación, bastando con los instrumentos de impugnación del contrato ya existentes. Véase, claramente, *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, vol. 2, 1888, p. 321. Al respecto, igualmente, ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht*, cit., p. 141.

<sup>20</sup> Véase, WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 11ª ed., 2016, pág. 565.

<sup>21</sup> ARMBRÜSTER, «§ 138 BGB», en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (eds.) *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2018, párr. 112, 116; WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 566.

<sup>22</sup> No se apreció usura en la compraventa de un vehículo por 1 euro a través de «E-bay» (subastas) en la que el vendedor despreocupadamente había publicado el anuncio sin fijar un precio mínimo de puja. Tras entenderse formado el contrato y a pesar de que el valor del vehículo era de 5.000 euros (superior al 100%), no se apreció usura, porque el comprador suertudo simplemente aprovechaba una ganga, sin existir indicio alguno de explotación de una situación de necesidad del vendedor. Véase, la SBGH 28.3.2012 (VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723); la SBGH 12.11.2014 (VIII ZR 42/14; NJW 2015, 548), y la resolución del caso complejo para el primer examen estatal de que plantean SCHMIDT/BRUNSCHIER, «Fortgesrittenenklausur – Zivilrecht: Abbruch einer eBay-Auktion», *JUS*, 2017, p. 139. También, ARMBRÜSTER, «§ 138 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage 2018, párr. 120

<sup>23</sup> LORENZ, «Grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei Internetauktion», *LMK*, 2015, 365443.

<sup>24</sup> CANARIS, «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“», *AcP*, vol. 200, 3/4, 2000, pp. 301-302, 304; FLUME, «Saldotheorie im Fall der Nichtigkeit eines Grundstücks-Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB», *ZIP*, 2001, Nº 22, pp. 1621-1622; WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 564. En contra, ARMBRÜSTER, «§ 138 BGB», cit., párr. 117. Para este autor, resulta algo formalista y ficticia la necesidad del elemento subjetivo, bastando con la desproporción llamativa de las prestaciones.

de necesidad, la inexperiencia o la falta de juicio de la otra (art. 21.1 OR). Junto a ello, convive una regulación específica para el crédito al consumo y el leasing<sup>25</sup>.

El Derecho portugués, que tampoco cuenta con la rescisión por lesión, regula los negocios usurarios con carácter general, cuando alguien, explotando la necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o flaqueza de carácter de otro, obtiene de este la promesa o la concesión de beneficios excesivos o injustificados (art. 282.1 CCpor). Esta noción se traslada después al contrato de préstamo o la cláusula penal, para los que se añaden determinados umbrales de corte objetivo (art. 1146 1 y 2 CCpor).

Los ordenamientos citados que recogieron la lesión enorme (Francia, Italia y Austria) no permanecieron del todo ajenos a la usura, que regularon limitada a los contratos de préstamo de dinero o asimilados. Con todo, entre los sistemas existe un matiz referido a la subjetividad. El sistema francés introdujo la usura civil por medio de la *loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure*<sup>26</sup>, ya derogada; su definición era marcadamente objetiva y se ha mantenido en la actual legislación sobre crédito al consumo e inmobiliario<sup>27</sup>, en la reglamentación que le sigue<sup>28</sup> y en el *Code monétaire et financier*<sup>29</sup>. Por su parte, el sistema italiano —recordemos, con una rescisión por lesión con elementos subjetivistas— declara la nulidad de la cláusula de intereses usurarios (art. 1815.2 CCit), definiéndose el supuesto usurario en la *Legge 7 marzo 1996, n. 108*, donde se mezclan elementos objetivos con los subjetivos<sup>30</sup>. Finalmente, el

<sup>25</sup> Se trata de la *Bundesgesetz über den Konsumkredit* 221.214.1, de 23 de marzo de 2001. Su artículo 14 establece un tipo de interés remuneratorio máximo a determinar por el *Bundesrat*, tomando en consideración los tipos de interés más habituales recogidos por el *Nationalbank* para la refinanciación de los créditos al consumo; y añade que el interés máximo no deberá superar, en general, el 15%.

<sup>26</sup> *Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité*. El artículo 1 de esta ley —derogada el 7 de mayo de 2005— declaraba usurario todo préstamo que incorporase un tipo de interés efectivo global superior a más de un tercio del tipo de interés efectivo más utilizado en el curso del trimestre precedente por los establecimientos de crédito para operaciones de la misma naturaleza que comportasen riesgos análogos. El umbral para cada grupo de contratos se definía por el Ministerio de economía.

<sup>27</sup> Hay que acudir a los artículos L314-6 a L314-9 del *Code de la consommation* en la redacción dada por la *Ordonnance n° 2016-351*, de 25 de marzo de 2016 sobre contratos de crédito al consumo sobre inmuebles para uso de vivienda. El artículo L314-6 declara hoy usurario el préstamo concedido a un tipo de interés efectivo global que, al momento de su concesión, exceda en más de un tercio el interés efectivo promedio aplicado durante el trimestre anterior por las instituciones de crédito y las compañías financieras para transacciones similares que involucran riesgos similares, según lo definido por la autoridad administrativa después de consultar al Comité Asesor del Sector Financiero. Las condiciones de cálculo y de publicidad de las tasas efectivas se fijan por decreto (artículo L314-7 y nota 27).

<sup>28</sup> Artículos D314-15 a D314-17 *Code de la consommation*.

<sup>29</sup> Artículos L313-5 (que reproduce la regulación del *Code de la consommation*), L313-5-1 (para descubiertos en cuenta), L313-5-2 (para las consecuencias del préstamo usurario).

<sup>30</sup> La *legge* entremezcla un supuesto netamente objetivo de usura, en el que los intereses superan el límite establecido legalmente y que se determina con arreglo al tipo de interés promedio efectivo cobrado por los bancos e intermediarios financieros cada tres meses —incluyendo comisiones, remuneraciones a cualquier título y gastos, de los que se excluyen impuestos y aranceles—. Este interés



ordenamiento austriaco —también conservador de la lesión enorme en la venta— dispone de una legislación especial sobre usura, aplicable a todos los contratos, y en cuyo tipo sí se hace hincapié en los elementos subjetivo<sup>31</sup>.

Rescisión por lesión y usura son instituciones distintas, incluso en aquellos ordenamientos que mantienen la primera, siendo relevantes en la usura los elementos subjetivos de la parte afectada.

### 2.1.2. El rechazo de la rescisión por lesión en España

El Código civil rechazó frontalmente la incorporación de cualquier atisbo de lesión enorme en materia de contratos (art. 1293 CC)<sup>32</sup>. Los apuntes de García Goyena al artículo 1164 P. 1851 —antecedente del artículo 1293 CC— dan cuenta de ello. Dialogando con la historia y legislación del momento, el autor justifica la decisión española. De sus notas se desprende que la lesión enorme no estaba presidida por un elemento subjetivo distinto del dolo del vendedor sobre el valor de la cosa<sup>33</sup>. El rechazo a la rescisión por lesión enorme reconectó el Código civil con la más antigua tradición histórica, anterior a las Leyes de partidas: la del Fuero Juzgo<sup>34</sup>; a su vez, se impuso el criterio de la libertad de mercado<sup>35</sup>. Pero ¿qué sucedió con la usura, para el préstamo?

### 2.1.3. La usura histórica

La historia del préstamo es «gratuita»; el interés remuneratorio fue siempre la excepción. En Derecho romano, el préstamo era esencialmente gratuito; el prestamista solo podía, en principio, recuperar el capital entregado al final del contrato. De ello da buena cuenta la definición de Pomponio en D. 50,16,121, cuando dice que el interés que se percibe en dinero («*usura*») no es un fruto, al no proceder del capital, sino de

---

se determina además atendiendo a la clasificación de operaciones de categorías homogéneas que tienen en cuenta la naturaleza, el objeto, la cantidad, la duración, los riesgos y las garantías que realiza anualmente por decreto el ministerio de Hacienda, tras consultar con el Banco de Italia y la Oficina italiana de Cambio (arts. 1 y 2). Junto a ello, la *legge* considera también usurarios aquellos intereses que, aun cuando se sitúen por debajo del límite objetivo anterior, se antojen desproporcionadas respecto a la prestación de dinero, si el prestatario se encuentra en una situación de dificultad económica o financiera (art. 1).

<sup>31</sup> En Austria convive, junto a la rescisión por lesión indicada, legislación sobre usura adicional al Código civil. En vigor figura la *Wuchergesetz* de 16.12.1949. Su § 1 declara nulo todo contrato en el cual alguien explota la temeridad, la situación de necesidad, la debilidad mental, la inexperiencia o la inestabilidad emocional de otro en la obtención de una prestación cuyo valor patrimonial con respecto a la contraprestación es llamativamente desproporcionado.

<sup>32</sup> La jurisprudencia es clara. Así, la STS 20.7.1993, FD 2º (MP: Fernández-Cid de Temes; RJ 1993/6166).

<sup>33</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, Vol. III, pp. 177-181.

<sup>34</sup> Fuero Juzgo V, IV, VII: «Si alguno omne vende algunas casas, tierras, ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ó otras cosas non se deve por ende desfazer la vendicion, porque diz que lo vendió por poco».

<sup>35</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed., 2007, pp. 616-617.

otra causa, es decir, de una nueva obligación («*id est nova obligatione*»). En efecto, siendo la gratuidad del préstamo la regla general, la percepción de intereses se fundaba en una nueva obligación y, por consiguiente, en una *stipulatio*. La separación romana entre la deuda del capital y la de intereses era tal que, estipulándose algún tipo de interés, dejaba de hablarse de «*mutuum*», para hacerlo de «*foenus*», siendo la cantidad prestada un «*soers*», no una «*pecunia*», y el exceso sobre esta los «*usurae*» (intereses a cambio del uso del capital)<sup>36</sup>. Este estado de las cosas es el que explica el progresivo desarrollo de las limitaciones al tipo de interés, ya desde la Ley de las XII Tablas, como una cuestión de «política legislativa»<sup>37</sup>. Las fuentes romanas de las diferentes etapas apuntan a que la limitación de los *usurae* se correspondía, más bien, con la necesidad de encontrarle un «precio» a la estipulación de intereses, para lo cual se tenían en cuenta muchos factores<sup>38</sup>. Pero en ninguno de los periodos existió como tal, hasta donde se me alcanza, una prohibición o limitación de los intereses edificada sobre aspectos éticos o morales; para ello hay que esperar a la Edad Media. Esta construcción romana del mutuo, el interés y los límites es la que explica que al cobro de «*usurae*» sobre los límites establecidos simplemente le siguiese la invalidez parcial de la estipulación que los establecía. Es decir, lo que se impedía era al prestamista cobrar los intereses por encima del límite legal, conservándose el negocio jurídico («*utile per inutile non vitiatur*»), e imputándose los intereses excesivos a la devolución del capital, disminuyendo la deuda; o, si el capital ya hubiese sido pagado, pudiendo el prestatario reclamar el exceso por medio de la *condictio*<sup>39</sup>.

La esencia gratuita del mutuo romano se acopló sin problemas a la doctrina de la Iglesia Católica a partir de la Edad Media, que elevó a categoría y condenó el cobro de intereses: la usura. Se mezcló entonces la idea romana del préstamo con las enseñanzas de la Biblia y la doctrina de los Santos Padres, en una prohibición del cobro

<sup>36</sup> Véase, D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho privado*, cit., § 134, p. 401; KASER/KNUTEL/LOHSE, *Römisches Privatrecht*, cit., pp.216-217.

<sup>37</sup> Durante la época clásica la tasa legal para el interés era del 12% anual (usura centésima: 1% mensual). Véase, con amplias citas del Digesto, el Código y las Novelas LÓPEZ-RENDO, «Intereses del préstamo de dinero. Limitaciones legales y efectos de su abusividad en el Derecho romano», *Revista internacional de Derecho romano*, N.º 20, 2018, pp. 430-448. También, D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho privado*, cit., §134, p. 402; ZIMMERMAN, *Richterliches*, cit., pp. 123-125; JIMÉNEZ MUÑOZ, «La usura», cit., pp. 25-29.

<sup>38</sup> Véase C. 4,32,26,1. Aquí se advierte de la necesidad de promulgar una ley que limite los intereses, pero distinguiendo entre diferentes grupos de prestamistas. Así, las personas ilustres no se les permitía estipular intereses en más de la tercera parte del 1% mensual (4% anual); a los propietarios de talleres o dedicados a otras actividades comerciales lícitas, hasta el 8% anual; y a los préstamos marítimos o en las entregas de especias a interés el 1% mensual. Sobre el préstamo marítimo (*fenus nauticum*), C.4.33.1 ss. y D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho privado*, cit., §134, p. 403.

<sup>39</sup> Véase, ZIMMERMAN, *Richterliches*, cit., pp. 125-127, quien advierte de que acaso la solución no fuera del todo unánime y se apoya en D. 13,7,11,3; LÓPEZ-RENDO, «Intereses del préstamo», cit., pp. 448-458.

de intereses que se fue intensificando por medio de varios Concilios<sup>40</sup>. Junto a las referencias morales, los pensadores escolásticos asentaron, más tarde, la idea de que no se puede transmitir dinero y al mismo tiempo cobrar por su uso, pues este es un bien naturalmente improductivo<sup>41</sup>. Esta prohibición de la usura, por razones morales, contrastó con una realidad en la que su persecución se antojaba difícil y en la que se llegó a un cierto estado de tolerancia práctica respecto de ella, similar al de la prostitución<sup>42</sup>. Al mismo tiempo, iría tomando cada vez mayor forma —sobre todo desde el s. XVI— la relajación del cobro de intereses en casos denominados como «usuras lícitas». Dentro de este concepto entraban los supuestos en que (i) la entrega del dinero irrogaba un daño al prestamista (daño emergente); (ii) el préstamo hubiese impedido al prestamista obtener ganancias en su negocio (lucro cesante); o (iii) el prestatario incurriese en mora<sup>43</sup>. Este estado de las cosas explica que, hasta bien entrado el s. XIX, perviviese la prohibición *formal* del préstamo con intereses, unida a una especie de reconocimiento práctico del mismo allí donde se entendía adecuada la percepción de una contraprestación por la privación del capital<sup>44</sup>. Se llega así a la distinción entre «interés» y «usura».

El S. XIX español arrastra todo el bagaje jurídico y moral de los siglos precedentes en torno a la usura; y ofrece un buen ejemplo de esa progresiva relajación respecto a la percepción de intereses, sin dejar de concebirlo como la excepción. Destacan aquí la Ley de 14 de marzo de 1856<sup>45</sup> y el Proyecto de Código civil de 1851 (en adelante, «P. 1851»). El artículo 1649 P. 1851 autorizaba a las partes pactar por escrito el pago de un interés en el préstamo. Acto seguido, el artículo 1650 P. 1851 establecía un límite al interés convencional en el doble del interés legal, reduciendo los tribunales el exceso de lo que excediere. En sus anotaciones, García Goyena repasa la legislación histórica y comparada. Asimismo, advierte de las bondades del interés para la prosperidad y de los peligros de la usura para el comercio. El enfoque del P. 1851 es muy práctico y más cercano a las ideas romanas que permitían, en caso de exceso, reducir simplemente el tipo de interés. El proyecto isabelino se hacía eco de una realidad en que «personas oscuras, verdaderos vampiros de la sangre de los necesitados» exigían intereses

<sup>40</sup> Véase, ÁLVAREZ NOVOA, «La usura», *Revista de Menorca*, 1909, pp. 112-115; y, sobre todo, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 29-43.

<sup>41</sup> Véase, GARRÁN MARTÍNEZ, «El préstamo con interés y la usura en el pensamiento de Domingo de Soto: un ejemplo de confrontación entre la moral y la economía en el S. XVI», *Revista semestral de filosofía práctica*, Nº 27, 2012, pp. 55-58.

<sup>42</sup> Da cuenta de ello, CLAVERO SALVADOR, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, 1984, p. 41.

<sup>43</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 42-43; GARRÁN MARTÍNEZ, «El préstamo con interés», cit., pp. 60 y ss.

<sup>44</sup> CLAVERO SALVADOR, *Usura*, cit., pp. 60 y ss. Muy en resumen, CASAS VALLÈS, «Informe», cit., pp. 22-23.

<sup>45</sup> Cuyo artículo 1 declaraba «abolida toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo»; y reconocía, en un artículo 2, que la posibilidad de pactar «convencionalmente interés en el simple préstamo; pero este pacto será nulo, si no consta por escrito».

desorbitados. No obstante, su objetivo era «desterrar de nuestra legislación lo que tiene en este punto de vago, absurdo y contradictorio», y evitar así que, en cada caso, fuese el juez quien determinase la usura y lo moderase. Esto explica que colocase un límite elevado al tipo de interés convencional<sup>46</sup>. Las anotaciones del autor en materia de interés son, por lo demás, coherentes con su rechazo frontal a la rescisión por lesión.

#### 2.1.4. La Ley de la usura española

El Código civil español no incorporó una regla de limitación de los tipos de interés en el préstamo similar a la del artículo 1650 P. 1851. A pesar de promulgarse prácticamente 50 años después del P. 1851, adoptó una posición mucho más conservadora en cuanto a los intereses y más cercana a la postura canónica. El Código civil concibió el préstamo como esencialmente gratuito salvo pacto (arts. 1753 y 1755 CC). Esta postura se complementaba, además, con la ausencia de cualquier mención a los intereses en el artículo 355 CC, cuando enumeraba (¿ejemplificativamente?) los frutos civiles. En la misma línea se había colocado, años antes, el Código de comercio (art. 314 CCo).

El conservadurismo español en materia de préstamo con intereses, desoyendo las advertencias de Goyena, no eliminó una realidad en la que se seguían produciendo abusos por parte de muchos prestamistas. La lógica «canonista» respecto del tipo de interés condujo, casi una década después de la publicación del Código civil, a promulgar *ad hoc* una Ley que permitiese a los jueces controlar los tipos elevados. No deja de resultar paradójico que el mismo ordenamiento obstinado en no reconocer formalmente la estipulación de intereses remuneratorios como regla general recurriese después a una ley para controlar estos, cuando fueran muy elevados o desproporcionados. Lo hacía sobre la base de un reproche moral; el mismo que impedía mirar con normalidad a los intereses remuneratorios<sup>47</sup>.

La alfonsina Ley de la usura, de 1908, añadió elementos propios de la lesión enorme a los contratos préstamos y operaciones sustancialmente idénticas (art. 9 LU). Todo ello presidido por un elemento adicional de reproche moral. La ley pretendía salir al paso de los «abusos escandalosos de los prestamistas»<sup>48</sup>, incorporando un supuesto de nulidad contractual inspirado los vicios del consentimiento y la causa (arts. 1265 y 1276

<sup>46</sup> El traspaso del doble del interés legal, decía GARCÍA GOYENA, «no podría menos de escandalizar a los partidarios de la libertad absoluta en teoría» (*Concordancias*, cit., Vol. IV, pp. 74-79).

<sup>47</sup> En este sentido, ÁLVAREZ NOVOA, «La usura», cit., p. 111.

<sup>48</sup> Así el discurso de Gumersindo de Azcárate que precede a la inicial proposición de la ley, consultado en SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, 1986, pp. 149-150.

CC)<sup>49</sup>. La usura de la Ley española exigía, pues, el concurso de alguno de los elementos subjetivos, enumerados en el artículo 1 I<sup>50</sup>. Y no resulta sorprendente. No hay que perder de vista que la usura regulada configuraba un supuesto paradigmático de control de precios que había de ser considerado excepcional en Derecho español común<sup>51</sup>. De permitirse, había que requerir algo más que la sola anomalía o desproporción del interés; había que atender a un cierto reproche moral hacia la conducta desplegada por quien se aprovechaba de una situación angustiosa del otro, de su inexperiencia o lo limitado de sus facultades mentales. Lo contrario hubiese sido tanto como admitir la rescisión por lesión. Siendo probablemente consciente de esta interdicción (art. 1293 CC), el texto no recogió tanto una excepción, como un nuevo supuesto de nulidad contractual bañado de tintes morales o, si se prefiere, un supuesto de contravención de las buenas costumbres. En efecto, no cabe duda de que la ley — buscando dar respuesta a una acuciante realidad social— trajo consigo un nuevo supuesto de nulidad por vicio del consentimiento, contrariedad a las buenas costumbres o abuso del derecho<sup>52</sup>, que situaba la reprochabilidad moral en el centro. Con ella, se pretendían conjurar muchos de los abusos perpetrados por prestamistas. Era una ley «de represión» moral, cuyo principal supuesto —el artículo 1 I LU— condicionaba la prueba de los elementos subjetivos (angustiosa necesidad de obtener dinero) a la concurrencia de los objetivos (interés normal del dinero)<sup>53</sup>, con amplio espacio para la valoración del juez (art. 2 LU)<sup>54</sup>.

