

Francisco Javier Orduña Moreno

ExMagistrado de la Sala 1ª del TS y Catedrático

de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

y

Jesus Mª Sánchez García

Abogado

Socio de Zahonero&Sánchez, Abogados Asociados, SCP

17/3/2020

La sentencia de la Sala 1º del TS 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica

Este artículo será publicado en el próximo monográfico comentando la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 de la Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios de vLex.

En los créditos al consumo es el legislador quien tiene la competencia para regular y limitar el precio, como han hecho otros Países de la Unión Europea y sería deseable que nuestros legisladores lo hicieran con este tipo de contratación, sin que puedan los Tribunales convertirse en un instrumento de fijación de precios y un interventor del mercado financiero, al considerar que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito son elevados.¹

En diversos artículos y foros² ya hemos dejado constancia de nuestra posición crítica con la sentencia de la Sala 1ª del TS de 4 de marzo de 2020 (Roj: STS

¹ Sobre la regulación legislativa en otros Países de la Unión Europea, ver el artículo de Jose Manuel Martín Fuster, sobre “usura y su apreciación de oficio” publicado en el Diario la Ley.

² Ver más ampliamente los artículos publicados por Javier Orduña “la STS 149/2020 de 4 de marzo (tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces”. Pendiente de publicación en la revista Aranzadi y Jesus Sánchez en la Revista la Ley nº 9587, de 5 de marzo “La STS 149/2020, de 4 de marzo y cómo la Sala 1ª se ha convertido a sí misma en una ruleta rusa (revolving), y nº 9502, de 12 de marzo de 2020 “Efectos de la sentencia del

600/2020), al aplicar indebidamente la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, (en adelante Ley de Usura), a un mercado financiero, con contratación seriada, habida cuenta que el elemento esencial de la Ley de Usura es el elemento subjetivo, sin el cual la Ley de Usura no tiene sentido, por constituir éste el requisito esencial del artículo primero de la Ley.

La Ley de Usura fue impulsada por Gumersindo Azcárate para evitar las condiciones leoninas que los usureros imponían y como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, siendo, por tanto, el elemento subjetivo uno de los elementos esenciales de la Ley.

La propia Sala 1ª del TS en su sentencia de 25 de enero de 1984 (Roj: STS 268/1984) nos recuerda que la Ley de 23 de julio de 1908 estuvo inspirada en “principios de moralidad y con el fin de combatir en la medida de lo posible la lacra social de la usura, encubierta habitualmente en formas contractuales aparentemente lícitas que hacen difícil, cuando no imposible, al prestatario la prueba directa de su existencia”.

Es necesario recordar lo que dispone el artículo primero de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que dice literalmente:

“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Basta una simple lectura de este artículo para llegar a la inequívoca conclusión de que no se puede aplicar la Ley de Usura para resolver la cuestión derivada de una tarjeta revolving, que se contrata de forma seriada por las entidades financieras, porque no nos encontramos ante un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explote una determinada situación subjetiva de la contratación, sino ante un mercado propio y específico y en el que la tarjeta revolving es uno de los productos más ofertados por las entidades financieras.

TS de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving” y en el Blog Hay Derecho, de 9 de marzo de 2020, “No hay derecho: El Tribunal Supremo y las tarjetas revolving”.

Simplemente releendo el artículo 1 de la Ley de Usura y la extensa jurisprudencia dictada sobre el elemento subjetivo, se hace imprescindible volver a la racionalidad jurídica.

La posible concurrencia y delimitación respectiva de la normativa sobre usura respecto de la normativa de protección de consumidores y usuarios fue tratada, en profundidad, en la STS 406/2012, de 18 de junio.

En esta línea, y de forma sistemática, la STS 677/2014, de 2 de diciembre, reiteró el distinto alcance y configuración que tenía sus respectivos controles causales, con ámbitos de aplicación propios y claramente diferenciados. Destacando, en síntesis, lo siguiente.

