

2. DERECHO MERCANTIL

Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito *revolving*)

Parte I

The imprescriptible action for nullity and its prescriptible compensation (usury, nullity and the relevance of the revolving loan)

Part I

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Oviedo

NATALIA MUÑIZ CASANOVA

Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho civil

Universidad de Oviedo

RESUMEN: El crédito *revolving* es un producto con amplia presencia en el mercado del consumo, que facilita el acceso a la financiación inmediata por sus sencillos trámites y sin requerirse garantías adicionales. El elevado tipo de intereses pactados, el propio funcionamiento de su especial modelo y su discutible cauce de comercialización cosecha múltiples litigios. En ocasiones los tribunales aplican en su tratamiento jurídico el polémico remedio contra la usura. Se plantea el problema de si cabe distinguir entre las acciones de nulidad, imprescriptible, frente a la de su resarcimiento, prescriptible; y las implicaciones jurídicas que acoge la diferencia. En especial, el régimen del *dies a quo* en el computo de su plazo. En su desarrollo se analiza la muy reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo que se ha vertido en la materia.

ABSTRACT: *The revolving credit is a product with a wide presence in the consumer market, which facilitates access to easy financing because of its immediate processing, without the need for additional guarantees. The high type of agreed interests, the functioning of its special model and its questionable marketing channel generate a great number of litigations. Sometimes, courts apply the controversial rules against usury in their resolution. The question arises as to whether it is possible to distinguish between actions for nullity, which are not subject of rules on limitation, and actions for claiming compensations, which are prescriptible, as well as the legal implications of this difference. In particular, the*

regime of the dies a quo in the calculation of its term. Its development examines the most recent case law of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court on the subject.

PALABRAS CLAVE: Acciones prescriptibles e imprescriptibles. Crédito *revolving*. Nulidad y usura.

KEY WORDS: *Prescriptible and imprescriptible actions. Revolving credit. Nullity and usury.*

SUMARIO: I. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA NOCIÓN DE LAS TARJETAS *REVOLVING*.—II. POLÉMICA Y EVITABLE APLICACIÓN DE LA LEY AZCÁRATE: 1. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD Y SU CAUSA. 2. EL DISCUTIBLE RECURSO A LA USURA. 3. LICENCIAS PROCESALES. 4. APROVECHAMIENTO ILÍCITO EN PERJUICIO DEL DEUDOR. 5. TASA DE INTERÉS DESPROPORCIONADO. 6. INVALIDEZ POR USURA Y SUS EFECTOS. 7. EL CANON DEL CONSUMIDOR MEDIO: INFORMADO, ATENTO Y PERSPICAZ.—III. NULIDAD IMPRESCRIPTIBLE Y RESARCIMIENTO PRESCRIPTIBLE.—IV. CONCLUSIONES (PARTE I).—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA NOCIÓN DE LAS TARJETAS *REVOLVING*

El crédito *revolving*, normalmente instrumentalizado a través de tarjeta, vehicula un financiamiento que permite a su titular emprender compras o disposiciones en líquido hasta el límite del importe concedido. El elemento diferenciador de dicha línea de crédito radica en su carácter rotativo, que posibilita una financiación elástica e incrementable a medida de su empleo. Además, ofrece la ventaja de aplazar los pagos en las cuotas según elija el cliente y en función de un porcentaje del saldo pendiente o de una cantidad fija. Luego el capital disponible y los plazos de amortización menguan o crecen sobre la base de las disposiciones y pagos mensuales que realiza el titular; por lo que no existe un número cerrado de cuotas y su duración es indeterminada.

El Banco de España, en su Portal del Cliente Bancario, define las tarjetas *revolving* como una tipología en la que se dispone de un límite de crédito determinado, que cabe devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Estas cuotas responden a un porcentaje de la deuda existente o a una cantidad fija, y se pueden elegir y recomponer dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. Su carácter estriba en que la deuda derivada del crédito se renueva mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta con arreglo al uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados que se financian conjuntamente.

El crédito *revolving* es un producto con amplia implantación en el mercado, que ha permitido acceder a un crédito sencillo, inmediato y sin gravosas garantías a un buen número de consumidores que, de otro modo, tendrían serias dificultades de conseguir préstamos. No debe omitirse que dicha clase de crédito supone una modalidad de financiación especialmente flexible para el cliente, que puede disponer del dinero al instante, siempre dentro de los límites y duración

pactados, y sin necesidad de ofrecer ninguna justificación respecto de su destino; que cabe, incluso, no restringirse al consumo. Con una simple llamada telefónica o la utilización de la tarjeta, cuando el crédito así se ha instrumentado, la obtención del crédito es automática.

Constituye, además, un modelo de financiación que, como hemos anticipado, no requiere garantías especiales, ni va precedida de un riguroso análisis de riesgos. A lo sumo, se deja constancia del lugar de trabajo del solicitante y se hace una estimación de sus ingresos, sin otra suerte de soporte documental que los avale. Estas características delinean una fórmula específica de crédito al consumo con un riesgo más elevado para las entidades financieras; por consiguiente, justificaría un tipo de interés superior.

El mecanismo muestra evidentes bondades, pero esto no evita sombras. Ciertamente es que puede optar el cliente por la manera de satisfacer la deuda, pero si decide suscribir una baja cuota mensual respecto al importe de la deuda, como a menudo sucede, se amortiza el principal en un plazo muy extenso, lo que implica el coste de mayores intereses. Por otra parte, no es posible definir un cuadro de amortización previo —según ocurre, por ejemplo, cuando se formaliza un préstamo—, ya que para nuestro caso la deuda varía y, por tanto, también lo hacen las cuotas a pagar. Ello contribuye a que pueda el consumidor verse sorprendido con la evolución del crédito.

Conviene reparar también sobre las peculiaridades de la comercialización de dichos productos. Buena parte de los contratos discutidos ante los jueces no se formalizaron en entidades financieras por personal experto, sino a través de genéricos establecimientos comerciales y por empleados poco dados en operaciones crediticias. Esto hace presumir que la información facilitada frente a susceptibles clientes tendía sobre todo a destacar sus indudables ventajas, sin ofrecer por completo referencia precisa en cuanto a sus costes o riesgos.

La formalización de tales contratos tuvo distintas modalidades. La más ordinaria fue concertarlos presencialmente, a través de una solicitud en formato papel; pero existieron otros cauces para suscribir el convenio, como el electrónico y el telefónico. El déficit acerca de la documentación de dichos pactos, especialmente para los supuestos en los que la contratación no fue presencial, y sus carencias informativas sobre las estipulaciones del préstamo provoca que los consumidores puedan defender con asiduidad ante los tribunales que nunca llegaron a tener conocimiento preciso de la repercusión del manejo de su tarjeta. Ello, más allá de que se tratase de un producto que les permitía obtener ventajas y bonificaciones en diferentes establecimientos, a la vez que lograban de forma sencilla un crédito que se podía devolver en cómodas cuotas.

Las características menos amables del modelo, así apuntadas, contribuyen a crear una tendencia de repulsa jurídica, por cuanto fomenta un consumo irresponsable y el sobreendeudamiento de quienes lo asumen.

La jurisprudencia va definiendo los límites que afectan a la validez en estos créditos de forma vacilante y no siempre acertada. Luego queda de manifiesto que solo el apoyo normativo otorgaría seguridad al presente sector económico y mercantil. A este propósito, se dictó la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, *de regulación del crédito revolving*. Con amplitud y nitidez, introduce procedimientos que atañen a la comercialización de dichos productos y al cúmulo de informaciones suministrables al cliente con carácter previo, coetáneo y posterior a suscribir el contrato. Desde la vigencia del nuevo método, las entidades cuentan con directrices detalladas acerca del modo de medir más adecuadamente la capacidad de satisfacer las obligaciones asumidas por los prestatarios, lo que permitirá

prevenir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y el *sobreendeudamiento*. Asimismo, mejora minuciosamente la detallada noticia que deberá ofrecerse al consumidor en las fases pre y post contractual. Sin duda contribuye de tal suerte a su conocimiento claro y específico acerca del contenido y relieve del modelo y de la deuda que contrae frente a la financiera. Confiamos en que la citada Orden constituya un útil instrumento, que reduzca la litigiosidad y otorgue la necesaria certidumbre al mercado.

II. POLÉMICA Y EVITABLE APLICACIÓN DE LA LEY AZCÁRATE

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre, se viene admitiendo la Ley Azcárate, de represión de la usura, de 23 de julio de 1908, como instrumento apto de análisis jurídico para la nulidad de las cláusulas abusivas asociadas a los préstamos ligados a las tarjetas *revolving*.

El hecho se produce, según la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo¹, por ser la exclusiva alegación de los actores: «aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta *revolving* por su carácter usurario».

Se comprende hasta cierto punto que supusiera esa una opción en los litigantes, pero resulta insólito que se aprecie por los tribunales de justicia en los actuales términos del ordenamiento jurídico español y comunitario. Si la nulidad derivada de la ilicitud de la cláusula sobre los intereses hubiera podido declararse de oficio, resulta insólito acudir a un remedio que desborda muy ampliamente el marco jurídico de referencia. Cuando la parte actora esgrime un cauce alegatorio confuso e inadecuado bien hubiera podido corregirse de manera oportuna.

1. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD Y SU CAUSA

La declaración de oficio de la nulidad en cierta medida choca con el principio dispositivo y de rogación que gobierna todo el procedimiento civil español; pero es admisible con arreglo a la ley, siempre y cuando se respete la necesaria contradicción de las partes². Las inercias judiciales se muestran poco proclives a dichas intervenciones que, de otra parte, son jurídicamente aptas. Resulta un instrumento que no debe desestimarse *a priori* y que progresa paulatinamente. Constituye una evidencia que hasta cierto punto distorsiona el planteamiento de la litis, pero no es menos claro que se solapa con la pretensión del actor mediante su mejor conducto jurídico.

En efecto, la prohibición de las cláusulas abusivas conduce a la nulidad parcial, pero absoluta, del pacto en que se integre, a través de la fórmula de tenerla por no puesta. Es notorio que apreciar *ex officio* dicha invalidez de alguna manera distorsiona la postura de las partes en la demanda y en la contestación o posible reconvencción mientras no lo hubieran solicitado; e incluso su *petitum* puede ser discutiblemente interferido³. Ahora bien, está fuera de cualquier duda que los jueces son libres de percibir el asunto, pues entre sus funciones está

la de depurar del ordenamiento jurídico cuantos actos sean opuestos a norma imperativa⁴. La doctrina más actualizada en la materia del Tribunal Supremo deja sentado este axioma. De tal suerte, la Sentencia 526/2008, de 5 de junio, recuerda que «en Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1997 se declara que tratándose de una norma legal imperativa [...] no es necesario reconvenir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público». «En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales». El hecho de aceptarse la nulidad radical y absoluta no impide, si es el caso, mantener la parte del negocio que pueda subsistir sin aquel vicio, como en adelante veremos.

