

TRABAJO FINAL DE MÁSTER DICTAMEN SOBRE DERECHO DEL CONSUMO

Autor: Jose María Martínez Fernández

Tutor: Josep Maria Balcells Cabanas

Máster en abogacía

Universidad de Barcelona

ÍNDICE

1. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES	5
1.1. HECHOS Y DATOS EN LOS QUE SE BASA EL PROBLEMA	5
1.2. DOCUMENTACIÓN	6
1.2.1. DOCUMENTACIÓN DE LA QUE DISPONEMOS	6
1.2.2. DOCUMENTACIÓN DE LA QUE CARECEMOS	6
1.2.3. CUESTIONES PLANTEADAS, SUSTANTIVAS Y PROCESALES	6
2. ANÁLISIS JURÍDICO	8
2.1. FUENTES APLICABLES AL CASO	8
2.1.1. NORMATIVA APLICABLE	8
2.1.2. JURISPRUDENCIA APLICABLE	8
2.2. ANÁLISIS DEL CASO	9
2.2.1. ELEMENTOS PRELIMINARES	9
2.2.1.1. Aspectos de derecho transitorio	10
2.2.1.2. Análisis del contrato concertado en este caso	12
2.2.1.2.1. Identificación de la operación concertada como un contrato de apertura de crédito. Rasgos esenciales	12
2.2.1.2.2. Modalidad configurativa del contrato de apertura de crédito seguida	13
2.2.1.2.3. Las obligaciones suscritas por el cliente bancario	14
2.2.1.3. El interés como concepto. Aclaraciones terminológicas	15
2.2.1.4. La normativa tuitiva del consumidor. Las obligaciones precontractuales de información y de transparencia a cargo de la entidad de crédito	17
2.2.2. VALORACIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	21
2.2.2.1. Elementos procesales	21
2.2.2.2. El carácter usurario del contrato de apertura de crédito	24
2.2.2.2.1. Interés remuneratorio notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso concreto	25
2.2.2.2.2. Operación usuraria por presuponerse entregada mayor cantidad que la efectivamente recibida	32
2.2.2.3. El carácter abusivo de la cláusula contractual que fija el interés remuneratorio	36
2.2.2.4. El supuesto relativo a que el cliente bancario residiera irregularmente en España	36
3. CONCLUSIONES	40
EMISIÓN DEL DICTAMEN	42
BIBLIOGRAFÍA	43

1. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES

1.1. Hechos y datos en los que se basa el problema

La controversia jurídica que trata de solucionarse en este dictamen tiene su inicio el día 9 de abril de 2008. Ese día se suscribió un contrato de apertura de crédito entre la entidad crediticia COF, que encarga el presente trabajo, y don Florentino. La entidad concedió así una disponibilidad crediticia de hasta 12.000 euros durante un año.

En el propio contrato, se indicaba que *“los intereses devengados por el capital utilizado”* (o coste del crédito) variarían en función del saldo pendiente. Así, en los casos de saldos efectivamente dispuestos de hasta 6.000 euros, resultaría aplicable una Tasa de Interés Nominal (TIN) del 22,12%.

La ejecución del contrato siguió a su celebración. En un primer momento, no se registraron problemas de ningún tipo, pues Don Florentino solicitó tres disposiciones dinerarias que fueron efectivamente concedidas por la entidad crediticia (la primera, con cantidad de 3.000 euros, en abril de 2008; la segunda, con cantidad de 219 euros, en mayo de 2008; y la tercera, con cantidad de 2.178 euros, en agosto de 2008).

Las liquidaciones mensuales que a consecuencia de la ejecución del contrato fueron efectuadas por COF desde abril de 2008 se realizaron con base en un interés efectivo mensual del 1,84%, equivalente a un TIN del 22,08 % anual.

Al finalizar el período de cobertura del contrato, resultó un saldo deudor definitivo a cargo del cliente de 6.436,95 euros (suma de las tres disposiciones efectuadas más el interés devengado). Sin embargo, llegado este momento, Don Florentino no cumplió con su obligación de reintegro de la suma que se le transmitió en concepto de capital, ni tampoco abonó los intereses exigidos.

Al no producirse cumplimiento voluntario de Don Florentino, la entidad necesitó acudir a los Tribunales para ver satisfecha su deuda, presentando demanda ejecutiva en la que reclamó a Don Florentino la satisfacción de la cantidad antes indicada. Sin embargo, el ejecutado se opondría a la ejecución, alegando tres motivos principales.

- El primer motivo de oposición se fundamenta en el carácter usurario del interés remuneratorio previsto en el contrato (que, recordemos, constaba de un tipo efectivo del 1,84% mensual y de un tipo nominal del 22,08% anual).
- El segundo de ellos alega la abusividad de la cláusula que fija el interés remuneratorio.
- El tercero motivo versa sobre la improcedencia de una de las disposiciones dinerarias presuntamente efectuadas (la última de ellas, la correspondiente a agosto de 2008), pues, según el parecer del cliente bancario, ni queda acreditada la recepción de ese dinero, ni dio en ningún momento orden de pago de cantidad alguna.

1.2. Documentación

1.2.1. Documentación de la que disponemos

La entidad de crédito nos ha facilitado copia del contrato de apertura de crédito celebrado con Don Florentino.

1.2.2. Documentación de la que carecemos

Para desvirtuar las alegaciones de la parte demandada, es necesaria la aportación de unos documentos de los que carecemos para resolver el dictamen, pero que ya han debido ser introducidos en el proceso ejecutivo, al ser su presentación condición necesaria para la admisibilidad de la demanda ejecutiva. Estos documentos son:

- Póliza o escritura pública en la que se recoja el contrato de apertura de crédito celebrado.
- Documentos en que se exprese el saldo liquidatorio resultante de la liquidación efectuada por el acreedor al finalizar el plazo de su prestación, así como el extracto de las partidas de cargo y abono, además de las correspondientes a la aplicación de intereses que determinen el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución.
- Documento notarial acreditativo de que la liquidación practicada por la entidad de crédito se ha ajustado a la pactada entre las partes en el momento de suscribir el contrato.
- Documento acreditativo de la notificación efectuada a Don Florentino por la que se le informe del saldo resultante de la operación de liquidación.

A su vez, resultaría conveniente la aportación adicional de una serie de documentos no exigidos directamente por la Ley, pero necesarios para desvirtuar las alegaciones actuales, y las futuramente posibles, del consumidor

- Soporte documental en el que se acredite que la entidad de crédito prestó una información precontractual adecuada y suficiente al cliente bancario sobre los elementos principales del contrato, particularmente sobre el interés fijado.
- Justificantes de las partidas de cargo en la cuenta corriente, en que se exprese la causa de las mismas.
- Orden de pago o requerimiento efectuado por el cliente a la entidad referido a que se le cargue en cuenta corriente la tercera cantidad efectivamente dispuesta (de 2.178 euros).

1.2.3. Cuestiones planteadas, sustantivas y procesales

La entidad crediticia COF, que encarga el presente dictamen, pretende la resolución de cinco cuestiones principales:

- La primera cuestión se dirige a conocer la situación procesal en la que nos encontramos. En este sentido, será necesario analizar si las causas de oposición alegadas por la parte ejecutada son admisibles en un proceso de ejecución, o si su planteamiento exige de la apertura de un posterior procedimiento declarativo.
- La segunda cuestión nos plantea analizar si puede apreciarse usura en el contrato celebrado entre la entidad y Don Florentino. Ello no permitirá valorar dos de los tres motivos de oposición que ha invocado Don Florentino, puesto que cada uno de ellos es susceptible de incluirse en el ámbito de aplicación de dos causas de nulidad por usura recogidas por la Ley.
- La tercera cuestión versará sobre la posible concurrencia de abusividad en la cláusula contractual que ha fijado el interés remuneratorio.
- La cuarta cuestión nos plantea resolver la hipótesis referida a que el cliente bancario residiera irregularmente en España
- La quinta cuestión consiste en conocer si variaría de algún modo la solución que merece este caso si el prestamista o acreditante no fuera una entidad de crédito, sino un mero particular que no ostentara la condición de empresario individual.

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. Fuentes aplicables al caso

2.1.1. Normativa aplicable

Para proceder a la resolución de este supuesto, son aplicables las siguientes normas:

- Código Civil español, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (CC).
- Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 29/2002, de 30 de diciembre (CCCat).
- Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (C de C).
- Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU).
- Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado (LN)
- Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura (LU).
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN).
- Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (O.1989).
- Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (C.1990).
- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (D.1993).

2.1.2. Jurisprudencia aplicable

La jurisprudencia que se ha utilizado, discriminando entre resoluciones del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor, es la siguiente:

Resoluciones del Tribunal Supremo

- S TS (sala 1ª) de 25 de septiembre de 1987, RJ 1987/6272.
- S TS (sala 1ª) de 29 de marzo de 1994, RJ 1994/2304.
- S TS (sala 1ª) de 7 de marzo de 1998, RJ 1998/1267.
- S TS (sala 1ª) de 2 de octubre de 2001, RJ 2001/7141.
- S TS (sala 1ª) de 1 de febrero de 2002, RJ 2002/2879.

- S TS (sala 1ª) de 12 de julio de 2002, RJ 2002/7145.
- S TS (Sala 1ª) de 20 de enero de 2005, RJ 2005/1619
- S TS (sala 1ª) de 14 de julio de 2009, RJ 2009/4467.
- S TS (sala 1ª) de 23 de noviembre de 2009, RJ 2010/140.
- S TS (sala 1ª) de 18 de junio de 2012, RJ 2012/8857.

Jurisprudencia menor

- A AP de Ciudad Real (sección 1ª) de 27 de septiembre de 2006, JUR 2006/286712.
- A AP de Madrid (sección 14ª) de 31 de enero de 2012, JUR 2012/95126.
- A AP de Barcelona (sección 13ª) de 31 de marzo de 2015, JUR 2015/156685.
- A AP de Castellón (sección 3ª) de 13 de febrero de 2015, JUR 2015/125320.
- A AP de Castellón (sección 3ª) de 30 de junio de 2015, JUR 2015/225504.
- S AP de A Coruña (sección 1ª) de 2 de mayo de 1996, AC 1996/862.
- S AP de Cádiz (sección 3ª) de 16 de junio de 1996, AC 1996/1065.
- S AP de Madrid (sección 18ª) de 1 de abril de 1998, AC 1998/4782.
- S AP de A Coruña (sección 6ª) de 5 de noviembre de 2002, JUR 2003/62967.
- S AP de Alicante (sección 8ª) de 12 de enero de 2005, JUR 2005/64789.
- S AP de Madrid (sección 12ª) de 14 de julio de 2009, JUR 2009/447088.
- S AP de Barcelona (sección 13ª) de 22 de noviembre de 2011, JUR 2012/19539.
- S AP de Murcia (sección 5ª) de 18 de septiembre de 2012, JUR 2012/370011.
- S AP de A Coruña (sección 3ª) de 11 de octubre de 2012, JUR 2012/367895.
- S AP de Cádiz (sección 8ª) de 29 de mayo de 2013, AC 2013/1994.
- S AP de Asturias (sección 7ª) de 10 de junio de 2013, JUR 2013/245139.
- S AP de Granada (sección 3ª) de 14 de marzo de 2014, AC 2014/594.
- S AP de Málaga (sección 5ª) de 1 de diciembre de 2014, AC 2015/242.

2.2. Análisis del caso

2.2.1. Elementos preliminares

La resolución de esta controversia exige primero partir de unos conceptos previos, que deben ser aclarados a efectos de hallar solución a las cuestiones planteadas:

- El primer elemento preliminar que cabe analizar es el referido a la normativa que resultaría aplicable a este supuesto desde la perspectiva temporal. En efecto, el contrato de apertura de crédito se suscribe en abril de 2008. Desde entonces, han sido muchas las reformas normativas que afectan a situaciones como la nuestra. Pero no todos esos cambios legislativos son aplicables: debemos atender a los preceptos transitorios que las propias normas de reforma han previsto expresamente, de modo que, acudiendo a ellos, lograremos averiguar qué versión de las leyes, e incluso qué leyes, será aplicable a nuestro caso.

- El segundo elemento al que será necesario atender integrará el análisis del contrato que constituyó la base de la operación bancaria ejecutada en este caso. Identificaremos en este subapartado el tipo contractual suscrito, ahondando en ciertas particularidades que se manifiestan en el clausurado del mismo cuya atención resultará imprescindible para determinar que no concurre en él nulidad por usura.
- En tercer lugar, prestaremos atención someramente al concepto del interés: y, principalmente, a las distintas tasas que en relación al mismo se configuran, desde una óptica matemática financiera. Será necesario identificar aquí el índice que mejor represente los costes reales de la operación que se repercuten al cliente bancario.
- En cuarto lugar, restará analizar la condición de consumidor de crédito de Don Florentino. Esa circunstancia implicará la aplicación de una serie de normas que, aun no siendo invocadas expresamente en los motivos de oposición a la demanda, pueden suponer una cierta afectación en nuestro caso, especialmente a efectos de una eventual reclamación futura de Don Florentino en procedimiento ordinario.

2.2.1.1. Aspectos de derecho transitorio

Las fechas en las que se desarrolla el caso a resolver implican la aplicación de normativa que hoy en día se encuentra derogada, como ocurre singularmente con el caso de las normas citadas en segundo y antepenúltimo lugar. Procederemos, singularmente a citar aquí cuáles son las versiones de las normas que utilizaremos, para evitar posibles confusiones fruto de ciertas reformas que hayan podido practicarse en los últimos años, que no resultarían aplicables a este caso concreto.

- **Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).** El TRLGDCU no ha sido derogado a día de hoy. Sin embargo, sí que ha sido objeto de amplias reformas, como particularmente ocurrió con la que sufrió a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La DT Única de esta última Ley indica, sin embargo, que sus disposiciones serán aplicables sólo respecto de los contratos celebrados a partir de 13 de junio de 2014, por lo que resulta claro que el contrato objeto de análisis en este trabajo no se regirá por la nueva regulación. En concreto, la versión del TRLGDCU que resultará aplicable a nuestro caso será la original, en vigor desde el 1 de diciembre de 2007 hasta el 27 de diciembre de 2009, al acontecer los hechos objeto de análisis durante dicho período.
- **Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (LCC).** Se aplica la LCC 1995, y no la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (LCCC), porque los hechos acontecieron en el año 2008, antes por lo tanto de la promulgación de la nueva ley. En efecto, la Disposición Transitoria de la LCCC 2011 indica que la Ley no se aplicará a los contratos en curso en la fecha de su

entrada en vigor. Si esto es así, con mayor sentido no registró a un contrato cuya operatividad finalizó ya en ese momento.

- **Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.** Al promulgarse la mencionada Ley en una fecha posterior a la del acontecimiento de los hechos objeto de análisis en el presente dictamen, debe concluirse en su no aplicación a nuestro supuesto. Así se deduce del apartado segundo de la Disposición Transitoria Única de dicha Ley, que establece que el listado de obligaciones de transparencia establecidas en diferentes preceptos de la norma sólo serán exigibles “*en las relaciones precontractuales y en los contratos que se celebran a partir de la entrada en vigor de esta Ley*”.