“En esta línea, y de forma sintética al hilo de la Sentencia citada de esta Sala, interesa destacar las siguientes diferencias técnicas en torno a su respectiva aplicación. A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil , especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta. B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 de TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo ,comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto , y SSTS de 11 de marzo de 2014, núm. 152/2014y de 7 de abril de 2014, núm. 166/2014).C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o

particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como un "auténtico modo de contratar", diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014)>>

Queda claro, por tanto, conforme a las exigencias y necesidades del tráfico en masa, que si lo que se pretende (o se hace) con la doctrina jurisprudencial es <<incidir>> en este tipo de contratación bajo condiciones generales, como es el caso de la contratación de las tarjetas revolving, que se comercializan en masa, generalmente en los puntos de venta y sin atender a las especiales circunstancias del caso (solvencia y circunstancias personales del cliente), el cauce adecuado son los controles de legalidad previstos en la Directiva 93/13/CEE; particularmente el control de transparencia que sí puede afectar a los elementos esenciales del contrato”.

La STS 149/2020, de 4 de marzo, (fundamento de derecho quinto), resulta positiva en la medida en que precisa “que la demandante pudo ejercitar, a parte de la normativa de usura, los controles de incorporación y transparencia propios de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores”. Sin embargo, no desarrolla esta precisión hasta sus últimas consecuencias, pues el control de transparencia puede y debe ser aplicado de oficio por los jueces y tribunales, como de forma constante nos ha venido recordando la jurisprudencia del TJUE, desde su sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, hasta la más reciente de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18.

Decía el Profesor Díez-Picazo (Prefacio a la cuarta edición de sus “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”) que convenía aclarar que la defensa de un punto de vista problemático no significaba, en modo alguno, que todo pudiera problematizarse y que la disciplina del Derecho Civil resultase una especie de campo de Agramante en el que todo valga. Por lo que había de deslindar la *res certae*, en las que las coincidencias son absolutas (por mor de la doctrina científica o por voluntad de la norma), de la *res dubiae*, en donde la vacilación y las diversas opciones son posibles.

Pues bien, en este contexto, la Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, párrafo primero del art. 1, no da lugar a la duda o a la vacilación pues dispone, con claridad meridiana, la exigencia del presupuesto subjetivo para su correspondiente aplicación, en los siguientes términos: “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del

dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, **habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.**” (la negrita es nuestra).

Es por eso, que en la citadas SSTS 406/2012, de 18 de junio y 677/2014, de 2 de diciembre, se destaca, de forma preeminente, que una de las diferencias capitales en la aplicación de la Ley de Usura con relación a los controles que se derivan de la protección de los consumidores es, precisamente, la exigencia de valoración del presupuesto subjetivo del caso (situación angustiosa del prestatario, inexperiencia del mismo o limitación de sus facultades mentales) para poder <<estimar>> (resolver) que un crédito resulta usurario.

Esta diferenciación es esencial (*res certae*), pues constituye no solo un auténtico presupuesto para su aplicación, sino también el elemento conceptual (impulsor) para explicar la naturaleza y alcance de este específico control a través de la noción de la usura, so pena de desnaturalizar la categoría o figura jurídica, en otros términos, su necesidad para explicar <<la lógica jurídica y la razón sistemática>> que presenta la usura en nuestro ordenamiento jurídico.

Es el presupuesto subjetivo y no otro, el que justifica que la Ley de Usura se ajuste a los dictados liberales del Código Civil que, como ahora, prohibía la fijación de precios fuera del mercado, el que justifica que su configuración responda, dentro de los límites del contrato por negociación (art. 1255 CC) a la prohibición del <<contrato inmoral>> de ahí su tacha o mácula, su sanción de nulidad y su necesaria sujeción al caso concreto, de imposible generalización, dado que su aplicación, según la valoración de los distintos casos de su presupuesto subjetivo podía dar lugar, a su vez, a distintas referencias o tipos porcentuales de créditos usurarios; sin posibilidad como se ha señalado, de la fijación general de un tipo de interés usurario fuera de las circunstancias del caso concreto y del concreto supuesto subjetivo tomado en consideración.