Quizá por su farragosa redacción, la interpretación de este primer párrafo del artículo 1 LU planteó problemas aplicativos desde los años posteriores a la promulgación de la norma. En particular, se dudaba sobre los tipos de contratos usurarios a que se refería el artículo 1 LU. El desglose del precepto se hacía en dos partes. De un lado, el contrato usurario en sentido estricto (interés superior al normal del dinero y desproporcionado).

<sup>49</sup> Cada legislador es hijo de su época: de los trabajos preparatorios de la época, así como de la redacción de su artículo 1 I, se infiere muy bien en qué tipo de prestamistas —y en qué clase de prestatarios— pensaba el de principios de s. XX. Al respecto, véase, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., pp. 152-153, 161, 213-215. Se hace igualmente eco de la intención del legislador con la LU, aunque mostrándose contrario, ALBALADEJO GARCÍA, «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, Vol. 48, 1, 1995, n. 8.

<sup>50</sup> En este sentido se mueve también el discurso de Canalejas contrario a la tasa como mecanismo protector (SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., p. 158).

<sup>51</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. III.

<sup>52</sup> De hecho, en los debates legislativos en el Senado uno de los argumentos esgrimidos en contra de la Ley fue que el problema de la anulabilidad de los contratos abusivos ya estaba previsto en los artículos 1154 y 1553 CC (véase, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., p. 183).

<sup>53</sup> Véase, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., p. 162.

<sup>54</sup> Probablemente consciente de esta dificultad de probar el elemento subjetivo, la LU relajaba la necesidad de prueba, al contemplar una suerte de libre arbitrio judicial en el derogado artículo 2 LU. (véase, PÉREZ MONGE, «Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)», *ADC*, Vol. 56, 1, 2003, pp. 300-301). Sobre el libre arbitrio judicial en la LU y sus problemas, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., pp. 168-174.

De otro, el leonino (condiciones solo ventajosas para el prestamista)<sup>55</sup>. La duda estaba en los elementos subjetivos (situación angustiada del prestatario, inexperiencia o debilidad mental) y si complementaban a ambas versiones o solo al contrato leonino<sup>56</sup>. Esta discusión se ha arrastrado hasta nuestros días<sup>57</sup>. La dicción literal de la ley no se presta a la sencillez por la presencia del conector aditivo-alternativo «o», que ampara una interpretación de este que distinga, por un lado, los préstamos en los que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados (A); y, por el otro, los préstamos en que el interés sea notablemente superior al normal del dinero y en circunstancias tales que resulte leonino (B). La opción A sería totalmente objetiva, mientras que la B combinaría lo objetivo con lo subjetivo. Este argumento, impecable desde la lógica, choca con el espíritu de la ley<sup>58</sup>. De la redacción del art.1 I LU no se puede extraer que el legislador quisiese establecer tal diferenciación entre supuestos. Antes bien, todo apunta a que el gerundio circunstancial modal («habiendo motivos para») complementa a todo el precepto: tanto el caso en que el préstamo presenta un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado, como el caso en que el préstamo solo es ventajoso para una de las partes (leonino)<sup>59</sup>. Avala esta posición la tendencia de la jurisprudencia a examinar, en la práctica, cuáles fueron las circunstancias personales del deudor que le forzaron en cada caso a prestar su consentimiento<sup>60</sup>; así como la realidad que está detrás de la mayoría de los casos finalmente declarados usurarios por los tribunales<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Véase, al respecto, la recopilación jurisprudencial que sobre los diferentes supuestos del préstamo usurario (y del leonino) realizan SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., pp. 202-206; MONSERRAT VALERO, «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, 6, 2011, sec. 1 a 4; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, 1998, pp. 226-227; PÉREZ MONGE, «Préstamo usurario», cit., pp. 299-300; últimamente SCHULLER, «Nulidad», cit., pp. 49-54

<sup>56</sup> DÍEZ PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II/2, 12ª ed., 2016, p. 160; SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., p. 214. JIMÉNEZ MUÑOZ sitúa el préstamo leonino dentro de la situación angustiada del prestamista, refundiendo ambos criterios (*La usura*, cit., pp. 89-91).

<sup>57</sup> Véase, por todos, RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO RODA, «La desnaturalización», cit., sec. III. Considera que existen dos tipos de usura, uno objetivo y otro subjetivo, ZUNZUNEGUI PASTOR, Diez preguntas sobre la usura», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 17 de noviembre de 2016, p. 1, disponible en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/11/diez-preguntas-sobre-la-usura4.pdf> [última consulta: 10.7.2020], p. 2. Sin decantarse por «sucumbir a una disputa dogmática sobre los términos de interpretación de una vieja norma», CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ, «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sigma Mediatis”: un mal precedente una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Cesco*, N.º 16/2016», p. 77.

<sup>58</sup> Véanse SSTS 18.6.2012, FD 3º (RJ 2012/8857); 2.12.2014 FD 3º (RJ 2014/6872); (MP: Orduña Moreno).

<sup>59</sup> En este sentido, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.1. En contra, SCHULLER, «Nulidad», cit., p. 57.

<sup>60</sup> Véase, sobre todo, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., pp. 216-223. También, con acierto, AGÜERO ORTIZ, «No todas las tarjetas», cit., p. 16.

<sup>61</sup> Véanse algunos ejemplos en JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 91-92.

Con todo, la última jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha desterrado el elemento subjetivo de la conducta usuraria del artículo 1 I LU<sup>62</sup>. Representativas de este proceder son la STS 25.11.2015<sup>63</sup> y la STS 4.3.2020<sup>64</sup>, ambas del Pleno, para los contratos de crédito *revolving*, con las que he comenzado. En ellas, se ha dejado definitivamente de lado la exigencia de que el préstamo hubiese sido aceptado a causa de la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales del prestatario. Al tiempo, se ha consagrado la idea de que la ineficacia derivada de la usura conserva el mismo alcance (el del art. 3 LU) por el solo hecho de establecer un interés «objetivamente usurario» (art. 1 LU).

En la línea objetiva actual del Tribunal Supremo, para los contratos de crédito *revolving*, se mueve hoy una gran parte de la doctrina<sup>65</sup>, así como las propuestas de modificación del Código civil en esta materia que estiman conveniente «configurar la usura en clave marcadamente objetiva»<sup>66</sup> (art. 5124-2 PAPDC).

Podemos preguntarnos el porqué de la exclusión de la subjetividad en la práctica. La razón más elemental apunta a que la exclusión del elemento subjetivo tradicional del tipo de usura se debe a que (i) la presencia de elementos subjetivos del artículo 1 I LU no se compadece con la realidad de unos casos donde aparecen involucradas entidades de crédito sometidas a la supervisión del Banco de España; y (ii) el endeudamiento del prestatario se orienta a la satisfacción de una serie de necesidades de consumo —hacia la cúspide de la Pirámide de Maslow— que no presuponen una necesidad vital<sup>67</sup>. A pesar de todo, es de lamentar que la nueva doctrina del Tribunal Supremo en materia de usura no haya dedicado al menos un párrafo a explicar por qué el requisito de la subjetividad parece haber perdido toda su importancia para verificar la usura<sup>68</sup>.

#### 2.1.5. El necesario mantenimiento del elemento subjetivo de la usura

Acaso tenga buen sentido prescindir, casi por completo, de los elementos subjetivos de inmoralidad que tradicionalmente inspiraron la Ley de usura; lo tiene para los casos a

<sup>62</sup> Advierten del cambio de jurisprudencia y de sus consecuencias perniciosas, CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ, «Sobre la usura», cit., pp. 76-78. También, ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. III.

<sup>63</sup> FD 3º [3] (MP: Sarazá Jimena; RJ 2015\5001).

<sup>64</sup> FD 5º [2] (MP: Sarazá Jimena; RJ 2020\407).

<sup>65</sup> Así, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., p. 69 (y n. 221); SCHULLER, «Nulidad», p. 57. Abiertamente en contra, ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. III.

<sup>66</sup> Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*, 2018, p. 223.

<sup>67</sup> Es un endeudamiento muy asociado al consumo. En este sentido apunta la Exposición de Motivos de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente.

<sup>68</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. III.

que normalmente se enfrenta la jurisprudencia y el Tribunal Supremo<sup>69</sup>. El problema es que cuando la Sala 1ª se desprende definitivamente, y sin matiz, del elemento subjetivo del tipo de usura, está introduciendo —de manera subrepticia— un supuesto de lesión, confundiéndolo con el de usura, acaso de manera inconsciente; es decir, se está controlando de manera desafortunada la equivalencia de las prestaciones esenciales del contrato fuera de los límites marcados por la Ley de usura (y de la propia autonomía privada)<sup>70</sup>. No es casual que la doctrina española haya advertido en el último tiempo de una «desnaturalización» del concepto de la usura<sup>71</sup>.

El mantenimiento de un elemento subjetivo en la usura se me hace necesario, al menos, por dos razones. La primera, para evitar ensanchar indebidamente el campo de aplicación de la rescisión por lesión a un ámbito —el de los préstamos— en el que no se debe admitir, al faltarle al dinero elemento de comparación respecto de su valor que permita determinar si ha habido lesión<sup>72</sup>. La segunda, porque nuestro Código se opone a la rescisión por lesión, si no va acompañada de algún reproche adicional a quien se aprovecha de la situación de otro (arts. 1074, 1291 1º y 2º, 1293 o 1691 CC)<sup>73</sup>.

Si en los casos más habituales —con entidades de crédito— en los que se aplica la LU el elemento subjetivo contenido en la Ley es testimonial, acaso resulte necesaria una reinterpretación de este, que desplace la ubicación dogmática y sistemática de la institución. De lo contrario, si se desecha toda subjetividad, la usura terminaría convertida no ya en una suerte de rescisión por lesión indeseada con carácter general por el Código civil y su prisma liberal (art. 1293 CC)<sup>74</sup>; también en un sospechoso mecanismo de limitación de la libertad de precios que podría ser incompatible con los derechos de la «Constitución económica» (arts. 9.2, 10, 33, 35 y 38 CE)<sup>75</sup>. La cuestión

<sup>69</sup> En este sentido, ZUNZUNEGUI PASTOR, señala que «el hecho de exigir, como propone parte de la doctrina, una tacha de inmoralidad para sancionar por usura reduciría el número de sentencias condenatorias por usura bancaria» («Diez preguntas», cit., p. 3).

<sup>70</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, «Protección de los consumidores y derecho de contratos», *ADC*, 1994-II, p. 320.

<sup>71</sup> AGÜERO ORTIZ, «No todas las tarjetas», cit., p. 16; LA MISMA, «Consecuencias auguradas de la doctrina “Sygma” en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia», *Revista Jurídica sobre Consumidores y usuarios*, 7 febrero 2020, p. 77; RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO RODA, «La desnaturalización», cit., sec. II y III; ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. IV.

<sup>72</sup> Parto de que la regla es, en efecto, el nominalismo y no el valor: PAZ-ARES, «Art. 1170 CC», en *Comentario del Código civil*, 1993, Vol. II, sec. III.3.

<sup>73</sup> No puede perderse de vista que la rescisión por lesión y la idea de precio justo también ha estado presidida por un componente moral o de equidad que el Código conscientemente rechazó. Véase, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., párr. 11 y 305.

<sup>74</sup> Otra cosa es que la lesión económica pueda servir como indicio para advertir la existencia de vicios del consentimiento (cfr. art. 1300 CC).

<sup>75</sup> Con los derechos fundamentales de contenido económico insertos en la Constitución que imponen límites a la legislación y a la actuación económica del Estado. Aplicar la LU sin los elementos subjetivos del tipo, que la explican como límite, representaría una limitación de la libertad de empresa que



estriba en cómo mantener un elemento subjetivo distinto que permita a la usura desenvolverse en el contexto actual<sup>76</sup>, sin los elementos subjetivos históricos, basados en la moralidad. El objetivo es presentar una aproximación distinta a las dos alternativas que hasta ahora se plantean: bien reconducir la usura a la casilla de salida (el abuso inmoral)<sup>77</sup>, bien consolidar su desnaturalización como mecanismo de control subrepticio —y casuístico— del precio del crédito en el mercado de referencia<sup>78</sup>.

## 2.2. *Hacia un nuevo elemento subjetivo para la usura*

La superación del requisito subjetivo tradicional de la usura no significa por completo dar la espalda a la «subjetividad». El reto está en reconfigurar el tipo de usura bajo un prisma moderno adaptado a la realidad económica actual, que no es la misma a aquella que dominaba el deslavazado capitalismo español de principios de S. XX. Esta tarea debe hacerse teniendo en mente qué clase de «reproche» subjetivo cabe formular al prestamista. El Tribunal Supremo, hemos dicho, se inclina cada vez más claramente por una usura basada en los elementos objetivos, que declara con mayor o menor nitidez. Partiendo de aquí, lo necesario pasa por dotar de un elemento subjetivo distinto a esa concepción de la usura que el Tribunal Supremo telegrafía; ello a fin de revestir después dogmáticamente cualquier consecuencia de tipo flexible que se quiera introducir.

### 2.2.1. La usura como ilícito civil basado en el dolo o la culpa.

La LU prevé la posibilidad de imponer sanciones en forma de multa a los prestatarios tres veces reincidentes (arts. 5 y 6 LU). Pese a su carácter testimonial, pues no me consta que se hayan llegado a aplicar estos preceptos, en el plano estrictamente teórico no cabe duda de que esta «corrección disciplinaria» se corresponde con la potestad sancionadora administrativa reconocida al tribunal por una norma con rango de ley (art. 25.1 Ley 40/2015). Para cumplir con la Constitución (art. 25.1 CE), no se puede imponer sanción alguna al margen del oportuno procedimiento (art. 63.2 Ley 39/2015) ni tampoco —y esto es lo importante— al margen del principio de responsabilidad a título de dolo o culpa (art. 28.1 Ley 40/2015). En el ilícito administrativo, la culpabilidad se manifiesta en la inobservancia del deber de

---

legítimamente puede responder al interés general de evitar el sobreendeudamiento de los consumidores, pero cuya adecuación y utilidad resultan dudosas para el pretendido fin: el endeudamiento de los consumidores no dejaría de producirse, si bien lo haría por otras vías, menos protectoras de sus intereses. Véase, en este sentido, PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL, «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, 2003, pp. 59-84.

<sup>76</sup> En este sentido, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.1, quien considera que el presupuesto de hecho principal de la LU ya no es tan habitual y que la ley necesita, como mínimo, de una revisión.

<sup>77</sup> Se inclinan por ello RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO RODA, «La desnaturalización», cit., sec. IV.

<sup>78</sup> Véase la crítica de AGÜERO ORTIZ, «Consecuencias auguradas», cit., p. 88, con la que coincido.

diligencia<sup>79</sup>. La posibilidad de imponer sanciones adicionales a la propia nulidad del contrato usurario es un último reducto de la persecución penal de la usura<sup>80</sup>; y es coherente con la finalidad represora de la ley.

A propósito de lo anterior, la pregunta que cabe hacerse es si cabe construir un ilícito civil para la usura, basado en la culpa y, por tanto, en la inobservancia de un deber de diligencia a cargo del prestamista. También si con él se puede construir una concepción nueva y autónoma de la institución. Creo que existen buenas razones para responder afirmativamente a esta cuestión. La usura puede explicarse a partir de la contravención del deber objetivo de cuidado por parte prestamista que concede crédito por encima de los límites en que resulta admisible *competir*, en un momento determinado y en un mercado concreto. Si el prestamista contrata con un interés remuneratorio muy elevado, su conducta podrá ser calificada como contraria a la buena fe objetiva —es decir, como negligente o dolosa—, si *además* lo hace desconociendo los umbrales por encima de los cuales es legítima y eficiente la obtención de un beneficio en un mercado determinado y un momento concreto<sup>81</sup>. De este modo se perfila la culpa y, con ello, el elemento subjetivo de la usura «moderna», en contraposición al elemento subjetivo moral que presidía la usura «clásica». Lo que sucede es que ese elemento subjetivo, de intencionalidad o negligencia, se diluye en el objetivo: en lo elevado y lo desproporcionado del tipo de interés que el prestamista determina en cada caso. No basta —y esto es lo importante— con que el interés sea elevado y desproporcionado, sino que su establecimiento tiene que además serle reprochable al prestamista, por lo menos a título de culpa, por superar el límite o umbral de lo admisible («lo usurario») para un determinado producto y un mercado concreto o de manera culposa. A la vez, se debe tratar de un comportamiento competitivo, esto es, que el prestamista se sitúe en estas cotas porque encuentra demanda para ello.

Que la jurisprudencia en materia de usura sea abundante respecto a la financiación del consumo —y no, por ejemplo, en relación con los préstamos hipotecarios<sup>82</sup>— no es ninguna casualidad, pues es en este escenario donde los intereses se antojan

<sup>79</sup> En efecto, parece claro desde García de Enterría que nuestro Derecho excluye el carácter objetivo de las infracciones (SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 7ª ed., 2011, p. 692).

<sup>80</sup> Desde 1929 y hasta su despenalización con el Código Penal de 1995 el ordenamiento jurídico español reconocía el tipo penal de usura (arts. 542 a 546 Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre); no obstante, las voces que abogaban por su reconversión a la esfera administrativa sancionadora. Véase, LANDROVE DÍAZ, «Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal», *ADP y CCPP*, 1981, 2-3, pp. 585-598.

<sup>81</sup> En este sentido, la correcta determinación del mercado relevante es axial, como ponen de manifiesto, CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ, «Sobre la usura», cit., pp. 84-86.

<sup>82</sup> No obstante, véase la STS 27.3.2019 (MP: Sancho Gargallo, RJ 2019/1200), sobre un préstamo hipotecario con un tipo de interés remuneratorio del 10%.

numéricamente más elevados. Pero esto no debe conducir a un reproche inmediato a las entidades que los conceden. Los «elevados» intereses se explican a través de muchos factores que en su mayoría tienen que ver con el mayor riesgo asumido por el prestamista<sup>83</sup> (ausencia de garantías, rapidez de la concesión, destino no productivo del capital, etc.)<sup>84</sup>; en el crédito *revolving* tienen además que ver con el propio modelo de negocio de la entidad<sup>85</sup>. Para que un interés a priori elevado alcance el adjetivo de «usurario» se exige culpa del prestamista. Solo entonces la usura constituirá un ilícito civil. La culpa, como elemento subjetivo, colorea al tipo de interés elevado que, por sí solo es neutro. Esta referencia al umbral de lo usurario puede resultar algo abstracta. Por ello, es necesario profundizar acerca de los límites o umbrales de mercado a que se encuentran sometidos los prestamistas y que explican la culpabilidad en la usura<sup>86</sup>.

### 2.2.2. El juicio de existencia de la usura: umbrales para la culpa del prestamista

Explicada la necesidad de situar el elemento subjetivo de la usura en la infracción del deber de cuidado se ha de delimitar el presupuesto jurídico-material del ilícito de usura que se tiene que verificar para apreciar una conducta descuidada del prestamista. Teniendo en cuenta la dilución del elemento subjetivo de la culpa en el objetivo (el tipo de interés que se incorpore), el juicio de existencia de la usura pasa por el traspaso consciente, por el prestamista, de un determinado umbral o límite, que permite reprochar la infracción de un deber de cuidado a su conducta. Se trata de identificar tales límites o umbrales.

<sup>83</sup> En este sentido, sobre clasificación del riesgo del prestatario en Estados Unidos y riesgo, CUENA CASAS, «Fresh start y mercado crediticio», *Indret*, 3/2011, pp. 33-36.

<sup>84</sup> Pensemos en la concesión de préstamos hipotecarios a tipos de interés fijos. La usura no ha aparecido como caballo de batalla en este sector. En el momento en que se escriben estas líneas, las hipotecas a tipo fijo en España de las principales entidades no supera en 2% TAE. Competitivamente, resulta muy difícil que un operador decida ofrecer préstamos hipotecarios de similares características —pongamos— al 9%; pero, si lo hiciera y además encontrase prestatario, su conducta podría ser constitutiva de usura, siempre que el establecimiento de esa cota de interés se entendiese absolutamente independizada del mercado de referencia, no estuviese justificada por alguna circunstancia particular y de esas circunstancias objetivas cupiese decir que —imprescindible— el interés se ha estipulado culposamente, es decir, de forma descuidada respecto del umbral competitivo en ese mercado, sin justificación alguna. No fue lo sucedido, por ejemplo, en el caso de la citada STS 27.3.2019 [nota 81]. Se había celebrado un préstamo hipotecario entre dos particulares en el año 2008 a un 10% anual. La Sala 1ª no consideró que el préstamo hipotecario fuera usurario, ya que el interés medio en operaciones hipotecarias a más de 10 años se situaba en el 6,18% TAE. El interés no era ni notablemente superior al normal del dinero ni manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

<sup>85</sup> Véase, sobre los establecimientos financieros de crédito, SCHULLER, «Nulidad», cit., pp. 69-72.

