

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2003

OBJETO Préstamo usurario. Nulidad por simulación y nulidad por usura. Operación equivalente al préstamo de dinero articulada mediante la celebración de contratos de compraventa, arrendamiento y opción de compra. Restitución de la suma recibida.

PARTES D^a María Yolanda Gutiérrez Cabrero, D. Antonio Álvarez Zorrilla, D^a María Gema Gutiérrez Cabrero y D. José San Miguel Sánchez (parte recurrida) contra FREJA S.A.

PONENTE Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

FALLO No ha lugar el recurso

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS

Arts. 1, 2, 3 y 9 de la Ley de represión de la usura y art. 1253 del Código civil

DOCTRINA

El sentido del artículo 9 de la Ley de usura no es otro que impedir que se eludan la nulidad ordenada en su artículo 1 y la consecuencia establecida en su artículo 3 mediante fórmulas contractuales que eviten la denominación de préstamo pero materialmente equivalgan, cualquiera que sea su forma, a un préstamo de dinero.

La articulación formal de la compraventa por precio muy inferior al valor de la finca casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca constituida sobre ella, seguida de un arrendamiento tan sumamente atípico y de una opción de compra no menos atípica, con penalizaciones tanto en uno como en la otra manifiestamente leoninas, no sólo presenta grandes similitudes con una de las fórmulas sobre las que reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia en cuanto posiblemente encubridoras de préstamos usurarios, la venta con pacto de retro, sino que viene casi a coincidir con el caso examinado por esta Sala en su Sentencia de 12 de diciembre de 1994 (recurso nº 3682/91), consistente en el aprovechamiento de la situación por quien facilita el dinero a quien lo necesita y se garantiza el reintegro del capital y de altos intereses suscribiendo primero dos escrituras de compraventa por precio similar al capital prestado y el pago de altos intereses con el arrendamiento posterior, todo ello sin incluir en las escrituras el pacto de retro para evitar sospechas pero cumpliendo su misma finalidad con un arrendamiento y una venta en documento privado.

HECHOS

El Fundamento de Derecho primero de la Sentencia del Tribunal Supremo recoge los hechos declarados probados por la Sentencia impugnada y su valoración de la prueba. De manera breve, puede señalarse que las demandantes eran dueñas de un chalé valorado en 38.020.000 pesetas, sobre el que pesaban una hipoteca (por un importe de 13.500.000 pesetas) y dos embargos (de 578.869 y 322.580 pesetas más 770.000 pesetas de intereses y costas). La demandada abona las cantidades debidas por las deudas que han dado lugar a los embargos y en escritura pública compra a las demandantes el chalé por un precio equivalente a las cargas que pesaban sobre el mismo (14.923.416 pesetas), subrogándose en la liquidación de las cargas. Al día

siguiente la compradora otorga un contrato privado de arrendamiento a favor de las demandantes por un plazo de quince años y una renta elevada (16.621.632 pesetas trianuales) de tal manera que, de cumplirse el contrato, al acabar el plazo del arrendamiento, las vendedoras-arrendatarias habrían pagado 83.108.160 pesetas. Asimismo, la compradora otorga un contrato de opción de compra a favor de las vendedoras-arrendatarias a ejercitar dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de los quince años del contrato de arrendamiento. Se reconoce a la parte vendedora-arrendataria la posibilidad de ejercitar la opción de compra con anterioridad al citado plazo de quince años pero, en tal caso, deberían subrogarse en las cargas y gravámenes que afectaban a la finca. Inicialmente no se fija un precio para la opción, pero a los seis meses de la venta se fija en 27.000.000 pesetas, es decir, casi el doble del precio fijado en la compraventa.

Las vendedoras-arrendatarias interponen demanda solicitando que se declare: 1) la nulidad de los contratos de venta, arrendamiento y opción de compra, por entender que encubren un préstamo usurario, con base en los arts. 1, 3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908; 2) la devolución tan solo del importe principal (14.923.416 pesetas), descontando las cuotas ya abonadas y la devolución de los gastos registrales y de cancelación de la hipoteca que gravaba la finca en el momento de celebrar los contratos; o, alternativamente, que se declare la nulidad de los mencionados contratos por haber sido inducidos a error mediante la conducta engañosa y dolosa mantenida por la demandada, con los efectos legales inherentes a tal declaración.

El Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid dicta sentencia con fecha 21 de septiembre de 1994 desestimando la demanda, declarando no haber lugar a declarar la nulidad de los contratos de compraventa, arrendamiento y opción de compra, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

La parte actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la Sección 12^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que dicta Sentencia con fecha de 25 de febrero de 1997 con el siguiente fallo: “Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante contra la Sentencia dictada por el Juzgado nº 26 de Madrid en el juicio de menor cuantía nº 1025/93 seguido contra Freja S.A., debemos revocar dicha resolución y en su lugar debemos declarar debemos declarar nulos los contratos de compraventa de 8 de febrero de 1993 y de arrendamiento y opción de 9 de febrero de 1993 por encubrir los mismos un préstamo usurario, con devolución de parte de las actoras de la cantidad de 13.511.291 pesetas, y deduciendo los gastos registrales y de cancelación de la hipoteca que las actoras mantenían en el momento de la firma de los contratos con el Banco Santander, todo con imposición de costas de primera instancia a la demandada y sin hacer expresa condena de costas en esta alzada”.

La demandada interpone recurso de casación articulándolo en tres motivos, amparados todos en el art. 1492.4º de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881: el primero por infracción del art. 1276 del Código civil; el segundo por infracción de los arts. 24 y 120.3 de la Constitución española de 1978 y 248.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y el tercero, por infracción del art. 1253 del Código civil.

El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo, quien confirma la Sentencia de la Audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, articulado en tres motivos al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881, se interpone por la mercantil demandada contra una Sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, estimó la demanda y declaró la nulidad de un contrato de compraventa, otro de

arrendamiento y otro de opción de compra por encubrir un préstamo usurario y, en consecuencia, acordó que los actores entregaran a la demandada únicamente la suma recibida de ésta.

La Sentencia impugnada declara los hechos probados y razona su valoración de la prueba especialmente en sus fundamentos jurídicos segundo, tercero, cuarto y quinto del siguiente modo: "SEGUNDO.- Los demandantes, D^a María Yolanda y D^a María Gema Gutiérrez Cabrero, eran dueñas de una casa-chalet en el Barrio de Buenavista del término de Cueto, Ayuntamiento de Santander, compuesta de planta baja, piso principal y desván, con 8,50 metros de frente por 15,50 metros de fondo, con corral y huerta de 3,50 carros de terreno, o sea 5 áreas y 25 centiáreas, contigua a la misma casa y constituyendo todo ello una sola finca. Sobre este inmueble recaían las siguientes cargas que las partes no han cuestionado: una hipoteca a favor del Banco de Santander por un importe de 13.500.000 ptas., un embargo promovido por Fiseat ante el Juzgado n^o 6 de Santander en autos 280/92 por 578.869 ptas. cantidad que fue abonada por la hoy demandada la entidad <<Freja, S.A.>> y un embargo de Ibercorp Leasing S.A. por la cantidad de 322.580 ptas. más 770.000 ptas. de intereses y costas en el mismo Juzgado, autos 381/90, cantidad que fue también abonada por la demandada citada después de la adjudicación de la tercera parte de la finca en favor de la ejecutante. –

TERCERO.- El día 8 de febrero de 1993, las hermanas D^a María Yolanda y D^a María Gema Gutiérrez Cabrero, otorgan escritura pública de compraventa (juntamente con sus esposos, aunque estos no tenían titulación alguna) de la finca descrita en el fundamento anterior en favor de la compañía demandada Feja S.A., representada por D. Jorge Carlos García Menéndez, señalándose como precio de la transmisión la cantidad de 14.923.416 ptas. figurando la entregada en el acto la de 923.416 ptas. y quedando la compradora subrogada en la liquidación de las cargas y gravámenes que afectaban a la finca.-

Al día siguiente, 9 de febrero de 1.993, se otorgó entre las mismas partes, un contrato privado de arrendamiento a favor de los demandantes por un plazo de 15 años y una renta trianual de 16.621.632 ptas.-

Finalmente, y en torno a la misma finca, se formalizó en la misma fecha y entre las mismas partes, un documento privado, un contrato de opción de compra a favor de las hermanas Gutiérrez Cabrero a ejercitar entre el 1 de marzo del 2.008 y el 1 de septiembre del 2008, pero si el derecho llegara a ejercitarse entre 1 de septiembre de 1993 y el 28 de febrero de 2008, las citadas demandantes deberían subrogarse en las cargas y gravámenes.-

CUARTO.- Las actoras entienden que los contratos antes citados entrañan y pretenden ocultar un préstamo usurario encubierto bajo una apariencia contractual distinta y asegurado con una garantía inmobiliaria sin desplazamiento de la posesión en favor de la parte compradora, solicitando en definitiva la nulidad de los citados contratos, con devolución por parte de las demandantes de la cantidad de 14.923.416 ptas. descontando de ella, la de 1.412.125 ptas. ya abonada a la demandada así como los gastos registrales y de cancelación de la hipoteca que mantenían al momento de la firma de los contratos con el Banco Santander. –

Respecto del contrato de compraventa resulta significativo que el precio pactado se fijara en 14.923.416 ptas. siendo así que en el período probatorio se tasó pericialmente la finca en la cantidad de 38.020.000 ptas., teniendo en cuenta que la compraventa tuvo lugar el 8 de febrero de 1993 y la tasación el 3 de junio de 1.994, es decir no puede comprenderse que en 16 meses, el inmueble se revalorizara en el triple del valor señalado en la escritura. Pero lo que podía ser considerado como un intento de aminorar la repercusión de carácter fiscal o en definitiva como una facultad de libre contratación a través del art. 1255 del Código Civil, quiebra a

través del contrato de opción en el que no se señala precio para el ejercicio de tal derecho, añadiéndose más adelante que tal ejercicio de retroventa debería ser en base a 27.000.000 ptas. a solo 8 meses de la venta. A ello debe añadirse el contrato de arrendamiento que permitía a las demandantes continuar en el disfrute de la finca durante 15 años y una renta trianual de 16.621.632 ptas. por lo que independientemente de otras cláusulas de revalorización, al acabar el plazo contractual los arrendatarios habrían abonado la cantidad de 83.108.160 ptas.