Este criterio (*res certae*) ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial, no solo en las sentencias citadas, sino también en otras, caso de las SSTS 622/2001, de 20 de junio, 1028/2006, de 10 de octubre y 113/2013, de 22 de febrero; inclusive en la reciente STS 189/2019, de 27 de marzo. En todas ellas, se atiende al presupuesto subjetivo del caso.

Obsérvese al respecto, que la STS 628/2015, de 25 de noviembre, antecedente de la sentencia objeto de comentario, en su fundamento de derecho tercero, apartado tercero, declara que: “a partir de los primeros años 40 la jurisprudencia de la Sala volvió a la línea jurisprudencial inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley de represión de la Usura, en el sentido de no exigir que concurriesen todos los requisitos objetivos y subjetivos previsto en el art. 1 de la Ley”. Sin embargo, y he aquí lo relevante, dicha sentencia no

precisa o indica ni una sola sentencia de la Sala en dicho sentido o línea jurisprudencial. Por su parte, y sin solución de continuidad o de contraste, la STS 149/2020, de 4 de marzo, fundamento de derecho tercero, letra ii, de forma lacónica declara la innecesariedad de la concurrencia del presupuesto subjetivo, sin explicación o justificación alguna. No hay, por tanto, ni tan siquiera una “problematización de la cuestión”, esto es, criterios o referentes que justifiquen un cambio de doctrina de semejante calado.

La Sala 1ª del TS al aplicar la Ley de Usura ha contravenido el orden público interno y el orden público económico comunitario, al infringir la libertad de mercado y de fijación de precios, que no puede ponerse en tela de juicio por mor de una interpretación normativa que cuestiona la libertad de precio de mercado. Conviene recordar que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y los artículos 26, 101 y 102 del TFUE, regulan la libertad de competencia en el mercado interior.

Aunque seguro que sin pretenderlo, la sentencia declara usureros a una parte del sector financiero por el hecho de que hayan comercializado tarjetas revolving con un interés remuneratorio por encima del 20% TAE, convirtiéndose la Sala 1ª del TS, al aplicar la Ley de Usura a este tipo de productos financieros y solo teniendo en cuenta el elemento objetivo, en un instrumento de fijación de precios y un interventor del mercado financiero, al considerar que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito son elevados, sin tener en cuenta que en nuestro País el art. 315 del Código de Comercio establece el principio de libertad de la tasa de interés, que en el ámbito reglamentario desarrollaron la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 y actualmente el art. 4.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Y no solo aplica la Ley de la Usura a un mercado financiero, cuando la norma está prevista para supuestos individuales, sino que de forma expresa deroga jurisprudencialmente el elemento subjetivo (FD quinto, apartado 2), que es el elemento esencial de la Ley de Usura: “habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”, sin fundamentar, ni explicar el cambio de una doctrina consolidada por la propia Sala desde hacía décadas (STS 20 de junio de 2001 - Roj: STS 5293/2001-; 10 de octubre de 2006 -Roj: STS 5889/2006-; 4 de junio de 2009 -Roj: STS 3875/2009-; 18 de junio de 2012 -Roj: STS 5966/2012-; 22 de febrero de 2013 -Roj: STS 867/2013-; 1 de marzo de 2013 - Roj: STS 1046/2013- y 2 de diciembre de 2014 -Roj: STS 5771/2014-).

Elemento subjetivo que la propia Sala del TS ha mantenido con posterioridad a la sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Roj: STS 4810/2015), como es de

ver en la sentencia de 27 de marzo de 2019 (Roj: STS 1011/2019), de la que fue Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, para comprobar como la Sala tiene en cuenta la falta de acreditación del elemento subjetivo de la angustia alegada por el prestatario y no apreciada por la Audiencia, para desestimar el recurso.