<sup>86</sup> Este nuevo enfoque culpabilístico con respecto al contrato usurario es, en efecto, precontractual y se compadece también con las orientaciones en materia de préstamos que, en otro contexto, obligan a los prestamistas a evaluar en profundidad la solvencia de los deudores y sus garantes (arts. 14 LCC y 11 LCCI). En este último sentido, refiriéndose al préstamo predatorio, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.3.

El límite o umbral que explica la culpabilidad del prestamista se aprecia bien allí donde es explicitado por el legislador. En España contamos con algún buen ejemplo que apunta en la dirección marcada por Francia, ordenamiento en el que la usura se ha resignificado<sup>87</sup>. Así se aprecia en la legislación sobre crédito al consumo. El artículo 20.4 LCC prohíbe que a los créditos en forma de descubierto se les aplique un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a *dos veces el interés legal del dinero*. Se trata de un límite claro y objetivo de lo que el legislador considera usurario para este concreto producto<sup>88</sup>. Cuando un operador cobra un descubierto por encima de dicho umbral, la conducta es a todas luces dolosa. Por eso no es de extrañar que el artículo 25.2 LCC califique como «cobro indebido», entre otros aspectos, la percepción de descubiertos que excedan de ese límite, e incluso reconozca una posibilidad de indemnizar daños, cuando el cobro tuvo lugar por *dolo o negligencia* del prestamista<sup>89</sup>. Para descubiertos, el legislador indica explícitamente el umbral de lo que considera admisible económicamente y, por tanto, usurario. Lo hace de una forma no del todo rígida, pues coloca el umbral por referencia al interés legal del dinero. El límite establecido por la legislación de crédito al consumo, no se trata de un «límite de lo usurario» en un sentido tradicional. El legislador no considera que el prestamista que coloca un descubierto por encima de dos veces el interés legal del dinero esté cometiendo directamente un abuso inmoral. Nada de eso. Con este umbral, simplemente establece una frontera, definida, con arreglo a una más o menos acertada decisión de política legislativa, por encima de la cual no resulta lícito competir

<sup>87</sup> Ya he mencionado (*Supra* 2.1.1) la extrema objetivación de la usura en la legislación francesa. En este ordenamiento, la usura se basa en la superación en más de un tercio del tipo de interés medio efectivo del trimestre anterior cobrado por las entidades de crédito y las sociedades de financiación para operaciones de la misma naturaleza y que comporten riesgos análogos (art. L314-6 *Code de la consommation*); asimismo, las condiciones de cálculo y publicidad de los tipos de interés medio efectivos mencionados se fijan por decreto (art. L314-7 *Code de la consommation*). Estos intereses medios efectivos para cada operación a lo largo del trimestre son calculados por el Banco de Francia y se publican, junto con los umbrales de usura correspondientes (*seuils de l'usure*) por el Ministerio de Economía en el *Journal officiel de la République* (art. D314-15 *Code de la consommation*). Con estos datos, los prestamistas están obligados a informar a los prestatarios sobre los umbrales de usura correspondientes a los préstamos que les ofrecen; y las instituciones de crédito han de mantener esta información disponible para sus clientes como parte de las condiciones generales de la contratación bancarias que incorporan a los contratos que efectúan (arts. D314-17 *Code de la consommation* y R312-1 *Code monétaire et financier*). Si se observa, la regulación francesa no es que haya prescindido por completo de la subjetividad, sino que la ha resignificado. Es decir, un ordenamiento marcadamente objetivista preserva un elemento subjetivo de reproche a la conducta del prestamista que contrata desconociendo e inobservando los límites legales de la usura, considerando su actuación de mala fe (véase, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., p. 148).

<sup>88</sup> Sobre la LCC 1995 y los descubiertos en cuenta corriente, MARÍN LÓPEZ, «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Estudios sobre Consumo*, vol. 55, 2000, p. 39.

<sup>89</sup> Sobre la buena fe objetiva como elemento explicativo del cobro de lo indebido de buena o mala fe de cantidades amparadas en una condición general de la contratación, RUIZ ARRANZ, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación», *InDret*, 1/2020, pp. 122 y ss.

descubiertos en cuenta. Cobrar un descubierto superior supone una conducta ilícita, que no puede realizarse sin infringir un deber de cuidado: transgredir el umbral impuesto.

Algo parecido cabe decir para los intereses de demora en préstamos concluidos por persona física y garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial<sup>90</sup>. Fuera del ámbito de crédito al consumo o el hipotecario, la misma lógica se aprecia en la Ley del libro<sup>91</sup>.

Con estos mimbres, se puede realizar una aproximación similar a los contratos de préstamos y créditos respecto del tipo de interés remuneratorio, llegando a una conceptualización de la usura, donde lo relevante para determinar el elemento subjetivo no es la conducta inmoral, sino es la conducta del prestamista que traspasa, sin justificación, un umbral más o menos nítido. El problema es que el legislador no establece límites a la percepción de tipos de intereses en contratos de préstamo o asimilados, por encima de los cuales no considera legítimo competir. Sin embargo, que de ordinario los límites no se regulen no debe llevarnos a la apreciación de que estos no existen. A efectos de usura en el préstamo, el legislador ha preferido despachar la cuestión en los genéricos términos del artículo 1 I LU (recordemos: «*interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*»). Esto traslada, en últimas, la decisión al juez. Con todo, de la literalidad del precepto se extrae claramente una idea: que los contratos de préstamo cuentan también con límites superiores en cuanto al tipo de interés que se considera admisible percibir dentro de un sistema; o, si se quiere, que la libertad de mercado no autoriza a cobrar cualquier interés. En consecuencia, no debería haber obstáculo en realizar el mismo análisis de la conducta del prestamista allí donde no existe un umbral explicitado (¡es precisamente lo que hacen siempre y con flexibilidad casi equitativa los tribunales para determinar si, en un caso, el tipo de interés del que conocen es superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado!; y es el

<sup>90</sup> El artículo 25.1 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, «LCCI») establece con carácter imperativo que «el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible». No puede decirse técnicamente que el interés moratorio situado por encima de ese umbral sea moralmente reprochable, según los contornos de la LU; sí que al menos constituirá un ilícito civil.

<sup>91</sup> El artículo 9.3 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (en adelante, «LL») solo permite a los libreros separarse un 5% a la baja del precio fijo de venta al público establecido por el editor. Por tanto, no pueden comercializar libros por encima de ese precio fijo. El legislador solo les permite competir (en precio) dentro de esa estrecha horquilla. Si un librero decidiese saltarse esta prohibición y vender a precio libre, cometería un ilícito, pero no podría decirse que comete usura; no al menos en un sentido tradicional. Con la determinación de ese límite, rígido, el legislador persigue una serie de fines de interés general. Véase, ALFARO ÁGUILA-REAL/PAZ-ARES, «Un ensayo», cit., pp. 70-71.

espíritu de la Ley de usura en cuanto a los elementos objetivos<sup>92</sup>), a fin de apreciar la infracción de un deber objetivo de cuidado por parte del prestamista (culpa). Y acaso ello explique la contradicción de la Sala 1ª<sup>93</sup> en declarar, por un lado, que basta con que el interés sea elevado respecto al normal y, acto seguido, que debe existir aun así una desproporción manifiesta con las circunstancias del caso. La cuestión, claro, es dónde está ese límite que, desde una perspectiva jurídico-material, nos permite hablar después de culpa en la conducta del prestamista.

En el intento de determinación del umbral para cada tipo de contratos y prestamistas se ha de partir de que normalmente es el prestamista la parte que ostenta una posición de dominio en la negociación, primero, y en la contratación, después (piénsese, sin ir más lejos, en las sociedades dedicadas a la financiación del consumo o a la concesión de préstamos personales). Frente a ellos, en el otro lado de la mesa, se sentará, normalmente, otra parte menos diestra o más desinformada. Como partes «fuertes» en la contratación, los prestamistas disponen de una mejor y más fidedigna información acerca del «precio» al que pueden comercializar eficazmente sus productos de financiación en el mercado. Pero esto no es necesariamente malo; es normal y hasta aconsejable que sea así<sup>94</sup>. La información que unos atesoran en mayor medida se refiere al funcionamiento interno y de costes empresariales, al mercado (lo que hacen sus competidores), los reguladores (el Banco central y sus estadísticas<sup>95</sup>) y los tribunales (línea jurisprudencial más o menos clara sobre usura y diferentes grupos de casos). Toda esa información permite al prestamista *conocer* o no poder ignorar dónde se encuentran los límites de lo admisible económicamente para cada tipo de contrato. Claro está que, de entre las fuentes de información, la información extraíble será más o menos relevante. Por ejemplo, no será lo mismo que una sociedad dedicada a la financiación del consumo sepa a ciencia cierta que el Tribunal Supremo va situando, con sus sentencias, más o menos el límite de lo usurario para un determinado producto (y que no puede traspasarlo; tarea difícil en España hoy); a que simplemente conozca cuál es su estructura de costes en relación con la competencia.

En ausencia de límites explícitos, la parte mejor informada puede extraer de todos esos datos —si bien nunca a ciencia cierta— dónde se encuentran los umbrales que convierten en económicamente inadmisibles la obtención de lucro y beneficios

<sup>92</sup> En este sentido, ZUNZUNEGUI PASTOR, «Diez preguntas», cit., p. 1.

<sup>93</sup> Véase, SABATER BAYLE, «Contratos bancarios», cit., sec. 6.

<sup>94</sup> Los oferentes de financiación de crédito al consumo o de otro tipo de alternativas tienen que preocuparse de convencer a los potenciales clientes de que su alternativa es la mejor (este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Protección de los consumidores», cit., pp. 314-315). Pero en los casos de usura no se trata de que los clientes se decanten con más o menos información por una determinada variante.

<sup>95</sup> De mucho valor son aquí las aportaciones de ALEMANY CASTELLS, «La comparación», cit., sec. VI.

mediante una determinada operación de cesión de dinero a préstamo o crédito. La determinación final del tipo de interés a partir de la información (externa o interna) de que se dispone es la que permite observar la conducta del prestamista y realizarle, en su caso, un reproche culpabilístico. El reproche descansará en haber trasgredido los límites de la buena fe objetiva y, en particular, los de un comportamiento leal y honesto, en el mercado y para con sus clientes, a la hora de establecer un tipo de interés. Al final, se trata de un problema de asignación de riesgos; de que la parte mejor informada sobre el mercado y el resto de las circunstancias —por hipótesis, el prestamista— asuma el riesgo de un intercambio desigual de los recursos en el que participa, al menos, de manera culposa, pues esta es la parte que —por estar mejor posicionada— mejor puede lidiar con ese riesgo y cubrirse frente a él<sup>96</sup>.

No quiero decir con esto —entiéndaseme bien— que el prestamista tenga un deber de revelar su estructura de costes, su cálculo de riesgos y sus beneficios —en definitiva, sus «cartas»—, toda vez que son estas circunstancias que solo él conoce y solo a él competen. Lo que digo es que estas mismas circunstancias —en combinación con el resto— le colocan en mejor posición para saber si está contratando —y lucrándose— exorbitantemente por encima de ellas, con daño para el otro (dejémoslo ahí, de momento, ya veremos en qué se concreta ese daño). La parte fuerte no debe desconocer esos límites implícitos, ni situarse fuera de ellos. Al estar vinculada a la información disponible, el deber de conocimiento o diligencia respecto de los límites del mercado para cada tipo de contrato estará también directamente mediatizada por la cualidad que ostente el prestamista. Es decir, no será igual que el prestamista sea un particular, que sea una empresa con objeto social no financiero, a que sea una sociedad dedicada a la concesión de financiación.

El inconveniente de esta aproximación es la inseguridad jurídica que puede generar, porque (i) no suelen existir límites o umbrales explicitados por el legislador; y (ii) esta ausencia difumina bastante el reproche culpabilístico que se puede realizar.

### 2.2.3. Límites explícitos e implícitos; culpa y dolo; dificultades y certezas

Cuando los umbrales de la «usura», en sentido moderno, son explícitos las cosas se facilitan mucho (art. 20.4 LCC). Existiendo un límite fijo, la declaración de usura se apoya tanto en el tipo de interés aplicado como en la conducta del beneficiado; y no plantea mayor problema. Superándose el límite del artículo 20.4 LCC existirá siempre «usura» porque el interés es elevado para ese producto y, *además*, se ha establecido

<sup>96</sup> Véanse, en este sentido, PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC*, Vol. 34, 1981-III, pp. 669 y ss.

de manera culposa o dolosa en relación con el límite impuesto por el legislador. Digo siempre porque, de ninguna manera, el elemento subjetivo de la culpa podría venir en auxilio de un prestamista que dijese no ser consciente de su descuido (arg. art. 6.1 CC)<sup>97</sup>.

El escenario se vuelve algo más escarpado cuando el límite de lo usurario no es evidente ni está expresado, con mayor o menor concreción, por el legislador. Es lo que sucede en el préstamo o el crédito en general. En tales casos, la apreciación de una conducta usuraria del prestamista por relación a un determinado tipo de interés no resulta sencilla, como por lo demás demuestra la casuística de los tribunales cuando tienen que lidiar con establecer qué es el «*interés normal del dinero*». Atiéndase, sin ir más lejos, al dudoso razonamiento seguido por la reciente STS 4.3.2020 respecto de una TAE del 26,82% para el crédito *revolving* enjuiciado. Tras inclinarse, como índice de referencia, por el tipo medio de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito *revolving* publicado por las estadísticas oficiales del Banco de España<sup>98</sup>, indicó que ese tipo medio era (FD 4º [4])

«*algo superior al 20%*, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda» (la cursiva es mía).

En esta disquisición, el Tribunal Supremo no está determinando cuál es el umbral de lo admisible, sino simplemente buscando un punto de anclaje para poder decir, casi acto seguido, que (FD 5º [6]):

«El tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%».

Por lo tanto (FD 5º [7]):

<sup>97</sup> Otro tanto de lo mismo sucede en el artículo 9.3 LL. Si el librero vende por encima (o por debajo) del límite impuesto por el legislador y fuera de las excepciones de los artículos 10 y 11 LL, actúa de manera contraria a la buena fe objetiva (con culpa o dolo). Esto explica que, administrativamente, se entienda cometida una infracción más o menos grave, que lleva aparejada una sanción (art. 16 LL). Cuando el librero decide vender por encima del precio fijo comete una infracción y, además, con respecto a los clientes a los que venda a un precio superior al permitido, comete un ilícito civil, con daño para ellos. Al situarse por encima del precio fijo infringe un deber objetivo de cuidado.

<sup>98</sup> Véase la crítica al marco de comparación que hacen ARTIGOT GOLOBARDES, «Tarjetas revolving...», cit.; GARCÍA-VILLARRUBIA, «El problema del control de los contratos de financiación rápida: el caso de las tarjetas revolving», *El Derecho*, N.º 70, sec. 4; CASAS VALLÈS, «Informe», pp. 28 y ss.



«Una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes».

La Sala 1ª no llega realmente a establecer aquí un umbral estable a partir del cual podamos conocer dónde se sitúa el límite de lo usurario —ni siquiera para el momento de publicación del fallo— para ese tipo de contratos. Se limita a «afinar», a bulto, la «usura» del caso en un sentido ya totalmente alejado de la LU. Lo hace, además, con una actitud —dicho sea de paso y con todo el respeto— un tanto desconocedora de la relevancia y las consecuencias que alcanzan hoy las sentencias de las más altas instancias judiciales. No es de extrañar, por ello, la inseguridad jurídica generada, denunciada por los autores<sup>99</sup>.

La Sala 1ª sí parece intuir que existe un límite o umbral más o menos cognoscible de «lo usurario» para ese tipo de contratos, tomando como referencia una serie de factores. En efecto, la sentencia menciona una serie de «*circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito*» que justificarían el cobro de intereses más elevados<sup>100</sup>. El problema es que la sentencia conduce esas peculiaridades propias del *revolving* y el riesgo que comporta para una entidad crediticia hacia una especie de enmienda a la totalidad o cancelación social de ese producto —casi sugiriendo que no se debería comercializar— y el contexto predatorio en que muchas veces se comercializa, favorecedor del sobreendeudamiento (FD 5º [9]). Pero esto —repárese— es un reproche adicional y distinto<sup>101</sup>, que nada tiene que ver con la usura<sup>102</sup>, por más que la Sala 1ª lo emplee para reforzar su decisión de que el contrato es usurario y que el riesgo que asume el prestamista no justifica «*esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y revolving*» (FD 5º [9] *in fine*). Y es que, da la sensación de que la Sala 1ª en el fondo sabía (i) que un tipo de interés como el enjuiciado no era usurario; y (ii) que uno del 50%, como al que alude en uno de sus fundamentos arriba transcritos, sí lo habría sido. El problema es saber qué hay en medio. De la STS 4.3.2020 pueden extraerse dos valiosas conclusiones: (i) que existe un

<sup>99</sup> Me remito a la bibliografía citada en nota 5.

<sup>100</sup> Entre ellas, menciona (FD 5º [8]) (i) el público al que suelen ir destinadas («personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos») y (ii) las peculiaridades del crédito revolving («el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuentas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio»).

<sup>101</sup> En el mismo sentido, CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ, «Sobre la usura», cit., pp. 80-81.

<sup>102</sup> No obstante, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.3.

límite de lo usurario al crédito *revolving*; y (ii) que ese límite se sitúa en algún punto porcentual por encima del 20%, pero que no sabemos cuál o dónde está; y que, en todo caso, se parece más a un tipo de interés varios puntos porcentuales por encima del tratado.

Con estas conclusiones —las únicas certeras que arroja la resolución—, según la tesis que aquí se defiende, la actuación de la entidad demandada y recurrente en casación tendría que ser, al menos, culposa, por haber estipulado una TAE a su crédito *revolving* superior al umbral (que, insisto, no sabemos cuál es). Enseguida se advierte que, cuanto más difuso es el límite de lo usurario, más complicado resulta realizar un juicio de reproche a la entidad prestamista. Y es que, por muy elevado que nos pueda parecer, de entrada, un determinado tipo de interés no debería considerarse por sí mismo usurario (es mal Derecho), si no concurre una infracción adicional de un deber objetivo de cuidado por parte del prestamista, referido a la transgresión de un umbral por encima del cual no se debe competir (límite de lo «usurario»). El tipo de interés, en sí mismo, es incoloro y no permite hablar de usura (nunca lo ha hecho). Por eso, cuanto más nítido sea el límite de lo usurario a respetar, más sencillo será calificar su conducta como culposa (o dolosa) y declararla usuraria. Surge la pregunta de si debe intervenir el legislador para deshacer este entuerto y —por qué no— aliviar la labor de los tribunales que se enfrentan a casos de usura. Porque de lo que se trata es de perfilar los presupuestos jurídico-materiales de la usura, tal como aquí se presenta; de aliviar la verificación de su supuesto de hecho.

#### 2.2.4. La intervención del legislador en la determinación del límite de lo usurario

A propósito de la experiencia francesa, creo que la fijación de umbrales por el legislador puede tener sentido, si se hace bajo determinadas condiciones. Aun así, el modelo de umbrales determinados por el legislador presenta dos riesgos importantes. El primero está en la fijación de límites demasiado rígidos o inmóviles que no sean capaces de dar respuesta rápida a las necesidades de un mercado cuyas condiciones puede variar alcistamente con celeridad, sin que ello responda a conductas usurarias. El segundo, relacionado con el primero, que —por imponerlos el legislador— los límites pueden resultar injustos, cuando no arbitrarios<sup>103</sup>; e ignorar en gran medida la realidad de un concreto sector de la contratación.

El legislador no puede —ni debe— anticipar muy explícitamente ese ejercicio de determinación de precios, estableciendo límites o umbrales. Por hipótesis, tendrá

<sup>103</sup> Véase, sobre la rescisión por lesión catalana, pero en este mismo sentido, MARTÍN CASALS, «Perspectives», cit., p. 74.

información menos fiable sobre costes y cobertura de riesgos, su evolución, y de lo que, en definitiva, resulta o no admisible en un mercado determinado en un momento concreto; de estos datos solo disponen los operadores del mercado. Por eso, creo que el legislador no puede —ni debe— establecer fronteras *fijas o inamovibles* sobre precios máximos: generan una rigidez excesiva y, cuando no, favorecen la colusión. Ahora bien, desde el otro lado, sucede que, como acabo de indicar, si no se establece algún límite o referencia, la evaluación de la conducta usuraria torna muy complicada, difusa, generadora de inseguridad jurídica y excesivamente volcada en resolver el caso concreto, no sin elevadas dosis de justicia material.