2. EL DISCUTIBLE RECURSO A LA USURA

Resulta un hecho incontestable que asumir el juicio del asunto bajo la perspectiva del análisis valorativo y desde la óptica de la usura permite agravios claramente vulneradores, siempre que no se aprecie abuso leonino del acreedor.

Su examen entonces se vuelve más fáctico que jurídico y en relación con la coyuntura económica del momento⁵. Lo declara terminantemente la Sentencia del Tribunal Supremo 141/2013, de 1 de marzo: «se puede recordar la doctrina jurisprudencial que resume la reciente Sentencia de 22 de febrero de este año en el sentido de la facultad de los Tribunales de apreciar la usura. Dice así: “Se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (Sentencia de 9 de enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (Sentencias de 31 de marzo de 1997, 10 de mayo de 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (Sentencia de 29 de septiembre de 1992) valorando caso por caso (Sentencia de 13 de mayo de 1991), con libertad de apreciación (Sentencia de 10 de mayo de 2000), formando libremente su convicción (Sentencia de 1 de febrero de 2002)”»⁶.

Como aduce la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio, «la Ley de represión de la usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, “*pacta sunt servanda*”. De esta forma, artículo 1293 del Código subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de Partidas que admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial». «La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (SSTS de 9 de abril de 1947, 26 de octubre de 1965, 29 de diciembre de 1971 y 20 de julio de 1993 [*sic, rectius*: 5 de julio]). De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255 [CC], se particulariza como sanción a un abuso inmorale, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos». Véase cómo la unión de factores objetivos (desmán) y subjetivos (aprovechamiento) adquiere una indudable trascendencia.

Luego resulta evidente que una norma intervencionista se justifica solo para casos extremos, por cuanto supone una quiebra del régimen común en la materia. Nos referimos al dispuesto en el Código civil de corte liberal y que se ajusta incluso a las determinaciones «*de la economía del mercado*» que contempla *expressis verbis* el artículo 38 de la Constitución⁷. Precisamente los recortes a la histórica rescisión por lesión —ligada en el artículo 1291 del Código civil a procesos en que intervengan representaciones legales—, y la carencia de precio justo que definen el ordenamiento privado español, marcan los parámetros actuales, del todo ajenos a la muy excepcional vigencia de la disciplina contra la usura.

A la hora de la reciente admisión del remedio aportado por la Ley Azcárate, el Tribunal Supremo acude a la cita expresa de su primer artículo en la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, siguiendo «la doctrina jurisprudencial que fijamos en la Sentencia del pleno de esta Sala 628/2015, de 25 de noviembre». Sin embargo, se realiza en unos términos en esencia insatisfactorios, por cuanto mutila inconvenientemente su contenido, quedándose solo con el primer aserto mientras ignora por silencio el segundo.

La usura requiere un dato de carácter objetivo, que se mide según el exceso que pueda cometer el prestamista, pero esta vertiente ha de unirse con la subjetiva, en relación con la necesidad del prestatario. Así lo contempla la norma textualmente. Ofrece una combinación de factores que no puede obviarse, por mucha que sea la bondad del propósito protector frente al ilícito predominio de uno de los contratantes. No se remedia un abuso con otro desmán de signo contrario, sino que se agudiza mediante dicha viciosa práctica⁸. Con arreglo a la cita fiel del artículo 1 de la Ley de usura, «*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 aquel 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*». Esa indudable acumulación de circunstancias personales y objetivas se borra para el supuesto que nos ocupa.

Las ventanas de oportunidad que ofrecen préstamos sencillos en su concertación, ligeros en sus garantías y de disponibilidad automática no pueden ser ignoradas. Los suscriptores del crédito no lo hicieron obligadamente, sino más bien por lo común al contrario. Si hubiera existido dolo por publicidad engañosa debería demostrarse de manera oportuna por su víctima; y, en cualquier caso, comporta el efecto de simple anulabilidad por vicio del consentimiento (cfr. art. 1269 CC). Los beneficios del modelo permiten su existencia efectiva y, atendiendo a la fría estadística, se comprueba su mayoritaria implantación favorable para los solicitantes del instrumento financiero.

Esta manera de proceder, casi de trazo grueso, contrasta con otros fenómenos a los que se ha querido aplicar las reglas contra la usura, pero con una visión mucho más ponderada y prudente, como en los negocios fiduciarios⁹.

Precisamente la carencia de gravosas garantías no favorece la posible aplicación de la Ley de usura que, por lo contrario, se desveló como un instrumento muy eficaz cuando estas quedaban encubiertas, como en los pactos comisorios.

3. LICENCIAS PROCESALES

Frente a lo que se ha sostenido en ocasiones, la usura no comporta un mecanismo para establecer indiscriminadamente la nulidad de los contratos cuya

prueba sobre posibles vicios de la voluntad concurrentes fuera endeble¹⁰. Más bien, según creemos, ha sido una figura jurídica empleada de ordinario con unas muestras de prudencia elogiables, siempre que se advere la ineludible unión de factores objetivos y subjetivos que caracteriza el fenómeno en su naturaleza¹¹.

Sin embargo, debe reconocerse que su remedio trae consigo algunas ventajas, como el hecho de poder revisarse toda la prueba en la casación. Admite la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1928 que «no se habrían conseguido los propósitos de economía social y de moral pública que inspiraron la Ley de 23 de julio de 1908, sobre préstamos usurarios o leoninos si no se hubiese investido a los tribunales de la omnímoda facultad de resolver en cada caso, formando libremente su convicción cualquiera que sea la forma que revista el contrato y garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido porque siempre la codicia de los usureros habría encontrado en las prescripciones del Derecho civil que regulan la libertad de contratación y en los agobios ineludibles para los prestatarios, los medios hábiles para encubrir bajo el aspecto exterior de otros contratos y llenando aparentemente las exigencias formales de los mismos, modalidades jurídicas que encubrieran los reprobados fines que trataba de reprimir dicha ley especial». Es notorio que vuelve a constatare la necesaria conjunción del abuso con la necesidad y el aprieto del prestatario.

En suma, la interpretación de los actos sometidos a la Ley de 1908 busca más su espíritu que la letra en que se traduce¹². Hasta el punto de que «los Tribunales han de proceder con un criterio más que jurídico, práctico» (STS de 8 de noviembre de 1991; y cfr., entre otras, STS de 28 de enero de 1977). A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1912, el artículo 2 de la Ley Azcárate «autoriza a los tribunales para resolver en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, libertad absoluta de juicio, que el legislador consideró como intervención necesaria de la conciencia colectiva en la circunstancia judicial para investir a la Administración de Justicia de un poder supremo que en todo momento alcance a impedir e impida que el artificio o la astucia burlen la acción social contra la usura».

Ahora bien, todo tiene su límite. Por tanto, el Tribunal Supremo ha rebajado en la práctica su laxitud para no desnaturalizar la casación y convertirla por esta vía en tercera instancia¹³. Mecánica que no se compadece bien con el perfil del recurso, cuyo carácter en interés de ley, pero no de justicia material, impediría tales efectos, máxime cuando mitiga la prueba constatada en las sentencias de los tribunales inferiores¹⁴. A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986, «la determinación de si un préstamo es o no usurario, entraña una cuestión de orden fáctico, que viene atribuida a los Tribunales de instancia, solo combatible en casación acudiendo al cauce del error marcado en el número 7.2 del artículo 1692 de la Ley Procesal 1986 (Sentencias de 25, 30 de enero, 24 y 29 de noviembre de 1984 y 7 de marzo de 1986)». Por eso reiterada jurisprudencia (cfr. SSTs de 8 de octubre de 1981, 26 de octubre de 1912, 25 de octubre de 1924 y 7 de febrero de 1948) sostiene que alegar en casación por vez primera la usura es cuestión nueva¹⁵. Según aduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1934, «la naturaleza procesal de la casación es incompatible con la doctrina que, referente a los negocios de usura, lo ha convertido en una especie de juicio de equidad en tercera instancia».

Cuando dicha ventaja lo es solo para una de las partes, distorsiona en su conjunto la relación jurídico-procesal y hasta la horma de los cauces ordinarios. Luego únicamente constituye un remedio del todo excepcional y sometido a estrecha cautela y control de los requisitos que impulsan la represión estricta

de la usura. Ello impediría una perspectiva generosa del fenómeno, que rompiese con su exclusividad para los supuestos de referencia y por los motivos antes alegados.

4. APROVECHAMIENTO ILÍCITO EN PERJUICIO DEL DEUDOR

Ese plausible propósito ético no se cumpliría si es ajeno a las circunstancias que acompañan o por las que atraviesan los prestatarios. Como el Tribunal Supremo justifica, «la desmedida ambición de los prestamistas que, desoyendo los dictados de la moral, se prevalían de las facilidades que encontraban en el régimen de libre contratación para imponer su codicia a quienes, por apremiante necesidad y en situación de agobio, o por marcada inconsciencia, acudían al préstamo, viéndose obligados a aceptar cuantas exigencias y pactos abusivos habían de condicionarse, dio sobrado motivo a la Ley de 23 de julio de 1908, tratando de poner, en lo posible, atajo y remedio a mal tan añejo, y arraigado, reprimiera y sancionase la usura, estableciendo para ello normas y efectos especiales y concediendo a los juzgadores, como medio eficaz para combatir las astucias y artificios con que pudiera encubrirse la ilicitud de lo concertado usurariamente, la excepcional facultad de resolver en cada caso litigioso según su convicción, formado sin obligatorio sometimiento a la resultancia que ofreciesen las pruebas aportadas por las partes al litigio» (STS de 10 de junio de 1940).