Pero no solo el TS dicta una sentencia, en nuestra opinión *contra legem*, aplicando indebidamente la Ley de Usura y derogando el elemento subjetivo de la misma, aplicando solo el elemento objetivo, sino que, además, provoca con su resolución una clara inseguridad jurídica, al no haber fijado unos parámetros claros e inequívocos sobre lo que puede considerarse “notablemente superior”, dejando margen a la incertidumbre y a la inseguridad jurídica, porque dentro de una orquilla de 7 puntos porcentuales por encima del 20% del interés remuneratorio (siguiendo la doctrina de la Sala) sea imposible determinar cuándo nos encontramos ante un interés “notablemente superior al normal del dinero”, que es un concepto indeterminado.

Al suprimirse el presupuesto subjetivo, la aplicación de la Ley de Usura, fuera de su natural marco casuístico, pasa a ser un criterio general de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia. En efecto, con la citada sentencia, y solo con base en el presupuesto objetivo, el tipo del 26,82 % aplicado al interés remuneratorio de esta tarjeta pasa a ser, de un modo general, considerado como usurario.

Dicho límite resulta perverso y contradictorio. Perverso porque su aplicación generalizada determina o comporta una clara incidencia a la baja del “tipo medio” resultante del mercado, que a raíz de su publicación bajará necesariamente del 20% actualmente establecido. Contradictorio porque a raíz de la propia doctrina jurisprudencial, caso de la STS 189/2019, de 27 de marzo, dicha limitación no regirá para el préstamo hipotecario, pues dicha sentencia no consideró que resultaba usurario un interés pactado del 10 % anual respecto de un interés medio del 5,76 % (casi un 100 % más respecto del interés medio, y que en el caso objeto de comentario hubiera llevado a un interés del 40%).

Provoca una clara inseguridad jurídica en la valoración del carácter usurario en la horquilla que establece en torno a los siete puntos porcentuales. De forma que, injustificadamente, se deja al “arbitrio o equidad” de los jueces establecer con base exclusiva en el presupuesto objetivo y de manera general el presumible carácter abusivo de cualquier tipo de interés que resulte comprendido en dicha horquilla (del 21 al 27%).

Supone, en última instancia, una intervención general de los precios de mercado no permitida o autorizada por el Código Civil ni, tampoco, y esto es lo importante, por el Tratado, las Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, al obstaculizar el correcto funcionamiento del sistema de economía de

mercado, no pudiéndose cumplir sus objetivos de eficiencia económica, al no permitir que el mercado de libre competencia funcione correctamente.

Los Jueces y Tribunales tienen una enorme responsabilidad a la hora de interpretar la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020, dando seguridad y racionalidad a la Ley de Usura, que ha pasado a convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica capaz de socavar todo un mercado de crédito al consumo, debiendo, incluso, plantearse la posibilidad de promover una cuestión prejudicial ante el TJUE, sobre la posible infracción de la normativa comunitaria, respecto de la libertad de mercado interior, al quedar en manos de la jurisdicción ordinaria la fijación de precios del mercado, en el que incluso dentro de una horquilla de siete puntos porcentuales cada tribunal puede valorar subjetiva y discrecionalmente lo que se considera interés usurario, como, de hecho ya está ocurriendo en las primeras resoluciones que vamos teniendo conocimiento.

Así el Juzgado de 1ª Instancia número 13 de Bilbao en su sentencia número 61/2020, de 5 de marzo de 2020, no consideró usurario una TAE del 22,95%, entendiéndolo que “no se considera notablemente superior al interés normal para contratos similares. Es casi tres puntos superior, lo cual no puede entenderse como un incremento excesivo, si tenemos en cuenta que la STS antes referida lo declara en el caso de una TAE más de siete puntos superior. Una cosa es que no sea necesario un incremento exorbitante teniendo en cuenta que el 20% ya es de por sí elevado, y otra distinta que cualquier incremento de ese porcentaje ya sea usurario”.