QUINTO.- Lo anteriormente expuesto lleva al convencimiento de la existencia real de un contrato de préstamo encubierto por los contratos de compraventa, arrendamiento y derecho de opción en los que se establecen cláusulas, pactos y condiciones a todas luces leoninas y así vemos la facultad de la parte demandada-arrendadora para aplicar el I.P.C. en el nivel territorial que ella quisiera elegir, penalización de 15.390 ptas. por día por demora en el pago de las cuotas, no transmisión de la posesión en la compraventa a pesar de la consecuencia legal de la tradición instrumental que revestía la compraventa, renuncia al fuero propio de las vendedoras y ausencia de fijación de precio en el derecho de opción que posteriormente se señalo en el doble del precio fijado en la compraventa etc., que nos lleva a la conclusión de que la renta convenida no era más que la representación del pago de los períodos de amortización del préstamo, pues no olvidemos que el precio fijado en la compraventa viene a coincidir con el total de las cargas que el inmueble soportaba al tiempo del otorgamiento. "

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, fundado en infracción del artículo 1276 del Código Civil, consiste en una serie de consideraciones de la parte recurrente sobre el concepto de causa negocial y su distinción jurisprudencial de los móviles subjetivos, pareciendo mantener la tesis de que la nulidad de los contratos otorgados no puede declararse "en base a la alegación de que los mismos encubren otro contrato que es igualmente nulo" y de que "el móvil incorporado a la causa, que en este caso sería la causa simulationis", debe ser "necesariamente conocida y querida por ambas partes, extremo éste que no solo no ha sido probado, al menos con respecto a mi mandante, sino que la Sentencia recurrida tampoco se pronuncia sobre el mismo".

La respuesta a semejante planteamiento no puede ser otra que la desestimatoria porque, declarados los hechos probados y razonada la valoración de la prueba por el tribunal Sentenciador en los términos anteriormente transcritos, su fallo estimatorio de la demanda se sustenta, como fácilmente permite comprobar luego la lectura del fundamento jurídico sexto, en la aplicación a tales hechos probados del artículo 9 de la Ley de Represión de la Usura, cuyo sentido no es otro que impedir que se eludan la nulidad ordenada en su artículo 1 y la consecuencia establecida en su artículo 3 mediante fórmulas contractuales que eviten la denominación de préstamo pero materialmente equivalgan, cualquiera que sea su forma, a un préstamo de dinero. De ahí que, al margen de las divagaciones del alegato del motivo sobre la causa y los motivos, no resulte fácil adivinar cuál pueda ser su verdadera tesis impugnatoria, porque apenas cabe exigir mayor claridad que la de la Sentencia recurrida al afirmar que los tres contratos formalmente celebrados entre los litigantes encubrían en realidad un préstamo de dinero en condiciones determinantes de su nulidad por resultar incursos los intereses a pagar por los prestatarios en el artículo 1 de la citada ley, préstamo lógicamente querido por la sociedad anónima recurrente en cuanto ella era la prestamista.

TERCERO.- Lo anteriormente razonado es íntegramente aplicable para justificar la desestimación del motivo segundo, fundado en infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque al margen del evidente defecto formal de alegar infracción de normas reguladoras de la Sentencia por la vía del ordinal 4º de la citada ley procesal civil, todo el reproche que se hace a la Sentencia

impugnada se reduce a que ésta habría omitido cualquier pronunciamiento sobre la "causa simulandi", concepto tan inexplicable por la recurrente como inexplicable a tenor del alegato del motivo si se recuerda que todos los fundamentos jurídicos de la Sentencia impugnada, salvo el primero que rechaza los de la Sentencia de primera instancia y el séptimo dedicado a las costas, giran precisamente en torno a los hechos demostrativos del encubrimiento de un préstamo bajo otras formas contractuales y a la nulidad de dicho préstamo por aplicación de la Ley de Represión de la Usura, de suerte que no se alcanza a comprender qué es lo que el tribunal Sentenciador tendría que haber añadido para explicar lo que la recurrente llama "causa simulandi".

CUARTO.- Finalmente el motivo tercero y último del recurso, fundado en infracción del art. 1253 del Código civil, ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores, porque si ya la jurisprudencia de esta Sala es sumamente restrictiva a la hora de admitir motivos fundados en la infracción de dicho precepto, rechazando desde luego aquellos que, como el aquí examinado, desarticulen los hechos-base para de este modo justificar el reproche de falta de lógica a la conclusión probatoria impugnada, resulta que en materia de préstamos usurarios la Ley de 1908 contenía, hasta su derogación por la LEC 1/2000, una norma específica, concretamente su artículo 2, que atribuía a los tribunales amplísimas facultades de apreciación probatoria "formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes", norma que por ende es la expresamente aplicada al respecto por la Sentencia impugnada según permite comprobar su fundamento jurídico sexto.

En definitiva, lo que sucede es que todo el recurso está viciado prácticamente de raíz desde el momento en que ninguno de sus motivos se funda en infracción de precepto alguno de la Ley de Represión de la Usura pese a haber sido ésta la aplicada por la Sentencia recurrida. Es más, aun cuando esta Sala, al margen del incomprensible planteamiento de la recurrente, entrara a revisar la apreciación del Tribunal Sentenciador precisamente con base en el artículo 2 de la Ley de 1909 y la jurisprudencia de esta Sala sobre sus efectos flexibilizadores en los requisitos formales y generales de la casación (SSTS 24-11-84, 6-11-92, 31-3-97 y 12-7-01), las conclusiones no podrían ser otras que las de la Sentencia recurrida, pues la articulación formal de la compraventa por precio muy inferior al valor de la finca y casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca constituida sobre ella, seguida de un arrendamiento tan sumamente atípico y de una opción de compra no menos atípica, con penalizaciones tanto en uno como en la otra manifiestamente leoninas, no sólo presenta grandes similitudes con una de las fórmulas sobre las que reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia en cuanto posiblemente encubridoras de préstamos usurarios, la venta con pacto de retro, sino que viene casi a coincidir con la del caso examinado por esta Sala en su Sentencia de 12 de diciembre de 1994 (recurso nº 3682/91), consistente en el aprovechamiento de la situación por quien facilita el dinero a quien lo necesita y se garantiza el reintegro del capital y de altos intereses suscribiendo primero dos escrituras de compraventa por precio similar al capital prestado y el pago de altos intereses con el arrendamiento posterior, todo ello sin incluir en las escrituras el pacto de retro para evitar sospechas pero cumpliendo su misma finalidad con un arrendamiento y una venta en documento privado.

QUINTO.- No estimándose procedente ninguno de los motivos del recurso debe declararse no haber lugar al mismo e imponer las costas a la recurrente, conforme al art. 1715.3 LEC de 1881, aunque se le devolverá el depósito constituido porque, siendo totalmente disconformes las Sentencias de ambas instancias, no era preceptiva su constitución conforme al art. 1703 en relación con el 1706-2º de la misma ley.

COMENTARIO

I.- Líneas del comentario

Para confirmar el criterio y el fallo de la Audiencia, el Tribunal Supremo realiza algunas afirmaciones de interés sobre la finalidad del art. 9 de la Ley de usura a pesar de que, como señala en el Fundamento de Derecho cuarto de su Sentencia, “el recurso está viciado prácticamente de raíz desde el momento en que ninguno de sus motivos se funda en infracción de precepto alguno de la Ley de represión de la usura pese a haber sido ésta la aplicada por la sentencia recurrida”.

En concreto, al hilo de la Sentencia puede reflexionarse sobre tres problemas fundamentales.

- El primero, determinar si la aplicación de la Ley de represión de la usura de 1908 a “operaciones sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero” (art. 9 de la Ley) requiere partir previamente de la calificación de tales operaciones como préstamos simulados o si, por el contrario, puede aplicarse la Ley de usura a negocios válidamente celebrados distintos del préstamo de dinero cuando puedan considerarse usurarios.