Así, asegura la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1924 que la Ley de 23 de julio de 1908 fue dada «para reprimir especulaciones en que el contrato de simple préstamo era utilizado por usureros despiadados en perjuicio de deudores, precipitándoles frecuentemente a la ruina y se dictó después del resultado estéril de otras precedentes de nuestra legislación encaminadas al propio fin de humanidad y economía social, sin haberlo conseguido por el respeto en nuestro Derecho histórico estatuido para la libre contratación». Por eso se aplica sobre todo tipo de cláusulas utilizadas «para cohibir o violentar la aceptación» y otorga «libérrimo ejercicio [...] de las omnímodas facultades» de los tribunales (cfr. asimismo, STS de 10 de diciembre de 1928), que lo convierte a la larga «en una especie de juicio de equidad de tercera instancia» (STS de 13 de octubre de 1934). Luego la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1928 concluye que dicha ley tiene «más carácter ético y social que jurídico, con lo que halla excusa de las especialísimas facultades que otorga, que siendo extraordinarias para cortar la usura, produjeron una innovación de trascendencia en el Derecho común positivo, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo».

Ofrece una hipótesis ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1992 ante una situación indudablemente angustiosa de un deudor. El juez de instancia advierte condiciones leoninas y en solo beneficio del acreedor; en apelación se revoca con interrogantes sobre la constitucionalidad de la Ley de usura y considerando que no se ha probado el abuso suficientemente. El Tribunal Supremo estima demostrada la situación de aprovechamiento por parte del acreedor, gracias a un conjunto de préstamos encadenados, en cuya garantía se acuerda «constitución de hipotecas, venta de fincas, concesión de poderes irrevocables para enajenar y utilización de los mismos»; todo ello en una tesitura económica delicada del deudor, que le priva de la suficiente voluntad a la hora de convenir los pactos. Igualmente, opina que las apreciaciones del artículo 2 de la Ley de usura de ningún modo pugnan con los principios constitucionales, porque una cosa es ausencia de prueba y otra su libre apreciación por los tribunales:

en tales supuestos prima la verdad sustantiva sobre la formal que por lo común gobierna en el proceso civil.

El elenco de situaciones de angustiosa necesidad en el perjudicado resulta muy amplio, y guarda correspondencia con «aquellas modalidades que el ingenio de los prestamistas avizora» (STS de 13 de diciembre de 1958) ¹⁶.

Las circunstancias de vulnerabilidad del deudor responden a factores típicos. Son los que define la ley de usura en el inciso *in fine* de su primer artículo en cuanto «*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*». Luego a los graves aprietos económicos por los que atraviese y le induzcan a pensar que no tiene a su alcance otra salida que concluir el préstamo como mal menor, se suman también las coyunturas de ser neófito en estas lides, o escaso en su juicio y comprensión sobre las auténticas consecuencias del acto suscrito.

Tales elementos distintos pueden concurrir alternativa y no cumulativamente, pero han de acontecer en época coetánea con el pacto, no *a posteriori* (cfr. SSTs de 4 de enero de 1913, 27 de enero de 1914, 30 de enero de 1917 y 10 de junio de 1940) ¹⁷. Esto es, «la partícula “o” no une sino que separa dos casos distintos e independientes», pues «el legislador [...] cuando ha querido exigir conjuntamente la existencia de dos circunstancias ha empleado la partícula “y”, que «en el estilo llano natural precede al último miembro de una enumeración». Por otra parte, «la distinción de las situaciones angustiosas en transitorias y permanentes, excluyendo estas últimas de la protección legal, no tiene fundamento ni en la ley ni en la jurisprudencia y puede decirse que tampoco en la razón, pues lo que el legislador se ha propuesto es perseguir toda explotación de la necesidad por los que de ella se aprovechan para obtener un lucro injustificado y la situación angustiosa permanente, a la cual se puede llegar por múltiples causas sin culpa alguna del necesitado, tiene derecho a ser amparada por la ley» (STS de 24 de marzo de 1942) ¹⁸.

Esta impronta es tan inevitable que, incluso cuando la jurisprudencia más moderna —Sentencia de Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre— intenta orillar el fenómeno alude a él de manera tácita. En efecto, «han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son 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 las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy 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».

Ahora bien, ni en la consideración más laxa posible dichos pormenores demuestran un aprovechamiento del prestatario por «*su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*», que requiere la Ley contra la usura en su primer artículo de manera específica.

Por último, cabe afirmar que un mercado intervenido por la existencia de organismos reguladores oficiales frena la posible aplicación de la ley de usura, cuya misma hipótesis desdice del fenómeno, salvo complicidades asombrosas.

En efecto, hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha ocupado recientemente de la materia termina por reconocer el asunto de manera indefectible. Tanto la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, como la Sentencia del pleno 628/2015, de 25 de noviembre, de la que trae causa, expresamente aluden a que las entidades financieras de referencia están sometidas a la supervisión del Banco de España¹⁹. Mediando su actividad de control resulta insólita la característica del aprovechamiento casi profesionalizado propio de los usureros²⁰. Las recientes Sentencias del Tribunal Supremo también del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, claramente indican que «en cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria». En fin, un sector regulado como el que tratamos reduce drásticamente posibles aprovechamientos ilícitos, pues para eso se instaura el examen externo, público y oficial.

5. TASA DE INTERÉS DESPROPORCIONADO

El interés abusivo «y *manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*» son uno de los elementos materiales ínsitos a la usura (art. 1, pfo. 1, de la Ley Azcárate y STS de 30 de diciembre de 1987)²¹.

Sobre la cuantificación del interés como usurario, ha entendido la jurisprudencia con fortuna que los intereses abusivos deben relacionarse con el tipo concreto de actividad a que se destine un préstamo (STS de 10 de junio de 1940)²². Por ejemplo, el concurso de una garantía hipotecaria elimina en gran parte el peligro de insolvencia y hace los intereses altos injustos (cfr. STS de 13 de marzo de 1943), de lo que se deriva lo contrario en supuestos como el presente. Así, el fin de los préstamos a diversos negocios de riesgo excluye una posible angustia o necesidad de su tomador (cfr. STS de 21 de octubre de 1911).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992 declara que la Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de los intereses bancarios no relega en el olvido la Ley de usura, que sigue prohibiendo los desproporcionados y que se aprovechen de la situación de angustia (cfr. SSTS de 7 de noviembre de 1990 y 18 de febrero de 1991)²³. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1911 estimó que, pactado el anatocismo, es lícito, pues «admitido que [...] se incurriera en anatocismo que tanto restringen todas las legislaciones por el abuso de la avaricia que un acreedor pueda cometer prevaleciéndose de la ignorancia y miseria del deudor, no hay razón para dudar de su licitud». Resulta evidente que la presencia de la subjetiva situación de necesidad económica o anímica penuria en el deudor constituye un dato siempre insoslayable.

En la cuestión que nos afecta, destaca la Sentencia de Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre. Según su tenor, «a diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés “notablemente superior al normal del dinero” y “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”. Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el

que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos».

A tales efectos, «para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero”. Para establecer lo que se considera “interés normal” puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero». Así, en auxilio de dicha necesaria determinación, «la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio»²⁴.

En su virtud, opera el Tribunal Supremo con datos objetivos, que interpretan ambas resoluciones de manera particular *ad casum*. «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%». «Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como “interés normal del dinero” de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito».

A la vista queda que las valoraciones gratuitas y superfluas que realiza la Sala Primera del Tribunal Supremo en este aspecto no están exentas de cierta carga negativa. Si concluye sobre los elementos objetivos que un tipo medio en tal nicho del mercado es un poco superior al 20%, huelga por completo decir de inmediato que lo juzga «ya muy elevado» y «ya tan elevado». Simplemente constituye un dato de carácter objetivo, son así al margen de sesgos discutibles, que más parecen de parte. No le corresponde a la máxima instancia judicial hacer ese tipo de apreciaciones, que corresponden a los órganos reguladores, salvo que se quiera imprimir una tónica de censura sobre un asunto muy ajeno a sus facultades, conocimientos e intereses.

Esta deriva no hace sino acrecentarse cuando incide de lleno en su competencia. La última idea que promueve resulta casi asombrosa. La TAE de cerca del 27% no puede incrementarse casi hasta el doble (50%) para poner de relieve su exceso a través de hipótesis ficticias y exageradas. Esta evidente falta de mesura vicia el discurso por desmedido e impropio, aun cuando «en el caso objeto de

nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de “interés normal del dinero” y el tipo de interés remuneratorio del crédito *revolving* objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario».

No parece muy razonable con estas consideraciones concluir que «por tal razón, 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». Entre algo más de 20% y poco menos del 27% no hay un abismo, que se trata de inducir elevando este último, aunque como simple imagen, hasta casi su doble (50%). Los términos de comparación simplemente se desbocan.

Con todo, la propia jurisprudencia citada concede un leve respiro teórico a la postura del prestamista, en la medida en que le permite «probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo». Sin embargo, disipa las dudas tomando como base un criterio muy rigorista, pues «como dijimos en nuestra anterior Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas)²⁵ y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia».

Efectivamente constituye una pauta del bien público poner freno a las facilidades de sobreendeudamiento, que puede incidir en una verdadera lacra social medida en términos globales. Ahora bien, no es menos cierto que las ventajas de favorecer el crédito tampoco se tienen en cuenta en un criterio que tiende al desequilibrio. Observadas detenidamente las cosas, todo parece cribarse desde la perspectiva del impago, que de ninguna manera es el ordinario modelo de conducta en la materia. Si se penaliza de dicha forma el mecanismo cuando fracasa no es atrevido pensar sin temor a equivocarse que la oferta se retraerá; y, con ella, el acceso sencillo y alcance del público generalizado al haber líquido, que son valores que deberían ser puestos en la balanza para un juicio más sereno y neutral del fenómeno en su conjunto. Promover el consumo en términos macroeconómicos fomenta el tejido productivo y supone activación del mercado de bienes y laboral que no debería ignorarse. No afirmamos que prevalezca uno por encima del otro en el fiel de la balanza, sino que simplemente se obvia su análisis.

La consecuencia de dicha impronta sumamente práctica que caracteriza el recurso indiscriminado a la Ley de represión de la usura se plasma en una línea jurisprudencial casuística, insegura y no muy provechosa en términos de principios. A la postre, arroja un sistema confuso, profundamente arbitrario y desigual,

percedero y caduco, impropio de un ordenamiento jurídico justo, equitativo, eficaz y avanzado.

6. INVALIDEZ POR USURA Y SUS EFECTOS

Cualquier análisis sobre la nulidad del contrato usurario debe incidir en el tipo de invalidez contemplada por la Ley Azcárate. La norma no resulta especialmente clarificadora, ya que su artículo 1.º se contenta con señalar 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 aquel 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»*.

