

Jesus M^a Sánchez García.

Abogado.

Comentarios al Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021: distinción entre usura y abusividad en el crédito revolving

Publicado en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE

<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/comentarios-al-auto-del-tjue-de-25-de-marzo-de-2021-distincion-entre-usura-y-abusividad-en-el-credito-revolving/>

Nada más conocerse la sentencia de la Sala 1^a del TS de 4 de marzo de 2020 (Roj: STS 600/2020), sobre el crédito revolving, publiqué un artículo, junto con el Catedrático de Derecho Civil y exmagistrado de la Sala 1^a del TS D. Javier Orduña, anunciando que el rigor jurídico hacía imprescindible una vuelta a la racionalidad jurídica (“La sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica”, publicado en la revista jurídica sobre consumidores y usuarios, abril de 2020, pgs. 6 a 13).

Desde el mismo día en que se publicó la sentencia de la Sala 1^a del TS de 4 de marzo de 2020, he mantenido una posición muy crítica sobre la misma, no solo por aplicar, a mi entender, 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 *de facto* deroga jurisprudencialmente el presupuesto subjetivo, esto es, su tacha de inmoralidad, sino porque la sentencia, aunque seguro que sin pretenderlo, declara “usureros” a una parte del sector financiero, tanto nacional, como comunitario, por el hecho de que hayan comercializado tarjetas revolving con un interés remuneratorio por encima del 26,86% TAE

Como era de esperar y así lo anuncié desde el primer momento, la doctrina fijada por la Sala 1^a del TS en su sentencia de 4 de marzo de 2020, ha provocado un **bazar jurisprudencial de criterios interpretativos**, que se evidencia en las resoluciones que se están dictando por los diferentes Tribunales de Instancia en nuestro País y en los acuerdos no jurisdiccionales que están adoptando las distintas Audiencias Provinciales, lo que provoca la lógica inseguridad jurídica, habiéndose convertido el crédito revolving en un nuevo “nicho de mercado de litigación masiva” (como ya ocurrió con los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, las cláusulas de gastos y de vencimiento anticipado

en préstamos hipotecarios o el IRPH), apartándose el Tribunal Supremo de la labor uniformadora y de seguridad jurídica que le es propia, como máxima instancia jurisdiccional en la interpretación del Derecho nacional y comunitario (apartado 68 STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), apartándose de la doctrina jurisprudencial que el TS había venido manteniendo de forma inalterable desde que se promulgó la Ley de Usura y cuyos máximos exponentes jurisprudenciales son las sentencias del Alto Tribunal de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012), 22 de febrero de 2013 (Roj 867/2013) y 2 de diciembre de 2014 (Roj 5571/2014).

La Sala 1ª del TS en el apartado tercero del fundamento de derecho tercero de su sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Roj 4810/2015) nos dice que *“A partir de los primeros años cuarenta, la jurisprudencia de esta 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, para que un préstamo pudiera considerarse usurario, concurrieran todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 1 de la ley”*

Sin embargo, hay que resaltar que no es cierto que la Sala 1ª del TS suprimiera, en momento alguno, la exigencia del presupuesto subjetivo, a la hora de aplicar la Ley de Usura (es más recientemente el propio TS valora el elemento subjetivo, en su sentencia de 27 de marzo de 2019 -Roj: STS 1011/2019-).

En ninguna de ellas la Sala 1ª del TS deja sin efecto el presupuesto subjetivo de la Ley de Usura, regulado en su artículo primero. En todas ellas la Sala 1ª al analizar el supuesto concreto resuelve que no es necesario que concurran, a la vez, todos los requisitos y circunstancias contemplados en el artículo 1 de la Ley de Usura para llegar o alcanzar el convencimiento del carácter usurario del préstamo suscrito.

Lo que hacen las cuatro sentencias, por tanto, es flexibilizar o potenciar la aplicación de la Ley de Usura a través de una valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurran. Esa jurisprudencia lo que hace, con buen sentido, es utilizar dicha flexibilización de la aplicación de la Ley de Usura para combatir o luchar de forma más eficaz contra el préstamo usurario, que era un problema real de este País en ese contexto histórico (años 40). No se prescinde del presupuesto subjetivo desde el punto de vista de la conducta o reproche moral, que merece el préstamo usurario y que comporta su nulidad plena. Pero basta con que el Juez al valorar, con amplísimas facultades las circunstancias tanto objetivas como subjetivas, alegadas por las partes, llegue al convencimiento de la tacha de inmoralidad del préstamo concertado, sin requerir acumulativamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos y circunstancias previstos en el artículo primero de la Ley de Usura.

Lo que en realidad permite la Ley de Usura es determinar el marco de invalidez del contrato celebrado, pero, en ningún caso, determinar el precio del contrato. En esas cuatro sentencias de los años 40, se combaten prácticas fraudulentas que evidenciaban, por sí mismas, claramente un carácter usurario de los préstamos concertados (pacto de retro, préstamo falsario, contrato de compensación mútua, entrega de una cantidad

inferior a la nominalmente pactada). Se aplica, por tanto, la moral como uno de los límites del principio general de libertad de pacto (libertad de precio), que es la consecuencia jurídica que permite la Ley de Usura en su concordancia con el artículo 1255 del Código Civil, es decir la nulidad del contrato. Pero, en ningún caso, la Ley de Usura permite una función distinta a la señalada, como es la de determinar el precio del contrato. El propio Código Civil ya había derogado el antiguo instituto de la rescisión por lesión en el ámbito de la contratación. Por lo que no cabe una interpretación indebida de la Ley de Usura sobre el control judicial del precio, sino la declaración de usurario del préstamo y su correspondiente sanción de nulidad jurídica.