- **Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.** La entrada en vigor de la mencionada Ley se produjo en fecha posterior a la de la producción de los hechos objeto de análisis en este dictamen. LA DT Tercera de dicha norma hace referencia a que la misma se aplicará a partir de su entrada en vigor; y, no, por lo tanto, con carácter retroactivo absoluto. De este modo, indica que los contratos celebrados entre las entidades de crédito y su clientela en fecha anterior a la del inicio de la aplicación de esta Ley continuarán siendo válidos (DT Tercera.1.), sin perjuicio de la necesaria adaptación de los mismos a las previsiones de la norma en un plazo máximo de 12 meses desde su entrada en vigor (DT Tercera.2.), y de pueda resultar aplicable, para el caso de que el cliente sea una persona física, el principio de norma más favorable, de nuevo a partir de la entrada en vigor de esta Ley (DT Tercera.1).

Tal vicisitud supone la problemática de encontrar la norma anterior que se ocupaba de la materia reseñada. No resulta aplicable, a estos efectos, la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea, ya que el ámbito de aplicación de la misma se circunscribía a las transferencias intracomunitarias en las que el país de origen fuera distinto al país de destino, y sin que por lo tanto se extendiera a aquellas transferencias meramente internas (art. 1), en que tanto la entidad o sucursal de origen como la de destino estuvieran radicadas en España. En consecuencia, existe un déficit normativo que tan sólo se cubre muy someramente por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de operaciones y protección de la clientela, en aquellas previsiones que puedan referirse a los servicios de pago (situadas, especialmente, en su Anexo Sexto). La insuficiencia normativa a que ello da lugar obliga a remitirse a los usos mercantiles y a la jurisprudencia que los ha tratado y reconocido.

- **Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (O.1989).** Esta norma fue derogada por la posterior Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (O.2011). La DT Única de la nueva Orden se limita a indicar que los índices y tipos de referencia que se hubieran publicado anteriormente a la fecha de entrada en vigor de esta norma continuarían siendo considerados como aptos a todos los efectos. Por lo que respecta a las normas sobre transparencia e información precontractual que también incorpora, habrá que entender aplicables las normas generales sobre derecho transitorio, a falta de

pronunciamiento expreso en la O.2011. Se ha venido entendiendo, en este sentido, que las normas supletorias en lo que al derecho transitorio se refiere son las disposiciones transitorias del CC. Por ello, aplicando analógicamente las DT Primera y Segunda del CC, se deduce que en nuestro supuesto regirá la O.1989 (en particular, la DT Segunda CC establece que *“los actos y contratos celebrados bajo el régimen anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma”*).

- **CC, C de C, CCCat, LN, LU, LEC, LCGC y RN.** Las eventuales reformas que han sufrido estas normas no han afectado sustancialmente a los preceptos que serán utilizados en este caso, de modo que no es necesario detenernos, en lo referente a estas normas, a analizar cuestiones transitorias.

2.2.1.2. Análisis del contrato concertado en este caso

En este apartado, realizaremos una valoración del contrato que se ha concertado en este caso. En primer lugar, identificaremos el tipo contractual que se ha utilizado, que, como se ha anticipado, es una apertura de crédito y no un préstamo. En segundo lugar, visualizaremos la modalidad configurativa elegida en este contrato. En tercer lugar, nos concentraremos en analizar las obligaciones que en este caso ha concertado el cliente.

2.2.1.2.1. Identificación de la operación concertada como un contrato de apertura de crédito. Rasgos esenciales

Debemos insistir aquí en que la operación suscrita en este caso no es un préstamo bancario, sino una operación notablemente más compleja, como es la apertura de crédito.

En efecto, hemos de ceñirnos al hecho de que en el contrato de apertura de crédito el banco (acreditante) no asume una obligación de entrega inmediata y única de la suma acordada, como ocurriría en el caso del simple préstamo o mutuo. La entidad crediticia se compromete, en cambio, a garantizar una disponibilidad sobre un capital durante un período de tiempo determinado. Esa disponibilidad implica que el cliente bancario (acreditado) podrá, discrecionalmente, solicitar la efectiva disposición total o parcial de ese capital que se le facilita, teniendo la facultad de realizar tantas solicitudes como prefiera durante el período de cobertura del contrato, mientras no exceda del tope máximo fijado (en este caso, 12.000 euros). La obligación de entrega por parte del banco es por lo tanto sólo mediata o accesoria: se supedita a la circunstancia de que el cliente solicite que se practiquen esas disposiciones efectivas. El deber esencial asumido por el acreditante consistirá en garantizar que puedan efectuarse esas disposiciones durante el período contractual, inmovilizando la suma máxima contratada hasta que dicho plazo finalice. A cambio, el acreditado deberá restituir, una vez finalizado el período de disponibilidad del capital, la suma de la que haya dispuesto efectivamente, deber de restitución que vendrá normalmente acompañado de la obligación de satisfacer el pago de los intereses y comisiones concertados.

Observamos, en nuestro caso, que COF garantizó a Don Florentino la disponibilidad sobre un capital de 12.000 euros durante un año. A lo largo de ese período, Don Florentino solicitó disponer hasta en tres ocasiones de parte del capital garantizado, entregándose por la entidad de crédito las cantidades de 3.000, 219 y 2.178 euros, cuya suma configura un importe total de 5.397 euros sobre los 12.000 garantizados que constituye el saldo deudor definitivo. Resulta pues evidente que nos encontramos ante un contrato de apertura de crédito y no ante un préstamo.

2.2.1.2.2. Modalidad configurativa del contrato de apertura de crédito seguida

La explicación ofrecida en el subapartado anterior sólo cubriría el contenido esencial del contrato de apertura de crédito. Sin embargo, esta operación de financiación, al constituir un contrato atípico, admite muy diversas configuraciones. De entre ellas, destaca sobremanera la modalidad denominada como apertura de crédito en cuenta corriente. Frente a la prototípica apertura de crédito simple, que respondería a esos rasgos esenciales reseñados con anterioridad, la apertura de crédito en cuenta corriente se beneficiará del soporte técnico-contable que implicará la constitución, simultánea a la concertación del contrato, de una cuenta corriente específica para esta operación en la que se reflejarán las vicisitudes que acontezcan durante el período de cobertura contractual. Resultan de ello una serie de ventajas añadidas, que podemos sintetizar en dos bloques fundamentales:

- Por un lado, la propia operativa de la cuenta corriente supondrá la posibilidad de efectuar anotaciones contables en la misma, practicándose los abonos y cargos correspondientes. Se facilitan en gran medida las operaciones de liquidación de la operación, lo que permite conceder al acreditado la facultad de reintegrar, durante el período de cobertura contractual, los importes de los que haya ya dispuesto. De este modo, el acreditado podrá disponer repetidamente de la suma contratada, pues, de igual modo que se cargarán en la cuenta corriente los importes que haya solicitado a la entidad bancaria, lo que aumentará el saldo deudor de la misma, podrá también abonar en la propia cuenta, total o parcialmente, las sumas de las que haya dispuesto, reduciendo entonces ese saldo deudor. Toda esta operativa, repetida de forma sucesiva hasta la finalización del período de cobertura contractual, multiplicará las posibilidades de financiación que otorga esta operación contractual¹.
- Por otro lado, se atribuirá a la entidad de crédito el deber de prestar el denominado servicio de caja. Esta circunstancia permitirá asemejar el funcionamiento de esta cuenta corriente al que corresponde a un depósito bancario que también se beneficie de este soporte. De este modo, podrá el

¹ Sobresale en este estrato la diferencia entre la apertura de crédito simple y la apertura de crédito en cuenta corriente. Como indican Javier GUTIÉRREZ GILSANZ y Yolanda MARTÍNEZ MUÑOZ, «Las operaciones de crédito activas (1). El préstamo bancario y la apertura de crédito», p. 177 a 179, en la apertura de crédito simple *“la disponibilidad máxima pactada indica el total del crédito que, sumando los distintos actos de disposición, concederá el banco en ejecución del contrato”*. En cambio, en la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá *“ir reconstruyendo la disponibilidad de la que hubiera hecho uso mediante la realización de reembolsos, totales o parciales, en dicha cuenta”*.

acreditado ordenar al banco la domiciliación de recibos o la realización de pagos a terceros, entre otras cuestiones.

¿Nos encontramos, en el presente caso, ante una modalidad de apertura de crédito en cuenta corriente? La respuesta debe ser positiva, pues podemos observar que el cliente bancario asume la obligación de restituir el saldo deudor definitivo que resulte al finalizar el período de cobertura durante el cual rige la obligación de disponibilidad de la entidad de crédito, y que el saldo deudor se genera a raíz de las órdenes de pago realizadas por el cliente (cosa que permite presuponer que también se concedió al cliente la facultad de abonar en la cuenta corriente durante el período de cobertura contractual los importes de los que se haya dispuesto, aunque no haya ejercido en este caso de tal facultad). Se trata de elementos caracterizadores del contrato de cuenta corriente bancaria, lo que permite deducir que, en efecto, nos encontramos aquí ante esta modalidad contractual.

2.2.1.2.3. Las obligaciones suscritas por el cliente bancario

El cliente ha asumido aquí dos obligaciones distintas. Por un lado, la obligación de restituir el capital efectivamente dispuesto. Por otro lado, la obligación de satisfacer los intereses remuneratorios pactados (a un TIN del 22,08%).

Estas obligaciones han resultado exigibles una vez finalizado el período de cobertura del contrato, ya que, de no haber sido así, el incumplimiento por parte del cliente se habría manifestado antes de finalizar dicha prestación a cargo de la entidad de crédito. Resulta evidente que, en ese supuesto, COF hubiera cancelado anticipadamente el contrato, cosa que resultaría posible sin la necesidad de agotar previamente el plazo durante el cual se obligó a cumplir con su prestación.

Acotado el ámbito material de las obligaciones del cliente bancario y su término inicial, procede ahora indicar que el cliente no ha asumido la obligación accesoria al pago de comisiones. En efecto, hemos de tener en cuenta que la reclamación dineraria instada por la entidad de crédito alcanza un total de 6.436,35 euros. Si el cliente debía restituir la cantidad de la que dispuso, cifrada en 5.397 euros, además de pagar los intereses devengados, establecidos en 1.031,20 euros, la suma de ambas cuantías otorga un valor total de 6.428,20 euros, siguiendo el esquema liquidatorio expuesto en la tabla siguiente:

Fecha inicial	Fecha final	Días	Capital base	Intereses anuales (%)	Intereses totales (cuantía)	Valor total
09-04-2008	08-05-2008	30	3.000	22,08	55,44	
09-05-2008	08-06-2008	31	3.219	22,08	60,37	
09-06-2008	08-07-2008	30	3.219	22,08	58,42	
09-07-2008	08-08-2008	31	3.219	22,08	60,37	
09-08-2008	08-09-2008	31	5.397	22,08	101,27	
09-09-2008	08-10-2008	30	5.397	22,08	97,94	
09-10-2008	08-11-2008	31	5.397	22,08	101,27	
09-11-2008	08-12-2008	30	5.397	22,08	97,94	

09-12-2008	08-01-2008	31	5.397	22,08	101,27	
09-01-2009	08-02-2008	31	5.397	22,08	97,94	
09-02-2009	08-03-2008	28	5.397	22,08	101,27	
09-03-2009	08-04-2008	31	5.397	22,08	97,94	
TOTAL		365			1.031,20	6.428,30

Obsérvese como tan sólo hay una diferencia de 8 euros entre el cálculo ofrecido y la reclamación efectuada por la entidad de crédito, lo que puede deberse a pequeños desajustes en cuanto a las fechas en las que se produjeron las dos últimas disposiciones por parte del cliente, que, a falta de datos concretos, se han presumido realizadas el primer día del nuevo período de liquidación que se origina mensualmente (es decir, el 9 de mayo y el 9 de agosto). Este pequeño desajuste no puede apartarnos de nuestra conclusión inicial, referida a que no se ha exigido al cliente bancario en este contrato el pago de comisiones. En efecto, el importe en el que se cifran éstas en el tráfico bancario es mucho más elevado que unos meros 8 euros, con lo cual resulta claro que no se han previsto en esta operación. Y no hay ningún tipo de obstáculo adicional que pudiera hacernos retroceder en este punto: la obligación referida al pago de comisiones es, como ya se ha indicado, meramente accesorio, no configurando entonces el contenido esencial de un contrato que en definitiva es atípico, con lo cual su establecimiento, aun siendo usual, queda en realidad a discreción de las partes.

No obstante, a pesar de estar ausentes en esta operación, las comisiones jugarán un papel muy importante para desvirtuar la calificación de usuraria de esta operación financiera, como veremos en el apartado 2.2.2.1 de este dictamen.

2.2.1.3. El interés como concepto. Aclaraciones terminológicas

Precisaremos en este apartado ciertas aclaraciones relacionadas con el concepto de interés que nos resultarán imprescindibles para dar respuesta a las cuestiones planteadas por la entidad. Hemos de partir del hecho de que el tipo de interés cuenta con distintas formas de expresión, la distinción entre las cuales se encuentra fundamentalmente en la identificación, más o menos pormenorizada, del coste real de la operación. En tal sentido, cabe partir de una diferenciación básica, como es la que atañe al contraste entre el tipo de interés nominal (o TIN) y el tipo de interés efectivo. Del interés efectivo se desglosan dos fórmulas, como son el Tipo Efectivo Definición Restringida (TEDR) y la Tasa Anual Equivalente (TAE), que constituyen índices de referencia para atestiguar el coste real de la operación.

Esencialmente, el interés nominal y el interés efectivo se diferencian en el hecho de que el tipo de interés nominal se calcula siempre en referencia a un período anual, por lo que no es capaz de reflejar la circunstancia de que pueden producirse períodos de liquidación de intereses inferiores al año (semestrales, trimestrales, mensuales...). El concepto que sí logra tomar en consideración dicha eventualidad es el interés efectivo, y por eso este último se calcula resolviendo el cociente entre el tipo nominal de interés y su frecuencia de capitalización.

De este modo, p. ej., si nos encontramos ante un tipo de interés nominal capitalizable semestralmente del 5 %, dicho interés toma como referencia un período anual. Para descubrir cuál es el tipo de interés aplicable en cada uno de los dos semestres del año, deberemos obtener el tipo de interés efectivo, que en este caso será del 2,5 %, importe resultante de la división entre el tipo de interés nominal (5) y el número de capitalizaciones en el transcurso de un año (que, al practicarse semestralmente, será de 2).

Sin embargo, cuando se establecen períodos de capitalización inferiores al año, ocurrirá que el tipo de interés efectivo anual será siempre superior al tipo de interés nominal. Es algo que podemos apreciar en nuestro caso, y para ello debemos proceder al cálculo del tipo de interés efectivo que rige esta operación. Para ello, sabemos que el tipo de interés nominal que se ha suscrito aquí es del 22,08 %, mientras que el tipo de interés efectivo mensual es del 1,84%. Al encontrarnos aquí ante un régimen de interés simple, pues éste no varía durante el transcurso de la operación, será posible calcular el tipo de interés efectivo anual a través del tipo de interés efectivo mensual.