En este comentario me ocupo, primero, de las razones que llevan, en el caso concreto, a aplicar la Ley de usura para, a continuación, tratar de determinar, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, cuáles son los presupuestos del art. 9 de la Ley de usura. La Audiencia entiende, y el Supremo confirma, lo que parece razonable, que los contratos celebrados por las partes son una mera apariencia que encubren un verdadero y querido contrato de préstamo. La simulación es abordada como un problema de falta de voluntad realmente querida y no de causa del negocio. Declarada la nulidad de los negocios aparentemente simulados queda a la luz el préstamo de dinero, que se somete al control de la Ley de usura. Es discutible, sin embargo, que pueda generalizarse la afirmación de que todas las operaciones equivalentes al préstamo de dinero son simuladas: la declaración de simulación, en mi opinión, no es un presupuesto para la aplicación de la Ley de usura. Pero el art. 9 de la Ley, pese a lo que pudiera considerarse en una primera lectura, tampoco requiere la apreciación de que ha habido fraude de ley en el sentido del art. 6 del Código civil ni es presupuesto de su aplicación que el negocio celebrado por las partes pueda considerarse como fiduciario. De estos dos aspectos me ocupo también, brevemente, en el comentario.

- El segundo problema que permite plantear la Sentencia que da pie a este comentario es el de las consecuencias restitutorias de la nulidad. Conforme al art. 3 de la Ley, el prestatario está obligado a “entregar tan sólo la suma recibida”. La demandante solicitaba y el Tribunal estima la demanda en el punto, que se declare que “la devolución es tan solo del importe principal”. ¿Cómo se calcula esa cantidad cuando no se trata de un préstamo, sino de una “operación equivalente”? En el caso, además, la parte demandante ejercía, alternativamente, para el caso de que no se apreciara usura, una acción de anulabilidad del contrato por error inducido por la otra parte, “con los efectos legales inherentes a dicha declaración”. Puesto que se estima la primera pretensión no se entra a analizar la segunda, pero, ¿serían los mismos efectos que los alcanzados mediante la declaración de nulidad por usura? ¿Qué relación existe entre el art. 3 de la Ley de usura y, de una parte, el art. 1303 del Código civil y, de otra, los arts. 1305 y 1306 del Código civil?

- Finalmente, la Sentencia afirma que en la instancia se ha aplicado el art. 2 de la Ley de usura, que atribuía a los Tribunales “amplísimas facultades de apreciación probatoria”. Este precepto, como advierte el Tribunal Supremo, ha sido derogado por la Ley de enjuiciamiento civil. ¿En qué medida su derogación va a influir en la decisión de los pleitos sobre usura? ¿Cambia en algo lo dispuesto en el art. 319 de la vigente Ley de enjuiciamiento?

II.- Nulidad por simulación y nulidad por usura

El Tribunal Supremo mantiene las declaraciones de nulidad de los contratos de compraventa, arrendamiento y opción de compra por encubrir un préstamo usurario y la de que los actores sólo deben restituir la suma recibida de la demandada. La aplicación de la Ley de usura en el caso concreto parte de la consideración de la existencia de un contrato de préstamo usurario, encubierto bajo la apariencia de un complejo negocial. Apreciada la simulación, el negocio aparente es nulo y el disimulado y realmente querido, el de préstamo, queda sometido a la legislación sobre préstamos usurarios contenida en la Ley de usura. Conforme a esta última, es nulo todo contrato de préstamo en el "que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; será igualmente nulo el contrato en el que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias". De esta manera, acaba declarándose la nulidad del negocio que realmente han querido celebrar las partes, el de préstamo, pero no de una manera directa, como consecuencia de la simulación, sino tras aplicar a ese contrato el control previsto en la Ley de usura para los préstamos usurarios. Desde este punto de vista, las consecuencias de la simulación consisten en poner de manifiesto que el negocio simulado o aparente es nulo, pues no se quiere lo declarado, y que vale el contrato disimulado u oculto. La nulidad, por simulación, del complejo negocial orquestado por las partes implica la invalidez de la compraventa, del arrendamiento y de la opción de compra, puesto que los tres contratos no pasaron de ser una apariencia, y la validez, en principio, del préstamo.

Es opinión común en la doctrina y en la jurisprudencia la que sostiene la nulidad de las operaciones negociales simuladas y la validez inicial del negocio disimulado. Digo validez inicial porque éste, a su vez, debe reunir, para ser válido, los requisitos exigibles en cada caso. Si la simulación encubre un negocio que es inválido, habrá de declararse su nulidad. En particular, tratándose de un préstamo, la apreciación de usura lleva aparejada la sanción de nulidad, conforme a los arts. 1 y 3 de la Ley de usura, pero ello, en la Sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo, no es ya consecuencia de la simulación, sino de la aplicación de la Ley de usura.

Esto es lo que la demandada recurrente en casación trata de rebatir, al mantener en el motivo primero del recurso, denunciando infracción del art. 1276 del Código civil, la tesis de que la nulidad de los contratos otorgados no puede declararse "en base a la alegación de que los mismos encubren otro contrato que es igualmente nulo". Lo que se argumenta es que no hay simulación, porque "el móvil incorporado a la causa, que en este caso sería la *causa simulationis*", debe ser "necesariamente conocida y querida por ambas partes, extremo éste que no sólo no ha sido probado, al menos con respecto a mi mandante, sino que la Sentencia recurrida tampoco se pronuncia sobre el mismo". También desde la perspectiva de falta de acreditación de los presupuestos de la simulación, la recurrente en casación reprocha a la Sentencia de la Audiencia en el motivo segundo del recurso (basado en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, 372.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la omisión de cualquier pronunciamiento sobre la "*causa simulandi*".

En definitiva, en los motivos del recurso de casación la demandada recurrente, siguiendo los planteamientos de un sector autorizado de la doctrina civilista, argumenta sobre la simulación como expresión de una causa falsa (art. 1276 del Código civil): si la simulación, en nuestro Ordenamiento, es una anomalía de la

causa y la declaración simuladora es querida, es preciso un acuerdo de simular (“*consilium simulationis*”), común a las dos partes, y que a juicio de la recurrente no ha resultado probado; la simulación supondría la ocultación de otro propósito negocial bajo la apariencia de un negocio jurídico (“*causa simulationis*”) (por todos, Federico De Castro, “El negocio jurídico”, reedición facsímil de la edición original publicada en 1971, Civitas, Madrid, 1985, págs. 333 a 368). Pero el Tribunal Supremo rechaza tanto estas “consideraciones de la parte recurrente sobre el concepto de causa negocial y su distinción jurisprudencial de los móviles subjetivos”, a las que califica de “divagaciones” (Fundamento de Derecho 2º) como la denuncia de falta de pronunciamiento sobre la “*causa simulandi*”, “concepto tan inexplicable por la recurrente como inexplicable a tenor del alegato del motivo” (Fundamento de Derecho 3º).

Para el Supremo, debe prevalecer el razonamiento de la Sentencia de la Audiencia recurrida que, a partir de los hechos probados, llega con claridad al convencimiento de la existencia real de un contrato de préstamo encubierto. El Tribunal Supremo no llega a negar que el art. 1276 del Código civil sea la clave de la simulación en el Ordenamiento, ni probablemente falta que hacía para resolver el recurso de casación. Sin embargo, me parece que puede sumarse ésta a la lista de Sentencias que, siguiendo indicaciones doctrinales, advierten que el verdadero significado de la simulación reside en la divergencia de dos declaraciones, una exteriorizada y otra oculta (José Luis Lacruz, “Elementos de Derecho civil”, II, “Derecho de Obligaciones”, volumen primero, “Parte General. Teoría general del contrato”, nueva ed. revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 405). Sobre los defectos de la doctrina de la simulación como falsedad de la causa y la idea de que el tipo genérico de la simulación negocial se explica mejor en los arts. 1281 y 1255 del Código civil ha escrito recientemente, Pablo Salvador Coderch (“Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, en la obra junto a Jesús María Silva, “Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, especialmente pág. 36).

“Declarados los hechos probados y razonada la valoración de la prueba por el Tribunal sentenciador” (Fundamento de Derecho segundo), el Supremo no entra a revisar la interpretación y calificación del contrato celebrado como préstamo, a pesar de la apariencia creada por las partes. En el caso que da pie a la Sentencia, la Audiencia tiene en cuenta una serie de datos que le permiten concluir que hay simulación: venta por un precio equivalente al tercio del valor pericial de la finca y coincidente con el total de las cargas que pesaban sobre la misma; celebración de un contrato de arrendamiento que permitía al comprador-prestamista recuperar no sólo el capital prestado sino unos sustanciosos intereses y a las vendedoras-arrendatarias continuar en posesión de la finca durante quince años, al cabo de los cuales podrían ejercitar la opción de compra, a un elevado precio pero sin asumir las cargas que pesaban sobre el inmueble en el momento de la venta.

III.- El art. 9 de la Ley de usura: operaciones sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero y simulación

1.- El planteamiento de la Sentencia

El Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 2º de la Sentencia objeto de este comentario, afirma que la Sentencia de la Audiencia recurrida declara probada de forma razonada la simulación (“los tres contratos formalmente celebrados encubrían en realidad un préstamo”) y basa su fallo estimatorio de la demanda, según resume el propio Supremo, en la aplicación a los hechos del art. 9 de la Ley de usura, “cuyo sentido -afirma el Supremo- no es otro que impedir que se eludan la nulidad ordenada en su artículo 1 y la consecuencia establecida en su artículo 3

mediante fórmulas contractuales que eviten la denominación de préstamo pero materialmente equivalgan, cualquiera que sea su forma, a un préstamo de dinero”.