En esta encrucijada entre la libertad de intercambio y la seguridad jurídica, es necesario un punto medio: una intervención mínima del legislador que proporcione —periódicamente y para cada grupo de contratos y riesgos— información orientativa al juez a la hora de marcar los umbrales de lo usurario; pero no de manera artificial o caprichosa, sino en función de lo que en cada momento y para cada producto establezca el mercado. El legislador se debe ocupar de *acompañar* al mercado en cada momento y de nutrirse de los elementos orientativos que, en cada caso, pueden hacer que un operador comience a competir en «fuera de juego». De este modo, ofrecerá criterios *orientativos* que permitan al juez —en un segundo momento— determinar en cada caso si un operador se ha colocado por encima de los límites del mercado. El juez no debe —y esto es lo importante— marcar él la línea roja de manera rígida, sino decidir si el prestamista ha infringido un deber de cuidado al superar los umbrales que, en cada momento, emite el legislador, habida cuenta de la posición del resto de operadores y de las circunstancias. En esta tarea de «acompañamiento», el legislador debería habilitar al ejecutivo —al Ministerio de Economía— para señalar en cada momento esos umbrales.

Los criterios orientativos que el legislador provea para medir los límites han de ser semirrígidos, en los términos en que a continuación propondré. Las bondades prácticas de este enfoque son evidentes.

Por un lado, las decisiones de los tribunales ganarían en seguridad jurídica, pues se tendría mejor conocimiento de los criterios con arreglo a los cuales el juez puede, en cada caso, considerar que un operador se ha situado por encima del umbral de lo admisible, en «fuera de juego», infringiendo un deber de cuidado. Ello porque es lo que, al final, se termina haciendo, desde la primera instancia hasta el Tribunal Supremo, de un modo más o menos criticable, para la resolución de un caso concreto, y ostensiblemente con mucha menos información. Se conjuraría así en gran medida el riesgo de que recayesen soluciones *ad hoc*, para la justicia material.

Por otro lado, y en conexión con lo anterior, los criterios orientadores facilitarían el posterior reproche subjetivo a aquel prestamista que dolosa o negligentemente colocase sus intereses por encima de lo que en cada caso se considere «la línea del fuera de juego» en el mercado.

Una buena confección de estos umbrales requeriría algunos pilares básicos:

- (i). Tendría que venir referido a tipos de interés efectivos (TAEs) que ayudasen en la comparativa.
- (ii). No deberían constituirse en cifras totalmente fijas o cerradas, sino que tendrían que integrarse con una serie de puntos porcentuales sumados a una cifra fija, de manera parecida al sistema francés<sup>104</sup>. Se trataría entonces de un umbral que he llamado «semirrígido».
- (iii). Los umbrales habrían de ser revisables cada cierto tiempo (al trimestre, por ejemplo) por el Ministerio de Economía, en función de la evolución de cada mercado y sus costes. Con ello se daría cumplimiento al mandato del legislador de «acompañar» al mercado en cada momento.
- (iv). No sería ocioso incluir una cláusula abierta o de escape en la regulación que permitiese al juez que conociere del caso concreto separarse excepcionalmente de aquellos en circunstancias tasadas. Ello tendría sentido, por ejemplo, si el producto objeto del fallo no se encuentra explícitamente listado y cabe afirmar que el interés es elevado y que se ha establecido superando dolosamente o con culpa grave el umbral razonable para este concreto producto.

A estos efectos sería deseable un procedimiento legislativo abierto, donde estuviesen implicados los distintos actores, y que ayudase a plantear unos criterios con sentido, capaces de cohonstar los intereses de las partes involucradas. Por lo demás, un sistema de acompañamiento del mercado e, incluso, de establecimiento de precios límites no es completamente desconocido en España, bien claro que en contextos muy diferentes<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> Es la idea que se maneja en el artículo 25 LCI para los intereses de demora en préstamos o créditos concluidos por una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial. El interés de demora será el remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en que aquel resulte exigible.

<sup>105</sup> Puede citarse el mercado regulado del gas y el sistema de tarifa de último recurso que —tras la liberalización del mercado europea (Directiva 2003/55/CE)— se prevé en los artículos 82 y 93 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. A pesar de tratarse de un sistema de precio máximo, este no es fijo, sino que se actualiza trimestralmente por el Gobierno en el momento en que se produzca alguna modificación en los términos fijos y variables de los peajes y cánones de acceso al

### 2.2.5. Posibles críticas a un sistema de límites orientativos

El enfoque que acabo de presentar se presta a una crítica muy evidente: en un sistema de economía capitalista, la maximización de beneficios en un contrato oneroso —como es hoy el préstamo de capital— debe ser algo natural que no permite descubrir culpa o infracción objetiva de un deber de cuidado en el intento de obtener el máximo provecho. Pero a esta objeción podrían oponérsele varios argumentos.

Primero, que la actual aplicación habitual de la LU ya admite esa misma crítica: se están controlando precios, en el fondo, y diciéndole al prestamista hasta dónde puede o no llegar. Y se está haciendo de una manera cada vez más orientada a hacer justicia material en el caso concreto y cada vez menos asentada en construcciones dogmáticas estables. Con una Ley de 1908, teñida de componentes morales, se están controlando los precios de créditos y préstamos, casi «a ojo»<sup>106</sup>; de una manera miope, que no ve más del caso concreto y que prescinde de todo andamiaje teórico<sup>107</sup>. No podemos llamarnos a engaño, cuando comprobamos que la doctrina —entre otras— de la STS 4.3.2020 no haya servido más que para aumentar el desconcierto<sup>108</sup>.

En segundo lugar, la propuesta no consiste simplemente en reputar culposa la legítima intención de obtener el máximo beneficio posible de un contrato en un sistema de economía de mercado. Antes bien, considera culposo el hacerlo cuando en esta actividad —sin duda connatural a la economía de mercado— una parte pretende contratar por encima de lo económicamente admisible en el mercado en cada momento, con daño para la otra parte que, también de manera legítima, acudió al contrato para incrementar su bienestar. Es importante reparar en que se analiza una relación contractual como resultado (entre prestamista y prestatario); por consiguiente, nos encontramos lejos de supuestos en que una conducta admita sucumbir al juicio de deslealtad concurrencial<sup>109</sup>.

---

sistema o en los coeficientes de mermas en vigor (Orden ITC/1660/2009, de 22 de junio, en especial su artículo 10.1; y la Orden ITC/1251/2009, de 14 de mayo). El legislador permite que se acompañe al mercado. En el crédito, donde no se da esta bifurcación, tiene más sentido que el sistema sea de umbrales orientativos, que permitan civilmente determinar la contravención de un deber objetivo de cuidado del prestamista.

<sup>106</sup> En el mismo sentido, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de créditos *revolving*, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.2.

<sup>107</sup> Como dicen RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO-RODA, «lo que hay en la práctica es una limitación generalizada, por vía jurisprudencial, de los intereses aplicables a cada operación, y todo ello sin que exista una base legal limitadora de los intereses» («La desnaturalización», cit., sec. II. 3).

<sup>108</sup> Al respecto, CASAS VALLÈS, «Informe», pp. 30-35; SCHULLER, «Nulidad», cit., pp. 81-82.

<sup>109</sup> Aquí sí se suelen exigir requisitos o circunstancias adicionales al simple conocimiento, que revelen la deslealtad. Para los supuestos del artículo 14 LCD (inducción a la infracción contractual) e inducción a la terminación regular de un contrato, véase MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, pp. 406-419.

Desde otra perspectiva se puede acusar a este enfoque de artificial o ficticio; de querer sortear conceptualmente una rescisión por lesión y un control de precios en que terminaría cayendo. Esta observación omite un matiz: la necesidad de probar y argumentar la inexistencia de infracción objetiva del deber de cuidado por el prestamista, teniendo en cuenta los datos del mercado y del contrato (umbrales). Cuando el límite no está definido nos encontramos con los problemas antes descritos; se debe entonces contrastar el contrato enjuiciado con contratos sustancialmente idénticos en ese mismo mercado y durante el mismo corte temporal. La contravención de la buena fe objetiva (culpa) en la determinación de un tipo de interés elevado se desprenderá —como he venido apuntando— (i) de las circunstancias del caso concreto, (ii) de la conducta contractual y precontractual de la parte beneficiada por el desequilibrio contractual, y (iii) de la posición en el mercado del prestamista.

Supongamos que el particular P (que no se encuentra en ninguna situación de angustia o necesidad de liquidez inmediata) pide a su vecino V un préstamo de 3000 euros a devolver en 2 años para hacer una reforma en su hogar. V no se dedica al negocio de los préstamos y se pregunta cuál es el tipo de interés que puede cobrar a P. Consulta un par de ofertas de préstamos personales de entidades dedicadas a ello y advierte en ellas que los tipos oscilan entre el 13 y el 14% TAE. V, que no estima tanto a su vecino como para no hacer un buen negocio con su liquidez, termina pactando con P un tipo de interés del 13,5%. A pesar de haberse intentado informar, V ha estipulado —y P aceptado— un tipo de interés que se sitúa muy por encima de la media que los boletines o estadísticas oficiales arrojan para ese tipo de negocios en el periodo temporal del contrato (en torno a un 6% TAE, supongamos). Hay buenos motivos para no considerar este préstamo como usurario, por más que el tipo de interés efectivo fuese muy elevado incluso para esa clase de negocios. No existiendo un límite oficial, preestablecido por el legislador para esa clase de préstamos personales, la frontera de lo usurario se difumina y resulta complicado realizar un juicio de reproche subjetivo a la conducta de V. Además, si V era un particular no especialmente ducho en la materia financiera —tampoco especialmente inepto—, la valoración de la culpa, sin existir un umbral definido, resulta muy complicada. El préstamo no sería usurario (*rectius*, la conducta de V no alcanzaría a ser reputada usuraria). V no se ha situado culposamente por encima del límite bajo el cual resulta legítimo obtener beneficios con un contrato. No habría motivos suficientes para quitarle el contrato a P, por muy elevado que nos pueda parecer el interés pactado. Salvo que se diga que el Derecho no permite hacer buenos negocios<sup>110</sup>.

Si el prestamista no fuera un particular, sino la entidad C, dedicada a la concesión de financiación para el consumo, y concediera un préstamo en las mismas condiciones, habría mayores motivos para tildar de usuraria la conducta de C en la determinación del 13,5 %. Aun así, tampoco sería determinante. Habría que tener en cuenta más factores (tipo de contrato, mercado específico, momento de perfección, riesgos asumidos...), a efectos de determinar si, en ese caso, C se situó culposamente por encima del umbral bajo el que resulta legítimo competir en ese mercado y en ese momento.

<sup>110</sup> De nuevo, véase la citada STS 27.3.2019 [notas 81 y 83].

En cualquier caso, un sistema orientativo de límites impulsado por el legislador conferiría mayor seguridad jurídica y permitiría enjuiciar mejor los supuestos.

#### 2.2.6. Límites de lo usurario, asignación eficiente y constitucionalidad

La actual LU constituye un expediente excepcional con el que el juez controla la equivalencia de las prestaciones en un contrato de préstamo o asimilados (art. 9 LU) cuando estas carecen de un valor similar<sup>111</sup>. Esta excepcionalidad encontraba su explicación en el elemento moral y sancionador que la acompañaba. He indicado que la actual aplicación de la Ley de usura que se realiza desde los tribunales desdibuja esa justificación, la confunde con la rescisión por lesión y genera sospechas sobre su constitucionalidad<sup>112</sup>. La honestidad obliga a que, habiendo propuesto una lectura diferente de la «usura» —moderna y apoyada en el traspaso culpable por el prestamista de los límites bajo los cuales cabe competir—, lance la misma pregunta: ¿Choca esta concepción moderna de la usura con los derechos fundamentales que inspiran la llamada «Constitución económica»? ¿Es inconstitucional un sistema de control de los tipos de interés remuneratorios que superen el umbral de lo competitivo?

La lectura de la usura aquí propuesta sería inconstitucional, como restricción de la libertad de empresa y derechos fundamentales adyacentes, si resultase inadecuada al fin perseguido, asumiendo que este fin es de interés general, si fuera desproporcionada, y si el coste de la injerencia fuera superior al beneficio obtenido<sup>113</sup>. A mi juicio esta reconfiguración de la usura no conflictúa con la Constitución económica.

Un «control del precio» de los créditos despojado de tintes morales y basado dogmáticamente en la transgresión de un umbral por encima del cual no se debe competir responde a un interés general. En particular, tal interés se basa en evitar la desproporción en la financiación, perjudicando a una parte que puede llegar a arruinarse; y, en general, en un adecuado funcionamiento del mercado, de tal suerte que los recursos financieros derivados del ahorro se asignen eficientemente entre los actores. En efecto, el establecimiento de tipos de interés muy elevados en un entorno competitivo donde sigue habiendo demandantes de crédito dispuestos a contratar a ese precio puede ser revelador de un funcionamiento ineficiente del mercado.

<sup>111</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, «Protección de los consumidores», cit., p. 320.

<sup>112</sup> *Supra* 2.1.5.

<sup>113</sup> Al respecto, véase solamente, ALFARO ÁGUILA-REAL/PAZ-ARES, «Ensayo», cit., pp. 59 y ss.

El legislador tiene un interés demostrable en que no se produzca un encarecimiento exorbitante y desproporcionado del coste del crédito en cada uno de los segmentos. No se trata de que el precio del crédito o la financiación se mantenga estático, fijo o artificiosamente estable; ni siquiera de que sea justo o permanezca asequibles para amplias capas de la población<sup>114</sup>. Tampoco de imponer un sistema de precios que, *de facto*, expulse a los futuros demandantes de financiación (sobre todo para consumo) del mercado, indirectamente. Se trata de conjurar el establecimiento de precios muy por encima de los límites con arreglo a los cuales resulta legítimo competir, a sabiendas de que, aun así, se podrá comercializar el producto.

En este ejercicio, el papel de la *culpa* en relación con el mercado es fundamental y actúa como dosificador, ya que no basta con que el interés remuneratorio en cuestión resulte elevado en sí. En el matiz de la culpa referida a la conducta contractual y competitiva del prestamista se encuentra la proporcionalidad. De hecho, la idea es trabajar con unos umbrales móviles (que el legislador debería establecer de modo orientativo) sobre los cuales se hace pivotar la conducta culposa del prestamista en cada momento y en cada tipo de contrato. Es aquí como la culpabilidad evita que los umbrales resulten aplicables a cualquier operador del mercado, sin importar el resto de las circunstancias.

El análisis económico del Derecho y los criterios de eficiencia económica —tan históricamente ligados a facilitar enfoques poco redistributivos<sup>115</sup>— aparecen en este esquema como reveladores de la necesidad tuitiva; de que el legislador esté presente en el mercado, controlando mediante el sistema de umbrales propuesto los límites de lo permisible. La «usura» que intento bosquejar presenta importantes consecuencias en el mercado. Por eso, la orientación basada en umbrales resulta —también— consecuente con una asignación económicamente eficiente de los recursos (si se quiere, un «óptimo de Pareto») en intercambios celebrados en un contexto de libertad. Esta perspectiva nos dice que existe un punto de equilibrio a partir del cual el prestamista no puede (no debe) mejorar (más) su posición contractual, sin perjudicar o dañar al prestatario (enseguida veremos en qué se traduce ese «daño»)<sup>116</sup>. Tiene sentido que el Derecho no promueva que se compita por encima de ese punto, porque no es eficiente en términos económicos de distribución de recursos<sup>117</sup>; sin que, por lo demás, consideraciones

<sup>114</sup> Y acaso sea este el problema de que adolece la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.

<sup>115</sup> Véanse las reflexiones sobre la recepción de las teorías del análisis económico del Derecho en un Derecho privado propio de un estado social de PAZ-ARES, «La economía», cit., pp. 702 y ss.

<sup>116</sup> Sobre el problema del bienestar social a partir del teorema de Pareto y la crítica de este principio, SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrecht*, 5ª ed., 2012, pp. 13-43. También, PAZ-ARES, «La economía», cit., pp. 630 y ss.

<sup>117</sup> Y es que acaso sea este un ejemplo en el que el criterio *Kaldor-Hicks* se separa del todo del de Pareto, pues el daño de la transacción ineficiente se proyecta (también) sobre el propio contratante víctima del



vinculadas al teorema de *Coase* y la supuesta reasignación eficiente de los recursos a favor de aquellos que los valoran más sean de mucha relevancia aquí<sup>118</sup>.

Buscar que no se transgredan culpablemente ciertos umbrales importantes contribuye a una más eficiente asignación de los recursos, porque evita el empeoramiento indiscriminado de la posición de otros<sup>119</sup>. El beneficio que se puede obtener es el que proporcionaría cualquier regulación razonable del mercado, disciplinando la actuación de los prestamistas, sin intervenir por otro lado innecesariamente en la toma libre de decisiones. Mediante un sistema de límite se ganaría, además, en seguridad jurídica; lo que no deja de ser un valor para considerar. Por otro lado, el enfoque es atractivo en términos agregados. Que el prestamista «no exprema» a su contraparte a—un pudiendo hacerlo, por demanda— es bueno para el equilibrio contractual y para la confianza y la celebración de mejores contratos. Pero no solo eso. La trasgresión culposa de los umbrales de interés trasciende el caso concreto y se proyecta sobre el mercado, en la medida en que representa también una contravención de un deber objetivo de cuidado o diligencia impuesto a *todos* los operadores del mercado<sup>120</sup>; del «marco negocial en el que cabe competir»<sup>121</sup>. Y es que mediatamente, la conducta del usurario afecta al orden concurrencial entre competidores<sup>122</sup>. Por eso he dicho que el

---

contrato «usurario», es decir, a un interés totalmente por encima del umbral del mercado en ese momento. Es decir, en este escenario, la compensación que los «ganadores» habrían de dar a los «perdedores» genera una inconsistencia, cuando el perdedor está en el contrato y su posición no se explica en términos de vicios de la voluntad o cualquier otra institución. No obstante, POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., 2011, pp. 17-18.

<sup>118</sup> Ello en la medida en que esta teoría se desenvuelve en el marco de los *property rights*, para los cuales, el contrato es, claro, una correa de transmisión imprescindible. Pero el problema contractual de la usura y los umbrales que trato de explicar no se puede abordar bien a partir del teorema de *Coase*, pues solo están involucradas dos partes contractuales directamente. Asimismo, este teorema podría conducir al despropósito de afirmar que el contrato que se celebre superando unos umbrales es adecuado, porque el prestamista es quien valora más los recursos entregados al haber estado dispuesto a ceder el capital a préstamo a un interés tan elevado. No es el momento para abordar con profundidad este teorema. Sobre el particular, véase: POSNER, *Economic*, cit., pp. 10, 64-66, 90-91, 120, 150; SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch*, cit., pp. 72 y ss; PAZ-ARES, «La economía», cit., pp. 632-640, y su crítica pp. 701 y ss.

<sup>119</sup> Señalaba DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN que la «conmutatividad del comercio jurídico se inserta en el orden público económico, pues el comercio se desarrolla eminentemente sobre la base del intercambio de bienes y servicios, intercambio que debe aspirar al mayor equilibrio posible entre las prestaciones» (*Fundamentos*, I, cit., pp. 57-58).

<sup>120</sup> La conveniencia de deberes de diligencia que se imponen a la parte fuerte en la contratación ha sido desarrollada, a raíz de varias Directivas de la Unión Europea, en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (arts. 208 y ss. LMV). Más recientemente, se han recogido estos deberes específicamente para el crédito *revolving* en la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente; en particular, mediante la introducción de los artículos 33 bis y 33 ter en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En la literatura española, véase, para los *swaps*, RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-mercantil*, 2018, 4, sec. III. 1.

<sup>121</sup> Refiriéndose a la usura «histórica», BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 112.

<sup>122</sup> En similar sentido, ZUNZUNEGUI PASTOR, «Diez preguntas», cit., p. 3.

comportamiento «usurario» que trato de perfilar denota un *fallo del mercado* y del sistema de competencia, provocado por una situación de asimetría informativa alejada de puntos más o menos óptimos<sup>123</sup>. Esta situación es aprovechada —dolosa o culposamente— por el prestamista, que supera los límites de una deseable fijación libre de precios<sup>124</sup>. Ese «fallo de mercado» se refleja en que un precio excesivo sobre el competitivo sigue siendo rentable al prestamista, porque las limitaciones informativas a las que antes hice referencia —unidas al resto de circunstancias— remueven las ventajas concurrenciales que seguían a una disminución; el mercado se separa de la norma de eficiencia y eso ha de impulsar al Derecho a actuar<sup>125</sup>. La idea de que el interés elevado representa un fallo del mercado, cuando este es usurario, merece un comentario adicional.