Para calcular el tipo de interés efectivo anual, será necesario partir de la siguiente fórmula matemática:

$$I_1 = (1 + I_m)^m - 1$$

Siendo I_1 el tipo de interés efectivo anual, m la frecuencia de capitalización (número de períodos de capitalización producidos en un año) e I_m el tipo de interés efectivo reflejado en el número de períodos de capitalización que concurren a lo largo de ese año. En nuestro caso, m equivale a 12, ya que se producen 12 períodos de capitalización, al ser las liquidaciones mensuales. Sabiendo además que el tipo de interés efectivo mensual es del 1,84%, podremos resolver la fórmula a continuación:

$$I_1 = (1 + 0,0184)^{12} - 1 = 1,2446 - 1 = 0,2446 = 24,46 \%$$

Podemos observar lo ya anticipado anteriormente: el tipo de interés efectivo anual es siempre superior al tipo de interés nominal cuando se establecen períodos de capitalización inferiores al año (si estos períodos fueran anuales, obviamente, ambos tipos coincidirían).

El tipo de interés efectivo anual queda reflejado en una fórmula financiera denominada Tipo Efectivo Definición Restringida (TEDR), que es usualmente utilizada para expresar los tipos de interés medios que se suscriben en las diferentes operaciones de financiación.

Sin embargo, hasta este momento no hemos presentado una fórmula capaz de reflejar el coste real de la operación financiera, pues ni el TIN ni el TEDR reflejan los costes adicionales o suplementarios que se repercuten al cliente en la contratación bancaria, como ocurre singularmente cuando se establecen comisiones bancarias. La fórmula financiera que sí es capaz de reflejar el impacto que tienen estos costes adicionales sobre la operación se denomina Tasa Anual Equivalente (TAE). La TAE equivale a la suma del TEDR y del valor que supongan esos costes suplementarios. En consecuencia, la TAE será siempre igual o superior al TEDR. Será igual cuando no exista algún tipo de coste adicional repercutido al cliente, y será superior cuando estos costes sí que se hayan configurado.

Como en nuestro caso no se han pactado comisiones, tanto la TAE como el TEDR son del 24,46%.

2.2.1.4. La normativa tuitiva del consumidor. Las obligaciones precontractuales de información y de transparencia a cargo de la entidad de crédito

Debe también hacerse referencia en este dictamen a las obligaciones precontractuales de información y de transparencia asumidas por la entidad de crédito a través de un amplio catálogo de normas de heterogénea naturaleza. Es importante detenerse en analizar esta cuestión porque el cliente puede servirse de ella para pretender la nulidad de la cláusula contractual que fija el tipo de interés suscrito, considerando además que ,a lo largo de este dictamen, podrá observarse como ciertos aspectos tratados se reconducirán a materias desarrolladas en este subapartado.

Pues bien, la exposición de la normativa configuradora de estas obligaciones ha de comenzar indicando una premisa fundamental, referida a que en este caso el cliente bancario ostenta la condición denominada como consumidor o usuario de crédito. A tenor de lo dispuesto en el art. 3. TRLGDCU, *“son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno al de su actividad profesional o empresarial”*. De este modo, en la relación jurídica creada por la suscripción del contrato de apertura de crédito intervienen dos sujetos: uno, el banco, en el marco de su actividad profesional, razón por la que merecerá la consideración de empresario conforme a lo dispuesto en el art. 4 TRLGDCU; el otro, el consumidor, fuera del marco de esa actividad. En principio, Don Florentino no suscribe la operación bancaria en concepto de empresario, o para invertir el capital facilitado al mismo en su empresa o actividad profesional, lo que hace asimismo aplicable a este supuesto la LCC, conforme al art. 1 de la misma.

En definitiva, el análisis del contrato de apertura de crédito deberá circunscribirse a una óptica de protección al consumidor, facilitada por las normas existentes sobre la materia, y que principalmente son las dos leyes referenciadas en el párrafo anterior: el TRLGDCU y la LCC.

No acaba aquí la normativa tendente a proteger a la *“parte débil”* del contrato. Los contratos bancarios merecen la consideración, por la propia naturaleza de su fase de negociación, de contratos de adhesión. El contrato incorpora un clausurado no negociado individualmente, sino impuesto por una de las partes (el predisponente), al incorporarse a una generalidad de contratos sin que la otra parte de la relación (el adherente) tenga la capacidad para removerlo o negociarlo en otros términos. Nos encontramos, pues, ante condiciones generales de la contratación, lo que hace aplicable, sin más, a la LCGC. La aplicación de esta norma no exige la circunstancia de que nos encontremos ante una relación de consumo, de modo que es indiferente que el adherente sea o no un consumidor.

Todo este entramado normativo, junto a las normas sobre disciplina bancaria que resultan de aplicación, configuran una serie de deberes precontractuales de transparencia y de información que resultan plenamente aplicables a nuestro caso, razón por la cual la entidad bancaria deberá procurar su cumplimiento para evitar las consecuencias jurídicas establecidas para su vulneración.

En nuestro caso, debemos atender singularmente a la cláusula que fija el tipo de interés remuneratorio que regirá en el contrato. Al considerarse como una condición general de la contratación, su incorporación al contrato de apertura de crédito exigirá de una serie de requisitos, que principalmente consisten en el cumplimiento de esos deberes precontractuales de información a los que se ha hecho antes referencia (art. 60 TRLGDCU, en relación con los arts. 7.a. y 5.1 LCGC). Si este deber precontractual de informar no se cumple, sería posible la interposición de una acción de nulidad parcial por indebida incorporación, que determinará la ineficacia de la cláusula mencionada (art. 8.1 LCGC).

En consecuencia, este deber precontractual del banco debe materializarse en una proactividad por su parte dirigida a su cliente, con la finalidad de procurarle de un conocimiento y una comprensión suficientes y adecuados, referidos a la condición general que la entidad pretende incorporar al contrato.

Pero esta obligación parte de una exigencia previa: las condiciones generales deben redactarse de forma transparente, clara, concreta y sencilla (art. 5.5 LCGC). Más allá de ello, lo que resulta imprescindible es que el propio adherente haya tenido la oportunidad de conocer realmente el contenido de esa cláusula. Es algo que, de hecho, se deduce del art. 7 LCGC, en cualquiera de sus dos apartados. El predisponente debe informar al adherente no sólo sobre la existencia, sino también del contenido propio de la condición general que pretenda incorporarse al contrato. Si no es así, ante la especificidad de nuestro supuesto, hay que presumir que la cláusula sería incomprensible para el adherente, dado que carecerá de los conocimientos técnicos necesarios para entenderla. En definitiva, no se trata tanto de valorar a la cláusula objetivamente, de forma que deduzcamos que, tal y como está escrita, resulta incomprensible. Se trata de valorar esa comprensibilidad en relación al sujeto receptor de la misma. Esa es la explicación que subyace a la poca depurada redacción del art. 7.2 LCGC, que establece que no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas incomprensibles, salvo que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa sobre transparencia que se estime aplicable.

Conocemos ya, entonces, que el deber precontractual de información y transparencia aparece contemplado en la LCGC. Sin embargo, falta atestiguar cómo se concreta ese deber. En una relación en la que interviene un consumidor, la norma principal a la que debemos acudir para resolver esa cuestión es el art. 60 TRLGDCU. El primer apartado de este precepto reitera algo que ya deducimos, gracias a lo indicado en el párrafo anterior. Así, establece un mandato general referido a que el empresario deberá facilitar al consumidor, antes de producirse el acuerdo bilateral en virtud del cual nace el contrato, toda la información relevante que pudiera ser necesaria para que su receptor se forme un juicio adecuado sobre las características principales del contrato, de forma que el consumidor pueda encontrarse en una posición tal que le permita valorar la conveniencia o no de celebrar el contrato. Esa información deberá ser prestada de forma clara y comprensible, para asegurar su correcta recepción por el destinatario. Hasta aquí, nos encontramos ante una nueva invocación de la idea general antes expresada.

Sin embargo, después de indicar esa regla general, el precepto ofrece un listado *numerus apertus* en el que se mencionan determinados elementos relevantes, la información sobre los cuales deberá prestarse en todo caso por el profesional o empresario. En particular, es relevante la información referida al precio del contrato (art.

60.2.b), que deberá extenderse al coste total que suponga la operación al consumidor. Pero, a su vez, este precio completo deberá desglosarse en los conceptos específicos que lo formen, expresándose siempre los gastos que se repercutan al consumidor y los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares. Ciñéndonos a nuestro caso, la aplicación de este precepto implicará que la entidad bancaria deba prestar información sobre los intereses del contrato, que en definitiva constituyen el precio del mismo. Pero no bastará con limitarse a señalar el tipo de interés nominal al que resulte la operación. Ni siquiera bastará con expresar la TAE, puesto que dicha tasa no es capaz de reflejar de modo absoluto el coste total de la operación, al existir conceptos no comprendidos por la misma (seguros, p. ej.). Pero, expresado el coste total, será además necesario desglosar separadamente los elementos que se han utilizado para determinar el tipo de interés (como podrían ser el tipo habitual utilizado en estas operaciones, la repercusión en el tipo de interés fijado de los riesgos de la operación asumidos por la entidad, etc...)².

Más información nos aporta la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. Constituyendo la apertura de crédito una operación bancaria activa de carácter duradero, resulta plenamente de aplicación el art. Séptimo de esta norma gubernativa. Dos apartados del mencionado precepto resultarán de interés a nuestros efectos. En primer lugar, el apartado segundo del mismo establece que, cuando nos encontremos ante una operación de préstamo o crédito, la entidad de crédito deberá entregar obligatoriamente a su cliente un ejemplar de documento contractual en el que haya quedado formalizada la operación contratada. En segundo lugar, el apartado cuarto del artículo referenciado impone que, en este tipo de operaciones, se otorgue por la entidad de crédito una información relativa a ciertos extremos, de los que nos interesa exponer la referida al tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses, la periodicidad con la que se producirá el devengo de intereses, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses generados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe. Más allá de ello, como nos encontramos ante un tipo de contrato en el que resulta obligatoria la entrega del documento contractual por parte de la entidad, se impone otra obligación formal consistente en que en el mismo documento deberá constar, separada y destacadamente, *“la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de interés efectivo anual postpagable”*. Esta equivalencia deberá expresarse siempre *“con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación”*.

Vistas ya someramente algunas de esas concreciones del deber de información, procede reiterar la consecuencia, ya anticipada, al incumplimiento del mismo. La respuesta no será la abusividad de la cláusula, que obliga a un estricto control de fondo que resulta improcedente realizar aquí, ya que nos encontramos ante una cláusula que hace referencia al precio del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Ello no obsta, sin

² En el subapartado 2.2.2.2.1. desarrollaremos más estas cuestiones, que de hecho justifican que el contrato concertado no deba ser considerado como usurario. Procede también indicar que entre los conceptos determinantes del precio del contrato que deben desglosarse resulta imprescindible identificar a las comisiones. Pero ya hemos visto que en nuestro contrato éstas no se han pactado, con lo cual la referencia a las mismas se ha obviado en el texto principal.

embargo, a que sí deba realizarse un análisis que tomará en consideración aspectos extrínsecos a la propia cláusula, efectuándose un control de incorporación³ de la cláusula al contrato que, de no superarse, justificará que la solución tomada sea la de la nulidad de la cláusula a consecuencia de no superar los requisitos de incorporación (o de concurrir un supuesto de no incorporación, arts. 7 y 8 LCGC⁴). La nulidad supondrá la ineficacia de la cláusula, lo que a su vez comportará la liquidación de los efectos que, durante la ejecución del contrato, la cláusula haya generado (restitución de prestaciones: art 1.303 CC).

³ Expresa esta idea muy claramente el A AP Barcelona (sección 13ª) núm. 93/2015, de 31 de marzo (FJ 3), al indicar que *“la posible abusividad de los intereses remuneratorios, en tanto afecta a un elemento esencial del contrato -precio que debe pagar el prestatario-, no ha de efectuarse desde la proporcionalidad, el desequilibrio de las contraprestaciones o la reciprocidad, sino que ha de efectuarse a partir del control de transparencia, que implica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes a la hora de configurar estos contratos que permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicio ofertado, control de transparencia que no se reduce a la necesidad de que las cláusulas sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical”*.

⁴ Pese a que en ocasiones se diferencien los supuestos de no incorporación y los de nulidad de las condiciones generales de la contratación, como si ambas categorías fueran incompatibles, en realidad la nulidad es la consecuencia jurídica de la no incorporación. Esta conclusión es fácilmente deducible si se observan los términos del art. 8 LCGC. En efecto, es éste un precepto general, que ordena la nulidad de las condiciones generales de la contratación cuando contraríen una norma imperativa o prohibitiva, incluida en la propia LCGC, que no prevea otra consecuencia jurídica distinta (obsérvese como el precepto mencionado utiliza una terminología análoga a la del art. 6.3 CC). Como una cláusula indebidamente incorporada ha contrariado a la propia LCGC, no supera el control de incorporación que exige la misma. Por lo tanto, dicha cláusula debe estimarse como nula. La indebida incorporación es, pues, uno de los supuestos de nulidad de las condiciones generales de la contratación, como lo es también la abusividad en los contratos celebrados con consumidores.

2.2.2. Valoración de las cuestiones planteadas

Tal y como se anticipó en su momento, cuatro son las cuestiones que la entidad bancaria encarga resolver en el presente dictamen. Vistos ya los conceptos preliminares a los que era necesario hacer mención, procederemos al análisis individualizado de las mismas. Comenzaremos haciendo referencia al aspecto que podemos considerar como el soporte de todos los demás, constituido por los elementos de carácter procesal, de los que depende la admisión de las alegaciones efectuadas por la parte ejecutada. Una vez analizada esa problemática, nos enmarcaremos ya en el fondo de las cuestiones materiales planteadas por la entidad. En este sentido, el segundo subapartado de esta sección se dedicará al estudio de la usura en el presente contrato, y allí examinaremos si la misma concurre o no. Este apartado constituirá la pieza central del trabajo, porque la cuestión tercera es de fácil resolución, y porque las cuestiones cuarta y quinta merecen un tratamiento accesorio, ya que constituyen meras hipótesis que no se corresponden con la realidad del caso. Siempre bajo esa perspectiva, el tercer punto a tratar aquí versa sobre las incidencias que en el presente caso tendría el hecho de que Don Florentino residiera en España en situación irregular. En cuarto lugar, analizaremos si el supuesto en que el acreditante no fuera una entidad de crédito, sino un particular que no ostente la condición de empresario, alteraría también las soluciones del presente caso.

2.2.2.1. Elementos procesales

Como se indicó en el párrafo anterior, estimamos necesario hacer referencia a ciertos aspectos procesales de gran incidencia en nuestro caso, que fundamentalmente se enmarcan en el tipo de procedimiento que resulta aplicable a la pretensión de reclamación de cantidad dineraria efectuada por la entidad COF.

En efecto, hemos de tener en cuenta que, pese al carácter atípico del contrato de apertura de crédito, que no exige de requisitos formales en aras a su validez y eficacia *inter partes*, estos contratos acostumbra a formalizarse en escritura pública o póliza notarial. Más allá de la evidente ventaja en términos de prueba del contrato, estos soportes son considerados por la Ley procesal como títulos ejecutivos (art. 517.2 LEC, números 4 y 5). Siendo así, su utilización cumpliendo los requisitos exigidos normativamente permitirá la incoación directa de un procedimiento ejecutivo sin necesidad de ser requerida una previa sentencia en procedimiento declarativo.