Conforme al art. 9 de la Ley de usura: “Lo dispuesto en esta Ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”. Es decir, el art. 9 dispone la aplicación de las mismas consecuencias previstas para el préstamo usurario a operaciones equivalentes al préstamo de dinero. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia que aquí se comenta, se aplica el art. 9 de la Ley de usura porque se entiende que en el caso ha habido simulación y el contrato realmente celebrado es un préstamo. Me parece que en el caso concreto puede considerarse que es una solución ajustada a la realidad de los hechos o, al menos, no voy a discutir aquí la calificación de simulación. La duda es la de si, en todo caso, para aplicar la Ley de usura es preciso que las partes declaren celebrar un contrato de préstamo o que, en otro caso, pueda apreciarse que se ha celebrado un contrato de préstamo simulado. Porque, en definitiva, si el contrato realmente querido y que debe prevalecer es el préstamo, conforme a la doctrina de la simulación, la apreciación de usura resultaría, en su caso, de la aplicación del art. 1 de la Ley de usura, que determina cuándo un préstamo de dinero es usurario. La mención del art. 9 de la Ley sería superflua y equivocada, porque el art. 9 no se refiere a los préstamos de dinero, sino “a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero”. A no ser que se entienda que el art. 9 supone una formulación legal de la simulación negocial para el caso concreto de la simulación de préstamos usurarios.

La aplicación del art. 9 de la Ley de usura, ¿requiere necesariamente una previa declaración de simulación? La aplicación de la Ley de usura, ¿sólo es posible cuando el contrato celebrado por las partes es un préstamo de dinero, aun cuando aparezca simulado bajo fórmulas negociales aparentes? ¿No es posible aplicar la Ley de usura a negocios válidamente celebrados, diferentes del préstamo de dinero, pero que por su función crediticia o de financiación sean “equivalentes” a un préstamo de dinero? Me parece que en esta materia es precisa una reflexión acerca de si las “operaciones sustancialmente equivalentes” al préstamo de dinero encierran siempre casos de simulación relativa, es decir, la celebración de contratos u operaciones negociales complejas que encubran un contrato de préstamo. No sólo porque los presupuestos de la simulación y de la equivalencia al préstamo no son los mismos sino porque, además, el régimen y las consecuencias de la declaración de simulación y de la de nulidad por usura pueden ser diferentes.

En particular, el Tribunal Supremo, en la Sentencia objeto de este comentario afirma que “la articulación formal de la compraventa por precio muy inferior al valor de la finca y casi coincidente con el capital garantizado por la hipoteca constituida sobre ella, seguida de un arrendamiento tan sumamente atípico y de una opción de compra no menos atípica, con penalizaciones tanto en uno como en la otra manifiestamente leoninas, *no sólo presenta grandes similitudes con una de las fórmulas sobre las que reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia en cuanto posiblemente encubridoras de préstamos usurarios, la venta con pacto de retro*, sino que viene casi a coincidir con la del caso examinado por esta Sala en su Sentencia de 12 de diciembre de 1994 (recurso nº 3682/91), consistente en el aprovechamiento de la situación por quien facilita el dinero a quien lo necesita y se garantiza el reintegro del capital y de altos intereses suscribiendo primero dos escrituras de compraventa por precio similar al capital prestado y el pago de altos intereses con el arrendamiento posterior, todo ello sin incluir en las escrituras el pacto de retro para evitar sospechas pero cumpliendo su misma finalidad con un arrendamiento y una venta en documento privado” (Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo”).

En el caso que da pie a la Sentencia que comento, me parece seguro que no hay pacto de retro, tampoco encubierto, porque la devolución del precio por el “vendedor” no es una facultad que se le otorga en el contrato para recuperar la finca, sino que el “comprador” (prestamista) se convierte en acreedor del dinero entregado (más los intereses) en virtud del contrato de arrendamiento celebrado. Por lo demás, puede observarse que la expresión *fórmulas encubridoras de préstamos usurarios* que utiliza la Sentencia, y que apunta a la idea de simulación, es semejante a la doctrinal de *usura encubierta* (Pascual Marín Pérez, “Artículo 1755”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII vol. 1º, Madrid, 1982, pág. 134), o *préstamos encubridores* (Isabel Sabater Bayle, “Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización”, Aranzadi, Pamplona, 1986, págs. 185, 191).

2.- Doctrina y jurisprudencia

En la doctrina y en la jurisprudencia el problema se ha venido planteando en relación con negocios atípicos, pero también con distintos negocios o actos típicos, como las compraventas, las ventas a plazos, las ventas con pacto de retro, las ventas a carta de gracia, las cesiones de derechos, liquidaciones de cuentas de una sociedad, la permuta, el mandato (con cita de la doctrina anterior –Palomo, Estasen, Beceña, Rodríguez Martín, Fernando Vizcarro- y de numerosa jurisprudencia, vid. Isabel Sabater Bayle, “Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización”, págs. 185, 191, 201, 223).

Es cierto, en efecto, como recuerda el Tribunal Supremo, que existe una jurisprudencia sobre la venta con pacto de retro y la aplicación de la Ley de usura, pero también respecto de otras figuras negociales que no se presentan como préstamo. Brevemente, pueden señalarse los siguientes grupos de casos:

- Sentencias en las que, denunciada simulación de un préstamo usurario por la parte, el Tribunal entiende que hay simulación y usura. Así, en las Ss. de 5 de julio de 1982 (compraventa con pacto de retro: hay que advertir que en la demanda y en la Sentencia se habla de “negocio jurídico fiduciario” que “encubre un préstamo”); de 7 de febrero de 1989 (compraventa a carta de gracia); de 8 de noviembre de 1991 (venta de joyas y piso con pacto de retro); de 29 de noviembre de 1992 (venta de apartamento); de 12 de diciembre de 1994 (es la citada por la Sentencia que comento: compraventa más arrendamiento de industria).

- Sentencias en las que se denunciaba simulación de un préstamo usurario por la parte y el Tribunal entiende que no hay simulación ni usura. Así, en las Ss. de 29 de noviembre de 1984 (compraventa: operaciones mercantiles de liquidación de deudas); de 24 de mayo de 1988 (venta con pacto de retro); de 11 de febrero de 1989 (compraventa con opción de compra); de 30 de septiembre de 1991 (contrato de compraventa de inmueble en el marco de unas complejas relaciones que incluyen subastas de bienes y letras de cambio); de 8 de noviembre de 1994 (dación en pago más opción de compra: transacción para liquidar unas relaciones de préstamos de más de trece años: en el Fundamento octavo de esta Sentencia se afirma expresamente que “la aplicabilidad de la Ley de usura presupone necesaria e inexcusablemente la existencia de un préstamo de dinero en forma directa o encubierta, art. 1 de la citada Ley”); de 10 de mayo de 2000 (letras de cambio y escrituras de opción de compra).

No es raro que en estas Sentencias, alegada la inaplicación del art. 9 de la Ley de usura el Tribunal Supremo declare que, para ello, es preciso comprobar si hay o no usura. Si no hay usura no hay simulación. Es excepcional el caso de la S. de 13 de mayo de 1991, en donde se entiende que la aportación a sociedad más pacto de retro encubre un préstamo con garantía inmobiliaria pero se rechaza que sea usurero, que era lo que se pretendía al alegar simulación.

- Menos frecuentes son los casos en los que, a pesar de que no se denuncia simulación, sí se analiza si existe o no usura: Ss. de 8 de julio de 1988 (farmacéutico socio de una cooperativa y pedido y pago de mercancías: interés del pago aplazado no es usurario); de 9 de enero de 1990 (reconocimiento de deuda basado en descuentos comerciales: precio normal del dinero, no hay usura: denunciada inaplicación de la Ley de usura el Supremo declara que la aplicación del art. 9 “requiere la previa calificación por el Juzgado de considerar como usuraria la operación litigiosa”, a la afirmación de la Audiencia de que “los contratos de descuento y reconocimiento de deuda son asimilables a la comisión mercantil y cuenta corriente, y no quedan incursos en la Ley de usura a pesar de la disposición del art. 9 de la Ley” añade que “en el supuesto de autos no concurrieron los requisitos predeterminantes” de la Ley de usura de interés superior al normal o desproporcionado para las circunstancias del caso).

- Mención especial requiere la aplicación de la Ley de usura a figuras como el *leasing*. En la doctrina suele admitirse (por ejemplo, Francisco Vicent Chuliá, en “Introducción al Derecho Mercantil”, 14^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 890), pero el Tribunal Supremo, que no se ha pronunciado con claridad, parece más bien entender lo contrario si no se combate la calificación del contrato como *leasing*, “que goza de una tipicidad legal y jurisprudencial que no lo identifica jurídicamente con el préstamo, que es al que se refiere el art. 1 de la Ley de usura” (Sentencia de 28 junio 1999, comentada por Elsa Sabater Bayle, en CCJC 51, 1999, págs. 1269 a 1284). En la Sentencia de 17 marzo 1998, tras descartar que haya usura, se niega que el *leasing* pueda ser calificado de préstamo (en efecto, no lo es, pero otra cosa es que pueda aplicársele la Ley de usura), pero acaba aplicándose la citada Ley a las cláusulas que se refieren a las consecuencias económicas del incumplimiento por la vía de la aplicación de la facultad moderadora de la cláusula penal (vid. el comentario de Martínez Velencoso, en RdP, Pamplona, 1, 1998, págs. 315 a 324). Creo que debería entenderse que es aplicable la Ley de usura al *lease-back* o *leasing* de retorno, por el que el propietario de un bien lo vende a una entidad que, a continuación, se compromete a cederle su uso a cambio del pago de unas cuotas mensuales y se incluye una opción de compra al final del arrendamiento (se trata de una fórmula de financiación en la que la transmisión inicial de la propiedad va dirigida a garantizar la devolución de la cantidad recibida como precio: vid. mi comentario a la Sentencia de 1 febrero 1999, en CCJC 50, 1999, pág. 838; también Manuel Jesús Marín López, en la obra junto a Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato, “Tratado de los derechos de garantía”, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 1054).