En el mercado hipotecario actual, los tipos fijos de hipotecas a 30 años con financiación máxima del 90% se sitúan casi siempre por debajo del 2%<sup>126</sup>. Si un oferente decidiese contratar con tipos fijos del 10%, es probable que el mercado no le permitiese competir, que su oferta no encontrase demanda, pues se situaría fuera del marco negocial en el que resulta actualmente posible. Que esto sea así es síntoma de que el mercado hipotecario funciona correctamente. Pero si ese oferente encontrase un cliente dispuesto a contratar libremente (sin vicios de la voluntad) su préstamo hipotecario al 10% (sin que el resto de las circunstancias de riesgo o del contrato lo justificasen, claro<sup>127</sup>); si el mercado le permitiese colocar su préstamo a ese tipo de interés tan despegado de los habituales, habría que decir que el mercado no funciona del todo bien. No es que no se pueda hacer buenos contratos, sino que el prestamista se coloca muy por encima del umbral normal de los contratos onerosos de ese mercado en el momento de celebración. La conducta será usuraria si además actúo con culpa respecto de la determinación del interés. ¿Qué sucede en el mercado de financiación del consumo? Teóricamente, tendría que pasar lo mismo. Habría que atender al umbral en cada momento para las tarjetas de crédito revolving, o para las tarjetas de crédito (y en eso la prueba del procedimiento se releva axial)<sup>128</sup>. A partir de aquí, tendría que evaluarse si el concedente ha establecido culpablemente un interés absolutamente despegado del marco negocial en el que cabe competir en ese momento y para ese producto. Si la respuesta es positiva, estaremos probablemente ante un fallo del mercado, pues el prestamista consigue colocar su producto a unos niveles inaceptables, en contra de las

<sup>123</sup> Sobre asimetría informativa y comportamientos oportunistas, SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch*, cit., pp. 80-81. También, GREENWALD/STIGLITZ, «Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 101, 1986, Nº 2, pp. 230 y ss.

<sup>124</sup> Véase, ZUNZUNEGUI PASTOR, «Limitaciones a los intereses en el mercado del crédito y tutela del cliente en tiempo de crisis», en Cuenca Casas (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, 2017, sec. II.

<sup>125</sup> PAZ-ARES, «La economía», cit., pp. 679-680, 683.

<sup>126</sup> Véase el texto al que se refiere la nota 83.

<sup>127</sup> Sobre la concesión abusiva de crédito a clientes de elevado riesgo en Estados Unidos, CUENA CASAS, «Fresh start», pp. 38-39.

<sup>128</sup> No conviene mezclar los intereses de una y otra —como por lo demás hace el Banco de España— en la medida en que responden a necesidades y condiciones abismalmente distintas. En este sentido, ARTIGOT GOLOBARDES, «Tarjetas revolving», cit.,

exigencias de la buena fe objetiva. Por tanto, se debe calificar su comportamiento negocial como usuario. Llegados a este punto no estaría de más que nos cuestionásemos si, en créditos *revolving*, una TAE del 24,6% (STS 25.11.2015) u otra del 26,82% (STS 4.3.2020) realmente son representativas de un fallo del mercado en la concesión de créditos de esta clase, consistente en la contratación culposamente a un tipo de interés absolutamente desprendido del marco negocial en el que cabe competir. Es muy probable que la respuesta sea no<sup>129</sup>; pero también es probable que no estemos dispuestos a aceptar que «lo usurario», en todos estos casos, habría estado notablemente por encima del 30%.

He adelantado que la conducta usuaria del prestamista desemboca en un daño a la parte prestataria que —si bien da su consentimiento libremente— es estructuralmente más débil y con mayor dificultad para nutrirse de información relevante a la hora de contratar<sup>130</sup>. El daño es el propio contrato celebrado bajo esas condiciones.

### 2.3. El contrato usurario como daño

El daño que experimenta la contraparte del prestamista es el contrato usurario. Quiere esto decir que el interés de la parte perjudicada por la usura no es uno típicamente lesionable, sino que este se plasma en el propio contrato y en la ordenación económica que distribuye. La contraparte del prestamista queda vinculada a un contrato en unas condiciones económicas tales que son *anormalmente* perjudiciales en comparación con lo que el afectado podría obtener en ese mismo mercado y en ese momento; condiciones que desbordan el sinalagma del préstamo. De este modo se aprecia la relación entre el traspaso culpable del umbral y el daño que experimenta la otra parte.

Concebir el contrato como daño puede sonar extravagante a priori, pero no faltan referentes en otros ámbitos. La casuística alemana ante el llamado «engaño negligente» («*fahrlässige Täuschung*») es muy ilustrativa para explicar a lo que me refiero, aunque no estemos exactamente en el mismo supuesto. La *Fahrlässige Täuschung* se refiere a supuestos en los que una parte —de manera no intencional— provoca un error en la otra, conociendo o habiendo debido conocer que la otra contrataba bajo influjo del error y como consecuencia de la omisión de un deber de información. En ese caso, existe culpa (o dolo) por parte de quien provocó el error y se

<sup>129</sup> En este sentido apuntan CARRASCO PERERA/CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia "Sigma Mediatis"*, 2019, pp. 78 y ss. En similar sentido, haciendo una comparativa de cómo se habría resuelto el caso de la STS 4.3.2020 según Derecho francés o italiano, DÍAZ RUIZ, «Comentario», cit., sec. II.2.

<sup>130</sup> Sobre existencia de deberes precontractuales de información, asimetría informativa y protección de la parte débil, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en Derecho español*, 1991, pp. 44-46. Advierte esta autora (p. 46), con referencias al Derecho extranjero influenciado por el alemán, una idea axial: que los deberes precontractuales de información y esclarecimiento tratan también de proteger a la parte débil de la relación contractual, «persiguiendo el logro de una igualdad efectiva, *llegando incluso a actuar en el interior de los propios contratos cuando su contenido parezca injusto*» (la cursiva es mía).

reconoce que la perjudicada puede reclamar la anulación del contrato por la vía *indemnizatoria* de la restitución natural (§ 249 BGB)<sup>131</sup>. Ante esos supuestos, jurisprudencia y doctrina coinciden en que, para la existencia de un daño que permita la restitución natural, basta con el contrato que organiza una lesiva organización de intereses. La reparación del daño no precisa de una indemnización, bastando con la restitución natural<sup>132</sup>. Fue lo sucedido en la SBGH 26.9.1997<sup>133</sup>, donde se declaró la posibilidad de acudir a la *culpa in contrahendo* o a la responsabilidad civil para «deshacer» el contrato celebrado por incumplimiento de deberes precontractuales de información; en ese caso, el daño es el contrato y la indemnización (§ 249 BGB) consiste en su liquidación.

Las anteriores consideraciones son rescatables para el supuesto de usura, si advertimos la existencia de deberes de cuidado en la contratación<sup>134</sup>. En la usura basada en la culpa, el daño es el contrato finalmente celebrado y la ordenación *lesiva* de intereses que este promueve; el contrato el resultado de la trasgresión, por el prestamista, de los límites —más o menos explícitos— que un determinado mercado reconoce en un momento temporal. No me parece que existan demasiados problemas a reconocer esta consecuencia jurídica en un Derecho como el español que permite indemnizar daños puramente económicos (cfr. art. 1902 CC). Se trata de construir una regla de responsabilidad para estos casos (no abarcables exactamente ni por la vía de la responsabilidad contractual ni la extracontractual<sup>135</sup>) con la que alcanzar una solución dogmáticamente coherente al tipo de usura. Hay que recalcar que *no se trata* de tamizar la conducta usuraria que vengo definiendo por las reglas sobre *culpa in contrahendo*. La usura no es un supuesto de *culpa in contrahendo* ni protege la

<sup>131</sup> Véase, con cita de jurisprudencia, EMMERICH, «§ 311 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., 2018, párr. 77.

<sup>132</sup> GRIGOLEIT, «Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung», *NJW*, 1999, pp. 901-902; OETKER, «249 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., 2018, párr. 21, 355; ARMBRÜSTER, «123 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., 2018, párr. 102-103; EMMERICH, «311 BGB», cit., párr. 78; FLEISCHER, «Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung: zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 26. 9. 1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302», *AcP*, 200, 1, 2000, pp. 111-118; CANARIS, «Wandlungen», cit., pp. 304-314.

<sup>133</sup> V ZR 29/96 (München), *NJW* 1998, 302.

<sup>134</sup> Se reconoce la existencia de deberes de protección o cuidado a cargo del acreedor y derivados fundamentalmente de la buena fe contractual a fin de preservar la integridad personal y patrimonial del deudor, más allá de los deberes de prestación. Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, 2000, pp. 263-270. Que los estudios se refieran mayoritariamente a la protección de otros bienes del acreedor (*ibid.*, pp. 299-329) no creo que deba empecer a extender estas valoraciones al daño que se experimenta por mor del propio contrato.

<sup>135</sup> No obstante, véase, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 121-122.

esperanza de la celebración de un contrato conforme con las expectativas de las partes<sup>136</sup>.

#### 2.4. *Recapitulación*

La usura, como instrumento de control de precios, precisa de un elemento subjetivo. Ese elemento se ha perdido con la última jurisprudencia sobre créditos *revolving*, corriéndose el riesgo de confundirla con la rescisión por lesión. La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo permite leer la usura como un ilícito civil, basado en la transgresión culposa del prestamista del límite o marco negocial en el que cabe competir, en cada momento y para cada producto. En la financiación no hay, en general, límites explícitamente establecidos por el legislador. Sin embargo, cabe hablar de límites implícitos para cada mercado y contrato. A partir de ellos podemos realizar el juicio de existencia de la usura desde una perspectiva jurídico material vinculada a la conducta descuidada del prestamista. En este sentido, sería aconsejable que el legislador recogiese criterios orientativos sobre los factores que ayudan a determinar los límites de lo competitivamente admisible en un mercado. De esta manera puede reconfigurarse el tipo de la usura, despojándolo de los componentes morales que patrocinaron la promulgación en 1908. No debería bastar con que el interés resulte muy elevado (o así lo parezca) para calificar como usurario un contrato. Es preciso, además, la superación *culpable* de un umbral. Ahí está el elemento subjetivo: que el prestamista se aproveche de la asimetría informativa y del mal uso que el otro realiza de su libertad negocial<sup>137</sup>. El daño es el contrato y la lesiva organización de intereses que promueve<sup>138</sup>.

#### 2.5. *¿Hay que derogar la Ley de la usura?*

La reformulación del elemento subjetivo de la usura que vengo proponiendo se debe predicar para la mayor parte de los casos en los que interviene una entidad sometida a supervisión por el Banco de España. A estas parece poco achacable la «inmoralidad»

<sup>136</sup> Véase, de nuevo, para el Derecho alemán, CANARIS, «Wandlungen», cit., p. 314.

<sup>137</sup> En este sentido, desde un enfoque moral de la usura, BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 114.

<sup>138</sup> Las nuevas tendencias favorables a la rescisión por lesión confirman la dirección que trato de señalar. Da cuenta de ellas, criticándolas, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit., pp. 616-617. La lesión puramente objetiva está por desaparecer, para ser tratada desde el punto de vista del causante del perjuicio (y no del perjudicado) y la teoría del acto ilícito. MORENO QUESADA, «Artículo 1293 CC», en Albaladejo García y Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, XVII, 2, 2ª ed., 2005, sec. III. Sobre la relevancia de importar un modelo subjetivo al terreno de la rescisión por lesión catalana, MARTÍN CASALS, «Perspectives», cit., pp. 73-76; BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor a la protecció de la part dèbil del contracte: l'avantatge injust com a paradigma d'un model integrat de tuició», *InDret*, 4, 2018, p. 29.

que sancionaba la alfonsina LU<sup>139</sup>. Entonces, ¿propone este enfoque derogar la LU por no adaptarse a la realidad actual? De ninguna manera. La LU tiene que mantenerse y no conviene derogarla; si acaso actualizarla<sup>140</sup>. Su aplicación debe reservarse para casos donde su potencial preventivo-punitiva sea necesario, porque concurren todos los elementos —objetivos y subjetivos— del artículo 1 I LU, incluido el reproche moral. Lo que no se puede hacer es perseguir igual a quien contrata a precios elevados por encima de los límites del mercado que a quien se aprovecha de la desdicha, la necesidad y la desesperación. Que la casuística más frecuente —y, desde luego, los casos que llegan a la casación— no reúna todos los elementos del tipo de usura consignados en el artículo 1 I LU no significa que no exista una realidad social en la que siguen dándose tales circunstancias, incluida la figura prototípica del «usurero»<sup>141</sup>. El desarrollo en España de un mercado regulado de crédito y financiación ha permitido la superación de los estrechos contornos morales de la LU y el «arrinconamiento» de esa clase de prestamistas. De hecho, uno de los riesgos que comporta la última jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en materia de usura: que vuelvan a proliferar esta clase de prestamistas en el mercado negro<sup>142</sup>.

### 3. EL JUICIO DE USURA COMO UNO PROPIO DEL MODELO DE CLÁUSULA GENERAL

Relacionar la usura con el comportamiento culposo del prestamista permite replantear su ubicación sistemática en nuestro ordenamiento; al menos de *lege lata* y en tanto el legislador no intervenga<sup>143</sup>. La usura no es un principio abstracto ni inamovible en el tiempo, sino una institución que precisa de significado y consecuencias<sup>144</sup>. En el lenguaje coloquial la voz «usura» solo denota que un interés o una ganancia son

<sup>139</sup> ZUNZUNEGUI PASTOR, «Diez preguntas», cit., p. 3.

<sup>140</sup> Sobre la vigencia de la Ley de Usura, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., p. 63.

<sup>141</sup> Casos en que el prestamista es un particular cuyo negocio y pingües beneficios no pasa por la concesión de créditos y el cobro de intereses en condiciones de mercado, sino por la ejecución de bienes (y posterior adquisición comisoria) por valor mayor que las cantidades prestadas, que suelen ser de bajo montante. Es el negocio del crédito rápido. Los prestatarios suelen ser personas necesitadas de inmediata liquidez y a las que se les han cerrado las puertas del crédito en condiciones de mercado, concedido por entidades financieras. Estos casos no llegan al Tribunal Supremo, pero son aquellos en los que la aplicación de la LU se antoja más necesaria. Véase, «El gran usurero: 'Mi conciencia está muy tranquila'», *El Mundo*, 28.12.2014, disponible en <https://www.elmundo.es/cronica/2014/12/28/549dc2b722601d87088b4576.html> [última consulta: 2.6.2020].

<sup>142</sup> Véase, CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ «Sobre la usura», cit., p. 81. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA/CORDÓN MORENO, *Intereses de usura*, cit., pp. 46-47.

<sup>143</sup> Apunta a la necesidad de intervención legislativa, ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. V.

<sup>144</sup> En palabras de ZUNZUNEGUI PASTOR, «la usura es un concepto que, aunque enraizado en nuestra cultura, está en continua evolución» («Diez preguntas», cit., p. 1.

excesivos<sup>145</sup>. Para adquirir significado jurídico, ha de ser puesta en relación con un determinado tipo de contrato y, sobre todo, con un umbral de lo tolerable, por encima del cual el ordenamiento no desea realmente que se contrate. La cuestión es dónde anclar jurídicamente este ejercicio de control de la usura moderna.

En tanto no se legisle en materia de umbrales de usura, el modelo de cláusula general del artículo 7.1 CC permite adaptar jurídicamente el supuesto de hecho de la usura basada en la infracción del deber objetivo de cuidado. La usura basada en la actuación culposa del prestamista respecto del umbral constituye una contravención de la buena fe objetiva. Por eso, el juicio de usura presentado cabe dentro del modelo de cláusula general de la buena fe<sup>146</sup>. Las cláusulas generales como la buena fe desempeñan un papel axial en el Derecho privado, toda vez que permiten dar respuesta a las antinomias que, a veces, presenta el ordenamiento<sup>147</sup>. Para el préstamo, mudar la valoración jurídica de la usura a un modelo de cláusula general se compadece con el juicio basado en la superación culpable de un umbral del interés remuneratorio.

Esta ubicación sistemática de la usura —entendida como una trasgresión de umbrales de lo admisible— permite extender el juicio de usura a otro tipo de contratos, distintos de los de préstamo<sup>148</sup>. Piénsese, por ejemplo, en contratos de arrendamiento en los que exista un desequilibrio desproporcionado de las prestaciones del que

<sup>145</sup> Véase, las dos primeras definiciones de la voz «usura» en el diccionario de la RAE, disponible en <https://dle.rae.es/usura> [Última consulta: 22.6.2020].

<sup>146</sup> El modelo de cláusula general confiere flexibilidad y permite el desarrollo del Derecho. De interés aquí, AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, 2005, pp. 77-94, 144-179. Entre nosotros, es imprescindible MIQUEL GONZÁLEZ, «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *AFDUAM*, N.º 1, 1997, pp. 297-326, p. 318).

<sup>147</sup> Su problema descansa en su enorme vaguedad y en las dificultades para su aplicación. Su concreción corresponde a la dogmática que facilita la labor del juez y, al mismo tiempo, actúa de cadena de transmisión entre la vinculación del juez a la ley (art. 5 LOPJ) y su margen de aplicación; entre la seguridad jurídica y la flexibilidad del caso concreto. En este sentido —y si bien más hacia la rescisión por lesión— MARTÍN CASALS, «Perspectives», cit., p. 75, sobre un sistema móvil de criterios jurídicos cuya aplicación combinada permita, en cada caso al juez, apreciar si la demanda es o no merecedora de tutela. Las virtudes del modelo de cláusula general se han demostrado, ante la legislación sobre competencia desleal que reputa como tal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» (art. 4.1 LCD). Para la definición y concreción de la buena fe como modelo para enjuiciar conductas desleales atípicas, resulta imprescindible MASSAGUER FUENTES, *Comentarios*, cit., pp. 143-163.

<sup>148</sup> No se olvide que la LU tiene un «claro matiz de excepcionalidad y la hace muy difícilmente extensible a supuestos no cubiertos por la norma» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit., p. 620). Aun así, aboga por una interpretación extensiva («en un sentido práctico o, por así decir, vulgar, no jurídico»), RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia*, cit., p. 231. Sobre la aplicación de la Ley de Usura a operaciones distintas de las de préstamo, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 94-100.

negligentemente se beneficie una de las partes. Como fuere, esta cuestión debe realizarse con sumo tacto y, por lo demás, no es objeto de este trabajo<sup>149</sup>.

#### 4. DELIMITACIÓN DE LA USURA FRENTE A INSTITUCIONES ALEDAÑAS

##### 4.1. *Vicios de la voluntad e ilicitud de la causa*

Se podría argumentar que, frente al enfoque culpabilístico, sería más sencillo acudir al puerto seguro de los vicios del consentimiento para reconfigurar la usura. Sería tan fácil como sostener que el perjudicado por la usura no presta su consentimiento de forma libre, sino en unas circunstancias que presuponen un error o un dolo<sup>150</sup>. Esta observación tendría su fundamento dentro de la concepción de la usura originaria del artículo 1 I LU, basada en el reproche moral al usurero y que requería la existencia de una situación de necesidad en el afectado. Sin embargo, no casa con la noción de usura actual, más objetivada y basada en el interés elevado. El interés elevado no representa, en rigor, un problema de libre formación de la voluntad del perjudicado; no estamos ante un contrato no deseado. En todos estos casos, y sobre todo en el dolo, el daño o lesión no es requisito para anular el contrato, si bien suele ser siempre indicio revelador de su existencia<sup>151</sup>. Además, para el dolo se debe advertir de un matiz: el dolo-vicio de la voluntad supone estrictamente un engaño, una argucia, determinante de la celebración de un negocio que, sin ellas, no se hubiera hecho<sup>152</sup>. En la usura actual, el afectado no es llevado a contratar por medio de alguna maquinación insidiosa o una reticencia omisiva sobre el objeto del contrato, sino que la conducta del prestamista se fundamenta en contratar fuera del marco negocial en que cabe competir. El prestatario «quiere» el contrato, sabe lo que le cuesta y presta libremente su consentimiento<sup>153</sup>.

En este contexto, se podría plantear también acudir a un concepto más amplio de dolo, en el sentido formulado por Federico De Castro<sup>154</sup>. A juicio de este autor, también

<sup>149</sup> Véase la STS, 1ª, Pleno, 27.11.2019 (MP: Parra Lucán; RJ 2019/4811) sobre uso abusivo de un poder.