Sin embargo, entre dichos requisitos a los que se supedita la admisibilidad de la demanda ejecutiva se encuentra la exigencia de que la deuda recogida por los títulos ejecutivos sea líquida (art. 571 LEC), entendiéndose como tal *“toda cantidad de dinero determinada que se exprese con letras, cifras y guarismos comprensibles”* (art. 572.1 LEC). El cumplimiento de este requisito puede resultar un problema en un contrato como el nuestro, puesto que el saldo deudor, que constituirá la deuda exigible al acreditado en concepto de principal, no se determina hasta una vez finalizado el período de cobertura establecido. Ello significará que el contrato de apertura de crédito inserto en póliza notarial o en escritura pública no podrá reflejar la deuda total contraída por el

cliente, puesto que será imposible determinarla hasta que acontezca el término final de la prestación de disponibilidad de la entidad crediticia.

El art. 572.2 LEC, sin embargo, salva esta dificultad, al permitir el acceso a la ejecución de este tipo de operaciones con saldos pendientes en el momento de su formalización siempre que se cumplan una serie de condiciones. En este sentido, se requerirá que, agotada la prestación caracterizadora de este tipo de contratos, el acreedor ejecutante realice unilateralmente las operaciones de liquidación pertinentes, sujetas claro está a la normativa de contabilidad, y en base a las cuales podrá identificar el saldo deudor resultante a cargo del acreditado. Ahora bien, para que resulte posible la realización de tal liquidación unilateral, la ley en todo caso exige que en la póliza de crédito o escritura pública en que aparezca formalizado el contrato se refleje el denominado pacto de liquidez. Dicho pacto contendrá las previsiones a las que se deberá sujetar la entidad cuando realice esas operaciones liquidatorias, legitimándola también para llevarlas a cabo de forma unilateral⁵. Pero el acceso a la ejecución de estas operaciones se supeditará todavía a un requisito adicional: la presentación de la documentación acreditativa de que la liquidación se ha efectuado de conformidad con las previsiones suscritas por las partes en el momento de la formalización del contrato (art. 573 LEC).

En nuestro caso, la entidad de crédito ha interpuesto una demanda ejecutiva, al haberse formalizado el contrato de apertura de crédito utilizando alguno de los soportes que la Ley reconoce como títulos de ejecución. A partir de aquí, el hecho de que nos encontremos en el momento procesal correspondiente a la oposición a la ejecución a cargo de la parte ejecutada significa que la demanda ejecutiva fue admitida por el Juez, puesto que éste habrá dictado ya el correspondiente auto conteniendo la orden general de ejecución y autorizando el despacho de la misma⁶ (art. 551.1 y 2 LEC). Tal circunstancia significa que la entidad ha cumplido con los requisitos formales expuestos en los párrafos anteriores, puesto que, como se dijo, dicho cumplimiento es necesario para la admisión de la demanda ejecutiva.

Siendo así, cabe centrarnos ahora en la oposición a la ejecución realizada por Don Florentino. Hemos de partir de que la regulación del proceso ejecutivo realizada por la LEC establece un listado tasado de causas de oposición, que se dividen en causas materiales (referidas a la relación subyacente formalizada en título ejecutivo, e insertas en el art. 557 LEC) y causas procesales (referidas a las vicisitudes del propio título ejecutivo, e insertas en el art. 559 LEC). Pues bien, no todos los motivos de oposición de Don Florentino resultan incardinables en ese listado *numerus clausus*. En este sentido, no cabría catalogar como prevista en la enumeración normativa a la pretensión de nulidad por usura con causa en el establecimiento de un interés notablemente superior al normal y completamente desproporcionado con las circunstancias del caso, puesto que se trata de un motivo referido a la relación subyacente no contemplado entre

⁵ Estimamos necesario reservar, por razones expositivas, la exposición de esta documentación adicional al subapartado 2.2.2.2.2., ya que la misma resulta fundamental en aras a combatir la pretensión del consumidor de impugnar la operación financiera por presumirse entregada mayor cantidad que la realmente recibida.

⁶ De los hechos de los que parte este dictamen no podemos deducir que el Tribunal apreciara la posible abusividad de alguna cláusula contractual, lo que supondría la necesidad de seguir los trámites a tal efecto establecidos en el art. 552.1.II LEC.

las causas de oposición materiales⁷. Idéntica suerte debe ocurrir con la pretensión de nulidad por presuponerse recibida mayor cantidad que la entregada. Don Florentino podría haberse opuesto fundándose en la pluspetición⁸ (art. 557.1.3. LEC), pero sin pretender la nulidad del negocio jurídico insertado en el título ejecutivo, puesto que ésta sólo alegarse en el caso de que proceda de la abusividad de las cláusulas que aparecen en el mismo título. Como desvirtuaremos en su momento⁹ tal pretensión de abusividad, la conclusión de toda esta exposición será que Don Florentino no puede oponerse a la ejecución por los motivos que ha invocado¹⁰. En su caso, podrá iniciar un proceso

⁷ En este sentido, es interesante aportar el A AP de Ciudad Real (sección 1ª) de 27 de septiembre de 2006, FJ 1 y 2, JUR 2006/286712. Esta resolución judicial indica que “no cabe dar respuesta a las cuestiones suscitadas sobre los intereses abusivos, la naturaleza de moratorios o remuneratorios o cualquier otra condición del contrato como la concurrencia de cláusulas leoninas, todo lo cual únicamente es permitido hacerlo en el juicio ordinario correspondiente, ya que los motivos de oposición tienen que sostenerse en las causas especificadas en el art. 557 LEC, por lo que no es posible entender se produce incongruencia cuando no se decide por el órgano judicial sobre materia que no es competente hacerlo por razón del procedimiento seguido”. Más recientemente, el A AP de Castellón (sección 3ª) núm. 156/2015, de 30 de junio (FJ 2), en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se alegó como causa de oposición el carácter usurario de un préstamo, indica que, al no encontrarse la usura entre las causas de oposición de dicho procedimiento ejecutivo especial que ordena el art. 695 LEC, dicha alegación no podrá utilizarse para impedir la ejecución.

⁸ Causa de oposición que en todo caso podría desvirtuarse con la aportación de los documentos referidos a la liquidación que exige el art. 573 LEC, como indica el A AP de Madrid (sección 14ª) de 31 de enero de 2012, FJ 2, JUR 2012/95126. Analizaremos las exigencias del mencionado precepto en el subapartado 2.2.2.2.2. del presente dictamen.

⁹ Se resolverá esta cuestión en el subapartado 2.2.2.2.2. del presente dictamen, y se ha anticipado ya en el subapartado 2.2.1.4. Someramente nos remitiremos aquí a lo establecido por el A AP de Castellón (sección 3ª) de 30 de junio de 2015, FJ 2, JUR 2015/125320, según el cual “no procede declarar la abusividad de la cláusula que establece el interés remuneratorio ya que en principio no se pueden someter los intereses remuneratorios a control judicial siempre y cuando hayan sido redactados de manera clara y transparente dado que forman parte del precio y el art. 4.2 de la Directiva 93/13 CEE no permite la apreciación del carácter abusivo de cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato..

¹⁰ Ni siquiera resultaría admisible la oposición por motivos procesales fundada en la nulidad radical del despacho de la ejecución por no cumplir el título de ejecución los requisitos legales necesarios para llevar aparejada ejecución (art. 559.3 LEC). En este sentido, es el art. 517 LEC el que establece dichos requisitos, que en el caso de las escrituras públicas y de las pólizas intervenidas por notario deberán completarse con lo dispuesto en la normativa notarial.

- En referencia a las escrituras públicas, debe distinguirse entre que éstas sean primera o segunda copia. Las primeras copias resultan idóneas como título de ejecución siempre que hayan sido expedidas con tal carácter (art. 517.1.4 LEC y art. 17.1.IV LN). En caso de ser segundas copias, la idoneidad ejecutiva de las mismas requerirá, además, el cumplimiento de dos condiciones alternativas: por un lado, que la segunda copia de la escritura se haya expedido en virtud de requerimiento judicial, y practicada citación de la parte a quien deba perjudicar; por otro lado, que la segunda copia de la escritura se haya expedido extrajudicialmente con la conformidad de todas las partes.
 - Constituye primera copia “el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes”, debiendo ser expedida, para su eficacia como título ejecutivo, con tal carácter (art. 17.1.IV LN).
 - En cuanto a la segunda copia, el requerimiento judicial al que hace referencia el art. 517.2.4 LEC se desarrolla por el art. 235 RN, que establece dos reglas de competencia judicial alternativas. Por un lado, una regla subsumible en la competencia funcional, al indicar que podrá ocuparse de dicho requerimiento el Juez que conozca de los autos a los que la copia deba aportarse. Por otro lado, establece una regla de competencia objetiva y territorial, atribuyéndose al Juez de Primera Instancia del lugar en donde radique el protocolo notarial el conocimiento del requerimiento. El RN establece también varios requisitos en torno a la segunda copia obtenida por conformidad de las partes en su art. 234, que requiere básicamente que los otorgantes de la escritura a quienes perjudique la misma comparezcan ante el Notario que legalmente tenga en su poder el protocolo para que éste expida una nota en la escritura matriz que conste dicha conformidad.

declarativo pretendiendo la nulidad del contrato y la devolución de las cantidades dinerarias que constituyeron el objeto de su prestación (art. 564 LEC), y que habrán sido ya satisfechas a la entidad de crédito a través de este procedimiento de ejecución forzosa en la medida en que se localizaran el patrimonio y los bienes del ejecutado sobre los cuales pudieran practicarse los medios de ejecución previstos por la norma.

Nosotros, aun así, nos enmarcaremos en el fondo del asunto para analizar las alegaciones de la parte ahora ejecutada y determinar si son o no procedentes. Tales cuestiones han resultado fundamentales para la entidad crediticia al solicitar este Dictamen, de modo que, independientemente de que se trate de una materia que deba discutirse en juicio ordinario, resulta pertinente valorar cada uno de los fundamentos en que el consumidor se basa para determinar la nulidad del contrato.

2.2.2.2. El carácter usurario del contrato de apertura de crédito

Se entiende que un determinado contrato de financiación es usurario cuando concurre alguna de las tres condiciones¹¹ que a tal efecto se deducen del art. 1 LU, que de modo sucinto son las siguientes:

-Se ha estipulado un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

-El contrato se ha celebrado en condiciones tales que resulta 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.

-
- Por lo que respecta a las pólizas, indica el art. 517.2.5 LEC que deben estar firmadas por las partes y por corredor de comercio de comercio que las intervenga, debiendo acompañarse “*certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos*”. El ajuste de este precepto a la legislación notarial actual resulta evidente, considerando en primer lugar que el estatuto jurídico de los corredores de comercio ha desaparecido por virtud de la Ley 53/1999, absorbiendo sus funciones los notarios. Las referencias hechas por la LEC a los corredores de comercio deben entenderse realizadas, entonces, a los notarios, tal y como refrenda actualmente el art. 17.1.V LN. Por lo demás, como indica Juan MONTERO AROCA, *El proceso civil*, p. 1291 y 1292, la póliza aportada al proceso no será la insertada en el documento público original, que es conservado por el notario. El título ejecutivo aportado será entonces el testimonio expedido por el notario del original de la póliza o la copia autorizada de la misma (art. 17.1.VII LN), sin necesitar de esa certificación adicional a que hace referencia el art. 517.2.5.

¹¹ No parece ser esta la conclusión a la que deberíamos llegar si atendemos a la literalidad de la Ley. En efecto, el art. 1 LU tiene sólo dos párrafos, estando comprendidos en el primero las dos primeras causas de nulidad de la operación financiera (usura en sentido estricto y leoninidad), y en el segundo la tercera (falsedad). En efecto, como señala Marta ORDÁS ALONSO, *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, p. 311 a 319, en un primer momento la interpretación jurisprudencial mayoritaria abogaba por la existencia de solo dos causas de nulidad, exigiéndose en la primera cumulativamente tres condiciones: que el interés fijado fuera notablemente superior al dinero, que resultara desproporcionado con las circunstancias del caso y que se hubiera celebrado en condiciones tales que resultara leonino. Sin embargo, con el paso de los años, la jurisprudencia fue apartándose de esa tesis inicial, para concluir ahora en la efectiva existencia de tres causas de nulidad. Sirven de ejemplo en este sentido la S AP de Madrid (sección 12ª) de 14 de julio de 2009, FJ 5, JUR 2009/447088, la S AP de Barcelona (sección 13ª) de 22 de noviembre de 2011, FJ 2, JUR 2012/19539, y la S AP de Málaga (sección 5ª) de 1 de diciembre de 2014, FJ 3, AC 2015/242.

-Se ha supuesto recibida una cantidad superior a la verdaderamente entregada, independientemente de otras circunstancias.

El carácter usurario del contrato implicará su nulidad absoluta, por lo que, apreciada ésta, será aplicable el régimen liquidatorio establecido en el art. 3 LU, resultando subsidiario el régimen del CC en aquello que no haya sido previsto expresamente por la ley especial. La especificidad de los contratos de financiación supone una importante alteración de la regla general establecida a estos efectos en el art. 1303 CC. Así, pese a que, apreciada la nulidad, cada contratante deberá devolver sus prestaciones a la contraparte (art. 1303 CC), el prestatario o acreditado no deberá acompañar a tal reintegración el pago de los intereses generados por la prestación del prestamista, ni siquiera los legales (art. 3 LU), lo que es fundamentalmente debido a que la prestación del prestatario consiste precisamente en el pago de intereses, por lo que resultaría ilógico exigir al prestatario transmitir al prestamista lo que éste le ha debido reintegrar en virtud de la nulidad. El prestatario tan solo deberá devolver la suma recibida¹²; y, si hubiera satisfecho parte de ésta, el prestamista habrá de devolver al prestatario aquello que exceda del capital prestado, acompañado, esta vez sí, de los intereses legales que tal exceso hubiera podido devengar.

¿Debemos apreciar en este caso la concurrencia de alguna causa de nulidad por usura? A primera vista, en virtud de las causas de oposición expuestas por Don Florentino, podrían concurrir dos de las tres causas que se han expuesto anteriormente: por un lado, el interés podría considerarse como notablemente superior al normal del dinero y ser manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso concreto. Por otro, al no haberse acreditado el pago de la cantidad correspondiente a la última petición de disposición por parte del cliente, podría entenderse que se ha supuesto recibida una cantidad superior a la realmente entregada, lo que también ocasionaría la nulidad del contrato. Es necesario, pues, analizar la posible procedencia de alguna de estas dos causas de nulidad por usura, lo cual exige un análisis individualizado de cada una de ellas.