- En alguna ocasión se ha analizado, respondiendo de manera afirmativa, si el art. 9 de la Ley de usura es aplicable a la cláusula de estabilización prevista en un contrato de mutuo (S. de 8 de marzo de 1997); la S. de 19 de febrero de 1985 niega que sea aplicable el art. 9 a una cláusula penal porque entiende que, de acuerdo con los antecedentes históricos, para la aplicación de la Ley de usura “siempre será menester que el contrato básico verse o conlleve un desplazamiento de numerario” (y, además, en el caso “la cifra tampoco podría tenerse por exorbitante”).

El estudio de esta jurisprudencia permite detectar una tendencia de la jurisprudencia a declarar que la venta o el negocio de que se trate encubre un préstamo cuando hay usura. Es decir, que cuando se declara que hay usura es porque al mismo tiempo se está considerando que existe un préstamo simulado. Aun advirtiendo que, en mi opinión, puede sostenerse la aplicación de la Ley de usura, a través del art. 9, a negocios válidamente celebrados, que no oculten disimulado un préstamo, puede ofrecerse también una explicación de esta línea jurisprudencial. No la de que hay un empeño en aplicar la Ley de usura sólo al contrato de préstamo, declarado celebrar o celebrado simuladamente, sino que, posiblemente, los indicios que permiten calificar de usurario el negocio (diferencia excesiva entre el precio de la venta y el precio a pagar para recuperar la cosa, habitualidad

en la profesión del prestamista, intereses muy altos encubiertos bajo otros conceptos, el plazo) ponen de relieve al mismo tiempo que no se quería una compraventa con pacto de retro, por ejemplo, o el negocio que se dice querido, sino un préstamo.

En la jurisprudencia, no se plantea el problema de la simulación de manera aislada, sino en relación con el tema de la usura. Tiene su explicación. El interés de que se declare la simulación suele nacer cuando el vendedor quiere recuperar la cosa sin pagar el precio pactado, por considerarlo excesivo, y alega usura para lograr pagar menos. Fuera de esta hipótesis, la declaración de simulación apenas tendría interés con otros fines (sí, por ejemplo, aun cuando no haya usura, si el vendedor –prestatario– pretendiera la devolución de la cosa después de transcurrido el plazo de ejercicio del retracto).

Pero del hecho de que usura y simulación suelen ir unidas no necesariamente debe deducirse que para apreciar usura deba existir simulación. Así lo señala en la doctrina, con carácter general, Elsa Sabater Bayle (“Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia”, Aranzadi Civil, vol. I, 1994) y, rotundamente, para la venta con pacto de retro, Bruno Rodríguez-Rosado (“Fiducia y pacto de retro en garantía”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 157 y págs. 232 a 260). También Inmaculada Vivas Tesón (“La compraventa con pacto de retro en el Código civil”, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 217 y ss.). Admitiendo que la venta con pacto de retro puede tener una finalidad de garantía, sin que ello implique que haya simulación de un préstamo, la doctrina advierte que la aplicación de la Ley de usura en tal caso dependerá de la existencia de un desequilibrio en las prestaciones.

Contra, para la venta a carta de gracia catalana, Encarna Roca Trías quien, tras aclarar que la esencia de esta figura no es la simulación de un préstamo, admite que puede ser utilizada para ello, y advierte que, para aplicar la Ley de usura y declarar la nulidad del contrato, es precisa la previa declaración de simulación “puesto que si se tratase de una compraventa pura, con un precio de recuperación muy superior al que se había pagado por la cosa, nos encontraríamos ante un pacto totalmente libre, imposible de impugnar” (“Compraventa a carta de gracia, usura y criterio *ad valorem*. Comentario a la STS de 7 de febrero de 1989”, en Poder Judicial, 2ª época, nº 15, septiembre 1989, pág. 153).

En efecto, especial interés tienen en esta materia las reflexiones en torno a las cartas de gracia del Derecho catalán y navarro, porque al admitirse en los mismos la rescisión por lesión, se plantea si la posibilidad de impugnación del contrato por rescisión excluye la posibilidad de impugnarlo por usura. Así, explica Miquel Martín Casals que, para los autores del *ius commune*, la incidencia de una lesión en la compraventa a carta de gracia oscila entre la figura del negocio usurario y la del negocio rescindible por lesión *ultra dimidium* (sobre las distintas opiniones acerca del problema de si la cuantía del precio pagado servía para determinar la existencia de un contrato simulado en fraude a las disposiciones represoras de la usura y si la lesión permitía ejercer, según los casos, la acción rescisoria o sólo la de nulidad por usura vid. su comentario al “Artículo 321 de la Compilación de Cataluña”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1987, tomo XXX, págs. 528 y 529). Para María Ysas Solanes cuando la venta a carta de gracia encubre un préstamo usurario es un negocio fiduciario y en tal caso nulo por ser contrario a las normas establecidas (vid. su comentario a los “Artículos 326 a 328 de la Compilación de Cataluña”, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1987, tomo XXX, págs. 601 y 608). Desde este punto de vista, parecería, entonces, que no se aplica la Ley de usura si no hay un préstamo encubierto (contra, Bruno Rodríguez-Rosado, “Fiducia y pacto de retro en garantía”, pág. 292).

Para la carta a gracia del Derecho navarro, la doctrina ha puesto en tela de juicio la explicación ofrecida por los autores de la Recopilación Privada de 1971 de que la exclusión de la acción de rescisión por lesión en la venta a carta de gracia (Ley 478 del Fuero Nuevo) derive de ser la operación un préstamo usurario (por todos, vid. Enrique Rubio Torrano, "Ley 478", en "Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra", director Enrique Rubio Torrano, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 1603). Otra cosa es que, en efecto, pueda defenderse, como razonablemente sostiene Bruno Rodríguez-Rosado, la aplicación de la Ley de usura a las ventas a carta de gracia en garantía cuando exista un desequilibrio usurario, aunque no haya simulación de un préstamo ("Fiducia y pacto de retro en garantía", pág. 285).

3.- A modo de conclusión

Es discutible si la aplicación de la Ley de usura requiere o no la celebración de un préstamo de dinero, de manera directa o simulada. La doctrina y la jurisprudencia tienden a vincular simulación y aplicación de la Ley de usura, pero me parece que esta vinculación es más resultado de una explicación de la forma habitual de operar de quien pretende obtener un beneficio desproporcionado aprovechando la necesidad ajena que una exigencia de la propia Ley de usura. Si se admite, como de forma indiscutida hace la doctrina, que al amparo de la autonomía de la voluntad es posible que las partes celebren determinados negocios típicos o atípicos con finalidad crediticia distintos del préstamo, parece razonable que también a éstos se les aplique la Ley de usura. Calificar de simulada toda operación en la que se aprecien los requisitos de la usura me parece una limitación de la autonomía de la voluntad contraria al art. 1255 del Código civil. Negar la aplicación de la Ley de usura si no se aprecia simulación me parece contrario a la propia Ley de usura. El art. 9 de la misma permite esta interpretación, y otra cosa equivaldría a restringir injustificadamente el ámbito de la Ley.

La calificación del negocio que en cada caso hayan querido celebrar las partes dependerá del propósito perseguido por ellas. En el préstamo, el prestamista es acreedor del dinero. Entre las figuras típicas, en la venta con pacto de retro, el pago del precio es una facultad para recuperar la cosa, no una obligación. Otra cosa es que, precisamente, en la mayoría de los casos, los indicios que permiten concluir que es usuraria la venta conduzcan al mismo tiempo a la convicción de que hay simulación de un préstamo y no, por ejemplo, verdadera venta. El dato de que el precio de readquisición sea muy elevado no implica que haya simulación de un préstamo, pero sí puede determinar la aplicación de la Ley de usura cuando la finalidad de la operación haya sido crediticia. No, en cambio, cuando la fijación de un precio de readquisición muy elevado obedezca a otras razones diferentes al pago de la obtención de financiación: por ejemplo, porque no hay finalidad crediticia, aunque toda venta persiga la obtención de dinero, si vendo mi casa porque me voy destinada fuera y pacto con el comprador una opción de compra que me permitirá recuperarla, a precio muy superior al obtenido en la venta, pero tratando de compensar el riesgo, las molestias y trastornos ocasionados al comprador para el caso de que ejercite mi opción por volver a la localidad.