<sup>150</sup> Ciertamente esta era una de las posiciones en los debates parlamentarios que precedieron a la Ley de 1908: insertar el supuesto de usura como variable adicional del artículo 1265 CC. *Supra* 2.1.4.

<sup>151</sup> Un ejemplo, en el caso de error, se contiene en la STS 4.10.2013 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2013/7251). Se había comprado una finca en Mallorca tenida por urbana y de alto valor por un precio de 175.000 euros (que había sido incluso tasada por 183.369,60 euros), que resultó ser rústica, de un valor ínfimo (1215 euros) y ningún interés para la compradora.

<sup>152</sup> Un ejemplo, para el dolo, se contiene en la STS 5.3.2010 (MP: O'Callaghan Muñoz; RJ 2010/2390). Se había adquirido un solar para construir, silenciando la vendedora la existencia de una dolina en el terreno, no apreciable por signos externos, que lo hacía inhábil para la edificación. Su valor era «de cero euros».

<sup>153</sup> Véase, bien que refiriéndose a la ventaja injusta las acertadas consideraciones de GINÉS CASTELLET, «La ventaja», cit., pp. 13-15. Las mismas son trasladables aquí.

<sup>154</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., párr. 203.



existía dolo cuando concurrían otras circunstancias típicas de una maniobra insidiosa; y citaba el hecho de no advertir el significado de lo que se firma, estando bajo dependencia del inductor, la amistad o confianza. No obstante, todos estos casos siguen presuponiendo —y el mismo autor lo reconoce— una voluntad viciada en la víctima, lo que no sucede en la hipótesis de la usura que trato de dibujar.

La aproximación subjetiva culpabilística que acompaña a la actual definición de la usura evita convertirla en un vicio del consentimiento (cfr., arts. 1265 y 1300 CC) o, mejor dicho, traza definitivamente una línea divisoria entre ambas esferas del Derecho privado. Refuerza esta posición el hecho de que, en el préstamo, se antoja más complicado apreciar una disfunción entre precio y valor de la cosa o el servicio que, por lo menos, actúe como prueba del error experimentado, por una parte, o el dolo desempeñado por la otra. Se trata, más bien, de supuestos donde habrá una parte menos diestra o más desinformada sobre aspectos negociales que la otra conoce; lo que le lleva a celebrar un contrato absolutamente separado del mercado en que se inserta.

En otro orden, esta aproximación también retira la usura de las proximidades de la ilicitud de la causa, con la que el enfoque tradicional y moral a veces la ha vinculado<sup>155</sup>. Bien es verdad que el enfoque que se propone, basado en la culpa, arroja un problema de conmutatividad contractual y de cierto abuso de una parte hacia la otra. No obstante, no debe perderse de vista que es la conducta del beneficiado lo que se «sanciona» y no el contrato en sí, que es perfectamente lícito y legal. No se trata de controlar precios, sino de reconocer la existencia de umbrales o límites competitivos en la contratación de financiaciones cuyo traspaso arroja, en últimas, una conducta culposa.

#### 4.2. *Transparencia y protección de los consumidores*

Si bien el enfoque que propongo es tuitivo, no estamos dentro del ámbito de protección de los consumidores<sup>156</sup>. Esto no significa que, en ocasiones, pueda converger la determinación de la abusividad de una cláusula con la moderna declaración de usura, basada en la culpa<sup>157</sup>. No situarse en sede de consumidores

<sup>155</sup> CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 721, 726-727.

<sup>156</sup> En la regulación sobre cláusulas abusivas encontramos otro modelo a conducta contraria a la buena fe objetiva que es el que, con carácter general, permite reputar abusiva una condición general de la contratación no negociada en contratos con consumidores (art. 82.1 TRLGDCU). Sobre legislación sobre usura y consumo, BERROCAL LANZAROT, *Tarjetas*, cit., pp. 134 y ss.

<sup>157</sup> Es el caso del artículo 89.7 TRLGDCU cuando reputa abusiva la «imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo» (hoy art. 20.4 LCC). Se trata de un supuesto

tampoco significa que las consideraciones sobre el comportamiento culposo o doloso del beneficiado no sean procedentes<sup>158</sup>. No se debe soslayar que un gran número de contratos negociados se construyen sobre una posición de superioridad en la negociación de una parte sobre la otra, cuya autonomía de la voluntad queda algo difuminada<sup>159</sup>.

En la misma línea, tampoco estamos ante supuestos de falta de transparencia del precio (arts. 3, 4.2 y 5 Directiva 93/13), siempre que se haya informado y desglosado correctamente acerca de las comisiones o de otros posibles añadidos que incrementen subrepticamente el precio (y en ese caso estaríamos igualmente fuera de los contornos de la usura). Por hipótesis, el perjudicado conoce el precio y las condiciones del contrato. Es decir —asumiendo la definición actualmente dominante para el control de transparencia material y sin entrar a discutirla aquí— el prestatario conoce la carga económica que el contrato le supone (sacrificio patrimonial), así como la carga jurídica (posición en los elementos típicos del contrato y los riesgos de ejecución; no estamos ante un problema de comprensibilidad real del contrato que sufra el consumidor, más allá de la claridad gramatical de su clausulado<sup>160</sup>. De lo que puede carecer el prestatario es de información relevante acerca de lo que es considerado admisible económicamente en el mercado para el específico producto que contrata (umbrales). Pero no hay propiamente una información falsa o incorrecta sobre el objeto del contrato, cuyo precio es el que es. El reproche precontractual al prestamista, basado en la culpa por la transgresión de un umbral, no se proyecta sobre la posición desinformada del prestatario, de manera tal que se anule la cláusula por este motivo o su oscuridad<sup>161</sup>.

---

donde la abusividad y la usura convergen, debido a que tanto la una como la otra basan su elemento subjetivo en la culpa, bien del predisponente (contravención de la buena fe objetiva), bien del usurero que negligentemente contrata por encima de un límite que la ley fija expresamente. MIQUEL GONZÁLEZ consideró aplicable el artículo 89.7 TRLGDCU a las condiciones de crédito en general y, sobre todo, a los intereses moratorios («condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, 27, 2013-I, p.248). Pese a la descuidada redacción del artículo no creo conveniente extender su aplicación más allá de los descubiertos en cuenta corriente, precisamente por la particularidad que supone convertir en abusiva una conducta sobre la base del límite de la usura para una determinada realidad negocial.

<sup>158</sup> No obstante, véase, GINÉS CASTELLET, «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, 4/2016», p. 21.

<sup>159</sup> Véase, BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 113.

<sup>160</sup> Sobre transparencia material en la jurisprudencia, véase FENOY PICÓN, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho civil*, 2018, 3, p. 1019 (y en general 1012-1043).

<sup>161</sup> En este sentido, GARCÍA-VILLARRUBIA, «El problema», cit., sec. 5. No obstante, favorables a acercar la usura a los controles de transparencia e incorporación para las tarjetas *revolving*, AGÜERO ORTIZ, «Consecuencias auguradas», cit., p. 88; ORDUÑA MORENO, «La STS 149/2020», cit., sec. I.

### 4.3. Usura y ventaja injusta

La ventaja injusta<sup>162</sup> permite rescindir o anular un contrato por abuso de una parte, siempre que la otra lo suscriba presa de circunstancias de dependencia o excesiva confianza hacia ella; de urgencia económica o necesidad; o actuase con ignorancia, imprudencia, inexperiencia o faltándole la capacidad negociadora. Además, requiere que la parte que abusa conociese o no pudiese ignorar la vulnerabilidad de su contraparte. La institución pone el acento en los elementos subjetivos de la parte débil (necesidad y peligro), sin rescatar de la historia del derecho la rescisión por lesión<sup>163</sup>.

La ventaja injusta ha ganado reconocimiento en los instrumentos de *soft law* europeo<sup>164</sup>; se ha incorporado al Derecho civil catalán<sup>165</sup>; y figura en las propuestas españolas de modernización del Derecho de obligaciones<sup>166</sup>. Sin embargo, su incorporación general al ordenamiento español se antoja complicada (cfr. art. 1781 CC)<sup>167</sup>. A nivel particular, el ejemplo más paradigmático de ventaja injusta contractual fuese quizás el del artículo 8 Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos («LASRHE»), para los convenios de auxilio y de salvamento estipulados en el momento y bajo el influjo del peligro en condiciones inequitativas.

A primera vista, la usura se puede asimilar a la ventaja injusta. No obstante, la ventaja no se corresponde exactamente con la usura que defiende, pues se desarrolla en dos planos subjetivos: el del contratante beneficiado y el del perjudicado<sup>168</sup>. La usura planteada únicamente refiere la subjetividad a la conducta del beneficiado, reflejada objetivamente lo elevado del tipo de interés respecto del umbral. Mientras tanto, la ventaja atiende no solo a la desproporción económica, sino también en la necesidad de protección de la parte débil del contrato. Esa debilidad se refleja bien en una situación de confianza especial entre las partes; bien en la vulnerabilidad económica, necesidad imperiosa, ignorancia supina o inexperiencia de la otra, que debía conocer el

<sup>162</sup> Para presentar la institución me he basado en la panorámica que se ofrece en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, von Bar, C./Clive, E./Schulte-Nölke, H. (eds.), 2009, p. 87.

<sup>163</sup> Véase, GINÉS CASTELLET, «La ventaja», cit., pp. 11-12, 20.

<sup>164</sup> Así, los artículos 3.2.7 (1) PICC 2016 (*Gross disparity*); 4:109 (1) PECL (*Excessive benefit or unfair advantage*); II.-7:207 (1) DCFR (*Unfair exploitation*).

<sup>165</sup> En el actual artículo 621-45 CCCat.

<sup>166</sup> Así, los artículos 1301 PMCC 2009 y 527-9 PAPDC (ventajismo).

<sup>167</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit., p. 620. No obstante, véanse, de este mismo autor, sus consideraciones sobre el dolo *in contrahendo* y los contratos abusivos o leoninos, cuando una parte ejerce influencias indebidas o explotación deliberada; establece aquí una conexión, vía la buena fe, entre el dolo *in contrahendo* y la regla del artículo 4:109 PECL (*ibid.*, pp. 203-205).

<sup>168</sup> Para un estudio detenido de las situaciones de fragilidad de la parte perjudicada y la favorecida en la ventaja injusta, véase, GINÉS CASTELLET, «La ventaja», cit., pp. 23-32

ventajista<sup>169</sup>. Este elemento subjetivo —indispensable en la ventaja— permite su aplicación a los contratos celebrados con consumidores y a las cláusulas que determinan el objeto principal del contrato que no son susceptible de control de contenido<sup>170</sup>. La reconfiguración de la usura que propuesta no exige la concurrencia de los elementos subjetivos que describen la situación de la parte perjudicada. La debilidad contractual de una parte, su vulnerabilidad económica o la injusticia contractual son irrelevantes en nuestro análisis; otra cosa es que pueda ser de aplicación la Ley de la usura histórica.

## 5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA USURA

Tras replantear el supuesto de hecho de la usura y deslindarlo de otras categorías, regresamos al principio, al trabajo de Artigot Golobardes. La autora abogaba por «sanciones flexibles» relacionadas con la desviación respecto a un umbral tolerable. También alertaba de la dureza de artículo 3 LU. Según esta norma, declarada la nulidad de un contrato, por usurario, «el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado». La consecuencia prevista en el artículo 3 LU es preventivo-punitiva<sup>171</sup> (al menos a los ojos del observador moderno<sup>172</sup>); en el marco de una ley que pretendía reprender conductas indeseables. Esto explica los intentos de suavizar su aplicación.

### 5.1. *Estado de la cuestión en España y crítica*

La doctrina coincide en lo excesivo de las consecuencias del artículo 3 y se ha esforzado en plantear otras soluciones dentro de la propia ley<sup>173</sup>. Por eso, se ha invocado a la

<sup>169</sup> Véase, BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor», cit., pp. 6-7, 11.

<sup>170</sup> Por esta razón es criticable el artículo 621-45 (2) CCcat que permite rescindir el contrato de compraventa de consumo, también si «ocasiona en los derechos y obligaciones de las partes un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos». Se está introduciendo un control de precios en sede de condiciones generales sin requerir de elementos subjetivos; lo que choca con la Directiva 93/13.

<sup>171</sup> BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., pp. 103-104.

<sup>172</sup> No hay que olvidar que el artículo 3 LU no hacía sino convertir el préstamo en un mutuo, gratuito; idea de la que seguía partiendo el legislador español de finales de s. XIX. Es decir, la LU no hacía sino reconducir el contrato al artículo 1753 (y 1755) CC. Véase, *supra* 2.1.4.

<sup>173</sup> Las tensiones respecto de las consecuencias derivadas de la usura, concretamente entre prevención y moderación, se remontan a los debates parlamentarios de la Ley, y se aprecian en numerosas resoluciones. Al respecto, BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 104.

nulidad parcial como solución<sup>174</sup>. A partir de aquí, las aproximaciones varían. Unas proponen aplicar la ley dispositiva en sustitución del interés usurario eliminado (interés legal)<sup>175</sup>; otras se inclinan por mantener válido el contrato con obligación del prestatario de devolver únicamente el capital, si bien no inmediatamente, sino al vencer el plazo estipulado, manteniéndose las obligaciones accesorias, como la fianza<sup>176</sup>. En cualquiera de los dos casos, la nulidad parcial no parece aconsejable; al menos no con el efecto jurídico que cada una le liga. En el primer caso, porque resulta sencillamente imposible sustituir el interés reputado usurario por uno legal, como el que provee el artículo 1108 CC, pensado para la indemnización por mora. La ley dispositiva aplicable, en Derecho español, es escasa; la que existe es anacrónica, no ofrece información relevante sobre el precio de los bienes o servicios y, cuando lo hace, resulta económicamente insoportable (cfr. art. 1755 CC). En el segundo caso, porque supone una reinterpretación del artículo 3 LU en una clave aún más sancionadora, que no creo que quepa deducir de aquel<sup>177</sup>: se mantiene —a futuro y no solo respecto del tiempo de ejecución del contrato— la cesión del uso del capital *gratis* para el prestatario.

El fallo del que parten todas las soluciones es que se asientan sobre una lectura de la usura casi de orden público<sup>178</sup>, más moral que técnica, más sancionadora que compensadora, pensada para escarmentar al prestamista. Por eso, difícilmente pueden zafarse del estrecho margen de aplicación que concede el artículo 3 LU; de una consecuencia poco práctica<sup>179</sup>, que solo se entiende en ese contexto represor<sup>180</sup> y de

<sup>174</sup> DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, 2004, p. 315; SAVATER BAYLE, «Simulación en contrato usurario entre particulares. Dación en pago y pacto de retro. Nulidad parcial ex art. 3 de la ley de Usura Comentario a la STS Sala de lo Civil, núm. 141/2013, de 1 de marzo (RJ\2013\2280), Pont de Geneve 2000 S.L. V Doña Eugenia», *Aranzadi Civil-mercantil*, 10, 2015, sec. 7.b. En contra, PÉREZ MONGE, «Prestamo usurario», cit., pp. 312-313.

<sup>175</sup> Con cita de los códigos italiano y portugués, ALBALADEJO GARCÍA, *La nulidad*, cit. P. 49; PÉREZ MONGE, «Préstamo usurario», cit., p. 313.

<sup>176</sup> DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *Las nulidades...*, cit., pp. 315-316. En la misma línea, SOBEJANO NIETO, «El préstamo al jugador: lo que ocurre cuando el prestatario gana el juego», *Almacén de Derecho*, 2020, fecha de consulta 11 mayo 2020, en <https://almacenederecho.org/el-prestamo-al-jugador-lo-que-ocurre-cuando-el-prestatario-gana-el-juego/>; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 734-735. En sentido similar, JIMÉNEZ MUÑOZ propone que el prestatario espere, para instar la declaración judicial de nulidad del préstamo, a que las cantidades ya entregadas (imputadas al capital) sean lo suficientemente importantes como para que corresponda devolver una cantidad asumible (*La usura*, cit., p. 102).

<sup>177</sup> No obstante, SABATER BAYLE, «Simulación en contrato usurario», cit., sec. 7.b.

<sup>178</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., p. 102.

<sup>179</sup> Contraria a canalizar la ventaja injusta mediante una sanción civil a la parte beneficiada, BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor», cit., p. 18.

<sup>180</sup> La lógica represora es, en efecto, lo que explica la rotunda consecuencia del artículo 3, en clave de nulidad. Y lo que explica los términos igualmente rotundos con los que se pronuncia la jurisprudencia. En este sentido, la STS 14.7.2009 (MP: Salas Carceller, RJ 2009/4467) indicó que la nulidad es «radical,

concepción del préstamo como contrato esencialmente gratuito. Nos guste o no, el artículo 3 LU dice lo que dice. Por eso, resultan inanes —cuando no, *contra legem*— aquellas propuestas que buscan atemperar las consecuencias de la usura mediante interpretaciones forzadas de la ley. No se trata tanto de solucionar el problema de la consecuencia jurídica de la usura dentro de las costuras de su artículo tercero cuanto de pensar fuera de sus renglones. La reconfiguración del supuesto de hecho usurario explicado (y que hoy solo cabe insertar normativamente en la cláusula general del artículo 7.1 CC) ampara este ejercicio de atemperar las consecuencias de la usura. El objetivo es enfrentar un panorama excesivamente heterogéneo, contradictorio y difícil de abarcar para el operador jurídico<sup>181</sup>.

### 5.2. La reparación del contrato usurario. Dos alternativas

Abandonada la LU, la primera alternativa es acudir a la anulación<sup>182</sup>. En efecto, es plausible pensar que —si ya no hay reproche moral, sino uno culpabilístico basado en la conducta descuidada del prestamista— la consecuencia se dirija a la anulación por dolo *in contrahendo*. En este sentido, bien podría recurrirse a la regla prevista en el artículo 1270 II CC, que ampara una suerte de indemnización *in natura*, colocando a la parte perjudicada por el dolo en la situación que tendría si la maquinación insidiosa no se hubiera producido<sup>183</sup>. No obstante, el alcance limitado de esta norma desaconseja extraer de ella soluciones de tipo general, pues la usura no nos coloca, en rigor, ante un engaño bastante capaz de captar la voluntad del otro contratante, ni en sede de vicios de la voluntad<sup>184</sup>. Otro inconveniente de la anulación es que conduce a la restitución, si bien de manera menos agresiva para el prestatario que la establecida del artículo 3 LU.

Se puede bosquejar otra alternativa. Hay que partir de si es justo o no que el perjudicado por el contrato usurario quede económicamente vinculado<sup>185</sup>; si el remedio de la anulación del contrato admite ser sustituido por otro más flexible. La

---

absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva».

<sup>181</sup> En este sentido, y con cita de sentencias, BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 105.

<sup>182</sup> La discusión sobre las consecuencias jurídicas de la usura ha versado sobre si la ley contemplaba un supuesto de nulidad absoluta o de anulabilidad. No me detendré en esta cuestión. Véase, SABATER BAYLE, *Préstamo*, cit., p. 161; ALBALADEJO GARCÍA, «La nulidad», cit., pp. 34-43; PÉREZ MONGE, «Préstamo usurario», cit., pp. 304-306; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia*, cit., p. 228-229; JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 104-108; BERROCAL LANZAROT, *Tarjetas*, cit., pp. 118 y ss..

<sup>183</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017, disponible en <https://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato> [última consulta: 22.6.2020].

<sup>184</sup> *Supra* 4.1.

<sup>185</sup> Sobre vicios del consentimiento y causas de justa desvinculación, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit., pp. 185-186.

respuesta es afirmativa. El cambio de concepción dogmática y de ubicación sistemática de la usura ofrece pistas en este sentido. El objetivo es *reparar* el daño irrogado al prestatario con la conducta culposa (usuraria) del prestamista. Ese daño se manifiesta en el contrato lesivo. Del mismo modo, concebir la usura como una conducta culposa precontractual del beneficiado, contraria a la buena fe objetiva, permite adoptar las medidas más adecuadas que impidan la persistencia en el abuso (cfr. arts. 7.1 y 7.2 CC). Con estos mimbres, el remedio —la consecuencia jurídica— que se debe anudar a la usura así entendida consiste en una «indemnización restitutoria» del contrato lesivo. Con ella se repara el daño que produce este contrato en el prestatario afectado. A partir de aquí la consecuencia se puede bifurcar en dos.