Según hemos visto, para considerar que un crédito es usurario deben concurrir dos elementos bien diferenciados. El primero es un componente objetivo, que se observa en aquellas hipótesis en las que un tipo de interés pactado sea superior al normal del dinero y resulte manifiestamente desproporcionado. Ello aparte, la norma introduce un aspecto subjetivo adicional, cuando se refiere al carácter leonino del crédito; es decir, al hecho de que se hubiera suscrito por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades volitivas.

La concurrencia de sendos factores comporta en la práctica que se hayan planteado distintas fórmulas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, para definir el tipo de ineficacia al que se refiere dicha norma. Oscilan entre reconocer una nulidad radical, preferir su anulabilidad o incluso decantarse por una específica variante.

La postura más acertada, en nuestra opinión, es la que sostiene la nulidad radical. En primer término, atañe a un acuerdo contrario a una regla prohibitiva, como es la propia Ley Azcárate. También resulta defendible la existencia de un contrato con causa ilícita, pero en su componente subjetivo. Hemos de advertir que la transacción económica operada en este tipo de pactos tiene una impronta ilícita e inmorale, por tanto, no debería vincular a las partes y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código civil, hace que dicho convenio deba reputarse radicalmente nulo.

El Tribunal Supremo sigue, sin margen de interpretación, la tesis proclive a la nulidad absoluta del contrato usurario. La Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, declara «el carácter usurario del crédito *revolving*», lo que «conlleva su nulidad que ha sido calificada por esta Sala como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva».

Entendemos esta idea como la línea que seguirán mayoritariamente nuestros jueces. Con todo, existe una corriente doctrinal partidaria de adscribir la sanción derivada de la Ley Azcárate dentro de las anulabilidades. Los defensores de la tesis ponen el foco en el elemento subjetivo que debe concurrir para considerar la usura; esto es, en el carácter leonino del préstamo. Estiman que, desde dicha óptica, cabe hablar de un convenio viciado por error o dolo. Es cierto que cuentan con apoyatura jurisprudencial (cfr. SSTs de 17 de diciembre de 1945 y 6 de marzo de 1961), pero es antigua, discontinua y ya extinta²⁶. En efecto, permanece ajena de su vigente rumbo que, como sabemos, considera innecesaria la concurrencia del elemento subjetivo al hacer aplicable la Ley de usura.

Tampoco debe omitirse que, si coinciden causas de invalidez alternativas en un mismo fenómeno, debe asumirse la más beneficiosa para el Derecho. En materia de nulidades, la que despoje de raíz al ordenamiento de sus ramas muertas, los actos radicalmente inútiles y viciosos, que lo perjudican en su conjunto y no solo en cuanto a los protagonistas.

En el fondo, esta minoritaria opción incurre, a nuestro juicio, en el mismo defecto de la criticada deriva jurisprudencial, pero de signo contrario. Así como esta pretende que con solo el frío dato del interés excesivo basta para concebir la usura, en aquella el peso del asunto se vuelca sobre los aspectos subjetivos de vulnerabilidad en el deudor. Por eso prefiere como remedio el error o el dolo que causan simple anulabilidad. Un criterio más equilibrado combina sendos factores y permite su ponderada calibración, que produce la característica nulidad radical, pero no completa de todo el contrato, sino exclusivamente de sus elementos ilícitos desde dicha perspectiva.

Una vez defendida la nulidad absoluta, cabe incidir en sus efectos. A este propósito, el artículo 3 de la Ley Azcárate asigna que *«declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»*.

Observadas detenidamente las cosas, esta disposición de inicios del siglo pasado responde a la lógica de su tiempo. Enlaza con la noción clásica, vetusta e idílica contemplada en el Código civil para *«el simple préstamo»*, que *«puede ser gratuito o con pacto de pagar interés»* (art. 1740, *in fine*, CC); luego *«no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado»* (art. 1755 CC). Esa categoría naturalmente gratuita, inserta en las antiguas fuentes romanas, no resulta del todo acorde con su esquema legal, por cuanto la obligación de satisfacer intereses casi pertenece al capítulo de las obligaciones asimismo naturales. En efecto, *«el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital»* (art. 1756 CC). En suma, el pago espontáneo del precio del préstamo de dinero no da derecho a repetición —ya sea directa, ya indirecta por imputarse al pago de capital—, por mucho que no hubieran podido exigirse de suyo a falta de pacto expreso.

Esta indudable ambivalencia queda manifiestamente proscriba en la realidad, dejando el esquema de su planteamiento en el terreno de las utopías. Sobre todo en el plano mercantil, aunque insista el artículo 314 del Código de Comercio que *«Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito»* y añada el artículo 315, párrafo 2, del propio Cuerpo legal que *«Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor»*. No es oportuno ampliar una idea tan evidente, mas acaso sí lo sea una breve reflexión sobre las medidas anejas a la usura y sus repercusiones en la materia. La Ley Azcárate asocia su sanción característica con el resultado de corregir la hipótesis hasta reconducirla conforme al efecto propio del préstamo según su concepto legal. Cuando se aprecie su coyuntura, con la vertiente objetiva del exceso crematístico y subjetiva de su carácter leonino, extingue los intereses y considera el alcance gratuito del contrato, pues *«el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida»*. Este prejuicio no se ajusta de ningún modo a una mejor recomposición de posturas en sus actuales parámetros, como de seguido veremos, que requeriría un ajuste más calibrado de la circunstancia, corrigiendo sus excesos sin incurrir en los contrarios.

En definitiva, si se observa que los intereses establecidos son usurarios se declarará su nulidad íntegra y el actor deberá devolver la totalidad de las can-

tidades dispuestas pendientes de amortización. En caso de que haya el cliente satisfecho una cantidad superior a la recompuesta, corresponderá devolver el exceso a la entidad financiera. Hemos de advertir que, cuando el artículo 3 de la Ley contra la usura determina que deberá el prestatario entregar «*tan solo*» la suma recibida, se descarta, en nuestra opinión, el devengo de intereses que derivaría del ordinario alcance del artículo 1303 del Código civil —«*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*»—, penalizando así al prestamista que ha incurrido en usura.

Esta sanción por conducta impropia es uno de los motivos más poderosos que se aprecia para poner muy en duda la conveniencia de aplicar la Ley de represión de la usura como instrumento apto en nuestra hipótesis. Idea que asoma de forma específica más adelante cuando estudiemos los posibles reajustes del contrato, una vez que se pode de sus cláusulas inadmisibles.

7. EL CANON DEL CONSUMIDOR MEDIO: INFORMADO, ATENTO Y PERSPICAZ

A este propósito, a nuestro juicio reviste interés reconocer que una protección jurídica indiscriminada en favor de los consumidores solo cuando son perjudicados y sobre la base de su ordinaria vulnerabilidad resulta incorrecta.

Por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea tanto la legislación como la práctica de su Tribunal de Justicia operan en sentido más abierto a la realidad y fructífero en sus soluciones. Plantea el problema del consumidor medio y su grado de advertencia muy lejos del estereotipo que por infortunio se nos intenta imponer. A su criterio, resulta un sujeto informado, atento y perspicaz en el sector de la contratación de que verse. La defensa paternalista de los consumidores como personas inconscientes de suyo, con capacidad limitada de comprensión, presas fáciles de operadores sin escrúpulos pertenece al pasado, cuando no a la ficción o al relato de parte teñido de interés. No hay duda de que pudo responder a las primeras etapas de la contratación en masa o a distancia, pero sin duda no responde a los actuales tiempos, en los que los mecanismos de información generalizados y las tendencias entre los demandantes han superado las iniciales barreras.

Con ello no se alude solo al conocimiento específico de las condiciones generales de la contratación²⁷, sino a la posibilidad de su acceso. En síntesis, cabe colegir, con la Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2003, de 27 de noviembre, que «las modernas leyes de protección al consumidor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir».

Tema distinto, una vez salvada la posibilidad de su conocimiento, es discutir el canon de comprensión. En este punto, se abre paso una nueva tendencia, que adopta criterios estándar sobre las partes de los contratos afectos, para saber con certeza qué asume cada uno. Cuando el ordenamiento establece como requisitos de incorporación de las condiciones generales que resulten concretas²⁸, claras y sencillas, introduce un conjunto de características en blanco que hacen ardua su forma de calificarse *ad casum*.

El modelo más apto a tales efectos es imaginarse un adherente medio, en las circunstancias concretas que definen su campo de operaciones. Así, un profesional tendrá mayores exigencias que otro individuo.

Esta previsión de normalidad de conducta, entendida como un método ajustable a su tesitura concreta, se impone paulatinamente dentro del Derecho del consumo y gana reconocimiento legal. La Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* formula esta pauta con verdadero acierto y precisión. En su Considerando número 18 advierte que «el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica de consumidor típico», por lo cual «toma en consideración el consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos». «La referencia al consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto». A la vista de tan atinada expresión huelgan otros comentarios acerca de qué quiere decirse con sujeto medio en el sector del tráfico que se considere.

Sin embargo, interesa realizar una mínima cita de la jurisprudencia que alega dicha Directiva 2005/29/CE. Su apoyo en la línea marcada por el Tribunal de Justicia no puede ser más certera. Buen ejemplo proporciona la Sentencia de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96). En ella se incluyen otros asuntos fallados que le sirven de precedente²⁹, a cuyo tenor «el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión». A los tribunales de cada Estado miembro compete decidir concretamente la circunstancia, pues «en la Sentencia de 16 de enero de 1992, X (C-373/90), apartados 15 y 16, el Tribunal de Justicia consideró, a propósito de la Directiva 84/450, que incumbía al órgano jurisdiccional nacional verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que iba dirigida» podía considerarse apropiada. Luego «el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Es decir, que la normalidad de conducta que se observa para el consumidor no es solo dictada por los fríos números de la estadística, campo en el que tampoco pueden desdeñarse los sondeos si fuera oportuno a los efectos de fijar con certeza la concreta categoría de que se trata. Igualmente sirve, según sea la materia determinada de referencia, un planteamiento a la luz de criterios abstractos de madurez, información y perspicacia con que presumiblemente operan los individuos en sus contratos sometidos a condiciones generales. La sabia combinación de ambos elementos arroja resultados bastantes y satisfactorios en términos jurídicos.