Por lo que se refiere a las consecuencias de una u otra postura parece preferible admitir la aplicación de la Ley de usura a operaciones equivalentes al préstamo, en sentido económico, de obtención de financiación, aunque no pueda apreciarse simulación. Así, cabe advertir que, por lo que aquí interesa, si en la simulación relativa se declara una voluntad que sólo en apariencia resulta querida, cuando las partes en realidad quieren un negocio distinto, lo declarado es nulo, por no querido, y debe prevalecer lo realmente querido. Será nula la venta, la inscripción en el Registro de la Propiedad, no jugará el plazo fijado en el contrato para exigir la retransmisión de la cosa. Al negocio querido (un préstamo), se le aplicaría todo el régimen del contrato de préstamo, y también la Ley de usura. Si se admite la

aplicación de la Ley de usura aunque no haya simulación, el negocio celebrado mantendrá su validez (la venta, el plazo fijado para ejercer el retracto), si bien reducidos sus efectos por lo que se refiere al pago de lo que se considere interés usurario.

IV.- Operaciones equivalentes a un préstamo de dinero y fraude de ley

Antes de que por la reforma de 1974 se introdujera en el art. 6 del Código civil la regulación del fraude de ley, De Castro, al explicar el negocio en fraude de ley, advertía que en algunos casos, frente a situaciones de especial indisciplina social, el legislador había creído conveniente hacer referencia al fraude, “aunque los Tribunales hubieran podido cerrarle el paso mediante una interpretación adecuada de las normas”. Junto al art. 9 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964 y el art. 24 de la Ley general tributaria de 1963, De Castro mencionaba el art. 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura (“El negocio jurídico”, reedición facsímil de la edición original publicada en 1971, Civitas, Madrid, 1985, pág. 372-373). Seguramente por su influencia, la doctrina posterior suele mencionar el art. 9 de la Ley de usura como ejemplo de norma que tiene como finalidad prevenir posibles fraudes (Lacruz, “Elementos de Derecho civil”, tomo I, vol. 1º, 3ª ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 199).

La regulación del fraude contenida ahora en el art. 6 del Código civil aleja esta figura de la regulación prevista en el art. 9 de la Ley de usura. En particular porque si el fraude requiere un fin de engañar, o la doctrina del negocio en fraude de ley exige un daño a derechos o intereses legítimos de terceros (De Castro, “El negocio jurídico”, pág. 369 y ss.), ninguno de estos dos presupuestos es exigible para apreciar usura. Parece, en cambio, que son las mismas consecuencias las que se alcanzarían tanto con el 6 del Código como con el art. 9 de la Ley de usura, puesto que el art. 6 ordena la aplicación de la ley que se hubiera tratado de eludir: en el caso, no la nulidad del acto en fraude, sino la aplicación de la sanción prevista para el préstamo usurario (que, coincide, es la nulidad). Ahora bien, todo ello es irrelevante.

En mi opinión, carece de sentido plantearse en la actualidad si, a través de esas “operaciones equivalentes” a que se refiere el art. 9 se ha pretendido o no defraudar la Ley de usura. Es el propio legislador el que establece en el art. 9 de la Ley de usura que las consecuencias jurídicas previstas para el préstamo usurario se aplicarán cuando se celebre un negocio diferente del préstamo pero que permita lograr un resultado práctico económico equivalente de financiación. Sólo en el caso de que no existiera el art. 9 tendría sentido examinar si las partes habían dado un rodeo, mediante la celebración de un negocio fraudulento, tratando de evitar la aplicación de las consecuencias previstas para el préstamo usurario (con carácter general, sobre la diferencia entre el fraude y los casos en que la ley establece un tipo o supuesto de hecho económico y no jurídico, Salvador Coderch, “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, *op. cit.*, pág. 66).

V.- Operaciones equivalentes a un préstamo de dinero y negocios fiduciarios

En el caso resuelto por la Sentencia que comento, se celebra una venta, por precio equivalente a las cargas que pesan sobre la finca vendida, seguida de arrendamiento (para permitir a la vendedora continuar con la posesión de la cosa y justificar la devolución de capital e intereses a través de la renta) y de una opción de compra. En la práctica, y lógicamente a instancia de las partes que litigan, casos semejantes al que da pie a la Sentencia comentada se han enfocado en otras ocasiones aplicando la doctrina del negocio fiduciario (en particular, la llamada transmisión de la propiedad en garantía o venta en garantía). Pero si el propósito de las partes es, como sucede en el caso que nos ocupa, lograr la

aplicación de las consecuencias de la Ley de usura, es sin duda preferible acudir a la doctrina de la simulación porque, en definitiva, el negocio fiduciario, en sí, como forma de garantía, no es usurario y, en todo caso, para aplicar la Ley de usura siempre habría que demostrar la existencia de una obligación –en su caso disimulada- que sí lo fuera.

No es que pueda optarse por una u otra doctrina según interese. La fiducia no es un caso de simulación, pero la fiducia en garantía puede aparecer encubierta bajo la forma de otro negocio, como sucede en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 (comentada en el número 58 de estos Cuadernos por Manuel José Marín y por Gabriel García Cantero en la RJN, número 39, 2001, págs. 353 y ss.). Otra cosa es que la circunstancia de que la existencia de los pactos fiduciarios no se haya hecho pública dificulte la distinción entre el negocio simulado y el fiduciario (Salvador Coderch, “Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada”, *op. cit.*, pág. 59). Las ventas con pacto de retro - figura con la que, según dice el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho 4º de la Sentencia, guarda grandes similitudes la operación celebrada por las partes- no son un caso de fiducia “cum creditore” (por todos, Bruno Rodríguez-Rosado, “Fiducia y pacto de retro en garantía”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, págs. 252).

En definitiva, la apreciación en cada caso de si hay o no simulación (que encubra un préstamo, como sucede en el caso concreto que resuelve la Sentencia que comento), o si hay o no una fiducia “cum creditore” (transmisión de una titularidad con el propósito de garantizar un crédito) dependerá de la valoración de cuál ha sido el propósito perseguido por las partes.

En el caso que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del comentario, se entiende que hay simulación porque las partes bajo la apariencia negocial otorgada realmente han celebrado un contrato de préstamo del dinero que necesitan las demandantes (“vendedoras”) para pagar todas las deudas que gravan la finca.

Habría fiducia en garantía si el propósito de las partes fuera el de que, pagada la deuda, la “compradora” (prestamista) devolviera la finca. Podría decirse que en este caso este es también el propósito de la partes pero, a efectos de la aplicación de la Ley de usura, este dato es irrelevante. La venta, por el hecho de ser fiduciaria, no sería nula. Si se hubiera alegado y apreciado que las partes habían querido celebrar una transmisión de la propiedad de la finca en garantía (de ese préstamo disimulado) la aplicación de la Ley de usura igualmente requeriría una valoración del préstamo encubierto.

En efecto, en los casos de negocio fiduciario, de fiducia en garantía, el problema está, como advierte Bruno Rodríguez-Rosado, en si se infringe o no el pacto comisorio, pero no en la aplicación de la Ley de usura: habrá usura si el préstamo garantizado es usurario, pero no tiene sentido hablar de desequilibrio de las prestaciones (si para garantizar una deuda de 14 millones, se transmite un bien valorado en 38 millones, como es el caso, y el deudor no paga, el acreedor no puede quedarse con la cosa, por lo que no hay peligro de que se enriquezca injustamente ni problema de usura) [*op. cit.*, págs. 252; en particular, el estudio que hace de la Sentencia de 25 de febrero de 1988 –él la cita como de 22 de febrero-, sobre la aplicación de la Ley de usura a una dación de pago que encubre una fiducia]. La usura resulta de que, en nuestro caso, al término del contrato, la parte demandante, en concepto de arrendamiento, habría restituido 83 millones, sin tener en cuenta lo que, además, debería pagar para ejercer la opción de compra.

VI.- Nulidad del préstamo usurario: la restitución de la suma recibida

1.- Artículo 3 de la Ley de usura y momento de la restitución. Las posibles explicaciones del art. 3

La parte demandante solicitaba la declaración de nulidad de los contratos y la declaración de que su obligación de devolver se refería sólo a la cantidad desembolsada realmente por la demandada. Así se establece en la sentencia de la Audiencia que es confirmada por el Tribunal Supremo. No queda claro, porque no se hace referencia a este dato, como por lo demás suele suceder en las Sentencias sobre usura, si tal obligación de devolver es inmediatamente exigible por la demandada o si, por el contrario, sólo lo será transcurrido el plazo fijado en el contrato. El fundamento normativo de la obligación de restitución es el art. 3 de la Ley de usura conforme al cual, “declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado”. Se han defendido tres tesis para explicar el contenido de esta disposición.

La primera entendería que los efectos del contrato usurario no desaparecen totalmente a pesar de la declaración de nulidad, pues subsiste la obligación de restituir. Esta tesis ha sido defendida por algún autor que, a través de la afirmación de que el contrato produce efectos, encuentra además explicación a que la obligación de restituir quede sometida, como parece que hace la jurisprudencia, al plazo de prescripción previsto para las acciones personales que no tengan señalado otro plazo de prescripción (Pascual Marín Pérez, “Artículo 1755”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXII vol. 1º, Madrid, 1982, pág. 138, con cita de Santos Briz, “Derecho civil” IV, pág. 303) y a que los efectos de la declaración de usurarios no sean los de la nulidad del Código civil (restitución de frutos, precio e intereses, art. 1303 del Código civil: en este sentido, Santiago Rivero Alemán, “Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor”, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 299).