2.2.2.2.1. Interés remuneratorio notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso concreto

Como se ha anticipado, la apreciación de esta primera causa de nulidad por usura exige del cumplimiento cumulativo de dos condiciones: por un lado, el interés remuneratorio fijado debe ser notablemente superior al normal del dinero. Pero, además, dicho interés habrá de ser manifiestamente desproporcionado en relación con la contraprestación a la que se haya obligado la entidad de crédito y en general respecto con las circunstancias del caso. Evidentemente, estos caracteres del interés habrán de

¹² Aplicando este precepto tal y como se ha indicado podemos citar a la STS (sala 1ª) de 14 de julio de 2009, FJ 3, RJ 2009/4467, que indica expresamente que *“la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el de que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar cualquier clase de intereses, usurarios o legítimos”*.

observarse no en el momento de la impugnación, sino en el de la perfección del contrato en el que se incorpora¹³.

Centrándonos en la primera de las condiciones, relativa a que el interés ha de ser notablemente superior al normal del dinero en el momento de contratar, su problemática central radica en encontrar unos índices de referencia idóneos para determinar ese “*interés normal del dinero*” que exige el precepto. Sólo así podrá la autoridad judicial efectuar la operación de comparación entre ese índice y el tipo de interés suscrito en el caso que enjuicie; sólo así, por lo tanto, podrá determinar si un tipo de interés es o no usurario por esta causa

No extraña entonces que la doctrina y la jurisprudencia hayan propuesto varios índices de referencia en base a los cuales efectuar dicha operación de comparación. Uno de los primeros en utilizarse en un inicio fue el interés legal del dinero. Sin embargo, en un sistema de fijación libre del interés, no debe resultar equiparable el interés normal al interés legal, puesto que, si así fuera, no se estaría más que estableciendo *de facto* un sistema de fijación objetiva de unos tipos máximos de interés¹⁴.

Descartado el interés legal como elemento sobre el cual efectuar la comparación, resultará más útil atender a otros índices comparativos que reflejen más fielmente los usos mercantiles del momento en que se concierte la operación de financiación. De este modo, se identifica el interés normal con el interés de mercado¹⁵.

Pero el interés de mercado no puede hacerse coincidir con el tipo medio fijado por las entidades de crédito para toda operación de financiación abstractamente considerada. Será necesario acotar la búsqueda concretando el tipo de operación específica con el que nos encontremos¹⁶. Nosotros disponemos del tipo de interés medio de los

¹³ Tal conclusión es expresada claramente por la S TS (sala 1ª) de 7 de marzo de 1998, FJ 2, RJ 1998/1267, al indicar que “*para calificar de usurario el préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser el en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, pues otra cosa implica infracción de los arts. 2.3 y 3.1 del Código Civil*”. Tales prerrogativas han sido seguidas por la jurisprudencia menor, de la que son expresión la S AP de Madrid (sección 12ª) de 14 de julio de 2009, FJ 6, JUR 2009/44708 y la S AP de Málaga (sección 5ª) de 1 de diciembre de 2014, FJ 3, AC 2015/242.

La doctrina expresa idéntico parecer. Ver, en este sentido, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*, p. 71 y 72.

¹⁴ Opinión compartida por ORDÁS ALONSO, *op. cit.*, p. 322 y 323, y que la jurisprudencia asume como lógica. Así, p. ej., la S AP de Asturias (Sección 7ª) de 10 de junio de 2013, FJ 2, JUR 2013/245139, manifiesta que la parte actora no ha aportado “*el tipo de interés habitual en este tipo de operaciones (préstamos hipotecarios) en la fecha en que se firmó la póliza*”.

¹⁵ Tal conclusión se infiere claramente de la S AP de Cádiz (sección 8ª) de 29 de mayo de 2013, FJ 2, AC 2013/1994. Ésta indica que, para determinar si los intereses remuneratorios “*son o no usurarios, el termino de comparación no lo es el interés legal del dinero pretendido por el recurrente, sino el normal o habitual, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia, así como la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate, momento de la celebración del contrato, circunstancias concurrentes y demás cláusulas contractuales*”. En similares términos, merece mención la STS (sala 1ª) de 2 de octubre de 2001, FJ 2, RJ 2001/7141.

¹⁶ Observación realizada por ORDÁS ALONSO, *op. cit.*, p. 328 y 329. En palabras de la citada autora, “*habrán de ser tenidos en cuenta los concretos intereses de que se trate para operaciones de igual naturaleza, de la misma manera que no se podrían comparar operaciones con un tipo de interés que permanece invariable (con otras) con un interés variable, ni con un plazo de duración muy diferente, con riesgos muy diferentes, etc.*”.

préstamos personales fijados por las entidades de crédito durante el año 2008, que se situó en el 10,48 %. Pero, precisamente, el hecho de que un préstamo y una apertura de crédito no sean operaciones análogas o equiparables implicará que no sea éste el índice que debemos utilizar en nuestro supuesto. Así, idealmente, el valor comparativo que reflejaría en nuestro caso el interés de mercado sería el tipo medio de interés que se suscribe precisamente en contratos de apertura de crédito.

¿Cómo podríamos acotar ese interés medio en operaciones de crédito en nuestro caso¹⁷? Fundamentalmente, a través del Boletín Estadístico del Banco de España. La información del Boletín está disponible en la página web del Instituto Nacional de Estadística, en que puede accederse a una tabla que refleja el TEDR¹⁸ medio aplicado en las operaciones entre entidades de crédito y residentes de la UE¹⁹. Encontramos así que el TEDR medio fijado en abril de 2008 (fecha en que se suscribió este contrato) para las operaciones de préstamo y créditos a hogares e ISFLSH que se concreten en descubiertos y líneas de crédito era del 14,10%.

Pudimos calcular anteriormente el TEDR de nuestra operación, que resultó ser del 24,46 %. En consecuencia, si se prescinde de un análisis más detallado, deberíamos concluir que un tipo de interés como el pactado en nuestro caso, que excede en más de diez puntos al interés efectivo anual medio suscrito en operaciones semejantes en el momento de la concertación del contrato, es notablemente superior a este último. Sin embargo, la singularidad de nuestra operación provoca que dicha conclusión sea precipitada. En efecto, en este caso no se ha pactado ningún tipo de comisión. Ello quiere decir que el valor del TEDR y el valor de la TAE son iguales en nuestra operación, es decir, son ambos del 24,46%.

No podemos decir lo mismo del TEDR medio correspondiente a las aperturas de crédito. En efecto, en estos contratos se pactan usualmente tres tipos de comisiones principales, como son la comisión de apertura, la comisión de estudio y la comisión de disponibilidad²⁰. El Portal del cliente bancario del Banco de España refleja el porcentaje

¹⁷ Sobre la forma de aportar al proceso ese interés medio de operaciones análogas o similares a la que concurre en el caso enjuiciado, existen distintas alternativas. Cierta jurisprudencia hace referencia a la necesidad de aportar una certificación del Banco de España que acredite tal interés medio, véase en este sentido a la S TS (sala 1ª) de 25 de septiembre de 1987, FJ 3 (RJ 1987/6272), a la S AP de Madrid (sección 18ª) de 1 de abril de 1998, FJ 1 (AC 1998/4782) y a la S AP de A Coruña (sección 6ª) de 5 de noviembre de 2002, FJ 4 (JUR 2003/62967). Más modernamente, se viene admitiendo la aportación de mera fotocopia de la información contenida en el Boletín Estadístico del Banco de España, que se utiliza como objeto de consulta en la S AP de Asturias (sección 7ª) de 10 de junio de 2013, FJ 2, JUR 2013/245139, y en el A AP de Castellón (sección 3ª) de 13 de febrero de 2015, FJ 3, JUR 2015/124320. Interesa retener de la última sentencia aportada, además, que la prueba del dato del tipo de interés medio de las operaciones financieras corresponde a la parte que alegue la nulidad por usura. No resulta aquí aplicable el principio de facilidad probatoria, puesto que *"la prueba de tal dato no ofrece dificultad alguna, por lo que no cabe aquí alterar la regla general de distribución del "onus probandi" que establece el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

¹⁸ Como se dijo en su momento, TEDR es la sigla de Tipo Efectivo Definición Restringida. El TEDR equivale a la TAE descontando el importe de las comisiones bancarias.

¹⁹ Esta información aparece disponible en el siguiente enlace web:
<<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t38/bme2/t30/b092/10/&file=0902003.px&type=pcaxis&L=0>>

²⁰ Como reflejaremos más detalladamente más adelante, la comisión de disponibilidad no se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la TAE, ya que así lo establece la letra c) del apartado 4 de la norma Octava de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Dicha Circular fue emitida por el Banco de España.

medio que representaron sobre el capital contratado las dos primeras comisiones en abril de 2008. Nos encontramos, en este sentido, que el importe medio de la comisión de apertura representa un 2,77% sobre el capital²¹, y que el importe medio de la comisión de estudio representa un 0,69 % sobre el capital²². Forzosamente, entonces, la TAE de las aperturas de crédito ha de ser mayor que su TEDR.

Ni el Banco de España ni el Instituto Nacional de Estadística proporcionan información sobre la TAE media de las aperturas de crédito suscritas en abril de 2008. Gozamos sin embargo de los datos necesarios para calcularla. Lo realizaremos a partir de un sencillo ejemplo.

Supongamos una apertura de crédito con capital de 10.000 euros, cuyo TEDR es del 14,10 % (el tipo medio en las aperturas de crédito). Imaginemos que se pactan comisiones de apertura y de estudio con el importe medio sobre el capital reflejado antes (2,77% y 0,69%, respectivamente). Ello implicaría un coste en valores absolutos de 277 euros, en el caso de la comisión de apertura, y de 69 euros, en el caso de la comisión de estudio. La suma de esos dos importes será de 346 euros. Imaginemos, para simplificar los cálculos, que el cliente bancario dispone totalmente del capital.

Pues bien, el cálculo de la TAE resultará de practicar una equivalencia entre las prestaciones de la entidad de crédito y del cliente. La prestación de la entidad de crédito será el capital efectivamente dispuesto menos las comisiones, de lo que resultará una cantidad de 9.654 euros (10.000 – 346). La prestación del cliente será el retorno del capital (10.000 euros) más el interés efectivo anual devengado sobre el capital (14,10 % sobre 10.000 euros, es decir, 1.410 euros). Como un importe y otro no son iguales (9.654 euros y 11.410), es necesario hallar un modo de hacerlos equivaler. Lo conseguiremos mediante la TAE, utilizando la fórmula siguiente:

$$\text{Valor prestación del acreditante} = \text{Valor prestación del acreditado} * (1 + TAE)^{-1}$$

La TAE aparece comprendida en un paréntesis, al que habrá que sumar 1. La suma 1 + TAE aparecerá elevada por la frecuencia de la operación en números negativos (en este caso, -1). Así se conseguirá un importe superior a 0 e inferior a 1 por el que multiplicaremos la prestación del cliente. Esa multiplicación equivaldrá a la prestación de la entidad de crédito.

En consecuencia, nos encontramos con la siguiente ecuación:

$$9.654 = 11.410 * (1 + TAE)^{-1}$$

Resolviéndola, hallaremos la TAE:

$$\frac{9.654}{11.410} = (1 + TAE)^{-1}$$

²¹ Esta información aparece disponible en el siguiente enlace web:

<http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Comisiones_banca/Informacion_Esta/estadistica/Historico_de_tarifas/tarifas/Apertura.html>

²² Esta información aparece disponible en el siguiente enlace web:

<http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Comisiones_banca/Informacion_Esta/estadistica/Historico_de_tarifas/tarifas/canal-oculto/Estudio.html>

$$\left(\frac{9.654}{11.410}\right)^{-1} = 1 + TAE$$

$$1,181893516 = 1 + TAE$$

$$TAE = 1,181893516 - 1 = 0,181893516 \approx 18,2\%$$

La TAE media de las operaciones de apertura de crédito es del 18,2 %. La de nuestro contrato es del 24,46%. Nos encontramos ante una diferencia de poco más de 6 puntos que no ha de considerarse suficiente a efectos de considerar al interés de nuestra operación como notablemente superior al dinero. Como indica la jurisprudencia, los calificativos que utiliza el art. 1 LU hacen referencia “a lo que es desmedido en lo desmesurado con grado sumo²³”.

Si, conforme a lo indicado en los párrafos anteriores, debe resultar improcedente calificar al interés como notablemente superior al normal del dinero, más claro resulta todavía concluir que el tipo fijado no es manifiestamente desproporcionado²⁴ con las circunstancias del caso. Podemos en este sentido invocar una pluralidad de razones que justifican el tipo de interés fijado en esta operación:

- En primer lugar, debe recordarse que, como se indicó en su momento, por normativa reglamentaria no se incluye a la comisión de disponibilidad en el cálculo de la TAE. A falta de datos que reflejen el importe medio de esta comisión en el momento de celebración de la operación, es necesario indicar que el practicado actualmente por las entidades de crédito españolas más representativas representa un porcentaje medio de un 4% sobre el capital medio no dispuesto en las distintas capitalizaciones realizadas a lo largo de un año²⁵. El coste medio real soportado por el cliente bancario en las operaciones de

²³ Expresión utilizada por la S TS (sala 1ª) de 1 de febrero de 2002, FJ 3, RJ 2002/2879, que ha sido reiterada por la jurisprudencia menor por, entre otras, la S AP de Granada (sección 3ª) de 14 de marzo de 2014, FJ 2, AC 2014/594.

²⁴ Como se deduce de la terminología legal, la desproporción debe ser ostensible, debiendo procederse a la ponderación entre el tipo de interés fijado y las circunstancias del caso. Sólo en el supuesto de que se concluya que dicha ponderación conduce a un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones por representar el interés exigido al prestatario una cuantía mucho más elevada que la contraprestación a la que se obliga el prestamista, deberá concluirse que el interés es usurario. Indica esta idea la STS (Sala 1ª) de 23 de noviembre de 2009, FJ 2, RJ 2010/140.

²⁵ En este sentido, las tarifas de comisiones del BBVA, el Banco Santander y CaixaBank fijan una comisión por disponibilidad del 1% trimestral (es decir, 4 % anual) sobre el saldo no dispuesto. Estas entidades se consideran aquí como las más representativas, puesto que son los tres únicos bancos españoles que contribuyen a la formación del EURIBOR.

La tarifa de comisiones del BBVA aparece en el siguiente enlace PDF:

<<https://www.bbva.es/estaticos/mult/epigrafe-65-cuentas-credito-prestamos-en-moneda-extranjera.pdf>>.

La correspondiente al Banco Santander aparece en el siguiente (epígrafe 17, para el contrato de apertura de crédito):

<<https://www.bancosantander.es/cssa/BlobServer?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

Disposition&blobheadername2=portal&blobheadervalue1=inline%3Bfilename%3DPrecios_Estandar.pdf&blobheadervalue2=1289240705697&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1305548309373>.

Finalmente, la tarifa de comisiones de CaixaBank aparece en el siguiente enlace web (epígrafe 13, para el contrato de apertura de crédito):

<https://portal.lacaixa.es/general/tarifasycomisiones/epigrafes_es.html>

apertura de crédito será, en consecuencia, considerablemente más elevado que el meramente reflejado en la TAE. El hecho de que en nuestra operación no se haya fijado este tipo de comisión aproxima en gran medida los costes reales que asumió Don Florentino con respecto a los soportados normalmente en el tráfico bancario a raíz de este contrato.