Sin embargo el Juzgado de 1ª Instancia 5 de Valdemoro, en su sentencia 28/2020, de 4 de marzo de 2020, declara usurario un interés remuneratorio contractual del 24,5%. También el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de San Cristóbal de la Laguna en su sentencia número 98/2020, de 9 de marzo de 2020, declara usurario un interés remuneratorio con una TAE del 24.51%. Y el Juzgado de 1ª Instancia 1 de A Coruña, en su sentencia número 47/2020 de 11 de marzo de 2020, analizando los diferentes parámetros a la fecha de contratación (diciembre de 2006 y TAE 22,95) considera usurario el interés pactado, porque “atendiendo a la media de las tarjetas de crédito y revolving de enero de 2018, primer mes que consta publicado en el Banco de España, resulta un 20,91%, por lo que hay una diferencia de 2,04 puntos. Incluso partiendo del año 2010, de acuerdo con la documental aportada por la demandada, se trata de un 19,23%, existe una diferencia de 3,72 puntos. Un interés remuneratorio como el analizado, atendidos los parámetros utilizados es nulo, no es normal ni proporcionado”.

Como vemos los peores augurios que anunciábamos nada más conocerse la sentencia del TS se están haciendo realidad. Sentencias contradictorias y una

enorme inseguridad jurídica. Esperemos que las Audiencias Provinciales fijen criterios de unificación jurisdiccional que palien en la medida de lo posible esta situación.

Desgraciadamente la sentencia de 4 de marzo de 2020 generará, de nuevo, un conflicto social y judicial, al aplicar una Ley, a un sector del mercado financiero, que está prevista para supuestos singulares y casuísticos, inundando los tribunales de procedimientos judiciales, con resoluciones contradictorias, provocando inseguridad jurídica y desazón para el justiciable.

Curiosamente la sentencia de 4 de marzo de 2020 se esperaba con la esperanza de poner fin a la litigiosidad que provocó la sentencia de 25 de noviembre de 2015 y lo único que ha conseguido es crear más inseguridad jurídica y un horizonte judicial de fatales consecuencias.

Si se pretende recuperar un cierto grado de seguridad jurídica y de certeza habrá que acordar que la sentencia objeto de comentario lo “único” que realmente fija es el límite del 26,86% para la consideración usuraria del crédito revolving, sin establecer otro concreto límite conceptual por debajo del ya fijado. Para ello, habría que volver a la aplicación del presupuesto subjetivo que justificara, en cada caso concreto, el carácter usurario de un interés remuneratorio inferior.

Pues bien, partiendo de la doctrina jurisprudencial fijada por el TS en su sentencia de 4 de marzo de 2020, podemos concluir que fija los parámetros sobre los que debe compararse el crédito revolving para determinar si el interés pactado es usurario o no, sobre los siguientes fundamentos jurídicos:

- 1) Para determinar la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario debe utilizarse el tipo medio de interés en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada (FD cuarto, punto 1).
- 2) Deberá utilizarse la categoría específica de las tarjetas de crédito y revolving (FD cuarto, punto 1), dentro del apartado específico que el Banco de España tiene para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo (FD cuarto, apartado 2).
- 3) El índice de referencia que debe tomarse como “interés normal del dinero” es el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

- 4) El Banco de España desde marzo de 2017 para facilitar la información a la que hay que acudir, dentro del apartado general del crédito al consumo, incluyó, en el Capítulo 19.4 de su Boletín Estadístico, una columna con información específica sobre los tipos de interés remuneratorios en créditos revolving.
- 5) El criterio sobre el que ha de considerarse como “notablemente superior” para este tipo de créditos es el de siete puntos porcentuales entre el índice de referencia como interés normal del dinero y el tipo de interés fijado en el contrato (FD cuarto, puntos 4 á 7).
- 6) No habiendo establecido el TS un límite porcentual concreto, el único dato razonable que podemos extraer y que genere seguridad jurídica, es que el TS ha fijado como límite, para considerar usurario a este tipo de créditos revolving, **en siete puntos porcentuales por encima del tipo medio que debe tomarse como “interés normal del dinero”**, por lo que todo lo que esté por debajo de siete puntos porcentuales, hemos de presumir que está dentro del juego de la libertad de tasa de interés y de la libertad de precio que rige el mercado.