La misma idea se encuentra expresada en algunas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo con el fin de declarar la subsistencia de la fianza de un préstamo, calificado de nulo por usurario, pero entonces garantizando únicamente la obligación de devolver el capital prestado, que es lo que resulta del art. 3 de la Ley de 1908 de usura: según las Ss. 6 marzo 1961 y 8 noviembre 1991, los efectos de aquel contrato no desaparecen en su integridad, pues “queda subsistente” la obligación de devolver y, por ende, el accesorio de la fianza subsiste, si bien reducido a la extensión de la obligación principal. La misma doctrina mantiene, para la hipoteca de préstamo usurario, con cita de la doctrina de la S. de 6 de marzo de 1961, la S. 14 junio 1984 (“por obra misma de su accesoriedad habrá de subsistir la hipoteca en tanto el pago del crédito no provoque su extinción”), pero el criterio ha sido rectificado, yo creo que con acierto para la hipoteca, por la S. 20 junio 2001 (“no se ve cómo puede subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal y por un tiempo que no se ha establecido obviamente... el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción”).

Criticando la jurisprudencia que entiende que el préstamo declarado nulo por usura produce sus propios efectos (entre los que estaría la obligación de devolver), Manuel Albaladejo ha argumentado, y esta sería una segunda explicación del art. 3 de la Ley de usura, que la restitución es una consecuencia de la nulidad, conforme a la regla general del art. 1303 del Código civil (“La nulidad de los préstamos usurarios”, en ADC 1995, tomo XLVIII, fascículo I, pág. 43). El plazo de prescripción

de quince años resultaría, lo que es coherente con el planteamiento del autor de ser la del préstamo usurario una nulidad absoluta y estar referido el plazo a la restitución, y no a la declaración de nulidad, por lo que no estaríamos, como suele afirmar la doctrina civilista, ante una “nulidad atípica” (lo que no impide, aunque no voy a entrar en ello, que en la jurisprudencia se encuentren afirmaciones de ser una nulidad absoluta pero también la exclusión de que pueda apreciarse de oficio o de que esté legitimado un sujeto distinto del prestatario). La subsistencia de la fianza podría defenderse, como hace Albaladejo, para el caso de que no se haya excluido, entendiéndose que la voluntad de afianzar comprende tanto la de afianzar las obligaciones contractuales como las que pueda generar la invalidez del contrato: pero esto, que puede ser equitativo y conforme al espíritu del art. 1258 del Código civil choca, como reconoce el propio autor, con el criterio restrictivo que para la fianza establece el art. 1827 del Código civil.

No ha faltado, sin embargo, lo que parece razonable, quien señala la conexión de la nulidad del contrato con los arts. 1305 y 1306 del Código civil (lo apunta, a otros efectos, Encarna Roca Trías (“Compraventa a carta de gracia, usura y criterio *ad valorem*. Comentario a la STS de 7 de febrero de 1989”, en Poder Judicial, 2ª época, nº 15, septiembre 1989, pág. 156).

Es evidente que las posibles explicaciones del art. 3 de la Ley de usura y de sus relaciones con los preceptos generales sobre nulidad de los contratos están relacionadas tanto con el propio concepto del contrato de préstamo de dinero como con las diferentes posiciones doctrinales sobre nulidad e ineficacia.

2.- El art. 3 de la Ley de usura y el art. 1303 del Código civil

¿Es el art. 3 de la Ley de usura una reiteración de lo dispuesto en el art. 1303 del Código civil? ¿Cuáles serían “las cosas materia del contrato” de préstamo que, caso de ser aplicable el art. 1303 del Código civil, deberían restituirse recíprocamente los contratantes una vez “declarada la nulidad de la obligación”? Las consecuencias que resultarían de aplicar en su literalidad el art. 1303, concebido el contrato de mutuo en el Código civil como contrato real son absurdas (si el prestamista entrega una suma de dinero y el prestatario se obliga a devolver otro tanto así como los intereses pactados por el beneficio que supone gozar de la cantidad prestada, declarada la nulidad del contrato surgiría, conforme al art. 1303, la obligación del prestamista de restituir la suma de dinero devuelta por el prestatario –esa es en realidad la prestación ejecutada en cumplimiento del contrato– así como los intereses ya cobrados). Esa consecuencia ilógica (el prestatario recuperaría el capital y los intereses) se supera si se razona desde la perspectiva de la finalidad del art. 1303 del Código civil, que no es otra que la de restaurar la situación anterior, como si el contrato no se hubiera celebrado (con carácter general, Jesús Delgado, “Artículo 1306”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII vol. 2, Artículos 1281 a 1314 del Código civil, Edersa, Madrid, 1995, pág. 412): el prestatario debe devolver el capital y el prestamista los intereses que ya haya cobrado. No se produciría la supuesta contradicción denunciada por algún autor entre el art. 3 de la Ley de usura (que excluye el pago de intereses) y el art. 1303 del Código civil (que ordena la restitución de intereses) porque esta última regla, como explica Jesús Delgado, sólo es aplicable, conforme a las reglas generales, cuando el obligado a restituir sea de mala fe, *op. cit.*, pág. 425). En un préstamo usurario, al prestatario se le puede considerar de buena fe y no tendría que abonar ningún interés, tampoco si se aplicara el art. 1303 del Código civil. Desde esta perspectiva, tampoco parece necesario calificar la del art. 3 de la Ley de usura de nulidad atípica, en el sentido de que el prestatario no quede obligado a pagar el interés normal, o el interés legal, como a veces se ha propuesto, porque esta consecuencia tampoco resultaría de la aplicación del art. 1303 del Código civil.

Pero no estoy segura de que el régimen del art. 1303 se ajuste al problema de los préstamos usurarios. En particular, el principal inconveniente que tendría la aplicación del art. 1303 a la declaración de nulidad del préstamo es que, entonces, la obligación de restitución surgiría aunque no hubiera vencido el plazo previsto en el contrato por las partes para la devolución del capital.

Desde este punto de vista, quizás sea posible ofrecer otra interpretación del art. 3 de la Ley de usura que, precisamente, lo que pretende únicamente es que el prestamista no cobre ningún interés, pero no evitar que pueda exigir la recuperación del capital prestado ni tampoco permitir que pueda hacerlo antes del momento previsto para su devolución. La sanción impuesta al usurario por la Ley de usura no es la misma que resultaría de aplicar el art. 1303 del Código, puesto que consiste en la negación del derecho a recibir ninguna contraprestación por la cesión del capital, pero no en la afirmación del derecho a exigir inmediatamente la restitución del capital como consecuencia de la nulidad.

3.- El art. 3 de la Ley de usura como un caso de ineficacia parcial

Si se pone en relación el art. 1 con el art. 3 de la Ley de usura, que literalmente se refieren a la nulidad, cabe entender que el de los préstamos usurarios es un régimen especial de nulidad en el siguiente sentido: que el contrato de préstamo usurario es nulo significa que el prestamista sólo está obligado a devolver la cantidad recibida, pero no antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato.

Si se admite lo anterior, la solución defendida equivaldría a las consecuencias que se obtendrían de calificar la regulación del art. 3 de la Ley de usura como un supuesto de ineficacia parcial.

Yo creo que esta interpretación, que podía mantenerse partiendo de la finalidad perseguida por la Ley de usura, se ve ahora reforzada por la interpretación con arreglo a la nueva realidad, entendiendo por tal, las leyes que en materia de protección del consumidor, cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación establecen la denominada “nulidad parcial” (una comparación entre la diferente técnica sancionadora de la Ley de usura y la Ley de consumidores, en Gabriel García Cantero, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, en Actualidad Civil, nº 3, semana 16, 1989, pág. 209).

El contrato de préstamo es válido y eficaz en todo aquello que no se opone a la ley, que prohíbe los intereses usurarios; estipulado un interés usurario, la consecuencia es la eliminación de las cláusulas contrarias a normas imperativas, entendiendo por tales las que prohíben los intereses usurarios, pero sin que se imponga un contenido en sustitución de la cláusula eliminada (el interés legal del dinero, o el interés normal), salvo que se entienda que se sustituye por la regla que establece el carácter naturalmente gratuito del préstamo (art. 1755 del Código civil). La validez del contrato de préstamo explicaría que subsista la obligación de restituir el capital al vencer el plazo previsto en el contrato, como una consecuencia del contrato y que, por lo mismo, pudieran subsistir las obligaciones accesorias, como la fianza.

Esta solución, por lo demás, es coherente con la interpretación que, pegada al tenor literal de la Ley de usura, que habla de nulidad del contrato, puede hacerse de su art. 3 en relación con el art. 1306 del Código civil.

4.- El art. 3 de la Ley de usura y el art. 1306 del Código civil

El art. 1306.2 del Código civil se ocupa de la restitución en el caso en que el hecho no constituyere delito ni falta y la culpa o *turpitud* esté de parte de uno solo de los contratantes: “no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni

pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido”. El que fuera extraño a la causa torpe “podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera prometido”. Parece razonable entender que en el caso de los préstamos usurarios la torpeza está de parte del prestamista, no del prestatario. Pero si se negara al usurero el derecho a obtener la repetición del capital prestado se estaría concediendo al prestatario una ventaja patrimonial injustificada. Debe entenderse que en el contrato de préstamo lo dado por el prestamista no es el dinero, sino su utilización *durante cierto tiempo*: en consecuencia, la irrepetibilidad del art. 1306 sólo operaría en el tiempo contractualmente previsto para la duración de la prestación, es decir, la restitución del capital no puede obtenerse antes del plazo pactado (sobre todo ello, vid. Jesús Delgado, “Artículo 1306”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII vol. 2, Artículos 1281 a 1314 del Código civil, Edersa, Madrid, 1995, pág. 456).