Ahondan en idéntica directriz también las decisiones concurrentes del Tribunal Supremo español. Las Sentencias de 20 de febrero de 1998 y 5 de julio de 1997 operan sobre la inteligibilidad teórica, por lo que «se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales: concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio». La comprensibilidad, por tanto, se objetiva en la pauta del consumidor

medio del sector del mercado que se considere. A este segundo capítulo responden muy recientemente, las Sentencias del Tribunal Supremo de pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, que toman como propia la tesis de consumidor medio, diligente, informado y perspicaz esgrimida por la jurisprudencia comunitaria. En su virtud, asume «los pronunciamientos de la STJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia», según «cuyas ideas básicas [...] los elementos principales relativos al cálculo del IRPH eran fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que el índice estaba publicado en el BOE. Lo que permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso) comprender». Así, se induce un evidente cambio de perspectiva respecto a las resoluciones previas.

Por último, el riesgo ínsito a las operaciones negociales constituye la esencia del tráfico jurídico y económico. Intentar hacer inmunes de su impacto negativo a una de las partes supone introducir un desequilibrio artificioso, cuya distorsión a la postre pagamos el conjunto. No tiene sentido asumir las legítimas ganancias de inversiones y negocios, pero al mismo tiempo establecer que si las tornas no favorecen lo previsto serán los particulares en definitiva protegidos de las pérdidas. El propio Derecho civil reconoce desde muy antiguo reglas como la del *periculum est emptoris* que traducen en la práctica las apuestas típicas de las iniciativas comerciales. Característica que se magnifica en la suscripción de préstamos y mecanismos de crédito equivalentes. Por eso solo cuando las condiciones fueran abusivas y obtuvieran lucro de la necesidad ajena debería existir respuesta jurídica en amparo de los más vulnerables. Eliminar las contingencias propias de toda suerte de negocio jurídico y a favor de solo uno de los partícipes constituye un *desideratum* imposible de mantener.

III. NULIDAD IMPRESCRIPTIBLE Y RESARCIMIENTO PRESCRIPTIBLE

Las acciones imprescriptibles son aquellas en las que ni la seguridad jurídica ni los legítimos intereses en juego guardan relación intrínseca con el transcurso del tiempo. Permanecen incólumes y razones de justicia material avalan su constancia sostenible³⁰.

Así sucede con las acciones de nulidad, en la medida que purgan del ordenamiento a simples imágenes despojadas de contenido. Son actos no consolidables, ni convalidables, sin confirmación posible³¹. Meros vestigios vacuos. Su carácter radical implica que nunca tuvieron existencia jurídica firme y, por tanto, eximir al Derecho de su secuela es un anhelo permanente.

Por el contrario, y como regla ordinaria, las acciones en general, sobre todo las relativas a resarcir económicamente hipótesis injustas previas, quedan afectadas por el transcurso de largos periodos. De dicha manera, su ejercicio extemporáneo daría lugar a reconocer en el seno jurídico conductas negligentes de sus legitimados. Asimismo, introducen una quiebra en la seguridad jurídica, que haría durables *in aeternum* situaciones inciertas.

Luego la oportuna distinción entre las acciones de nulidad *per se* imprescriptibles y las derivadas de su resarcimiento económico, se impone. Así como las primeras implican al orden público, las segundas solo atañen a los particulares afectados. En este sentido, admitir su vindicación al margen de la época en que sería factible supone conceder un marchamo jurídico a posibles ventajismos

oportunistas que no puede amparar el Derecho. Abriría las puertas a pretensiones sobrevenidas cuando cambien las circunstancias. La eliminación de la pendencia económica que tiende a perpetuarse constituye uno de los más evidentes argumentos en pro de la certeza jurídica.

Esta pauta se ha ido instalando en la mejor y actual doctrina de los tribunales. Con ello se alude no solo a la española, sino también a la comunitaria. La Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona es un órgano muy especializado en la materia y con reconocido prestigio. Su Sentencia 1828/2020, de 10 de septiembre, que cita otras anteriores del órgano, como la 549/2018, de 25 de julio, incide directamente acerca del asunto aquí planteado, en unos términos que consideraríamos muy satisfactorios. Tanto, que la previa Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19; LG, C-259/19) no hace sino reforzarlos de manera expresa y elocuente. Seguiremos su cita en adelante como desarrollo argumental del problema³².

La referida sentencia de la Audiencia de Barcelona establece que su «punto de partida es el artículo 1930.2.º del Código civil, por el que los derechos y las acciones “de cualquier clase que sean” se extinguen por la prescripción. La prescripción extintiva, aunque afecta a la acción, se traslada al derecho subjetivo tutelado por esta, que también puede verse extinguido por la inacción judicial del titular». Al margen de que expresión no sea del todo afortunada desde un punto de vista de puridad técnica, su sentido no deja de ser diáfano. En su virtud, señala que «el fundamento de la prescripción es doble: desde un punto de vista objetivo, se vincula con la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones jurídicas (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981 y 30 de noviembre de 2000) y, desde una perspectiva subjetiva, se alude a la presunción de abandono del derecho o a la dejación en su ejercicio por parte del titular (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 y 6 de mayo de 2009)». Ambos factores combinados de forma oportuna dan lugar a su desarrollo con pertinentes consecuencias jurídicas.

El principio en la materia, que constituye su pauta, es la prescriptibilidad como axioma, si bien admite las oportunas dispensas: «la prescripción es la regla y alcanza a todas las acciones, salvo aquellas que el propio Código civil u otras Leyes declaran imprescriptibles, como ocurre con las acciones de filiación (arts. 132 y 133 CC), la de división de la cosa común (art. 400 CC), la acción de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento (art. 1965 CC), la acción de nulidad absoluta de la marca registrada (art. 51.2.º de la Ley de Marcas) o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCCat». Ahora bien, una cosa es que sea el ámbito de la prescripción generalizado y otra que no deje de suponer su figura una singularidad, incluso en el plano procesal y de planteamiento, derivada de su expuesta raíz jurídica. Por ello, «que la prescripción sea la regla general no es contradictorio con la obligación de interpretar restrictivamente dicha institución, según jurisprudencia reiterada, por no estar basada en principios de estricta justicia (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 o 24 de mayo de 2010, entre otras muchas)».

Uno de los supuestos más sobresalientes de imprescriptibilidad se cifra en la invalidez básica de los negocios, por las razones antedichas. Así, «la jurisprudencia también ha proclamado de forma reiterada que la nulidad absoluta o radical de los contratos por inexistencia de causa o por no concurrir alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código civil no es susceptible de sanación y, en consecuencia, que la acción es imprescriptible (Sentencias de 18 de octubre de 2005 o 22 de febrero de 2007). Esa doctrina se ha sentado fundamentalmente para distinguir

la acción de nulidad de los contratos por falta de alguno de los presupuestos del artículo 1261 de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, que está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Código civil. Y, aun cuando doctrinalmente se haya discutido, la misma imprescriptibilidad de la acción alcanza también a otros supuestos de nulidad absoluta, como ocurre con los actos contrarios a la Ley (art. 6.3.º CC)».

En efecto, la distinción clásica, pero sin operatividad en el ordenamiento jurídico positivo español, entre inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad de los actos despliega todo su valor teórico en el caso que nos ocupa. La primera, como indica textualmente la dicción del artículo 1261 del Código civil («*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes*») competiría por falta de voluntad, causa u objeto. En su añadido, la nulidad absoluta surge si tales elementos resultan contrarios a la ley o carentes de la debida consistencia jurídica, como sería la causa falsa y sin amparo de otra lícita, conocida como simulación absoluta (cfr., art. 1276 CC), con objeto *extracommercium*, imposible, indeterminable o prohibido (cfr. arts. 1271 y sigs. CC), o cuyo consentimiento sea prestado por persona del todo incapaz. Cuando se manifiesten vicios subsanables se trataría de anulabilidad, por mucho que se cite como nulidad en el propio Código. Mientras los primeros supuestos son imprescriptibles en su reclamación, por ser en términos clásicos ramas muertas del entramado jurídico que deben podarse cualquiera sea el tiempo de aducirlas, aquellas acciones que propugnen invalidar actos que hasta dicha instancia produjeron sus efectos pertinentes quedan sometidas a estrictos plazos de prescripción.

Excelente prueba constituye la sanción a las condiciones generales ilícitas y las cláusulas abusivas. Su nulidad absoluta, pero limitada por parcial, sigue un régimen del todo paralelo. Recordemos que tales hipótesis en su plano normativo suelen ajustarse a la fórmula de tenerse por no puestas. Es decir, expulsadas de su ámbito propio de aplicación. Luego arguye la sentencia citada que «la Ley de Condiciones Generales de la Contratación solo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (art. 19.1.º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (art. 19.4.º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (art. 7) o de nulidad (art. 8). Ello no obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa».

Establecida esta base firme acerca de las acciones imprescriptibles y su razón de ser, queda por discernir el amplio abanico de las que prescriben, pues, como bien se adujo, son la regla general en nuestro Derecho. Nadie dudaría *de visu* que las dirigidas a reclamar indemnizaciones pecuniarias son de suyo prescriptibles, en la medida que se ajustan a los dos paradigmas de la figura. Concitan tanto los requerimientos de la seguridad jurídica, que impide tener cuentas pendientes sin límite de tiempo y, a su vez, azuzan la diligencia del acreedor en su impulso.

Sucede, sin embargo, que hay, como en casi todo fenómeno jurídico, espacios de penumbra. La distinción entre acciones no resulta tan simple cuando están anudadas en su raíz. Establecida la nulidad de un acto, surgen las correspondientes vías de reclamación de sus repercusiones jurídicas. Mientras que no existe dilema sobre la imprescriptibilidad de las acciones sustantivas, este se abre para las consecuencias indemnizatorias a que pudiera dar pie³³. La distinción, lejos

de constituir un episodio teórico desprovisto de interés práctico, lo alcanza de forma directa.

Este asunto se analiza en sus justos términos por la sentencia citada. «Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido». Un planteamiento equilibrado de tan espinoso problema requiere mantener la neutralidad, sin omitir las dificultades que se abordan. En consecuencia, se ponen los obstáculos de manifiesto: «ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde solo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando estos son una consecuencia directa y necesaria de aquella. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad»³⁴.

Ahora bien, una cosa es admitir el interés abstracto del actor y otra muy distinta que su conducta obedezca en concreto a dicho canon. Es precisamente mientras no se ajusten ambos extremos cuando surge la incertidumbre planteada sobre la posible prescripción.