- En segundo lugar, debe hacerse referencia a los mayores riesgos que asume la entidad crediticia al suscribir esta operación²⁶. Ello se verifica en dos estratos distintos: en la falta de pacto de la comisión de disponibilidad y en la ausencia de suscripción de algún tipo de garantía, personal o real.
 - La falta de pacto de la comisión por disponibilidad resulta determinante a estos efectos. En efecto, no se ha configurado ningún tipo de mecanismo que compense el coste de oportunidad negativo que le provoca a la entidad la inmovilización de un capital del que luego el acreditado no dispone. Como en esta operación los intereses sólo se devengan con base en el saldo deudor que refleje la cuenta corriente en que se inserta la operación, es decir, sobre la parte del capital que ha sido efectivamente utilizada por el acreditado, nos encontramos con que ese remanente que no se aprovecha no generará ningún tipo de rendimiento a la entidad COF. Esa vicisitud no es compensada a través de la configuración de esa comisión de disponibilidad, sino que resulta considerada para fijar un mayor tipo de interés.
 - De igual modo, la ausencia de suscripción de algún tipo de garantía, sea ésta personal o real, aumenta también visiblemente esos riesgos. Nos encontramos aquí ante un ejemplo de los denominados “*créditos rápidos*”, que se otorgan al poco tiempo de su solicitud por el cliente bancario y sin grandes exigencias, algo que se verifica en la ausencia de, p. ej., comisión de estudio. Tal facilidad de concesión ha de repercutir, evidentemente, en un incremento del tipo de interés²⁷.

²⁶ Los riesgos asumidos por la entidad son una referencia que, en el marco de la libertad de fijación del interés que impone el art. 315 C de C, podrá ésta tener en cuenta para ofrecer un mayor o menor tipo de interés, según dichos riesgos sean mayores o menores, respectivamente.

²⁷ Estas circunstancias son consideradas por la jurisprudencia para justificar la fijación de un interés superior en el caso concreto, reconociendo que tales prácticas no son *per se* desproporcionadas. La S AP de Murcia (sección 5ª) de 18 de septiembre de 2012, FJ 2, JUR 2012/370011, así lo indica, en el marco de un préstamo de disponibilidad inmediata y sin exigencia de garantías. Reconoce también la S AP de A Coruña (sección 6ª) de 5 de noviembre de 2002, FJ 2 (JUR 2003/62967) que, realizándose proporcionalmente, “*podría venir justificado un mayor tipo de interés en atención a que en el contrato o disposiciones adicionales no se recogían garantías personales o reales o de referencia a bienes, fuentes de ingresos o personas que pudieran responder por la demandada y que permitiesen garantizar ante la entidad de crédito la devolución del préstamo o aportasen a la misma el conocimiento de datos relativos a la solvencia de la demandada o a su capacidad para restituir el importe adeudado*”.

Resulta también interesante lo expuesto en la S AP de A Coruña (sección 3ª) de 11 de octubre de 2012, FJ 3, JUR 2012/367895. Este pronunciamiento sintetiza la doctrina que ha fijado el TS en materia de usura y, en lo que aquí interesa, indica que “*para que un contrato pueda declararse nulo por usura, conforme a la Ley Azcárate, es preciso que quien invoca el carácter usurario de un préstamo acredite cuál era el interés normal del dinero en la época en que se concertó el contrato para ese tipo de contratos de financiación. No debe tenerse en consideración sólo el valor absoluto del tanto por ciento de interés pactado, sino que ha de atenderse a las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario. El término de comparación es el tipo medio al que se estaba prestando el dinero por entidades bancarias en situaciones de riesgo crediticio similares, lo que depende de factores como la solvencia patrimonial del cliente, la finalidad para inversión o adquisición de productos de consumo y las garantías que se ofrecen para el pago. No puede*

Todas las razones expuestas deben implicar que el interés fijado no es manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso concreto²⁸. Importa en este sentido reflejar que el coste total de la operación repercutido al consumidor resulta similar al coste repercutido medio en contratos de análoga naturaleza. Será este coste total efectivo el que fundamentalmente deba tenerse en cuenta para determinar la inaplicación del art. 1.1 LU, ya que así lo impone una interpretación de la norma fiel al de su momento de aplicación (art. 3.1 CC). El mercado crediticio ha sufrido grandes cambios desde la promulgación de la norma, y hasta el momento de acontecimiento de los hechos objeto de análisis. 100 años han transcurrido entre un momento y el otro, y en ese período la complejidad de las operaciones financieras ha aumentado de un modo remarcable. En la actualidad, el interés es uno sólo de los elementos que configura el precio del contrato a cargo del cliente bancario, al representar las comisiones una

acudirse a parámetros de comparación tales como el interés legal del dinero, que aprueba anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; ni tampoco al precio oficial del dinero que pueda marcar el Banco Central Europeo. El criterio de interés normal del dinero lo marca el mercado, en una situación de libertad en su estipulación. La comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia". Resulta imprescindible retener aquí la necesidad de comparar el interés fijado con el tipo medio suscrito en consideración a "situaciones de riesgo crediticio similares". Es decir, no ha de resultar significativo que la TAE de nuestra operación supere en 6 puntos a la media estricta, puesto que en dicho último valor se han insertado todo tipo de operaciones negociadas en situaciones muy heterogéneas, que presentaban por lo tanto unos riesgos muy diferentes entre sí. Se debe atender a esas situaciones concretas que fundamentarán el proceso de contratación y, por lo tanto, la fijación del tipo de interés, para determinar si, en operaciones suscritas en situaciones similares, se ha pactado un interés similar o significativamente menor.

De hecho, la sentencia referida insiste, en el supuesto que enjuicia, en el hecho de que "no han quedado acreditados los presupuestos exigibles para calificar un préstamo de usurario, pues sólo se ofrece como término de comparación, para ver si el interés es notoriamente superior al normal del dinero el interés legal del dinero para 2009, fijado por Ley 51/2008, en el 5%, no el interés que el mercado habitualmente establece para operaciones similares a la que aquí fue objeto del contrato, un préstamo cuyo importe se ingresa en la cuenta bancaria del interesado en sólo 48 horas, sin exigir garantía alguna. Esas operaciones de crédito funcionan, de ordinario, con intereses que no difieren mucho del que aquí se estableció (2,41%, de interés mensual compensatorio, TAE del 33,18% para los remuneratorios y el tipo que resulte de aplicar el incremento de 5 puntos porcentuales sobre el tipo de interés ordinario de liquidación en periodo de reembolso, para los remuneratorios)". Una mayor facilidad de concesión, que se trasluce, por un lado, en la no exigencia de constituir garantías que aseguren el cumplimiento del prestatario o acreditado; y, por otro, en que el período de negociación es corto, debe implicar que, a cambio, se fije un tipo de interés más elevado, que aun así en nuestro supuesto es significativamente menor al del enjuiciado en esa sentencia.

²⁸ La jurisprudencia llega a invocar también otras razones que pueden configurar esas "circunstancias del caso concreto" a que se refiere el art. 1 LU. En este sentido, resulta interesante la S AP de A Coruña (sección 1ª) de 2 de mayo de 1996, FJ 4, AC 1996/862, que hace referencia a la causa del propio contrato para valorar si el interés fijado en el mismo es o no usurario. En este sentido, se indica que la finalidad que motivó a la prestataria a celebrar el contrato "no es la atención de primarias necesidades, dado que de la propia póliza resulta que el dinero prestado tenía como finalidad la realización de reformas en la vivienda, lo que en modo alguno constituye necesidad perentoria de la actora. Esta sentencia hace también referencia al patrimonio de la prestataria para valorar la posible nulidad por usura del préstamo concertado, y a tal efecto indica que aquélla "es titular de un importante patrimonio inmobiliario formado por distintos inmuebles, entre ellos locales comerciales, véase al respecto la escritura de manifestación de herencia, divisiones de fincas y adjudicaciones de herencias de 12 de mayo de 1994, autorizada por la notaria de Langreo señora P. A. (número 838 de su protocolo), así como la valoración en 29.500.000 ptas. de la casa de la que es titular la recurrente, adquirida en estado de soltera". Es interesante observar que la sentencia analiza estas cuestiones en un momento en el que está valorando la posible procedencia de la primera causa de nulidad por usura. En consecuencia, las circunstancias o motivaciones subjetivas del prestatario deberán también considerarse para valorar esa desproporción del interés fijado con respecto a las circunstancias del caso. Nosotros carecemos de la información necesaria como para valorar estas circunstancias subjetivas, pero, atendiendo al tipo de operación en el que nos encontramos, la entidad crediticia habrá solicitado a su cliente la información necesaria acerca de esas cuestiones para valorar los riesgos de la operación. Por lo tanto, si el contrato no se ha suscrito con la finalidad de satisfacer necesidades primarias, COF podría utilizar este argumento en el eventual procedimiento declarativo que se aperture para discutir la nulidad de la operación financiera.

importancia capital en aras a la fijación de esa pretensión a cargo del, en este caso, acreditado. Así lo ha entendido el propio legislador, al configurar una gran pluralidad de leyes que consideran imprescindible la formulación de la TAE en el propio contrato en aras a cumplir las obligaciones de transparencia e información soportadas por la entidad crediticia. Pero la TAE no resulta suficiente para representar ese coste real de la operación. Existen otros elementos que inciden y repercuten en la fijación del precio del contrato sin insertarse en dicha tasa financiera, y así hemos podido invocar a la propia comisión por disponibilidad. Además, por supuesto, deben considerarse elementos valorativos que una tasa objetiva no puede recoger, como ocurre con los riesgos asumidos por la entidad de crédito al suscribir la operación.

En conclusión, pues, resulta necesaria una aplicación de la LU que atienda al efectivo equilibrio de las prestaciones como factor fundamental, partiendo siempre de que dicho equilibrio es en principio fijado libremente por las partes, y que por lo tanto sólo en circunstancias visiblemente graves deben activarse esos remedios excepcionales que prevé la norma. De no ser así, una aplicación literal de la Ley, desatendida de la realidad social vigente en el momento de los hechos, quebrantaría los principios generales de autonomía privada y libertad de empresa, enmarcados y reconocidos en la Constitución²⁹ (así, arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 38 CE, entre otros).

2.2.2.2. Operación usuraria por presuponerse entregada mayor cantidad que la efectivamente recibida

El segundo de los motivos principales que fundamentan la oposición del cliente a la reclamación dineraria de la entidad bancaria se basa en la no acreditación de la última de las tres disposiciones que presuntamente se le abonaron. Indica así el cliente que no queda acreditada ni la recepción del dinero, ni que diera orden de pago o entrega de cantidad alguna.

Tales hechos se insertarían en la última de las causas de nulidad por usura que fija el art. 1 LU, puesto que se estaría presuponiendo como entregada mayor cantidad que la efectivamente recibida.

Resulta pertinente aquí analizar separadamente la prueba de la efectiva entrega del dinero en cuenta corriente y la prueba que acredite la orden de pago efectuada por Don Florentino. Nos centraremos seguidamente en la primera cuestión expuesta, para después desarrollar la segunda.

En referencia a la prueba que atestigüe la realidad de la entrega, resulta útil partir de la jurisprudencia que en relación con el préstamo se ha ocupado de la prueba de la efectiva transmisión del capital base de la operación realizada por el prestamista al prestatario. Como se trata ésta de una obligación del prestamista, es a él a quien debe concernir la carga de la prueba, puesto que el prestatario no puede probar un hecho negativo (art. 217.7 LEC). Esta lógica resulta plenamente aplicable al caso de la apertura de crédito, puesto que nos encontraríamos ante la misma operativa: el banco debe entregar al

²⁹ Profundizando en la inserción de esos principios en el seno de la Constitución, puede invocarse aquí el trabajo de Antonio LÓPEZ PINA, «La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional», p. 146 a 150.

cliente una determinada cantidad; y, como es así, es él quien ha de probar que efectivamente cumplió con dicha obligación.

Pues bien, debe indicarse a partir de aquí que la prueba de la efectiva disposición, realizada mediante cargo en la cuenta corriente del cliente, habrá sido aportada necesariamente junto con la demanda ejecutiva. En efecto, la propia naturaleza del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente provoca que el título ejecutivo en el que se inserta el documento contractual no pueda determinar la cantidad líquida exigible al deudor, puesto que ésta no se podrá liquidar hasta una vez finalizada la prestación de disponibilidad a cargo de la entidad de crédito.

Sabemos ya que uno de los presupuestos esenciales para la prosperabilidad del procedimiento ejecutivo es que la deuda recogida en el título ejecutivo sea líquida. Pero como ello no es posible en esta concreta operación, la Ley establece unas previsiones especiales que se adecúan a las especiales características de este tipo de contratos. Nos encontramos ante la denominada ejecución por saldo de operaciones, reflejada en el art. 572.2 LEC. La Ley permite en estos casos la ejecución directa a través de título extrajudicial sin la necesidad de interponer un procedimiento declarativo, pero agrava los requisitos formales exigibles para la admisión de la demanda ejecutiva, lo que resulta visible en dos estratos distintos.

Por un lado, será necesario que se haya suscrito el denominado pacto de liquidez, previéndose éste en el clausurado del contrato que se formaliza escritura pública o en póliza intervenida por notario (art. 572.2 LEC). Este pacto faculta al acreedor para practicar unilateralmente la liquidación final de la operación, ajustándose para ello, eso sí, a las previsiones pactadas por ambas partes.

Pero la Ley no se limita a establecer ese requisito formal. Pretende también garantizar que la liquidación se ha ajustado a esas previsiones concertadas, de forma que no se haya practicado arbitrariamente por el acreedor. Bajo esa finalidad, el art. 573.1 LEC establece un listado de documentos adicionales a los exigidos en el art. 550.1 LEC que deberán también acompañarse a la demanda ejecutiva. En este sentido, deben aportarse primero los documentos *“en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución”* (art. 573.1.1. LEC). También será necesario aportar un *“documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo”* (art. 573.1.2. LEC). Finalmente, deberá acompañarse documento acreditativo de la notificación hecha al deudor referida a la cantidad exigible una vez practicada la liquidación (art. 573.1.3. LEC).

La aportación de estos documentos es suficientemente acreditadora del hecho de la efectiva disposición realizada al acreditado. Y en particular cumple esa función garantista el segundo documento comentado. Como indica Juan MONTERO AROCA³⁰, se trata de un documento realizado por notario cuya tramitación es objeto de regulación específica por parte de la normativa notarial en los arts. 218 y 219 RN. En efecto, la

³⁰ Juan MONTERO AROCA, *El proceso civil*, p. 1427 a 1428.

entidad de crédito deberá aportar al notario todos los datos relevantes que influyan en el cálculo del saldo final exigible, para lo cual será necesario que le remita los documentos contables pertinentes a dicho efecto. Si el notario verifica que la liquidación practicada se ajusta a la que fue pactada por las partes, resultando en consecuencia correcto el saldo final que será objeto de reclamación, lo expresará en el documento, acompañando las referencias de las que se haya servido para realizar el cálculo, y haciendo constar todos estos datos y precisiones en diligencia notarial.

Al requerirse para admitir la demanda ejecutiva de este documento cuasi-pericial que concluya que la liquidación se adecúa a lo pactado por las partes, habrá resultado suficientemente probada que la tercera disposición efectivamente se realizó³¹.