5.- Las consecuencias de la alegación de error en la celebración del contrato

En la demanda, la parte actora ejercitaba alternativamente acción de nulidad de los contratos por error “con los efectos legales inherentes a dicha declaración y mencionados anteriormente”. Esos efectos mencionados anteriormente eran los solicitados al amparo de la Ley de usura y consistentes, como he venido repitiendo, en la restitución sólo de la suma recibida, sin pagar los intereses. Puesto que se declara la existencia de un préstamo usurario no se entra en esta otra petición que, por lo demás, parece situarse en la línea de la solución ofrecida en materia de usura con anterioridad a la existencia de la Ley de usura (alegando vicios del consentimiento). ¿Hubieran sido, en su caso, las mismas consecuencias, tal y como pretendían las demandantes? En mi opinión, la respuesta puede ser afirmativa si se admiten los argumentos expuestos en los apartados anteriores para defender la coherencia de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de usura con las reglas sobre restitución por nulidad contenidas en el Código civil. Si se entendiera que concurren las circunstancias para apreciar vicio del consentimiento y aplicando a la restitución las reglas del Código resultaría que igualmente podría defenderse que la restitución del capital recibido, sin intereses, no sería exigible antes del momento previsto en el contrato.

6.- Consecuencias de la nulidad de las operaciones sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero

En el caso concreto que da pie a la Sentencia del Tribunal Supremo la aplicación de la Ley de usura se hace previa declaración de simulación: al apreciar que existe un préstamo simulado hay que entender que la cantidad desembolsada por la demandada (en mano a las demandantes, o pagando créditos que las demandantes tenían) es la cantidad prestada y ésta es la que debe restituirse. Se aplican los arts. 1 y 3 de la Ley de usura a un préstamo de dinero simulado.

Pero si se admite, como he defendido, que la aplicación del art. 9 a operaciones equivalentes al préstamo no requiere la existencia de simulación, la aplicación de la Ley de usura no implica que la nulidad se extienda a todo el complejo negocial. Es decir, es posible que los negocios válidamente celebrados incluyan otras prestaciones distintas además de la financiación y esas prestaciones serán exigibles y, caso de haberse efectuado, no deberán deshacerse o restituirse (en el caso de una compra con pacto de retro, de una compraventa a plazos, de un contrato de *leasing*...). Si se mantiene la validez del negocio celebrado, pero sometido a las exigencias de la Ley de usura, de la misma manera que para apreciar si existe usura deben de adaptarse los presupuestos del art. 1 de la Ley (atendiendo, por ejemplo, al desequilibrio de las prestaciones) también habrá que adaptar las consecuencias previstas en el art. 3 a las circunstancias de cada caso concreto. La nulidad del préstamo usurario puede interpretarse, tal y como se ha explicado aquí,

en el sentido de que el prestamista sólo está obligado a devolver la cantidad recibida, pero no antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato. De la aplicación de la Ley de usura a “operaciones sustancialmente equivalentes a un préstamo de dinero” no resulta la nulidad del negocio celebrado. Adaptando debidamente las consecuencias previstas expresamente para el préstamo sólo debería resultar la reducción de todo lo que deba considerarse como usurario.

VIII.- El artículo 2 de la Ley de usura y el art. 319.3 de la Ley de enjuiciamiento civil de 7 de enero de 2000

El motivo tercero del recurso de casación denunciaba infracción del art. 1253 del Código civil. El Tribunal Supremo lo desestima recordando la línea jurisprudencial que rechaza los recursos que tratan de desarticular los hechos-base para justificar el reproche de falta de lógica a la conclusión probatoria impugnada pero, sobre todo, señalando que la Sentencia impugnada expresamente aplica el art. 2 de la Ley de usura, “que atribuía a los tribunales amplísimas facultades de apreciación probatoria formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes” (literalmente, el art. 2 de la Ley de usura establecía que “los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes”).

La doctrina procesalista y cierta jurisprudencia explicaban el art. 2 advirtiendo que, en materia de usura, sujetar al juzgador al valor taxativo que la ley asigna a los documentos supondría impedir en la mayoría de los casos la averiguación exacta de los elementos que configuran la usura (Jorge Carreras Llansana, “Técnicas del recurso de casación”, en la obra junto a Fenech “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1964, pág. 610; Fernando Jiménez Conde, “La apreciación de la prueba legal y su impugnación”, Salamanca, 1978, pág. 281). Desde este punto de vista se entiende que los primeros comentaristas de la vigente Ley de enjuiciamiento civil -cuya disp. derogatoria única 2.4º deroga el art. 2- hayan entendido que el actual art. 319.3 de la Ley de enjuiciamiento civil -“en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo”, que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos públicos- recoge, perfeccionada técnicamente, la especialidad del art. 2 (así, Juan Montero Aroca, “La prueba en el proceso civil”, Civitas, Madrid, 3ª ed., pág. 234; vid. también Andrés de la Oliva Santos, en la obra junto a otros, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Civitas, Madrid, 2001, pág. 564; Pedro Garcíandía González, en la obra junto a otros, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Aranzadi, vol. 1, 2001, pág. 1122; José María Asensio Mellado, en la obra junto a otros, “Proceso civil práctico”, IV, La Ley, Madrid, pág. 507).

Dejando a un lado la posibilidad de que los negocios usureros figuren en documento privado -vid. 326.1 de la Ley de enjuiciamiento- la explicación de que se trata de una excepción al valor habitual que en materia de prueba tienen los documentos públicos no se compadece bien con la extensión que la mayoría de la doctrina, a la vista de la jurisprudencia, otorga a la eficacia privilegiada de los documentos públicos (que no abarca la “verdad intrínseca” de las manifestaciones o declaraciones: por todos, Montero, *op. cit.*, pág. 232; Antonio Rodríguez Adrados, “Artículo 1218”, en “Comentario del Código civil”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, pág. 334 y ss.). Lo que explica que, fuera del ámbito de la usura, y mediante el juego de presunciones, los Tribunales admitan la tacha de insinceridad o de falta de veracidad de lo declarado como querido por las partes (por ejemplo, en materia de simulación). ¿O es que si se cumpliera la ley procesal el Juez no podría entender que una escritura de compraventa simula una donación, a pesar de lo dispuesto en el art. 1281 del Código civil en materia de interpretación de contratos, que ordena la prevalencia de la voluntad de las partes?

Como creo que no es así, si el art. 2 de la Ley de usura significaba una especialidad era, en definitiva, por el amplio arbitrio atribuido al Juez para apreciar las circunstancias determinantes de usura según el art. 1 de la misma Ley, interpretando los contratos con libertad y alterando, en su caso, las reglas generales de los arts. 1281 y ss. del Código civil (sobre las diferentes opiniones acerca del arbitrio reconocido al Juez en el momento de la elaboración de la usura vid. Isabel Sabater, "Préstamo con interés", pág. 167 y ss.).

El art. 2 había dado lugar a problemas de interpretación en relación con el recurso de casación y, en particular, acerca de cuál era el cauce o motivo idóneo para lograr la censura de los hechos en litigios sobre aplicación de la Ley de usura, de acuerdo con la libre facultad de apreciación probatoria que el Supremo entendía también atribuida a sí mismo por el art. 2 (vid. Jiménez Conde, "La apreciación de la prueba legal", págs. 282 y ss.). Dado que en la vigente Ley el recurso de casación ha de fundarse como único motivo en la infracción de normas aplicables (art. 477) tal problema no puede reproducirse en la actualidad. Pero parece razonable entender que la libertad probatoria del art. 2 no quedaba limitada a la apreciación de las pruebas, sino al enjuiciamiento de si el contrato era usurero y debía aplicársele la Ley de usura (así Jiménez Conde, "La apreciación de la prueba legal", pág. 289) y el Supremo venía haciéndose eco de este criterio flexible en materia de usura. A esta cuestión se refiere la Sentencia que comento cuando afirma que aunque "entrara a revisar la apreciación del Tribunal Sentenciador precisamente con base en el artículo 2 de la Ley de 1909 y la jurisprudencia de esta Sala *sobre sus efectos flexibilizadores en los requisitos formales y generales de la casación* (SSTS 24-11-84, 6-11-92, 31-3-97 y 12-7-01), las conclusiones no podrían ser otras que las de la Sentencia recurrida" (Fundamento de Derecho cuarto). Así, no es raro encontrar en la jurisprudencia la afirmación de que la posibilidad de extender al ámbito de la casación la facultad atribuida por el art. 2 a los Tribunales, para no convertir la casación en una tercera instancia, es sobre la base de aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la Sentencia de instancia y sustentadores de la convicción del Juzgador, en tanto ésta y aquellos no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales (Sentencias de 7 de marzo de 1986, de 24 de mayo de 1988, de 30 de septiembre de 1991, de 10 de mayo de 2000, con cita de otras). No parece que esta doctrina deba cambiar por la derogación del art. 2 de la Ley de usura.

M^aÁngeles Parra Lucán

Comentario realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU 2002-01178
dirigido por el profesor Jesús Delgado Echeverría