### 5.2.1. La adaptación del contrato

El cambio de concepción de la usura no admite mantener una consecuencia pensada para penalizar y prevenir la inmoralidad<sup>186</sup>. Para quien contrata hoy en las condiciones «usurarias» descritas, la terminación del contrato puede no satisfacer su interés<sup>187</sup>. Por ejemplo, este contratante puede haber invertido con relativo éxito el capital recibido en o puede no ser exigible restituirlo; lo que no es impensable en los créditos al consumo. En este sentido, la adaptación del contrato al umbral traspasado, que se empleó para declarar usuraria la conducta es una consecuencia interesante<sup>188</sup>. No en vano, si se opera con una frontera más o menos definida, tiene sentido la moderación a este del interés evita que la labor del juez se convierta en arbitraria<sup>189</sup>. La cuestión es cómo sostener jurídicamente esta consecuencia.

La moderación del interés sería una «reducción del precio», de la que contamos con ejemplos. El más evidente es la *quantum minoris* (art. 1486 I CC)<sup>190</sup>, aplicable también a contratos más similares al préstamo, como el arrendamiento (art. 1553 CC)<sup>191</sup>. Con

<sup>186</sup> Dice la STS 14.7.2009 (MP: Salas Carceller, RJ 2009/4467) que el artículo 3 LU es una norma «sancionadora de una actuación tan reprobable moral y jurídicamente como es la que integra un préstamo usurario».

<sup>187</sup> Se aprecia esta idea en el pacto leonino del contrato de sociedad civil (art. 1691 CC), el cual no comporta la nulidad de todo el contrato.

<sup>188</sup> BASOZABAL ARRUE ofrece un panorama comparativo entre la consecuencia jurídica de la LU, que castiga la inmoralidad, y la de otros contextos (cláusulas abusivas en contratos con consumidores, cláusulas penales) en los que la consecuencia sí puede ser moderadora (*Estructura básica*, cit., p. 112).

<sup>189</sup> En distinto sentido, si bien siempre desde una perspectiva (demasiado) histórica y para el círculo alemán, ZIMMERMANN, *Richterliches*, cit., pp.105-120, 194-197.

<sup>190</sup> La posición dominante es que la *quantum minoris* conduce a un resultado indemnizatorio. MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, 3, pp. 616-617; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1149.

<sup>191</sup> Sobre la ampliación de la *quantum minoris* desde una perspectiva comparada (y en las propuestas de modernización), PRADO LÓPEZ, «La restitución de mayores ganancias en el incumplimiento eficiente: una respuesta desde el Derecho chileno de los contratos», *Ius et Praxis*, 24, N.º 3, 2018, pp. 363-365.

todo, no parece conveniente extrapolar a la idea de la *quanti minoris* al tipo de interés del préstamo, a fin de reducir este al umbral admisible. La *quanti minoris* reduce el precio al *valor* de la cosa (art. 1486 I CC). No obstante, (i) «el dinero no tiene vicios»; y (ii) porque el límite de lo admisible no se corresponde exactamente con el valor de la prestación, sino con el umbral por encima del cual deja de ser legítimo en un mercado concreto y para un producto obtener beneficios por la cesión de dinero a crédito.

Descartada la *quanti minoris*, como modelo, podría pensarse en las cláusulas penales desproporcionadas (art. 1154 CC) cuya moderación se admite con ciertos requisitos por nuestros tribunales<sup>192</sup>. Aunque la lógica reductora es similar, y se basa en lo exorbitado de la pena, la operación tampoco sería la misma, pues se trata de reducir una de las contraprestaciones principales —el interés remuneratorio usurario— de un contrato de préstamo o crédito; no de moderar una pena o sanción civil.

Ante la falta de referentes normativos para la adaptación, es más correcto defender una reducción *sui generis* específica para la usura. En efecto —y en tanto no se produzca una regulación específica— la adaptación o reducción del contrato, como institución, cuenta con sólidas raíces en el Derecho privado, pues permite alcanzar soluciones flexibles, ajustar y evitar los indeseables efectos económicos que muchas veces comporta la nulidad<sup>193</sup>. A esta solución se le puede objetar que no está prevista en el Código civil como regla general. Pero esta crítica resultaría demasiado formalista, cuando no fútil, tan pronto como se reconduce —*de lege lata* al menos— la usura a la cláusula general del artículo 7.1 CC, y se atiende al papel de la buena fe como principio. En la mayoría de los casos, la adaptación del contrato servirá para satisfacer mejor el interés del perjudicado que su anulación completa. El derecho comparado da pistas en este sentido<sup>194</sup>. Tampoco hay que perder de vista que el reequilibrio o adaptación del

<sup>192</sup> Véase la STS 13.9.2016 (MP: Pantaleón Prieto; RJ 2016/4107) y todas las que le han seguido.

<sup>193</sup> La adaptación del contrato como remedio flexible preferente se propone por la doctrina española respecto de la anulación del contrato por error, en supuestos de información defectuosa. Así, MORALES MORENO, «El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios», *Congreso internacional de Derecho civil*, Universidad de Lima, 2019, pp. 385-386.

<sup>194</sup> El ordenamiento francés adoptaba una posición objetiva en la definición de la usura y trasladaba el juicio subjetivo hacia la conducta del prestamista. El artículo L341-48 Code de la consommation establece que, siendo el préstamo usurario, los pagos excesivos se imputan de pleno derecho a los intereses normales y, alternativamente, al capital de la deuda. Y si después de eso el crédito se extingue en capital e intereses, las sumas indebidamente abonadas se restituyen con intereses legales a contar desde el día en que se efectuó su pago. La doctrina considera preferible esta solución a la nulidad, que estima excesiva (MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Droit des Obligations*, 10ª ed., LGDJ, Paris, 2018, p. 389). Y la misma solución ha sido propuesta, en un contexto muy distinto, para la usura, por un sector no insignificante de la doctrina alemana que busca evitar una restitución completa de las prestaciones derivada de la anulación del negocio. A favor, BUNTE, «Rückabwicklung sittenwidriger Ratenkreditverträge», *NJW*, 1983, p. 2676; MEDICUS, «Vergütungspflicht des Bewucherten?», en



contrato es la consecuencia también preferida por todos los textos que se han lanzado a regular la «ventaja injusta», antes referida<sup>195</sup>; incluso, en aquellos contextos en que se habría podido considerar éticamente más improcedente la moderación<sup>196</sup>.

A favor de la adaptación del contrato usurario actúa a su vez el bagaje histórico. Vimos que la reducción conservadora era moneda de cambio habitual en el Derecho romano, que en general no se apoyaba tanto en criterios morales para concebir el préstamo como esencialmente gratuito. Del mismo modo, el artículo 1650 P. 1851 —tras fijar el límite del interés convencional en el doble del legal— establecía que, en lo que excediere, «lo reducirán los tribunales a instancia del deudor». Es decir, allí donde la usura no se edificaba sobre componentes morales o de reproche, sino sobre criterios más objetivos, no había problema alguno en reducir el contrato.

La adaptación o reducción del contrato no supone necesariamente reconducir el contrato hacia aquella regulación que las partes hubiesen acordado negociando de buena fe o con arreglo a criterios leales; eso es más propio de la llamada interpretación integradora ante las lagunas contractuales o que se derivan de la anulación<sup>197</sup>. Antes bien, la adaptación ha de redirigir el negocio hacia aquel umbral tolerable que, en cada caso, resultó determinante de la calificación del contrato como usurario y la apreciación de la culpa; lo que no tiene por qué coincidir con la voluntad hipotética de las partes.

La reducción o adaptación del contrato se ofrece como la solución flexible a ser tenida en cuenta por el juez, tras la calificación del contrato como usurario. Las posiciones doctrinales que se manifiestan en contra de soluciones de este calibre lo hacen a partir de una preconcepción moral de la usura, que es comprensible<sup>198</sup>. En ninguna cabeza

---

Hueck/Richardi, *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, 1973, pp. 62-66; EMMERICH, *BGB –Schuldrecht. Besonderer teil*, C. F. Müller, Heidelberg, 2018, p. 231; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.ª ed., 2017, párr. 351. Se inclinan por una reducción teleológica del § 138 BGB que permita la reducción conservadora del contrato solo a favor del perjudicado por la usura, WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 566-567.

En contra, ARMBRÜSTER, «§ 138 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, 2018, párr. 161, 166, SCHWAB, «§ 817 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, 2017, párr. 50; ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht*, cit., pp. 80-83. Interesante en este sentido, por lo contrapuesto de las opiniones, es también la recensión de ZIMMERMANN a HAGER, «Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften (Münchener Universitätschriften, Bd. 54) by Johannes Hager», *AcP*, 184, 4/5, 1984, pp. 505-511.

<sup>195</sup> El artículo 4:109 (2) PECL otorga al juez la posibilidad de adaptar el contrato, a petición de la parte legitimada para anularlo, si lo considera apropiado, colocándolo en consonancia con lo que habrían pactado dos contratantes que actuasen de buena fe. El artículo II.-7:207 (2) replica esta dicción.

Véanse también los artículos 621-47 (1) CCCat, 1301 PMCC 2009 y 527-9 (2) PAPDC.

<sup>196</sup> Véase lo dispuesto en el artículo 8 LASRHE para salvamentos en el mar.

<sup>197</sup> No obstante, véase, para la ventaja injusta, BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor», cit., p. 23. En distinto sentido, GINÉS CASTELLET, «La ventaja», cit., pp. 48-50.

<sup>198</sup> BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., pp. 114, 116.

cabría moderar un contrato inmoral o con causa ilícita. Pero una concepción moderna de la usura en la que el reproche pase a ser de tipo culpabilístico (y no moral) a la conducta del beneficiado —que, no se olvide, es la que ya manejan los tribunales para declarar usurarios los contratos de que se ocupan— no nos puede mantener en el prejuicio dogmático contrario a adaptar el contrato hacia un precio aceptable o equilibrado. Así se logra reestablecer la equivalencia subjetiva del contrato<sup>199</sup>.

La relación entre la moderación del contrato y la reconfiguración dogmática de la usura es evidente. En la reducción del interés habrían de ser consideradas las valoraciones objetivas que condujeron a considerar el contrato como usurario, en el caso concreto. El precio a reducir el contrato se correspondería con el umbral competitivo traspasado. Esta solución no puede considerarse inequitativa o generadora de mayor inseguridad jurídica<sup>200</sup>. La seguridad (o inseguridad) jurídica la crean los mecanismos que permiten considerar en cada caso el préstamo como usurario o no<sup>201</sup>. Y, como dije, habrá mayor seguridad allí donde los umbrales están mejor definidos por el legislador<sup>202</sup>. En efecto, si tales mecanismos están bien definidos, ningún remilgo puede acompañar a las soluciones de corte moderador, pues estas reconducen el contrato —para mantenerlo— a los umbrales que primero se consideren adecuados para cada contrato<sup>203</sup>. Tiene todo el sentido este proceder, tan pronto como se asume que de lo que se trata, en últimas, es de reequilibrar y no de beneficiar a una de las partes —prestatario— regalándole el disfrute de un capital a tipo de interés cero.

### 5.2.2. La terminación del contrato usurario

La terminación del contrato se antoja adecuada allí donde la conservación del contrato adaptado no satisfaga el interés de la parte afectada por la usura; cuando al perjudicado no le pueda ser exigible su subsistencia<sup>204</sup>. La inexigibilidad de que la parte perjudicada se mantenga económicamente vinculada al contrato se dará en los casos en que —incluso reduciendo el tipo de interés a uno aceptable y competitivo de mercado— el prestatario no esté siquiera en condiciones de cumplirlo de esta manera;

<sup>199</sup> Sobre el problema de la equivalencia subjetiva de prestaciones, MORALES MORENO, «El alcance protector», cit., pp. 668-670.

<sup>200</sup> En este sentido, criticando soluciones moderadoras, BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica*, cit., p. 116.

<sup>201</sup> En este sentido se mueve la crítica de ORDUÑA MORENO a la STS 4.3.2020, para la horquilla que establece en torno a lo usurario de una tarjeta de crédito *revolving* («La STS 149/2020», cit., sec. IV).

<sup>202</sup> Para el Derecho alemán, véase, BUNTE, «Rückabwicklung», cit., p. 2677.

<sup>203</sup> No me corresponde ocuparme de esta cuestión; y ahí destaca la aportación de ARTIGOT GOLOBARDES, «Tarjetas revolving...», cit., cuando se refiere a las incertidumbres generadas por la STS que comenta y los riesgos sistémicos; cuando advierte de que el criterio del TS favorece la colusión; y cuando se refiere al acuerdo de la AP de Cantabria.

<sup>204</sup> Para la ventaja injusta, véase, BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor», cit., pp. 28-29.

escenario no descartable en el crédito al consumo. La terminación será igualmente imaginable cuando al prestatario ya no interese el disfrute del capital prestado ni la liquidez que este le proporcionaba. Por ejemplo, si lo necesitaba con relativa urgencia para realizar una inversión que finalmente no acometerá. Tampoco parece aconsejable mantener el contrato cuando la usura haya quebrado la confianza entre las partes necesaria para su desenvolvimiento (la del perjudicado en la credibilidad de su contraparte).

Puede discutirse si la inexigibilidad es predicable respecto de ambas partes o si solo lo es respecto de una, la afectada por la usura. Creo que lo razonable es pensar que la vía de la inexigibilidad, como válvula de escape, solo debe beneficiar a la parte que ha sufrido la usura, y no a la que la provoca con su conducta descuidada<sup>205</sup>. Lo contrario conduciría a soluciones indeseables, como la terminación del contrato —con la restitución consiguiente— si la adaptación a que se llegase (reducción del precio) no sustentase la estructura de costes del usurero<sup>206</sup>. Es indeseable porque, en ese caso, sí podría afirmarse que el usurero actúa sin riesgo, cuando no debe ser así<sup>207</sup>; y porque, en ese caso también, la terminación del contrato le beneficiaría, al permitir que retenga parte del interés o precio percibido. Tampoco debe perderse de vista que la terminación del contrato es un instrumento al servicio de la reparación del daño que experimenta el perjudicado (el contrato), por lo que no sería razonable que beneficiase a su causante.

### 5.3. *Las restituciones por usura*

#### 5.3.1. Restitución en caso de adaptación

La adaptación o reducción del contrato de préstamo irá acompañada de una restitución del excedente, es decir, de aquella parte (o partes) del precio abonada por encima del umbral tolerable al que se ha reconducido el contrato. Se trata de una restitución de pagos indebidos que en el préstamo afectaría al importe de los intereses abonados en exceso, respecto del nuevo interés (art. 1895 CC). Al tratarse de un supuesto de cobros indebidos basado en la contravención del deber objetivo de cuidado por parte del

<sup>205</sup> Y en este sentido apuntaba igualmente el artículo 1650 P. 1851 cuando establecía que «el interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales *a instancia del deudor*» (cursiva mía).

<sup>206</sup> Véase, para la ventaja injusta, GINÉS CASTELLET, «*La ventaja*», cit., p. 44.

<sup>207</sup> Sobre ello, *infra* 5.4

beneficiado en el contrato (buena fe objetiva), este tendría que abonar igualmente el interés legal respecto del exceso cobrado que resulto ser usurario (art. 1896 I CC)<sup>208</sup>.

### 5.3.2. Restitución en caso de terminación

En caso de terminación completa del contrato tendrá lugar una restitución completa de las prestaciones intercambiadas con la que reparar el daño (indemnización restitutoria). La restitución no se vehicula a través del artículo 3 LU, sino de las reglas generales (arts. 1303, 1307, 1308, 1314). La usura explica el fracaso del contrato y es imputable al prestamista. Además, es un factor que altera el sinalagma restitutorio del contrato, lo que obliga a ajustar la obligación de restitución del prestamista, para reequilibrar. De este modo: (i) el prestatario devuelve el capital cedido; y (ii) el prestamista reintegra el valor del excedente de las rentas cobradas respecto del interés aceptable (art. 1307 CC); no toda renta que exceda del capital prestado (art. 3 LU). Es decir, la restitución del valor se emplea para que el prestamista restituya el exceso cobrado respecto del umbral con el que se declaró la usura, con los intereses sobre estas cantidades.

Junto a lo anterior, el prestatario tiene que restituir el valor de uso del capital recibido (cfr. art. 1553 CC). Este valor no se corresponderá, por lógica, ni con el interés pactado usurario ni con el interés adecuado al que se reduciría el contrato, de mantenerse. No hay que olvidar que (i) por hipótesis, la terminación del contrato obedecerá a que el prestatario no esté en condiciones de mantener el contrato a un tipo de interés de mercado adecuado para ese producto; pero que (ii) la terminación no puede convertirse en una sanción indirecta al prestamista. Por ello, tendrá que abonar el valor de la mera disponibilidad del dinero (sin actualizarlo) durante el tiempo que esta se prolongase, es decir, el *interés real* del dinero (art. 1307 CC)<sup>209</sup>.

En último término, cabe plantear qué sucede cuando el prestatario no está en situación de reintegrar el capital recibido en todo o en parte. Por un lado, no se le puede exigir continuar con el contrato declarado usurario, al no estar en condiciones de cumplirlo reducido. Por el otro, tampoco puede devolver el capital recibido, que sería lo procedente ante una terminación del contrato, por haber perdido o malgastado el dinero recibido. Nos encontramos ante una contradicción solo aparente. Los artículos 1304 y 1314 I CC acuden en auxilio. Si se produce esta situación, hay que entender que

<sup>208</sup> En este sentido apunta, para el Derecho actual, con base en las fuentes romanas, LÓPEZ-RENDO, «Intereses de préstamos de dinero», cit., pp. 459-464. También, véase, RUIZ ARRANZ, «Restitución derivada de la nulidad», cit., pp. 119 y ss.

<sup>209</sup> Por lo tanto, deduciendo del interés legal del dinero el importe correspondiente a la inflación durante el periodo relevante. Véase, en este sentido, SOLER PRESAS, «La liquidación del contrato resuelto: el remedio restitutorio», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 71, 2018IV, pp. 1261-1264.

el capital cedido se ha «perdido» y que dicha pérdida es imputable al prestamista, que provocó el daño con la usura, al situarse fuera del mercado. Así, el prestatario podrá restituir en la medida del enriquecimiento restante en el patrimonio (cfr. art. 1304 CC).

### 5.3.3. La restitución del artículo 3 LU

En los casos en que el artículo 3 LU sí deviene aplicable («usura clásica»; el prestatario ha recibido y aceptado la prestación merced a un estado de necesidad grave) la restitución ha de ser muy delicada con él. No conviene recuperar de golpe la situación anterior al contrato, porque eso sería tanto como reestablecer el estado de necesidad que motivó el contrato. La obligación de «entregar tan solo la suma recibida» (art. 3 LU) debe reinterpretarse. De entre las propuestas de reducción del art. 3 LU<sup>210</sup> destaca la de Carrasco<sup>211</sup>. Este autor propone interpretar el artículo 3 LU en paralelo al artículo 1306 CC para llegar a una *solutionis retentio* que permita al prestatario no perder el beneficio del plazo y restituir el capital recibido solo al término del préstamo, aprovechando hasta entonces del dinero prestado. Esta solución apunta en una dirección correcta, pues se preocupa por no perjudicar al perjudicado, primero, por la necesidad y, luego, por la usura. No obstante, surge la pregunta de si del artículo 3 LU se puede extraer esta solución; si la LU realmente autoriza a imponer al usurero, como sanción, una cesión gratuita del capital. Quizás no convenga mezclar en este punto lo que es una cesión onerosa de un capital en préstamo con la necesidad que de quien lo toma prestado a un elevado interés. Se puede pensarse en una solución distinta, en la línea propuesta por Carrasco, pero que vaya más allá y obligue al prestatario a abonar una cantidad por el uso del capital hasta el final del contrato. Trataré de explicarme.

En el esquema de la LU, la declaración de un préstamo como usurario no se explica sin la necesidad acuciante del prestatario. Este elemento subjetivo debe permitir al prestatario *retener* el capital prestado y disfrutar de él, una vez anulado el contrato. En ese caso, la consecuencia de la usura ex artículo 3 LU se debe complementar con lo dispuesto en el artículo 1306 CC, para cuando el contrato adolece de causa torpe<sup>212</sup>. La

<sup>210</sup> *Supra* notas 173, 174 y 175.

<sup>211</sup> *Derecho de contratos*, cit., pp. 734-735.