En definitiva, la problemática de la prueba de la efectiva disposición realizada por el banco se resuelve por el deber fundamental que asume el banco en un contrato de cuenta corriente: el servicio de caja. Las obligaciones contables que tal servicio supone habrán sido convenientemente cumplidas por la entidad crediticia, pues de otro modo recaerían sobre ella las duras sanciones previstas en la normativa de disciplina e intervención bancaria. Esos datos contables servirán de acreditación suficiente de la realidad de la prestación, como así habrá sido apreciado por el análisis notarial y judicial que en definitiva se exige para admitir la demanda ejecutiva.

Resta entonces por analizar la prueba de la orden de pago efectuada por el cliente y referida a la tercera disposición presumiblemente efectuada. En esta sede, debe comenzarse exponiendo ciertas consideraciones. Se hace necesario así atender primero al propio concepto de orden. Según indica en este sentido María ENCISO ALONSO-MUNTANER³², se trata de *“declaraciones de voluntad unilaterales dirigidas por el cliente al banco, fundamentadas en la relación de confianza duradera que se crea entre el banco y el cliente en virtud del contrato de cuenta corriente bancaria”*. Pues bien, las órdenes de pago serán, en consecuencia, declaraciones de voluntad realizadas por el cliente y referidas a que el banco practique un adeudo o cargo en la cuenta corriente de referencia.

Pues bien, la problemática primera que se nos origina en este estrato radica en determinar la forma en la que debe manifestarse esa declaración de voluntad que constituye la orden. A falta de regulación normativa que imponga una forma determinada, será necesario que ésta se prevea en el propio contrato de cuenta corriente que se suscriba entre cliente y entidad. Debe en este sentido indicarse que, usualmente, las órdenes de pago constarán por escrito.

A partir de aquí, la orden de pago que conste en el soporte formal exigido en el contrato será recibida por la entidad de crédito, y desde dicho momento vinculará u obligará a la misma, en la medida en que exista saldo suficiente en la cuenta corriente de referencia.

³¹ A pesar de que en materia de usura no rija el principio de fuerza probatoria plena de los documentos públicos (art. 219.3 LEC), la libre valoración de la prueba por parte del Tribunal no equivale a que tal actividad deba realizarse de manera arbitraria. En este sentido, los documentos referenciados garantizan suficientemente el hecho de la disposición, sin que sea suficiente la mera negación de la realidad de la disposición por parte del acreditado para desvirtuar el valor probatorio que se atribuye a los mismos.

³² María ENCISO ALONSO-MUNTANER, «El contrato de cuenta corriente», p. 448.

El ciclo secuencial de esta operativa se cierra con las obligaciones de información de carácter continuo o periódico que la ejecución del servicio de caja en cuenta corriente exige. En este sentido, se manifiesta claramente en este estrato la aproximación del contrato de cuenta corriente bancaria con el mandato de crédito³³. Tal circunstancia supondrá la aplicación directa de ciertos preceptos del C de C referidos a la comisión mercantil. En particular, adquiere importancia el art. 263 C de C, que configura el deber de rendición de cuentas impuesto al comisionista. Sobre esta base, se exige a la entidad de crédito que preste una información periódica al cliente bancario sobre los movimientos o extractos que se han practicado en la cuenta corriente durante un período de tiempo determinado. Este deber de información suele practicarse en la actualidad de manera prácticamente instantánea, a través de medios telemáticos, pero también se ha manifestado tradicionalmente a través de la entrega de recibos por correo ordinario.

Pues bien, a través de este deber de información, podrá el cliente conocer las vicisitudes de la cuenta corriente en un momento determinado. Y, como será así, podrá desde el momento en que reciba dicha información oponerse a los extractos remitidos, si considera que no proceden de una orden realizada por él mismo. Tal circunstancia ostenta una importancia fundamental en nuestro caso: el adeudo en cuenta corriente sobre el cual considera el cliente que no realizó orden de pago o entrega se practicó en agosto de 2008, es decir, hace más de 7 años. El cumplimiento por la entidad de su deber de información periódica habrá implicado que el cliente conociera la práctica de tal adeudo o cargo en cuenta corriente desde prácticamente el momento en que éste se realizó. En consecuencia, aunque la entidad de crédito no dispusiera de orden de pago expresa en base a la cual debiera proceder al adeudo del saldo en cuenta corriente, cabe considerar que el silencio durante tanto tiempo por parte del titular de la cuenta corriente equivale a su conformidad tácita con respecto a la práctica de tal anotación contable^{34 35}.

³³ Tal aproximación es observada en María ENCISO ALONSO-MUNTANER, *op. cit.*, p. 454 y 455. Del mismo modo, se admite por la jurisprudencia, como puede observarse en la S AP de Cádiz (sección 3ª) de 16 de junio de 1996, FJ 2, AC 1996/1065.

³⁴ Ver, en este sentido, la S TS (Sala 1ª) de 20 de enero de 2005, FJ 2, RJ 2005/1619, que indica expresamente que *“resulta decisivo que la sociedad estuvo recibiendo del Banco comunicaciones por extractos periódicos sobre los cargos que cuenta en la Tarjeta se anotaban en la cuenta social, sin que hubiese realizado protesta o reparo alguno, ni menos rechazo en algún momento de los asientos, lo que es indicativo de su aceptación y ratificación, y que autoriza la aplicación del artículo 1259 del Código Civil”*. Mucho más contundente resulta la S AP de Alicante (sección 8ª) de 12 de enero de 2005, FJ 2, JUR 2005/64789, en la que se establece que *“no es razonable que, comunicados de forma periódica unos cargos en la cuenta en que se producen, no los impugne el demandado inmediatamente sino que, cuando quiere o puede, los asume regularizando la cuenta, no por el contrario, solicitando el retroceso de los mismos; y no es razonable aceptar como defensa que se espere la acción judicial de la entidad bancaria para realizar dicha impugnación, concluyendo que “(e)stamos por ante lo que la doctrina jurisprudencial ha venido calificando de consentimiento tácito, y que en el caso se traduce en que hubo consentimiento por parte del titular de la cuenta para la realización de los cargos que sólo mucho después impugna con ocasión de la reclamación del pasivo por parte de la entidad crediticia y ante el impago del mismo”*.

³⁵ Esta conclusión se refuerza por el hecho de que, actualmente, el art. 29 LSP tipifica expresamente la operativa antes mencionada. Así, su apartado primero indica que *“cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al proveedor de servicios de pago, a fin de poder obtener rectificación de éste”*. El interés que merece este precepto aumenta todavía más al establecer un plazo en el que en todo caso debe realizarse esa comunicación. Así, el consumidor de crédito dispondrá de 13 meses para oponerse, contados a partir del suministro por parte del banco de la información correspondiente a la operación de pago, es decir, el adeudo o cargo en cuenta corriente (art. 29.2 LSP).

2.2.2.3. El carácter abusivo de la cláusula contractual que fija el interés remuneratorio

Se opone la parte demandada alegando que la cláusula contractual que fija el interés remuneratorio es abusiva, lo que implicaría que la misma debiera estimarse como nula (art. 83 TRLGDCU).

Sin embargo, debemos aquí remitirnos a lo ya apuntado con anterioridad en el apartado 2.2.1.3 de este dictamen. En efecto, el interés configurado en esta operación es de carácter remuneratorio, por lo que constituye el precio del contrato. En consecuencia, la cláusula que lo establece se referirá a un elemento esencial del contrato, como es su objeto. Esta razón implica que resulte aplicable la previsión dispuesta en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que sustrae del control de abusividad a las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y retribución, o a los servicios o bienes que deben proporcionarse como contraprestación³⁶.

2.2.2.4. El supuesto relativo a que el cliente bancario residiera irregularmente en España

La condición de residente irregular en España del acreditado en nada debe afectar a las soluciones recogidas en este caso. En efecto, toda persona en España tiene inherentemente personalidad civil y consecuentemente capacidad jurídica, sin que quepa solución distinta por el hecho de no residir regularmente en el territorio del Estado (art. 211-1.1 CCCat y, en general, art. 10 CE). Tampoco la condición de extranjero en situación irregular altera la capacidad de obrar, y bajo dicha lógica cabe invocar el principio general relativo a que una persona mayor de edad gozará de capacidad de obrar plena salvo que se haya declarado judicialmente su incapacitación o concurren ciertas condiciones particulares que alteren en un momento dado su capacidad natural (art. 211-3 CCCat y art. 200 CC). Como, por un lado, la incapacitación sólo procederá

Incluso debe indicarse que, tal y como se indica en María del Mar ANDREU MARTÍ y Raúl BAÑO SÁNCHEZ, «El contrato de cuenta corriente bancaria», p. 60 y 61, con anterioridad a la vigencia de la LSP podía establecerse a través de cláusula contractual un plazo de oposición considerablemente menor al establecido ahora por la LSP (normalmente, de uno o dos meses). Este tipo de cláusulas no fueron consideradas como abusivas por la jurisprudencia, aunque, claro está, debían superar el control de incorporación previsto en la LCGC.

³⁶ Conclusiones análogas han de inferirse de la jurisprudencia. Así, p. ej., indica la STS (sala 1ª) de 18 de junio de 2012, FJ 3, RJ 2012/8857, que el control de contenido establecido en el art. 82 TRLGDCU, y anteriormente en el art. 10 LGDCU, “ya no (se) refiere a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, sino a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, (lo que) no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible abusividad del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés conceptualmente abusivo, sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio interés usurario que afecte a la validez del contrato celebrado”.

por una serie de motivos tasados entre los que no se encuentra la circunstancia de que esa persona resida irregularmente en España; y, por otro, el mero hecho de encontrarse en situación irregular tampoco altera la capacidad natural de la persona, debemos concluir en que ninguna limitación a la capacidad de obrar resultaría apreciable en el presente caso.

2.2.2.5. El supuesto relativo a que el acreditante fuera un particular no empresario

La hipótesis de que el acreditante fuera un particular puede resultar de cierta incidencia en las posibles vicisitudes que ha planteado este caso, pero tampoco afectaría a la solución final en torno al mismo. En efecto, si entendemos que la pregunta se refiere a una persona física que no ostenta la condición de empresario individual, por lo que, tan sólo aisladamente, ha efectuado un acto de comercio (art. 1.1 C de C), dicho particular no habrá establecido condiciones generales de la contratación, precisamente porque éstas deben haber sido fijadas con la finalidad de ser incorporadas a una finalidad de contratos (art. 1 LCGC). Sólo caben entonces dos posibilidades: la primera viene referida a que las cláusulas hayan sido el resultado de la negociación entre las dos partes; la segunda, que el acreditante haya ostentado un poder contractual preponderante sirviéndose del cual haya podido imponer a su contraparte alguna condición particular. Fuere cual fuere la posibilidad que concurriera en el caso, no resultaría aplicable el mecanismo del control de incorporación de las cláusulas contractuales al contrato, puesto que, para ello, sería necesario que dichas cláusulas fueran condiciones generales de la contratación, ya que sólo así nos enmarcaríamos dentro del ámbito de aplicación objetivo de la LCGC.

Por lo tanto, decaería una de las posibilidades de impugnación de la parte demandada. Sin embargo, continuaría siendo aplicable la LU, ya que su ámbito de aplicación se extiende a toda operación de financiación, con independencia de que el acreditante sea empresario o particular (art. 1 LU). Por lo tanto, si resultara subsumible a la operación alguna de las causas de nulidad por usura establecidas en esta Ley, las mismas deberán declararse siempre y en todo caso por los Tribunales.

Existiría todavía otra vía de impugnación, que la circunstancia de que el acreditante fuera un particular no empresario podría en cierto modo facilitar. En efecto, debe concluirse que no pesan sobre el acreditante no empresario los amplios deberes de transparencia establecidos en la normativa de intervención bancaria, ni tampoco los derivados de la normativa referida a las condiciones generales de la contratación ni la protectora del consumidor³⁷. Ello no obsta a la existencia de un deber precontractual de información que pese sobre el acreditante, para el caso de que se produzca un desequilibrio tal en torno a la misma en perjuicio del prestatario que no le sea a éste imputable. Es precisamente esta idea la que fundamenta la regulación de la anulabilidad

³⁷ En efecto, si el acreditante particular no merece la condición de empresario, tampoco su contraparte ostentará la de consumidor. En realidad, una persona sólo podrá ser considerada como consumidora cuando contrate o realice una operación con un empresario, puesto que así lo requiere el art. 2 TRLGDCU al indicar que *“esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”*.

por vicio en el consentimiento contractual (art. 1.265 CC), que en nuestro caso podría resultar viable por error³⁸ del acreditado que repercuta en su consentimiento (art. 1.266 CC) o por dolo³⁹ en el acreditante que, de nuevo, haya alterado el consentimiento del prestatario (arts. 1.269 y 1.270 CC).

³⁸ La apreciabilidad de un vicio del consentimiento por error exige de determinadas condiciones, pautadas por el art. 1.266 CC y configuradas más detalladamente por la jurisprudencia. Así, debemos partir del pronunciamiento del precepto, que indica que *“para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”*. De ahí se deduce que el error debe ser esencial, siendo así necesario que recaiga sobre las características esenciales de la cosa objeto del contrato. Ahora bien, la esencialidad no es el único requisito necesario para la concurrencia del error vicio, a pesar de que el art. 1.266 CC no haga mención a otros requisitos. De este modo, también será necesario que el error sea excusable. Analizar la excusabilidad del error implicará la realización por el Juez de un juicio de imputabilidad en el que deberá acotarse especialmente el grado de diligencia exigible al afectado por el error, comparándolo con la diligencia efectivamente seguida por el mismo. Esta cuestión se circunscribirá en una valoración caso por caso en que deberá analizarse si el afectado por el error habría podido desligarse del mismo de haber realizado una mínima conducta positiva, de forma que se determine si el error es o no imputable a la persona que lo sufre. La S TS (sala 1ª) de 12 de julio de 2002, FJ 5, RJ 2002/7145, refrenda esta idea, al indicar que la excusabilidad del error se apreciará cuando éste *“no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues, de acuerdo con los postulados de la buena fe, el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración”*.

Estas directrices inciden de lleno en el presente caso: si el acreditado pudo haberse informado sobre las condiciones esenciales de la operación sin la necesidad de para ello depender exclusivamente del acreditante, su error le será imputable, lo que significará que dicho error no implicará un vicio en su consentimiento que determine la anulabilidad del contrato.

³⁹ Como indica el art. 1.269 CC, *“hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera celebrado”*. El dolo presupone entonces la existencia de una previa conducta antijurídica por parte de uno de los contratantes que resulte idónea para engañar y efectivamente engañe a la otra persona con la que negocia o contrata, alterando su voluntad negocial (ámbito objetivo del dolo), y cuya comisión haya sido querida por el sujeto infractor, con independencia de que el ánimo doloso se haya extendido o no a querer causar un daño o perjuicio al sujeto receptor (ámbito subjetivo del dolo).