En su análisis se ayuda el referente doctrinal, de manera que «toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo)³⁵ y la más moderna³⁶, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo». Así es, más tarde veremos que atañe la polémica mejor a su régimen que a su esencia. «La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción».

En consecuencia, «se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible». «Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones “*cualquiera que sea su naturaleza*” por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (arts. 1930 y 1961 CC)». Con todo, la incertidumbre persiste, aunque mitigada en los actuales momentos, pues «la Sentencia del Tribunal Supremo de

27 de febrero de 1964 se pronunció en ese sentido, descartando que las acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles. Por el contrario, la más reciente Sentencia 178/2013, de 25 de marzo, en un supuesto de nulidad absoluta por simulación no de nulidad por infracción de norma imperativa, parece mantener un criterio distinto». Es decir, «la cuestión suscita serias dudas de derecho».

Sin embargo, «efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula [...] puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos [...] no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido».

En su virtud, la sentencia distingue hábilmente las acciones de nulidad y de reparación del daño, diferentes en su naturaleza, si bien ligadas en su origen. «No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos. Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada». Cita en su auxilio la doctrina del Tribunal Supremo en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que refiriéndose a la pretensión del reembolso una vez declarada la nulidad, establece que «esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad». «Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1158 del Código civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en el artículo 1895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...)».

En suma, «tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas de oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria». Luego, «en definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción».

La tesis ha recibido respaldo por la jurisprudencia europea que la refrenda. En su cita respetamos las cursivas que contiene la tan citada Sentencia 1828/2020, de 10 de septiembre, de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona. «La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020*, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas en dos litigios sustanciados ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, pronunciándose, entre otros aspectos, sobre si es compatible con la Directiva 93/13 la apreciación de un plazo de prescripción

en la acción restitutoria o de remoción de los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos. En concreto, preguntado el Tribunal si, a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (arts. 6.1 y 7.1), *los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional, la Sentencia contesta lo siguiente (apartado cuarto)*».

La respuesta recibida no pudo ser más elocuente y favorable a la opinión aquí vertida. «El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución». «Por tanto, como ya había adelantado en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), el TJUE considera que el establecimiento de plazos razonables de carácter preclusivo para demandar, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (fundamento 82). El fundamento 84 añade al respecto lo siguiente: “De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”». «La Sentencia destaca, por otro lado, que la normativa comunitaria no regula el plazo para el ejercicio de estas acciones, que se sujetarán a las disposiciones de los Ordenamientos internos de cada Estado miembro. El apartado 83 dice al respecto lo siguiente: “A falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada)”».

IV. CONCLUSIONES (PARTE I)

I. Es oportuno corregir la perniciosa y actual dinámica que prioriza incondicionalmente a los consumidores, provocando una distorsión en el equilibrio que requiere la justicia, en términos individuales y colectivos. En el ámbito de la Unión Europea rige una concepción del consumidor medio como un sujeto informado, atento y perspicaz, que ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia más reciente.

II. El crédito *revolving* es un producto con amplio despliegue. Canaliza préstamos sencillos en su concertación, ligeros en sus garantías y de inmediata disponibilidad. Su elevado tipo de interés, el propio mecanismo en que se desenvuelve y su discutible forma de comercialización cosecha múltiple polémica jurídica.

III. Admitir su tratamiento con arreglo a la Ley Azcárate parece una medida poco acertada en términos jurídicos y económicos. La usura requiere un dato de carácter objetivo (el abuso del prestamista), que debe conjugarse con el subjetivo (la penuria de la víctima). La nulidad que implica se define radical, absoluta y originaria. No admite convalidación confirmatoria, es fatalmente insubsanable y sin posible prescripción extintiva. Si se decreta la usura, debe declararse la invalidez íntegra del contrato y el actor tendrá que devolver al completo las cantidades dispuestas pendientes de amortización. No se devengarán intereses como forma de penalizar el abuso.

IV. La jurisprudencia, en sus recientes decisiones sobre las tarjetas *revolving*, procura fijar un criterio sobre la tasa de interés superior a los umbrales ordinarios. Se remite a las estadísticas del Banco de España para operaciones de semejante naturaleza. En su desarrollo, el Tribunal Supremo imprime una tónica de censura en un asunto ajeno a sus facultades, conocimientos e incumbencia. Un sector supervisado por la existencia de organismos reguladores reduce posibles aprovechamientos ilícitos, pues para eso se instituye su control externo, público y oficial.

V. La mayoría de los autores y de la práctica de los tribunales apoyan que las acciones restitutorias asociadas al fenómeno son, por el contrario, prescriptibles. Algunos estiman que la reintegración de los importes constituye un efecto automático de la nulidad y que, por tanto, debería seguir su mismo estatuto. Sin embargo, la más destacada doctrina distingue ambas clases de acciones, en la línea de la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19) cuando afirma que la posible prescripción de las acciones resarcitorias es conforme con el Derecho de la Unión.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82)
- STJUE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88)
- STJUE de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89)
- STJUE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90)
- STJUE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90)
- STJUE de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91)
- STJUE de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92)
- STJUE de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93)
- STJUE de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93)
- STJUE de 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94)
- STJUE de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro, C-168/05)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011 (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Pereničová y Perenič, C-453/10)

- STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10)
- STJUE de 13 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Constructora Principado, C-226/12)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, CC-154, 307 y 308/15)
- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (Profi Credit Polska, C-176/17)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A, C-125/18)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19)

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 21 de octubre de 1911
- STS de 8 de febrero de 1912
- STS de 26 de octubre de 1912
- STS de 4 de enero de 1913
- STS de 22 de noviembre de 1913
- STS de 27 de enero de 1914
- STS de 30 de enero de 1917
- STS de 13 de enero de 1919
- STS de 10 de julio de 1919
- STS de 1 de julio de 1922
- STS de 13 de febrero de 1924
- STS de 29 de octubre 1924
- STS de 29 de octubre de 1926
- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 2 de enero de 1928
- STS de 10 de febrero de 1928
- STS de 4 de mayo de 1928
- STS de 10 de diciembre de 1928
- STS de 13 de octubre de 1934
- STS de 26 de mayo de 1936
- STS de 6 de febrero de 1940
- STS de 10 de junio de 1940
- STS de 13 de febrero de 1941
- STS de 9 de abril de 1941
- STS de 24 de abril de 1941
- STS de 18 de junio de 1941
- STS de 6 de julio de 1941
- STS de 24 de marzo de 1942
- STS de 13 de julio de 1942
- STS de 29 de diciembre de 1942
- STS de 12 de julio de 1943
- STS de 31 de marzo de 1944
- STS de 17 de diciembre de 1945
- STS de 9 de abril de 1947
- STS de 7 de febrero de 1948
- STS de 19 de octubre de 1948
- STS de 10 de junio de 1952
- STS de 23 de diciembre de 1954

- STS de 3 de mayo de 1955
- STS de 5 de noviembre de 1955
- STS de 4 de julio de 1956
- STS de 30 de enero de 1957
- STS de 1 de febrero de 1957
- STS de 23 de febrero de 1957
- STS de 4 de junio de 1957
- STS de 30 de octubre de 1957
- STS de 12 de marzo de 1958
- STS de 23 de septiembre de 1958
- STS de 13 de diciembre de 1958
- STS de 7 de marzo de 1959
- STS de 26 de junio de 1959
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de mayo de 1963
- STS de 18 de junio de 1963
- STS de 27 de febrero de 1964
- STS de 26 de mayo de 1964
- STS de 26 de octubre de 1965
- STS de 15 de diciembre de 1965
- STS de 18 de octubre de 1968
- STS de 29 de diciembre de 1971
- STS de 3 de mayo de 1976
- STS de 28 de enero de 1977
- STS de 4 de mayo de 1977
- STS de 21 de marzo de 1980
- STS de 16 de marzo de 1981
- STS de 8 de octubre de 1981
- STS de 21 de mayo de 1982
- STS de 25 de enero de 1984
- STS de 30 de enero de 1984
- STS de 24 de noviembre de 1984
- STS de 29 de noviembre de 1984
- STS de 17 de diciembre de 1984
- STS de 7 de marzo de 1986
- STS de 20 de junio de 1986
- STS de 30 de diciembre de 1987
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 7 de marzo de 1988
- STS de 24 de mayo de 1988
- STS de 25 de abril de 1989
- STS de 9 de enero de 1990
- STS de 7 de noviembre de 1990
- STS de 18 de febrero de 1991
- STS de 4 de abril de 1991
- STS de 24 de abril de 1991
- STS de 13 de mayo de 1991
- STS de 8 de noviembre de 1991
- STS de 7 de febrero de 1992
- STS de 24 de febrero de 1992
- STS de 6 de junio de 1992

- STS de 28 de septiembre de 1992
- STS de 29 de septiembre de 1992
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 29 de noviembre de 1992
- STS de 10 de diciembre de 1992
- STS de 8 de junio de 1993
- STS de 10 de junio de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 18 de enero de 1994
- STS de 8 de noviembre de 1994
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 13 de julio de 1995
- STS de 17 de octubre de 1995
- STS de 23 de julio de 1996
- STS de 28 de noviembre de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997
- STS de 31 de marzo de 1997
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 5 de julio de 1997
- STS de 20 de febrero de 1998
- STS de 27 de abril de 1998
- STS de 18 de diciembre de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 15 de junio de 1999
- STS de 31 de diciembre de 1999
- STS 24/2000, de 21 de enero
- STS 467/2000, de 10 de mayo
- STS 1100/2000, de 30 de noviembre
- STS 80/2002, de 1 de febrero
- STS 230/2002, de 14 de marzo
- STS 682/2002, de 2 de julio
- STS 750/2002, de 13 de julio
- STS 32/2003, de 21 de enero
- STS 69/2003, de 6 de febrero
- STS 1012/2003, de 5 de noviembre
- STS 1152/2003, de 27 de noviembre
- STS 1097/2004, de 11 de noviembre
- STS 684/2005, de 29 de septiembre
- STS 739/2005, de 18 de octubre
- STS 934/2005, de 22 de noviembre
- STS 202/2007, de 22 de febrero
- STS 526/2008, de 5 de junio
- STS 311/2009, de 6 de mayo
- STS 340/2010, de 24 de mayo
- STS 352/2010, de 7 de junio
- STS 299/2012, de 15 de junio
- STS 406/2012, de 18 de junio
- STS 728/2012, de 11 de diciembre
- STS 12/2013, de 21 de enero

