

© Copyright 2020, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Comentarios al acuerdo no jurisdiccional de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2020, en relación a la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving

Revista de Derecho vLex - Nbr. 191, April 2020

Author: Jesus M^a Sánchez García

Position: Abogado. Socio de Zahonero&Sanchez, Abogados Asociados, SCP

Id. vLex VLEX-842643850

Link: <https://2019.vlex.com/#vid/comentarios-acuerdo-no-jurisdiccional-842643850>

TextLas Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Cantabria, en la sesión celebrada el 12 de marzo de 2020, adoptaron los siguientes acuerdos:

a) Como consecuencia de la sentencia nº1 149/2020, Pleno, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de marzo, a efectos de declaración de usura, estimamos como notablemente superior al interés normal del dinero un incremento en el ordinario remuneratorio (TAE), a la fecha del contrato, del 10% sobre el índice relativo al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

b) En los contratos anteriores a la fecha en que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales relativas al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, se aplicará la doctrina establecida en la sentencia nº 628/2015, de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre.

En diversos artículos y foros¹ he dejado constancia de mi posición crítica con la sentencia de la Sala 1^a del TS de 4 de marzo de 2020², 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, posición crítica que no mantengo en solitario, sino que voces tan autorizadas como la del Catedrático de Derecho Civil y ex Magistrado de la Sala 1^a del TS D. Javier Orduña, también lo sostiene en un reciente artículo publicado en la revista Aranzadi: "La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces".³

Lo procedente hubiera sido resolver el recurso, como la propia sentencia menciona en su fundamento de derecho quinto, punto 1º, a través de la figura jurídica de la transparencia, al encontrarnos ante una contratación seriada y dentro de un específico mercado financiero, contando con una sólida doctrina jurisprudencial del TJUE en materia de contratos de crédito al consumo (STJUE 5/9/2019, asunto C-33/18; STJUE 20/09/2018, asunto C-448/17; 07/11/2019, asuntos acumulados C-419/18 y C-483/18; 19/12/2019, asunto C-290/19; 05/03/2020, asunto C-679/18; 26/03/2020, asunto C-779/18; 26/03/2020, asunto C-66/19).

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, 4 como es de ver en la sentencia de 27 de marzo de 2019, 5 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.

Como he venido insistiendo en diversos artículos, la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 provoca una clara inseguridad jurídica, al no haber fijado unos parámetros claros e inequívocos sobre lo que puede considerarse interés "notablemente superior", dejando margen a la incertidumbre y a la inseguridad jurídica, porque dentro de una horquilla 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 y al suprimirse el presupuesto subjetivo, pasa a ser un criterio general de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia.

Curiosamente la sentencia del TS 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, lo que provocará un aluvión de procedimientos judiciales, con resoluciones contradictorias, provocando inseguridad jurídica y desazón para el justiciable.

Ya son muchos los Juzgados que están aplicando la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 de forma completamente distinta, en cuanto a la interpretación de lo que se considera interés notablemente superior al tipo medio del 20% que resolvió la sentencia.

Lejos de crear seguridad jurídica, los acuerdos de la Audiencia Provincial de Cantabria provocan desazón y más inseguridad jurídica, porque, a mi entender, interpreta erróneamente la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 y la jurisprudencia de la Sala 1ª, en cuanto a lo que debe entenderse por "un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso" (art. 1 Ley de Usura) y, por otro lado, interpreta erróneamente la sentencia de 25 de noviembre de 2015, en relación con la sentencia de 4 de marzo de 2020, respecto de los contratos formalizados con anterioridad al año 2010.

a) Primer acuerdo de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2020.

1. Como consecuencia de la sentencia nº 1 149/2020, Pleno, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de marzo, a efectos de declaración de usura, estimamos como notablemente superior al interés normal del dinero un incremento en el ordinario remuneratorio (TAE), a la fecha del contrato, del 10% sobre el índice relativo al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

Las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Cantabria consideran interés notablemente superior un incremento de la TAE superior a dos puntos (10%) a la fecha del contrato, aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España.

El problema de acudir a mediciones exclusivamente objetivas aplicadas a todo un mercado financiero, sin analizar adecuadamente esos boletines estadísticos, es que si acudimos a las estadísticas del Banco de España, no encontraremos ninguna referencia a la TAE, sino a la TEDR (tipo efectivo definición restringida, que equivale a TAE -tasa anual equivalente- sin incluir comisiones).⁶

Por definición la TEDR de una tarjeta es siempre menor o igual a la TAE de dicha tarjeta. La diferencia entre la TAE y la TEDR será mayor cuanto mayores sean las comisiones de la tarjeta.

El artículo 6, apartado 1º, letra d), de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 24 de junio de 2011 (en adelante LCCC), define la TAE (Tasa anual equivalente), como: "el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el apartado 2 del artículo 32, si procede".