A partir de aquí, resta por conocer qué tipo de conductas pueden ser consideradas como dolosas. La literalidad del art. 1.269 CC (*“palabras o maquinaciones insidiosas”*) evidencia que serán susceptibles de dolo tanto las conductas positivas (acciones) como las negativas (omisiones). Así lo ha entendido la jurisprudencia, de la que es expresiva la S TS (sala 1ª) de 29 de marzo de 1994, FJ 1, RJ 1994/2304, al indicar que el concepto de dolo es *“comprendido no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos; el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realiza”*.

Para que el dolo sea susceptible de ser considerado como un vicio del consentimiento, es necesario que sea grave (art. 1.270.I CC), lo que implica que ha de repercutir de manera relevante sobre un elemento esencial del contrato. No siendo así, el dolo será meramente incidental. La apreciación del dolo incidental no permitirá la anulabilidad del contrato, pero podrá dar lugar a indemnización de daños y perjuicios (art. 1.270.II CC).

¿Puede haber lugar a la apreciación de dolo grave en nuestro caso? La respuesta es positiva. Puede llegar a concurrir dolo negativo si media un ocultamiento de información esencial sobre los elementos configuradores del contrato de apertura de crédito por el acreditante que resulte contrario a la buena fe (art. 7.3 CC). Evidentemente, no toda ocultación de información debe ser contraria a la mala fe: no puede obligarse al contratante diligente a compartir todas las ventajas que del contrato pueda obtener gracias a su esfuerzo a la hora de informarse o documentarse. Esta tesis general alcanza su máxima dimensión en aquellas situaciones en que concurre un análogo o semejante poder contractual de las partes, de modo que se aprecie entre ellos una igualdad contractual efectiva que puede traducirse, p. ej., en el acceso de ambos contratantes a información semejante. Si las partes deciden no compartir la información que efectivamente han conseguido, se considerará que dicha conducta se inserta en el denominado *dolus bonus*, tolerado por el Ordenamiento Jurídico y de hecho conveniente para un eficaz desarrollo de las operaciones comerciales.

Además, cabe tener aquí en cuenta que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento se somete a un plazo de caducidad de 4 años desde la consumación del contrato (art. 1.300 CC). La noción de “consumación” es discutida por la jurisprudencia cuando se enfrenta a estas acciones en contratos de tracto sucesivo o de ejecución duradera, como es el que nosotros estamos analizando. En efecto, cabría entender consumado al contrato de apertura de crédito en el momento en que se debieran haber cumplido todas sus prestaciones (término final del contrato), y no simplemente en el instante de su perfección. Ese momento de cumplimiento absoluto de las prestaciones vendría a coincidir con el correspondiente al vencimiento de las obligaciones del acreditado de restituir el capital que se le ha facilitado y de pagar los intereses devengados. Entendiendo que en este caso no se ha configurado la divisibilidad o fraccionamiento de las obligaciones asumidas por el acreditado, la misma habría resultado exigible durante el año 2009, por lo que en consecuencia cabría entender que la acción de anulabilidad ha caducado ya en el momento actual.

Pero, sin embargo, resultará más complicado llegar a tal conclusión cuando el poder contractual de las partes no sea análogo o similar. En tal caso, las partes no se situarían en una posición de igualdad efectiva, lo que activará unos deberes precontractuales de información a cargo del contratante que ocupa esa posición predominante que tenderán a estabilizar el desequilibrio inicial. Siendo así, si la parte dominante no comparte la información esencial (evidentemente, no toda información) pertinente al contrato que pretende celebrarse, realiza una conducta omisiva que provoca un engaño en la contraparte, conducta que por lo tanto es idónea para ser reputada como dolosa, implicando un vicio en el consentimiento suficiente como para anular el contrato.

3. CONCLUSIONES

I.- Encontrándonos en un procedimiento de ejecución, cabe primero indicar que las alegaciones realizadas por la parte ejecutada en relación a la nulidad por usura del contrato de apertura de crédito no deben ser admitidas, puesto que no resultan incardinables en ninguno de los motivos tasados de oposición que la LEC establece. No obstante, la parte ejecutada sí podrá entrar a discutir estas cuestiones promoviendo un procedimiento de carácter declarativo. Por ese motivo, se entra a valorar el fondo de todas las causas por las que Don Florentino se ha opuesto a la ejecución.

II.- El primer motivo de alegación expuesto por Don Florentino invoca la nulidad por usuraria de la apertura de crédito. A tal efecto, la parte contraria indica que la operación financiera suscrita es subsumible en dos de las tres causas de nulidad establecidas en el art. 1 LU. Así, por un lado, y siempre a juicio de la parte ejecutada, el interés fijado debe reputarse como notablemente superior al normal del dinero y gravemente desproporcionado con las circunstancias del caso; por otro lado, debe entenderse que el contrato ha supuesto como entregada mayor cantidad que la realmente recibida.

Enmarcándonos inicialmente en el análisis de la primera causa de nulidad por usura invocada, cabe indicar que el interés establecido en el contrato no resulta notablemente superior al interés normal del dinero en el momento de la concertación del contrato. A estos efectos, la problemática inicial consiste en hallar un índice de referencia idóneo para identificar ese interés normal del dinero. El instrumento más adecuado para tal fin debe ser capaz de revelar el coste total de la operación, y no tan sólo el mero interés nominal o efectivo. La TAE resulta en este sentido el índice más sólido que podemos encontrar, y es por lo tanto el que debe utilizarse en este caso. Hallada dicha tasa, la comparativa entre la propia de la operación suscrita en nuestro caso y la que se infiere de la media de aperturas de crédito contratadas en abril de 2008 supone que se supera aquí en aproximadamente 6 puntos a la TAE media. No procede concluir, por lo tanto, que el interés suscrito es notablemente superior al normal, puesto que tal diferencia no es descarada o desmesurada.

La fijación del interés entendido como coste total de la operación no es tampoco gravemente desproporcionada con las circunstancias del caso. Hemos de indicar aquí que la TAE, pese a que, como se ha indicado, sea el instrumento que refleja más fielmente el coste real de la operación, no es capaz de integrarlo en su totalidad. Y, así, ocurre que dicha tasa no incluye a la denominada comisión de disponibilidad, ni tampoco es capaz de apreciar elementos que justifican una fijación superior del tipo de interés, como los riesgos. En nuestro caso, la ausencia de pacto de comisión de disponibilidad y los amplios riesgos soportados por la entidad son las circunstancias clave que justifican la elevación del tipo de interés. En suma, pues, el coste total asumido por el acreditado es la referencia que debe tomarse como determinante para valorar la grave desproporcionalidad que exige la norma para que la nulidad por usura resulte apreciable. La comparación de dicho coste total con el que soportan los clientes en operaciones similares a la nuestra implica que no deba reputarse como desproporcionado, atendiendo fundamentalmente a los dos motivos ya vistos: ausencia de pacto en este caso de una comisión cuya suscripción es usual en contratos de este tipo, y mayores riesgos soportados por la entidad.

Por lo que respecta a la segunda causa de nulidad por usura, referida a suponerse en el contrato como entregada mayor cantidad que la efectivamente referida, debe indicarse que la entidad de crédito goza de la documentación adecuada para acreditar la realidad de la tercera disposición, ya que la aportación de ésta al proceso es necesaria para la admisibilidad de la demanda ejecutiva. Como la demanda ejecutiva efectivamente se ha admitido, debe presuponerse por lo tanto que efectivamente se dispone de la prueba documental adecuada para desvirtuar dicha alegación. El documento acreditativo del requerimiento efectuado por el cliente puede en cambio no haberse aportado todavía al proceso, con lo cual será necesario proceder a ello, si bien puede también aducirse que ha mediado un consentimiento tácito en el consumidor al adeudo efectuado en cuenta corriente, atendiendo a la extemporaneidad de su reclamación.

III.- El motivo de oposición referido a la abusividad de la cláusula que fija el interés remuneratorio del contrato tampoco debe prosperar, puesto que la normativa excluye precisamente del control de abusividad a las cláusulas que configuren el objeto principal del contrato.

IV.- La hipótesis de que el acreditado se encontrara residiendo en situación irregular en España en nada afectaría a la solución tomada en este caso; puesto que tal vicisitud en nada afecta a la personalidad civil de esa persona, que conservará intactas tanto su capacidad jurídica como su capacidad de obrar.

V.- Finalmente, el supuesto referido a que el acreditante no fuera una entidad de crédito, sino un particular no empresario, puede suponer ciertas alteraciones en cuanto a la normativa aplicable, aunque no de la solución final. En efecto, cabe partir de la inaplicación de la normativa de disciplina e intervención bancaria y de la referida a la protección del consumidor. La misma solución cabe tomar respecto a la LCGC, puesto que el hecho de que el particular acreditante no sea empresario significa que no pueda imponer condiciones generales de la contratación a sus contrapartes. La única norma de las consideradas esencialmente en este dictamen cuya aplicación subsistiría sería la LU, por lo que el contrato celebrado por un particular no empresario seguiría siendo susceptible de ser considerado como nulo por abusivo.

Con todo, y aunque sin la exigencia que sería impuesta a un empresario que contrata con un consumidor, subsistiría en el acreditante la necesidad de soportar unos deberes precontractuales de información, cuyo incumplimiento podría llegar a fundamentar acciones de anulabilidad por error o dolo que vician el consentimiento contractual. En este caso, sin embargo, se habría producido ya la caducidad de dichas acciones.

EMISIÓN DEL DICTAMEN

La síntesis principal que cabe inferir de todos los aspectos analizados en este dictamen se traduce en **la no prosperabilidad de los motivos de oposición a la demanda ejecutiva invocados por la asistencia técnica de Don Florentino**. Procede en este sentido partir de que las alegaciones basadas en la nulidad por usurario del contrato de apertura de crédito no son siquiera admisibles, ya que no pueden insertarse en ninguna de las causas de oposición tasadas que configura la Ley en el proceso de ejecución. Para que resulte posible discutir esas cuestiones, Don Florentino deberá instar la apertura de un procedimiento declarativo.

Se ha considerado adecuado, no obstante, entrar a valorar el fondo de todas las cuestiones planteadas por Don Florentino, precisamente ante la posible incoación de dicho procedimiento declarativo. La conclusión que nos plantea el análisis de esos concretos motivos de oposición es en todo caso que los mismos deben ser estimados por la autoridad judicial, al carecer de fundamentación probatoria y legal.

Debe, sin embargo, hacerse referencia individualizada a la alegación de falsedad presentada por Don Florentino, que se fundamenta en negar la realidad tanto de la tercera disposición efectuada como de su orden de pago referida a la misma. Los documentos presentados junto con la demanda ejecutiva, necesarios para la admisión de esta última, sirven para acreditar la realidad de la disposición. En cuanto a la verificación de la orden de pago, **debe alertarse sobre la posibilidad de que la entidad no haya presentado el documento acreditativo de la misma que le remitió Don Florentino**. Es posible, en este sentido, que en su demanda ejecutiva entendiera suficiente el demostrar la realidad de las transferencias bancarias, sin entrar a dilucidar la causa de éstas. **En ese caso, será muy conveniente aportar el mencionado documento, ya que con él podrá desvirtuarse completamente esta alegación de Don Florentino, si bien la ausencia del mismo no debe obstar a la improcedencia de este motivo de oposición por extemporaneidad en la reclamación.**

Resuelta la cuestión de la aportación documental, y valorando sucintamente las demás causas de oposición, se demuestra que el interés fijado en la operación de financiación no es usurario precisamente por la especificidad configurativa de dicho contrato, que implica la asunción por parte de la entidad de crédito de unos mayores riesgos, parte de los cuales son repercutidos al cliente bancario fijando un superior tipo de interés al normal. Tampoco la cláusula que fija el interés puede ser abusiva, precisamente porque la normativa excluye del control de abusividad a las cláusulas que fijen el precio del contrato.

En consecuencia, se recomienda a la entidad de crédito persistir en el procedimiento judicial ejecutivo incoado por razón de los impagos de Don Florentino, sin desistir del mismo o renunciar a su acción, porque los argumentos introducidos por el consumidor no deben resultar idóneos como para desvirtuar la pretensión de pago invocada por COF.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍ, María del Mar y BAÑO SÁNCHEZ, Raúl. «El contrato de cuenta corriente bancaria». En En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.). *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo X. Contratos bancarios*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, p. 25 a 85. ISBN 978-84-9059-372-1

BOZA MARTÍNEZ, Diego; DONAIRE VILLA, Francisco Javier y MOYA MALAPEIRA, David. *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España: régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. ISBN 978-84-9004-511-4.

BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando. *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*. 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2008. ISBN 978-84-8355-704-4.

CARBALLO FIDALGO, Marta. *La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*. Barcelona: Bosch, 2013. ISBN 978-84-16018-10-9.

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. *Los límites del deber precontractual de informar*. Cizur Menor (Navarra): Civitas/Thomson Reuters, 2010. ISBN 978-84-470-3083-5.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del Contrato*. 6ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2007. ISBN 978-84-470-2665-4.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. II. Las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008. ISBN 978-84-470-2944-0.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. IV. Las particulares relaciones obligatorias*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2010. ISBN 978-84-470-3524-3.

GADEA SOLER, Enrique y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier (coords.). *La contratación bancaria*. Madrid: Dykinson, 2007. ISBN 978-84-9849-046-6.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.). *Tratado de derecho de la persona física. Volumen 1*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2013. ISBN 978-84-470-3805-3.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.). *Tratado de derecho de la persona física. Volumen 2*. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2013. ISBN 978-84-470-4293-7.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Jorge y MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda. «Las operaciones de crédito activas (1). El préstamo bancario y la apertura de crédito». En YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.). *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e*

internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo X. Contratos bancarios. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, p. 131 a 197. ISBN 978-84-9059-372-1

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. *La usura: evolución histórica y patología de los intereses.* Madrid: Dykinson, 2010. ISBN 978-84-9982-064-4.

LÓPEZ PINA, Antonio. «La autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional». *Teoría y realidad constitucional.* 2007, núm. 20, p. 145-183.

MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil: los procesos ordinarios de declaración y de ejecución.* 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. ISBN 978-84-9053-050-4.

ORDÁS ALONSO, Marta. *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos: especial consideración a los costes asociados y a la obligación de transparencia.* Barcelona: Bosch, 2014. ISBN 978-84-16018-19-2.

PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.). *Negociación y perfección de los contratos.* 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2014. ISBN 978-84-9059-297-7

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio. El contrato de préstamo. En SIMÓ SANTONJA, Vicente L. (coord.). *Instituciones de derecho privado. Vol. 3, Tomo 2: Obligaciones y contratos.* 1ª edición. Madrid: Consejo General del Notariado: Civitas, 2005. ISBN 978-84-470-2317-2

Portal del Cliente Bancario [en línea]. <<http://www.bde.es/clientebanca/es/>>. [Consulta: 2 de diciembre de 2015].

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23ª ed. Madrid: Espasa, 2014

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dirs.). *Curso de derecho mercantil. Vol. 2.* 2ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007. ISBN 978-84-470-2605-0.

VAQUER ALOY, Antoni (coord.). *Dret civil: part general i dret de la persona.* Barcelona: Atelier, 2013. ISBN 978-84-15-69026-9

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.). *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IX. Contratos de financiación y de garantía.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson-Reuters, 2014. ISBN 978-84-9059-369-1