- STS 141/2013, de 1 de marzo
- STS 178/2013, de 25 de marzo
- STS 265/2013, de 24 de abril
- STS 249/2013, de 25 de abril
- STS 163/2015, de 1 de abril
- STS 654/2015, de 19 de noviembre
- STS 628/2015, de 25 de noviembre
- STS 705/2015, de 23 de diciembre
- STS 606/2016, de 6 de octubre
- STS 140/2017, de 2 de marzo
- STS 234/2017, de 6 de abril
- STS 669/2017, de 14 de diciembre
- STS 240/2019, de 24 de abril
- STS 463/2019, de 11 de septiembre
- STS 663/2019, de 12 de diciembre
- STS 149/2020, de 4 de marzo
- STS 595/2020, de 12 de noviembre

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Penal) 13/2020, de 29 de septiembre

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Jaén 71/2015, de 17 de febrero
- SAP de Valencia 252/2015, de 15 de julio
- SAP de Murcia 138/2016, de 25 de febrero
- SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero
- SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo
- SAP de Valencia 578/2016, de 27 de abril
- SAP de Valencia 617/2016, de 4 de mayo
- SAP de La Rioja 131/2016, de 16 de julio
- SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre
- SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre
- SAP de Ourense 61/2017, de 21 de febrero
- SAP de Ávila 50/2017, de 3 de marzo
- SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo
- SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo
- SAP de Badajoz 115/2017, de 6 de abril
- SAP de Badajoz 186/2017, de 25 de mayo
- SAP de Cáceres 14/2018, de 12 de enero
- SAP de Valencia 62/2018, de 1 de febrero
- SAP de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo
- SAP de Barcelona 549/2018, de 25 de julio
- SAP de Barcelona 560/2018, de 10 de septiembre
- SAP de Lugo 283/2019, de 2 de mayo
- SAP de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero
- SAP de Barcelona 1828/2020, de 10 de septiembre
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de octubre de 2020

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 20 de julio de 2012 (núm. 12.353)
- RDGRN de 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (2009). Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CANIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4 (octubre-diciembre), 103-123.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993). La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español. En AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II. Barcelona: Bosch (1187-1198).
- (2007). Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. En J. Delgado Echevarría (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (495-505).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997). El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 2831-2875.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- (1953). La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. *Anuario de Derecho Civil*, 1953-II, 1003-1016.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría). Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I. Madrid: Civitas.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994). Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada. En A. Polo Díez (dir.). *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I. Madrid: Wolters Kluwer (651-674).
- DURÁN RIVACOBIA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 655-724.
- (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisorio*. Barcelona: Bosch.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, 461-504.

- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2020). La prescripción de la acción de reclamación de cantidad vinculada a la nulidad de una condición general de la contratación. Tensiones entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. *Diario la Ley*, núm. 9677.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores. En C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex (422-434).
- MUÑIZ CASANOVA, N. (2020). *La cláusula suelo en el préstamo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo: una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios* (número especial: Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2020 sobre la usura en los créditos revolving), abril de 2020, 6-13.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Madrid: Marcial Pons.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2003). Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2171-2183.
- REGLERO CAMPOS, F. (2000). Comentario al artículo 19. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi (555-568).
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Madrid: Sepin.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017). Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 87-96.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley). *Derecho Notarial*, núm. 86, 1-16.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid: Lex Nova.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito revolving está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. *Diario la Ley*, núm. 9713.

NOTAS

¹ Cfr. su comentario en ORDUÑA MORENO, J. (2020, 1 y sigs.); y ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020, 6 y sigs.).

² Suscribir la nulidad de oficio no ampara resoluciones automáticas que se produzcan *in limine litis*. Esta forma de proceder, no del todo insólita, queda extramuros de la ley riuaria, cuyos valores y garantías requieren el debido contraste de los afectados. Los principios de contradicción y defensa obligan al órgano judicial a pronunciarse sobre la nulidad solo después de que los litigantes hayan tenido la ocasión de ser oídos.

³ Un indicio poderoso, aunque inconsistente, de las incertidumbres y las razones profundas que justifican las resistencias a concluir de oficio la nulidad muestra la Sentencia del Tribunal Supremo 1012/2003, de 5 de noviembre. Proceder así «se fundamenta en hechos distintos de los que constituyen el soporte fáctico de las pretensiones de las partes, y la “*ratio decidendi*” viene determinada por cuestiones no planteadas (alegadas y debatidas en el proceso) que determinan indefensión, además de estimarse de oficio la existencia de una simulación que no era susceptible de ello por no afectar al “orden público”. También denuncia que «la Sentencia de instancia infringe el principio de aportación con arreglo al que corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones fácticas (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”)», mientras que los aceptados, «aunque consten en las pruebas obrantes en autos, no forman parte del objeto del proceso». Prosigue afirmando que «los Tribunales, como reitera la jurisprudencia de esta Sala (por todas, Sentencia de 31 de diciembre de 1999), deben atenerse a las cuestiones de hecho y derecho que las partes les hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones —“*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*”—. Por otro lado, la respuesta judicial de la instancia no guarda coherencia con los temas suscitados y debatidos, y sustituye la cuestión sometida a debate —“*res de qua agitur*”— por otra distinta, con lo que contradice la doctrina de esta Sala representada, entre otras, por las Sentencias de 25 de mayo y 17 de octubre de 1995, 28 de noviembre de 1996, 27 de abril y 21 de diciembre de 1998 y 27 de marzo de 1999. Además recoge argumentos completamente ajenos al planteamiento de las partes que evidentemente produce indefensión (Sentencias 4 de abril de 1991, 28 de septiembre de 1992, 8 y 10 de junio de 1993, 2 de julio de 2002, 6 de febrero de 2003)». «El principio del “*iura novit curia*” [...] permite un cambio de punto de vista jurídico y resolver las cuestiones suscitadas con razones jurídicas distintas de las contenidas en los escritos expositivos del pleito, pero no autoriza para variar dichas cuestiones, ni, en ningún caso, producir indefensión». Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. (2019, 50 y sigs.).

⁴ Aun cuando la doctrina del Centro Directivo (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) no se ocupa por razón de competencia sobre cuestiones procesales civiles, aborda también el fundamento de la medida desde su plano sustantivo. Las Resoluciones de 20 de julio (núm. 12.353) y 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246) recogen y amplían esta idea: «el Tribunal Supremo —Sala Primera— ha declarado reiteradamente (*Vid.* entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código civil [...] dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público». Así, «existe asentimiento doctrinal en considerar que un negocio nulo por contravenir una norma imperativa está aquejado de una falta insubsanable. La nulidad produce una privación total de la eficacia del negocio con efectos “*ipso iure*”, apreciable de oficio, y no susceptible sanación ulterior; vía convalidación, ratificación o confirmación. De tal manera que la prestación de un nuevo consentimiento posterior al inicial, referido al mismo objeto y causa, no puede considerarse que tenga o pueda desplegar, incluso siendo válido, una eficacia retroactiva al momento en que se prestó el originario; produce efectos “*ex nunc*”».

⁵ Evoca el juicio que formuló en su día FEDERICO DE CASTRO: «existe la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente, dejando que su sentido cambie, según las circunstancias extrajurídicas del caso», [DE CASTRO Y BRAVO, F. (1953, 1014)].

⁶ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992 rechaza la usura en «unas complejas relaciones contractuales indirectas en las que parece oportu-

no destacar lo siguiente: el demandado recibe una cantidad en préstamo de parte de los demandantes para la adquisición de unos locales, y en garantía del pago consiente que los vendedores y titulares registrales del local los pongan en escritura pública de compraventa a nombre de los prestamistas». Es lógico inferir que su criterio desde la perspectiva del pacto comisorio hubiera corrido distinta suerte. La mayor lacra del fenómeno es permitir que las consideraciones fácticas arruinen por completo la seguridad jurídica y la certeza que otorga el tratamiento uniforme y equilibrado de las distintas hipótesis.

⁷ El Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) desde su primer artículo fija sus coordenadas en el sistema de mercado reconocido en la Constitución: «La defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139» (art. 1, pfo. 2, *in fine*, TRLGDCU).

⁸ Ya IHERING hizo ver que los beneficios legales en pro de uno solo de los protagonistas de las relaciones jurídicas resultan contraproducentes [cfr. AAVV. (2009, 13)].

⁹ Así consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1976. A su tenor, «la figura contractual de compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada en el artículo 1255 del Código civil y puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1507 del Código civil; y por tanto, lo procedente, cuando el problema se plantea es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquel [...] sin perder de vista que, como dijo la Sentencia de 3 de mayo de 1955, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan en mayor o menor intensidad en toda contratación y en el negocio fiduciario ha de adquirirse rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato». Es decir, que los peligros de una concreta fórmula no permiten su prohibición generalizada, partiendo de un esquema respetuoso con la libertad de contratos. Además, vulneraría principios básicos, como el de *favor negotii*, que caracterizan el sistema jurídico español. El prejuicio sobre las carencias intelectuales o volitivas de los consumidores constituye un *apriori* además de injusto, desequilibrado y, según luego veremos, suspicaz. Tampoco es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, suscrita recientemente por el Tribunal Supremo español en sus Sentencias de pleno de la Sala Primera 595 a 598/2020, de 12 de noviembre. Cfr. por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, R. (1998, 186 y sigs.).

¹⁰ Incluso su aplicabilidad a los negocios mercantiles no ha estado fuera de polémica. Se aceptó en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 y 13 de enero de 1919, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1936 lo excluye con carácter general en este tipo de contratación, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1965 contempla los préstamos mercantiles.

¹¹ Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1919 trata de un pleito en que un sujeto vendió al prestamista una finca con todos los enseres, muebles y derechos reales anejos, a cambio del préstamo. Al margen de su posible reproche por la existencia de un encubierto pacto comisorio en garantía, la Sala inadmite la usura, pues no aprecia situación angustiosa del prestatario.

¹² Cfr. entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1922, 25 de octubre de 1924, 29 de octubre de 1926, 6 de febrero de 1940, 10 de junio de 1940, 13

de febrero de 1924, 29 de octubre 1924, 29 de octubre de 1926, 13 de febrero, 9 y 24 de abril y 18 de junio de 1941, 13 de julio de 1942 y 31 de marzo de 1944.

¹³ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, 30 de octubre de 1957, 23 de diciembre de 1954, 5 de noviembre de 1955, 4 de julio de 1956, 30 de enero y 4 de junio de 1957 y 12 de marzo de 1958.