Y el apartado 2º del artículo 36 de la LCCC 2 establece que "para calcular la tasa anual

equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que éste tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito y los gastos, distintos del precio de compra, que corran por cuenta del consumidor en la adquisición de bienes o servicios, tanto si la transacción se paga al contado como a crédito".

Como establece el punto 4^a del fundamento de derecho tercero de la sentencia de la Sala 1^a del TS de 25 de noviembre de 2015:

"El interés remuneratorio estipulado fue del 24,6% TAE. Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, « se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor », el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible (aunque no suficiente por sí solo) para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia".

Por tanto el TS reitera que "para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero" se ha de tomar como referencia "la tasa anual equivalente (TAE)".

Sin embargo, como he expuesto, los índices estadísticos que facilita el Banco de España a través de su Boletín Estadístico, no reflejan la TAE media de las tarjetas revolving, sino la TEDR.

Y existe una diferencia porcentual entre la TEDR y la TAE, de entre 1,5 y 2 puntos porcentuales por encima, al no incluir la TEDR comisiones, como explicita el propio Banco de España en su información al pie del capítulo 19,4 de su Boletín Estadístico, al que hay que remitirse conforme la doctrina fijada por la Sala 1^a del TS.

Por tanto conforme resuelve el TS en su sentencia de 4 de marzo de 2020, como ya hizo en su sentencia de 25 de noviembre de 2015, la referencia que habrá de tomarse como parámetro de comparación no es la TIN, ni la TEDR, sino la TAE.

Como nos recuerda el TJUE en su sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-290/19, " El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de subrayar que, para un consumidor, la **TAE** reviste una importancia esencial en tanto que coste global del crédito, presentado en forma de un tipo de interés calculado de acuerdo con una fórmula matemática única. En efecto, este tipo permite que el consumidor valore, desde el punto de vista económico, el alcance del compromiso que comporta la celebración del contrato de crédito (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová, C-377/14, EU:C:2016:283, apartado 90 y jurisprudencia citada; de 9 de noviembre de 2016, Home CreditSlovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, apartado 66 y jurisprudencia citada, y de 20 de septiembre de 2018, EOS KSI Slovensko, C-448/17, EU:C:2018:745, apartado 64)".

Y en el apartado 84 de la sentencia de 21 de abril de 2016, asunto C-377/14, el TJUE resuelve que: "Asimismo, de conformidad con el artículo 3, letra g), de esta Directiva, el coste total del crédito para el consumidor designa todos los gastos que éste deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista. Por último, en virtud del artículo 3, letra i), de la referida Directiva, la **TAE** corresponde al coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el artículo 19, apartado 2, de la misma Directiva, si procede".

Nos dice el apartado 4 del artículo 281 de la L.E.Civil que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general. Sin duda es un hecho notorio que en el mercado financiero de las tarjetas revolving en España, **la media de la TAE de los créditos revolving** no está en un 20%, sino superior y aunque ello pueda resultar elevado, no puede ser calificado como usurario. Basta acudir a la información facilitada por la asociación de consumidores Asufin en diciembre de 2019, para comprobar que la TAE media aplicada (incluido comisiones) por las entidades financieras es superior al 23%.⁷

Lo cierto es que la horquilla de las tarjetas revolving oscila entre el 16,60% y el 35,1%, estando la TAE media en el 22,9%.

Por tanto la primera conclusión a la que llegamos con el acuerdo adoptado por la Audiencia Provincial de Cantabria, es que, como resuelve el TS, la media que hemos de considerar es la TAE, debiendo tener presente que el Boletín Estadístico del Banco de España en su Capítulo 19,4 fija la media porcentual sobre la TEDR, es decir sin incluir comisiones y conforme a la LCCC y la jurisprudencia del TJUE y el propio TS, el índice de referencia ha de ser la TAE, que corresponde al coste total del crédito y la que ha de tenerse como válida para realizar el elemento comparativo, que está sobre dos puntos por encima del TEDR.

Una vez aclarado que no debemos confundir la TEDR con la TAE, la Audiencia Provincial de Cantabria considera un interés "notablemente superior al interés normal del dinero" y, por tanto, usurario, un incremento de dos puntos a la TAE pactada a la fecha del contrato sobre el índice relativo al tipo medio publicado en el Boletín Estadístico del Banco de España.

No puedo más que expresar mi perplejidad por el acuerdo adoptado por las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Cantabria.

Considerar "notablemente superior" dos puntos porcentuales a mi entender no tiene apoyo jurisprudencial del TS, ni razonamiento lógico de la definición "notablemente superior". La sentencia del TS de 4 de marzo de 2020, fijó usuario un interés del 26,86% sobre un tipo medio del 20%, sin especificar qué debía considerarse como interés notablemente superior. En mi modesta opinión, sobre un tipo medio de un 20%, considerar "notablemente superior" dos puntos porcentuales de entre una horquilla de 7 puntos, sin motivar, ni explicar, por qué se considera "notablemente superior" dos puntos porcentuales es inadmisibles conceptualmente.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de marzo de 2020 ha resuelto un caso concreto, pero no ha definido en esa sentencia el contenido del concepto de "interés notablemente superior".