<sup>212</sup> Se propone una aplicación del artículo 3 LU complementada con el artículo 1306 CC. Soy consciente de que la restitución de la usura no debe quedar en todo sometida a la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, del artículo 1306 CC. En primer lugar, porque ya la propia LU declaró una consecuencia particular —la del artículo 3 LU— alejada de la de los contratos con causa torpe, y por mucho que la amoralidad y finalidad represora diese a pensar que el contrato usurario podía subsumirse en este precepto (RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia*, cit., p. 229; JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 106-107). De otro lado, porque los artículos sobre la nulidad contractual tienen en mente contratos de intercambio de cosa por precio, tendentes a la transmisión de la propiedad de lo entregado con ellos. Este hecho no concurre en el préstamo. Sobre esto último, SOBEJANO NIETO, «El préstamo al jugador», cit.

usura clásica convierte el contrato en uno con causa torpe, no constitutiva de delito ni de falta, donde la culpa esta solo de parte de un contratante: el usurero. Según el artículo 1306 2º CC, estando la culpa de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido; mientras que el perjudicado por la usura, extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo ofrecido. De este modo, se llega a que el prestatario puede retener el capital prestado, no solo durante el tiempo de duración del contrato, sino a futuro. En efecto, el artículo 1306 no le obliga ni a dar ni a cumplir. Sin embargo, el viaje no termina aquí. La aplicación del artículo 1306 2º CC impide la restitución del capital prestado como consecuencia de la nulidad. La posibilidad de retener el capital equivale a una imposibilidad legal de restitución de este, durante el tiempo que el prestatario haga uso de este. Con ello, se satisface la necesidad de disfrute del capital prestado, que impulsó al prestatario a celebrar un contrato usurario. Ahora bien, el perjudicado por la usura necesitaba y quería dinero a préstamo, *no dinero gratis*; y esa era la causa del préstamo celebrado. Para el prestamista ese capital retenido (*rectius*, la cesión de su uso) debe considerarse «perdido», por efecto de la ley (art. 1306 2º CC). Que se considere «perdido» no significa, empero, que la ley no ofrezca un mecanismo restitutorio para estos casos: la restitución del valor (art. 1307 CC). Por eso, el prestatario deberá restituir el capital recibido (art. 3 LU), así como un interés adecuado, por el tiempo en que disfrutó del uso de este. El plazo de cesión podrá ser el del contrato inicialmente celebrado, o uno adecuado a la naturaleza y circunstancias del préstamo, lo que tendrá que ser fijado por el juez (art. 1128 CC). El tipo de interés tendrá que determinarse a partir del valor de uso del dinero, lo que se corresponde con el interés real o coste de oportunidad del dinero, que resulta de la deducción de la inflación del interés real<sup>213</sup>. De este modo, existirá una remuneración mínima por la cesión del uso, sin perder el ápice sancionador<sup>214</sup>.

El artículo 3 LU interpretado en relación con el artículo 1306 CC no ampara la retención de la prestación gratis durante el tiempo que dura el contrato de préstamo, pues

<sup>213</sup> De nuevo, SOLER PRESAS, «La liquidación», cit., pp. 1261-1264.

<sup>214</sup> Esta solución es algo distinta a la presentada para el caso de terminación del contrato (*supra* 5.2.2.). En ese caso, la restitución no contemplaba la posibilidad de que el prestatario dispusiese durante todo el tiempo del contrato del capital prestado si no era al interés adecuado (y más elevado que el interés real) al que se reducía el contrato. La computación del interés real solo era a efectos de restitución en caso de terminación inmediata del contrato tras la declaración de la conducta usuraria del prestamista.

parece lógico que quien a título oneroso recibe y utiliza una prestación contraria a la moral (art. 1275 CC) tenga que prestar, al menos, su valor de uso<sup>215</sup>.

#### 5.4. ¿El usurero sin riesgo?

Frente a la solución propuesta para la usura se podría argumentar que el prestamista actuaría sin riesgo en el mercado, pues obtendría bien una adaptación del contrato, bien una restitución<sup>216</sup>. No obstante, la modificación del tratamiento dogmático de la usura comporta que se trate, más bien, de reequilibrar y no de castigar. Se ha de tener presente que la causa inicial del contrato —de préstamo— era onerosa (art. 1274 CC), como onerosa era la causa de la atribución patrimonial realizada por el beneficiado a favor del perjudicado (*datio credendi causa*). Si el uso de que disfrutó el perjudicado durante el tiempo que se desarrolló el contrato lo fue siempre a partir de una causa onerosa, debe mantenerse la onerosidad, bien en la adaptación, bien en la restitución. El castigo al usurero en estos casos debería venir de la mano, en su caso, de un sistema eficaz de sanciones administrativas desde el Banco de España o la autoridad de competencia, cuya imposición facilitaría el entender la usura como una actuación negligente en el mercado (cfr. arts. 5 y 6 LU).

Como fuere, en la adaptación del contrato no puede decirse, sin más, que el prestamista actúe sin riesgo cuando puede ver reducido en una parte significativa la remuneración que percibe y que tuvo en cuenta para su organización empresarial. El usurero corre con el riesgo de pérdida de la parte del precio que no puede retener. Salvo en casos extremadamente flagrantes de dolo en la determinación del interés por parte del prestamista, cabe suponer que este no calculó el riesgo de una declaración de usura de su contrato; ni de una reducción al mercado. A lo anterior se añade el riesgo reputacional por colocarse fuera del marco en el que cabe competir.

Para la solución planteadas para la usura «clásica» al hilo de los artículos 3 LU y 1306 2º CC, tampoco puede decirse que una reacción así permitiese al usurero especular o actuar sin riesgo. Aquí la cesión del uso no se remunera a unos niveles ni siquiera parecidos a los del contrato, sino de una forma casi simbólica (interés real) y de acuerdo con unas condiciones que, en modo alguno, pudieran entenderse como queridas o, incluso, asumidas por el prestamista.

<sup>215</sup> Véase, para el Derecho alemán, la propuesta de MEDICUS, «vergütungspflicht», cit., pp. 69-75. Le sigue, si bien con alguna matización, ZIMMERMAN, *Richterliches*, cit., pp. 173-174.

<sup>216</sup> Véase, JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura*, cit., pp. 102 y ss.

## 6. CONCLUSIONES

1. La usura clásica es un expediente excepcional de control de precios basado en la conducta inmoral de quien se aprovecha de la situación angustiosa o la desesperación de otro. Por eso, los elementos subjetivos del artículo 1 I LU son importantes en la declaración de usura del préstamo. El actual desarrollo jurisprudencial de la usura —a raíz de los litigios en materia de tarjetas de crédito *revolving*— ha mutado por completo el supuesto de hecho de la usura. Ahora basta con los elementos objetivos (interés elevado y desproporcionado) para reputar usurario un contrato. Este proceder difumina la usura y la separa del contexto explicativo de su propia Ley. Al mismo tiempo, advierte de los límites aplicativos de la LU a una realidad donde el reproche moral al usurero se dará las menos de las veces.

2. La jurisprudencia en materia de usura se antoja errática, muy centrada en dar respuesta al caso concreto y poco en aportar una construcción estable. Aun así, los derroteros jurisprudenciales actuales muestran que resulta posible ofrecer una nueva concepción de la usura, solo a partir de los elementos objetivos. Es decir, de una forma en que el reproche subjetivo quede diluido en los elementos objetivos.

3. El elemento subjetivo es necesario para no ensanchar indebidamente los contornos de la usura hacia el control de precios. Excluido el elemento subjetivo tradicional, la subjetividad debe referirse a la conducta culposa del prestamista —contraria a la buena fe objetiva, en el contrato y en el mercado— que contrata superando el límite o umbral de lo económicamente legítimo o admisible en un mercado concreto y en un momento concreto. La usura puede reconducirse hacia un ilícito civil, basado en la conducta del prestamista que celebra un contrato en condiciones desproporcionadas. Esa actuación culposa genera un daño que se traduce en el contrato celebrado y la organización lesiva de intereses que promueve; daño es imputable al prestamista.

4. Para los contratos de préstamo, ese límite o umbral —por encima del cual no es adecuado competir en el mercado, aunque se pueda— es implícito, las más de las veces. Hay que estar al tipo de mercado, de producto y al momento de celebración del contrato. En ese caso será el juez quien tenga la última palabra. Esto último es lo que, *de facto*, sucede para la mayoría de los préstamos o créditos, como han puesto de relieve los últimos fallos del Tribunal Supremo sobre tarjetas *revolving*. Por este motivo, para dar más seguridad jurídica, se antoja aconsejable una intervención legislativa que establezca de manera umbrales orientativos (semovientes) para cada tipo de contratos, a partir de la adición de una serie de puntos porcentuales a una base fija; y que sean revisables, al menos, trimestralmente. Con ello, se facilitaría el enjuiciamiento de la conducta del prestamista, más cercana al dolo cuanto mejor



definido es el umbral. Se trata de que el legislador vaya acompañando al mercado en cada momento.

5. El mantenimiento del elemento subjetivo de la usura, basado en la culpa, obliga a replantear también su ubicación sistemática. *De lege lata*, parece aconsejable redirigir la mayoría de los casos de usura en que están involucradas entidades sometidas al control del Banco de España a los contornos de la cláusula general del artículo 7.1 CC. Esta operación no supone la derogación de la LU, que sigue siendo válida como fundamento explicativo de la conducta usuraria para los casos en los que se dan todos los elementos del artículo 1 I LU, incluido el subjetivo.

6. La reconfiguración dogmática de la usura conduce a un ajuste de su consecuencia, que ya no puede ser preventivo-punitiva, sino un remedio flexible fuera de la LU. Entender la usura a través de la culpa en la estipulación del tipo de interés permite pensar en una reparación del daño del prestatario, bien con una adaptación del contrato, bien su terminación. En la adaptación, el interés se debería reducir al umbral que sirvió como referencia para declarar el contrato usurario por haberlo traspasado culposamente el prestamista. Esta solución ha de ser preferida económicamente a la terminación del contrato. La terminación del contrato tendrá sentido cuando resulte inexigible económicamente que el prestatario siga vinculado (siempre que la liquidación de este no le resulte más perjudicial). En ese caso, la reparación consiste en la terminación del contrato lesivo y la restitución de las prestaciones. La restitución no se vehicula por el artículo 3 LU, sino por las reglas generales de restitución contractual (arts. 1303 y ss. CC), de modo que el prestamista tiene que restituir también el valor del excedente cobrado por encima del umbral admisible.

7. La consecuencia preventivo-punitiva del artículo 3 LU se reserva para los casos en los que concurren todos los elementos del artículo 1 I LU. En esta situación el artículo 3 LU puede reinterpretarse, permitiendo al prestatario, cuya necesidad para con el capital explicaba la usura, disfrutar del capital recibido durante el tiempo de duración del contrato o durante uno razonable determinado en función de las circunstancias. En este último caso, el prestatario tendría que abonar una contraprestación por la cesión del uso del dinero durante ese tiempo, basada en el interés real del dinero (interés real descontándole la inflación); lo que se corresponde con la causa onerosa del propio contrato inicial. Este resultado no compromete la vocación sancionadora del artículo 3 LU, pues el usurero pierde el uso del capital prestado a un interés desproporcionado y aprovechándose de las circunstancias, recibiendo una contraprestación casi simbólica.

## BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, «Consecuencias auguradas de la doctrina “Sygma” en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia», *Revista Jurídica sobre Consumidores y usuarios*, 7 febrero 2020, pp. 74-92.

— «No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación del consumo», *Cesco*, nº 19/2016, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/10/Intereses-remuneratorios-tarjetas-de-credito.pdf>

ALBALADEJO GARCÍA, «La nulidad de los préstamos usurarios», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 48, 1995-I, pp. 33-50.

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 47, 1994-II, pp. 305-324.

ALFARO ÁGUILA-REAL / PAZ-ARES, «Ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. IV, 2003, Civitas, Madrid, versión disponible en <https://es.scribd.com/document/343896761/Ensayo-sobre-la-libertad-de-empresa#download>

ALEMANY CASTELLS, «La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España», *Diario La Ley*, nº 9362, 20 febrero 2019;

— «De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015», *Revista de Derecho Vlex*, núm. 140, enero 2016

ÁLVAREZ NOVOA, «La usura (Conferencia)», *Revista de Menorca*, 1909, Vol. 8, pp. 110-119, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/RdM/article/view/344992>

ARMBRÜSTER, «§ 138 BGB», en Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Eds.) *Münchener Kommentar Zum BGB*, 8a Ed., C. H. Beck, München, 2018.

— «123 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, 2018.

ARTIGOT GOLOBARDES, «Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica», *Almacén de Derecho*, 15 abril de 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>

AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Mohr Siebeck, Tübingen.

BASOZABAL ARRUE, *Estructura básica del préstamo de dinero: sinalagma, interés, usura*, Marcial Pons, Valencia, 2004.

BERROCAL LANZAROT, *Tarjetas y créditos revolving o rotativos. La usura y el control de transparencia*, Dykinson, Madrid, 2020.

BUNTE, «Rückabwicklung sittenwidriger Ratenkreditverträge», *NJW*, 1983, Nº 47, pp. 2674-2678.

VON BAR, C./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier, München, 2009.

BARCELÓ COMPTE, «De la protecció del consumidor a la protecció de la part dèbil del contracte: l'avantatge injust com a paradigma d'un model integrat de tuïció», *InDret*, 4, 2018.

CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000.

CANARIS, «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“», *AcP*, vol. 200, 3/4, 2000, pp. 273-364.

CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2018.

CARRASCO PERERA/AGÜERO ORTIZ, «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sigma Mediatis”: un mal precedente una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Cesco*, Nº 16/2016».

CARRASCO PERERA/CORDÓN MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving. La superación de la jurisprudencia “Sygma Mediatis”*, Civitas, Madrid, 2019.

CASAS VALLÈS, «Informe sobre la eventual calificación como usurarios de los intereses remuneratorios estipulados en contratos de crédito "revolving"», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, N.º. 7, 2020, pp. 19-40.

CLAVERO SALVADOR, *Usura: del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, Madrid, 1984.

COING, *Europäisches Privatrecht*, Vol. I, C. H. Beck, München, 1985.

CUENA CASAS, «Fresh start y mercado crediticio», *InDret*, 3/2011.

D'ORS PÉREZ-PEIX, *Derecho privado romano*, 2.ª ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1973.

DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DELGADO ECHEVERRÍA/PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2004.

DÍAZ RUIZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, N.º 158, abril-junio, 2020.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

DÍEZ PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II/2, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.

EMMERICH, «§ 311 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., C. H. Beck, München, 2018.

— *BGB –Schuldrecht. Besonderer teil*, C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

FENOY PICÓN, «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 71, 2018-III, pp. 855-1049.

FLEISCHER, «Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung: zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 26. 9. 1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302», *AcP*, 200, 1, 2000, pp. 91-120.

FLUME, «Saldotheorie im Fall der Nichtigkeit eines Grundstücks-Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB», *ZIP*, 2001, Nº 22, pp. 1621-1623.

GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Vol. III y Vol. IV, F. Abiezo, Madrid, 1852.

GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA-VILLARRUBIA, «El problema del control de los contratos de financiación rápida: el caso de las tarjetas revolving», *El Derecho*, N.º 70, disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/5937-el-problema-del-control-de-los-contratos-de-financiacion-rapida-el-caso-de-las>

GARRÁN MARTÍNEZ, «El préstamo con interés y la usura en el pensamiento de Domingo de Soto: un ejemplo de confrontación entre la moral y la economía en el S. XVI», *Revista semestral de filosofía práctica*, N.º 27, 2012, pp. 49-76.

GINÉS CASTELLET, «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, 4/2016.

GREENWALD/STIGLITZ, «Externalities in economies with imperfect information and incomplete markets», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 101, 1986, N.º 2, pp. 229-264.

GRIGOLEIT, «Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung», *NJW*, 1999, N.º 13, pp. 900-904.

JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, Dykinson, Madrid, 2010.

KASER/KNÜTEL/LOHSE, *Römisches Privatrecht*, 21.ª ed., C. H. Beck, München, 2017.

LANDROVE DÍAZ, «Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal», *ADP y CCpp*, 1981, 2-3, pp. 585-598.

LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.ª ed., Vahlen, München, 2017.

LÓPEZ-REDÓ, «Intereses del préstamo de dinero. Limitaciones legales y efectos de su abusividad en el Derecho romano», *Revista internacional de Derecho romano*, N.º 20, 2018, pp. 426-464.

LORENZ, «Grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei Internetauktion», *LMK*, 2015, 365443.

MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Droit des Obligations*, 10ª ed., LGDJ, Paris, 2018.

MARÍN LÓPEZ, «Análisis de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo», *Estudios sobre Consumo*, vol. 55, 2000.

MARTÍN CASALS, «Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium», en *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, 1998, accesible en formato pdf en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/11247>.

MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MEDICUS, «Vergütungspflicht des Bewucherten?», en Hueck/Richardi, *Gedächtnisschrift für Rolf Dietz*, C. H. Beck, München, 1973, pp. 61-78.

MIQUEL GONZÁLEZ, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, Vol. 27, 2013, N.º 1, pp. 223-252.

- «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *AFDUAM*, N.º 1, 1997, pp. 297-326.
- MOLINA, *De Iustitia et iure*, II, Sumpt. Haered. Joh. Godofredi Schönwetteri, Moguntiae, 1659.
- MONSERRAT VALERO, «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, N.º 6, 2011.
- MORALES MORENO, «El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios», en Ramírez Gastón, Barsi Rospigliosi (eds.), *Congreso internacional de Derecho civil, Universidad de Lima*, 2019, pp. 375-396.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 33, 1980-III, pp. 616-617.
- MORENO QUESADA, «Artículo 1293 CC», en Albaladejo García y Díaz Alabart (eds.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, XVII, 2, 2ª ed., Edersa, Madrid, 2005, disponible electrónicamente en *Vlex*.
- OETKER, «249 BGB», *Münchener Kommentar zum BGB*, 8.ª ed., C. H. Beck, München, 2018.
- ORDUÑA MORENO «La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4/2020.
- PANTALEÓN PRIETO, «Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017, disponible en <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>
- PAZ-ARES, «Artículo 1170», en Paz-Arez, Bercovitz, Díez-Picazo, Salvador (coords.), *Comentario del Código civil*, Vol. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)», *ADC*, Vol. 34, N.º 3, 1981, pp. 601-708.
- PÉREZ MONGE, «Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)», *ADC*, Vol. 56, 1, 2003, pp. 295-315.
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8ª ed., Aspen, New York, 2011.
- PUFENDORF, *De jure naturae et gentium, libri octo, cum integris Commentaris Virorum Clarissimorum JO. Nicolai Hertii, atque Joannis Barbeyraci*, vol. I, Ex officina Knochiana, Frankfurt-Leipzig, 1744.
- RODA GARCÍA/GARCÍA-BARAGAÑO RODA, «La desnaturalización del concepto de la usura en la jurisprudencia» *Diario la Ley*, nº 9432, 10 junio 2019
- RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- «Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap», *Aranzadi Civil-mercantil*, 2018, 4.
- RUIZ ARRANZ, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación», *InDret*, 1.2020, pp. 56-141.

SÁNCHEZ GARCÍA, «No hay derecho: el Tribunal Supremo y las tarjetas revolving», *Hay Derecho*, 9 de marzo de 2020, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/09/no-hay-derecho-el-tribunal-supremo-y-las-tarjetas-revolving/>

SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.

SABATER BAYLE, «Contratos bancarios: crédito “revolving”: nulidad por usura y restitución de intereses. Comentario a la STS, Sala Primera, nº 628/2015 de 25 de noviembre, *Aranzadi Civil Mercantil*, 2016, N.º 2.

— *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Oamplona

SCHULLER, Nulidad de los créditos revolving a través de la normativa de usura», *Cesco*, N.º 36, 2020, pp. 47-89.

SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2012.

SCHMIDT / BRUNSCHIER, «Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Abbruch einer eBay-Auktion», *JuS*, 2017, pp. 137-142.

SOBEJANO NIETO, «El préstamo al jugador. Lo que ocurre cuando el prestatario gana el juego», *Almacén de Derecho*, 14 de abril de 2020, disponible en <https://almacenedderecho.org/el-prestamo-al-jugador-lo-que-ocurre-cuando-el-prestatario-gana-el-juego>

SOLER PRESAS, «La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio», *Anuario de Derecho civil*, Vol. 71, 2018-IV, pp. 1227-1275.

WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 11ª ed., C. H. Beck, München, 2016.

ZUNZUNEGUI PASTOR, «Limitaciones a los intereses en el mercado del crédito y tutela del cliente en tiempo de crisis», en Cuenca Casas (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

— «Diez preguntas sobre la usura», *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 17 de noviembre de 2016, p. 1, disponible en <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/11/diez-preguntas-sobre-la-usura4.pdf>

ZIMMERMANN, «Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften (Münchener Universitätschriften, Bd. 54) by Johannes Hager», *AcP*, 184, 4/5, 1984, pp. 505-511.

— *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?* Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

Fecha de recepción: 15.10.2020

Fecha de aceptación: 11.03.2021