¹⁴ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 24 de abril y 18 de junio de 1941, 18 de octubre de 1968, 25 de febrero de 1988 y 8 de noviembre de 1994.

¹⁵ Sin embargo, esta idea contraviene las especialísimas competencias conferidas a los tribunales en orden a la usura, que rompen con el esquema clásico de la casación civil (cfr. SSTs de 23 de febrero de 1957, 23 de septiembre de 1958, 7 de marzo y 26 de junio de 1959, 25 de mayo y 18 de junio de 1963, 26 de mayo de 1964, 4 de mayo de 1977, 21 de marzo de 1980, 25 y 30 de enero, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1988, 25 de abril de 1989, 9 de enero de 1990 y 24 de abril de 1991).

¹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1942 enuncia varias sobrecogedoras: «préstamo usurario por las condiciones en que se contrajo» (enfermedad de la hija, hipoteca vencida y doble del precio de la finca enajenada), por eso resulta significativo «el evento de que se hubiesen simulado garantías ilusorias o alterado la fecha de la obligación para deducir consecuencias que, a pesar de la ilicitud de la convención, y de las derivaciones que, en todo caso, tenían para el prestamista, podían también afectar al prestatario; particularidades todas reveladoras del propósito de construir una ordenación *sui generis*». La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 contiene un relato de los hechos que causa verdadero escalofrío: en el caso no se ha podido demostrar que no fuese el 31% el interés realmente aplicado al préstamo concedido por los acusados, pero en todo caso, el interés del 26,7%, que alegan como el realmente aplicado, resultaría también notoriamente desproporcionado para una operación carente de riesgo por la garantía hipotecaria; y si a tal exorbitante interés se añade la circunstancia conocida de la situación de necesidad de la prestataria —viuda, con 7 hijos y con grandes deudas económicas contraídas por su difunto esposo— se llega a la conclusión de las características usurarias de la operación enjuiciada», máxime cuando su «fallecido cónyuge había sido estafado en la cantidad de 20 millones poco antes de morir, desconocedora, por otro lado, de esta clase de operaciones, frente a los acusados, unos expertos en las mismas».

¹⁷ Según esta última sentencia, para reconocer la usura hay que retrotraerse al momento de la perfección del contrato (cfr. también SSTs de 6 de julio de 1941 y 1 de febrero de 1957), en cuya época (data de 1973) el interés del 18% constituye un claro abuso, máxime cuando el precio de la compraventa es inferior al préstamo con que se corresponde.

¹⁸ La Sentencia con solo el interés desproporcionado, como era el 12%, aprecia la nulidad, aunque se utilizó el préstamo en pago de deudas y no para emprender negocios lucrativos que pudieran equilibrar los riesgos de la operación.

¹⁹ Ambas sentencias declaran sobre los intereses suscritos que «al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese “interés normal del dinero” resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados».

²⁰ Aunque se trate de una jurisdicción diferente, resultan muy expresivas las afirmaciones realizadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en relación con el caso de la salida a Bolsa de Bankia. Uno de los más poderosos argumentos de su Sentencia 13/2020, de 29 de septiembre, señala precisamente que las operaciones intervenidas por los organismos supervisores no permiten un margen de maniobra del todo libre para el fraude y que su autorización refuerza el actuar emprendido a su amparo.

²¹ Es importante advertir que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/12), en interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato,

en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

²² Cfr., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1912, 22 de noviembre de 1913, 10 de julio de 1919, 17 de julio de 1927, 2 de enero y 10 de febrero de 1928, 12 de julio de 1943 y 19 de octubre de 1948.

²³ En concreto, se sostiene que un interés del 22% no es abusivo; e incluso, para su época, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 estima que no es objetivamente desproporcionado el 18% en correspondencia con la operación de que se trata y el tiempo en que se pactó. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1942 considera, en atención a las circunstancias del caso, que no es arbitrario el 8%, aunque sí lo entiende para uno del 100% la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1965, por mucho que se dediquen los fondos bajo cuya condición recibe a fines industriales, máxime si se garantizan con prohibiciones de disponer y el pacto del vencimiento anticipado con los intereses. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 sostiene que resulta usurario un préstamo de 5 millones que «dio lugar a un reconocimiento de deuda de 10 millones a devolver en un plazo de 18 meses».

²⁴ Esta propia Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, afirma, citando su precedente 628/2015, de 25 de noviembre, que «dado que conforme al artículo 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados». «A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y *revolving*, que se encuentra en un apartado específico».

²⁵ Este innegable fenómeno por desgracia lleva camino de generalizarse a una y otra parte de la cuestión litigiosa. Nadie puede ignorar que también ciertos bufetes de abogados duchos en estas lides tienden las redes hacia su clientela con idénticas malas artes y agresividad, al menos a la vista de sus anuncios publicitarios.

²⁶ Por ejemplo, según la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1987 la nulidad proveniente de la usura «es la radical, por lo que a diferencia de lo que ocurre con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señalan otros efectos (art. 6.3 CC), no se admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes».

²⁷ En esta línea, el discernimiento posible o efectivo de las condiciones generales por el adherente supone una constante a la luz de la jurisprudencia, que infiere de la naturaleza contractual de las condiciones generales su cognoscibilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2003, de 27 de noviembre asegura que «no resulta lógico, dentro de un comportamiento medianamente previsor, que [...], no se lea el asegurado [...], al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza al final de su condicionado particular; condicionado general coincidente (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1996)». Este mismo criterio erigido en categoría de acto propio contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1998: «el propio demandante, aquí recurrente, fue el que aportó al proceso, con su escrito de demanda, dichas Condiciones Generales [...] con base en la cual accionaba, lo que ha de entenderse en el sentido de que conocía plenamente el contenido (Sentencias de esta Sala de 7 de febrero de 1992 y 20 de febrero de 1995)».

Incluso más allá de un mero deber subjetivo, toda la legislación tiende como norte a este propósito: «el espíritu que inspira dicho precepto [artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro] no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado. A tal finalidad responde la exigencia de que determinadas cláusulas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito. Cuando estos requisitos se cumplan, se presume que existe un conocimiento perfecto de dichas cláusulas.

Pero la seguridad de dicho conocimiento, más allá de la observancia de las formalidades dichas, puede obtenerse a través de otras pruebas concluyentes» (STS 750/2002, de 13 de julio). Luego el propósito busca una consciencia real por el adherente del alcance de las condiciones que acepta sin negociarlas.

²⁸ Conviene salvar la *contradictio in terminis*, en que se incurre por mor de las circunstancias. Es evidente que constituye un imposible metafísico que un pacto sea *general* y *concreto* a la vez. En el fondo, se refieren ambos atributos a realidades distintas, una de aplicación y figurada, mientras la segunda es de contenido y estricta.

²⁹ «El Tribunal de Justicia ha tenido que analizar en varias ocasiones la cuestión [...] a la luz de las disposiciones de los Tratados o del Derecho derivado y que, cada vez que le ha parecido que los datos de los autos que obraban en su poder eran suficientes y que la solución se imponía, ha resuelto por sí mismo este aspecto, en lugar de declinar la apreciación final en favor del Juez nacional (véanse, en especial, las Sentencias de 7 de marzo de 1990, GB-INNO- BM, C-362/88; de 13 de diciembre de 1990, Pall, C-238/89; de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher, C-126/91; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92; de 29 de junio de 1995, Langguth, C-456/93; y de 6 de julio de 1995, Mars, C-470/93)». A ellas debería también añadirse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90), de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82) y 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94).

³⁰ Igual ocurre con otras facetas imperecederas, del estilo de la reclamación de filiación, o la de partición de la comunidad y en especial la hereditaria. Tanto el establecimiento de las relaciones jurídicas paterno-filiales, como la individuación de los bienes comunes perduran al margen del tiempo, cuyo paso no debería impedir las legítimas pretensiones de los partícipes. Se trata de reponer de actos debidos fuera del ajeno ámbito eventual.

³¹ El acuerdo doctrinal es uniforme. Por ofrecer una reseña específica sobre Derecho de consumo aquí relevante: cfr. ÁLVAREZ LATA, N. (2004, 54); DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007, 54); y REGLERO CAMPOS, F. (2000, 566-567).

La jurisprudencia también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de su carácter imprescriptible (cfr. SSTs. 24/2000, de 21 de enero; 32/2003, de 21 de enero; 265/2013, de 24 de abril; 654/2015, de 19 de noviembre; y 606/2016, de 6 de octubre). De forma más concreta, la Sentencia 230/2002, de 14 de marzo, señala que «los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles». «Sin que tampoco sea atendible el argumento [...] relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible» (STS 178/2013, de 25 de marzo).

³² La denominada jurisprudencia menor se hizo eco del asunto. Entre otras, destacan las Sentencias de las Audiencias de Zamora 101/2017, de 30 de marzo; de Madrid 139/2017 (Secc. 20.ª), de 31 de marzo, y 75/2016, de 29 de febrero; de Álava 266/2016 (Secc. 1.ª), de 1 de septiembre; de Ávila 50/2017 (Secc. 1.ª), de 3 de marzo; de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre; de Jaén 153/2016, de 7 de marzo; de La Rioja 131/2016, de 16 de julio; de Valencia 252/2015, de 15 de julio, 578/2016, de 27 de abril, y 617/2016 (Secc. 9.ª), de 4 de mayo; y de Murcia 140/2016 (Secc. 4.ª), de 25 de febrero.

³³ Algunos autores —cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017, 197 y sigs.) y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017, 4 y sigs.)— defienden, con apoyo en algunos precedentes jurisprudenciales, la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad y las de su rescaramiento. Su principal idea radica sobre la máxima de que la restitución es automática. Por tanto, si la acción de nulidad no prescribe, lo mismo sucedería con la devolución de lo ya ejecutado.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 171/1992, de 24 de febrero, «es doctrina reiterada de esta Sala [...] que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1303 del Código civil, habiendo declarado la Sentencia de 18 de enero de 1904 que “corroboraba este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el artículo 1303 solo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha

sido declarada la nulidad”, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [Sentencia 10 de junio de 1952] por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio “*iura novit curia*”, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito» (cfr., asimismo, STS. 934/2005, de 22 de noviembre).

³⁴ Discuten la posible autonomía de acciones PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019, 80) y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (2007, 75).

³⁵ Por ofrecer su referencia concreta, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991, 509) y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 491).

³⁶ Cfr., entre otros, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 88) y CAÑIZARES LASO, A. (2016, 103-213).