La Audiencia Provincial de Cantabria a través de su acuerdo lo define, como todo aquél que sea superior al 10% del tipo medio.

Habida cuenta que los conceptos jurídicos son únicos e inalterables, sin que puedan ser subjetivados discrecionalmente para cada supuesto, la definición de "notablemente superior" si la aplicamos a un procedimiento hipotecario nos llevaría al absurdo de tener que considerar usurario un préstamo hipotecario concedido en el mes de febrero de 2020, con un tipo de interés del 2% de interés anual, ya que en esa fecha el tipo medio era del 1,81%, por lo que el 2% sería notablemente superior a efectos de usura conforme a la definición de la Audiencia de Cantabria.⁸

La propia Sala 1ª del TS en su sentencia de 27 de marzo de 2019 (hace solo un año), de la que fue Ponente D. Ignacio Sancho Gargallo, no estimó usurario el interés remuneratorio de un préstamo hipotecario en el que el tipo medio en operaciones hipotecarias a más de 10 años estaba al 5,76% (TAE 6,18%) y el interés pactado al 10% anual, concretamente en el apartado 2º del fundamento de derecho segundo resolvió: "En el presente supuesto, según refiere el propio recurrente, en el año en que se pactó (2008), en operaciones hipotecarias a un año el interés medio estaba situado en el 5,99% y en operaciones hipotecarias a más de 10 años en el 5,76% (TAE 6,18%). El interés pactado, del 10% anual, con ser superior al medio, no entra dentro de la consideración de "notablemente superior" y "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

Es decir, el TS en un supuesto en el que se analizó un diferencial entre el tipo medio y el tipo pactado de cuatro puntos, resolvió expresamente que "con ser superior al medio, no entra dentro de la consideración de "notablemente superior" y "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".⁹

Si se pretende recuperar un cierto grado de seguridad jurídica y de certeza habrá que acordar que la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020, 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.

b) Segundo acuerdo de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2020.

2. En los contratos anteriores a la fecha en que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales relativas al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, se aplicará la doctrina establecida en la sentencia nº 628/2015, de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre.

Efectivamente se ha de aplicar la doctrina de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2015, que estableció en su fundamento de derecho tercero, apartado 4º, que:10

"El interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés « normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (sentencia

núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.). Esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) nº 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada".

Pero la sentencia de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2015, se ha poner en relación con el fundamento de derecho tercero, punto 2º y el fundamento de derecho cuarto, punto 1º, de la sentencia de 4 de marzo de 2020.

En el fundamento de derecho punto 2º de la sentencia de 4 de marzo de 2020 el TS resolvió que: "De lo expuesto se desprende que no fue objeto del recurso resuelto en aquella sentencia determinar si, en el caso de las tarjetas revolving, el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» es el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España".

Y en el punto 1º del fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia de 4 de marzo de 2020, el TS resuelve que:

"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. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio".

Para determinar lo que se considera "interés normal del dinero", el TS en su sentencia de 25 de noviembre de 2015, como hemos visto, nos dice "que puede acudir". Por tanto esa información se puede obtener y acreditar en el procedimiento por cualquier otro medio de prueba.

Hasta el año 2010 acudiríamos a las estadísticas del Banco de España, para esa categoría específica de la tarjeta revolving, que ya sabemos que están actualizadas hasta ese año. Eso sí teniendo en cuenta que la información estadística que facilita el Banco de España es el tipo medio de la TEDR (sin incluir comisiones) y que la que nos tiene que servir como tipo de referencia es la TAE, que aproximadamente está en dos puntos por encima de una TEDR.

Si con anterioridad al año 2010 las estadísticas oficiales del Banco de España incluían las tarjetas de crédito revolving dentro de la categoría general de los préstamos al consumo, podremos acudir a otros índices estadísticos para acreditar el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia, y en este caso a la categoría de tarjetas y créditos revolving, que nos sirva de término comparativo como indicativo del "interés normal del dinero", o a informes periciales, a fin de acreditar cual era el interés normal del dinero en la fecha de formalización del contrato.

Ver más ampliamente los artículos de Jesus Sánchez García publicados 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 TS de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving", en el Blog Hay Derecho, de 9 de marzo de 2020, "No hay derecho: El Tribunal Supremo y las tarjetas revolving" y el artículo Orduña Moreno, J y Sánchez García, J: "La sentencia de la Sala 1ª del TS 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica". Pendiente de publicación en el monográfico comentando la sentencia del TS de 4 de marzo de 2020 de la Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios de vLex.

Roj: STS 600/2020

Orduña Moreno, J: "La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces". Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2020.

Roj: STS 4810/2015

Roj: STS 1011/2019

<https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1904.pdf>

https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2019/11/BAROMETRO_REVOLVING_ASUFIN_2019.pdf

<https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1901.pdf>

Roj: STS 1011/2019

Roj: STS 4810/2015