El TJUE mediante Auto de 25 de marzo de 2021, asunto C-503/20, ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, mediante Auto de 14 de septiembre de 2020 (Roj: AAP GC 111/2020).

Desgraciadamente el TJUE, con las preguntas realizadas, no ha podido resolver adecuadamente la cuestión prejudicial que debía haber sido propuesta, dado el erróneo planteamiento que se ha hecho de la misma, al extremo que respecto de la primera cuestión la considera inadmisibile, al no estar explicada la pregunta con la suficiente claridad y respecto de la segunda cuestión, el TJUE responde que la Directiva 87/2012, aplicable por razón temporal y la actual Directiva 2008/48, relativa a los contratos de crédito al consumo, no se opone a una normativa nacional, tal y como la interpreta la jurisprudencia nacional, que establece una limitación de la TAE que puede imponerse al consumidor en un contrato de crédito al consumo con el fin de luchar contra la usura, siempre que esta normativa no contravenga las normas armonizadas por estas Directivas en lo que en particular se refiere a las obligaciones de información.

La primera conclusión que podemos extraer del Auto del TJUE de 25 de marzo de 2021, como se ha señalado, es que deja sin resolver la cuestión esencial derivada de las sentencias de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2015 y 4 de marzo de 2020 y, la segunda, que debido a la complejidad de estas cuestiones hay un gran desconocimiento a la hora de plantearlas adecuadamente.

Sobre ambas cuestiones he tenido el privilegio de leer un reciente estudio del profesor D. Javier Orduña titulado: “Cuestión prejudicial: fundamento, pertinencia y metodología general” (monografía pendiente de publicación) y que, aprovechando el reciente Auto comentado del TJUE de 25 de marzo de 2021, hace un riguroso estudio de la Ley de Usura y la abusividad, poniendo especial énfasis en la prevalencia del derecho comunitario y la doctrina desarrollada por el TJUE en la contratación seriada, respecto de la Directiva 93/13.

De la atenta lectura del extraordinario estudio del profesor Orduña, la primera conclusión que podemos extraer es que lo que realmente plantea una duda razonable con el Derecho de la Unión Europea, no es tanto la compatibilidad de la propia Ley de Usura en su correcto ámbito de aplicación, el plano de la ineficacia contractual, como

plano que no es de competencia de la Unión Europea, sino la interpretación extralimitada que realiza la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS de dicha Ley de Usura, esto es su función *ex nova* de determinar judicialmente el precio o coste del crédito al consumo, función ésta que sí que entra en colisión con la primacía del Derecho de la Unión Europea, al no estar expresamente contemplada en la propia Ley de Usura, no tener cobertura en otra disposición o norma jurídica de ámbito nacional y, además, entrar en clara colisión con el artículo 4,2 de la Directiva 93/13, que el propio TS ha declarado su transposición plena e íntegra.

Además, no hay que olvidar que el TS en su sentencia de 4 de marzo de 2020 no fija un parámetro claro para determinar cuándo un interés es notablemente superior al normal de dinero, para considerarlo usurario en la horquilla que establece en torno a los 6,8 puntos porcentuales (en la sentencia de 25 de noviembre de 2015, en su fundamento de derecho cuarto in fine partió del criterio que la propia Sala venía fijando, que era el doble del tipo medio). 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 20 al 26,8%).

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 nuestro legislador lo hiciera 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, a su mero arbitrio, que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito, en un momento determinado, son elevados o no.

Sin duda, el legislador nacional puede imponer un máximo al precio de un crédito revolving dentro del ámbito de la usura, como ha hecho el legislador francés (artículo 314,6 del Code de la Consommation -que aplica la regla <30%, produciéndose la usura al superar el 30% del precio medio de mercado-), o limitar el precio de este tipo de créditos dentro del ámbito de la ley de crédito al consumo, como han hecho otros países de la Unión Europea, pero lo que no puede hacer la Sala 1ª del Tribunal Supremo es fijar el precio de los créditos revolving descontextualizando la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, que no fue pensada para regular un mercado financiero, sino simplemente para declarar la nulidad del préstamo usurario con base en su reproche moral.

Como opina el profesor D. Javier Orduña, la debida correspondencia y concordancia de la Ley de Usura de 1908 con el Código Civil de 1889 y su artículo 1255 es clara y meridiana y constituye una "*res certae*" del fundamento y alcance de su aplicación.

El artículo 1255 del Código Civil establece la libertad de pacto (libertad de precios) como uno de los principios básicos de su ordenación (por eso deroga el antiguo instituto de la rescisión por lesión). Dicho principio básico solo presenta unos límites: la ley, la moral y el orden público. La sanción del préstamo usurario se establece o justifica no porque sea contrario a la Ley, porque rige el principio de libertad de precios, sino en la

tacha de inmoralidad, que se deriva de la valoración de las circunstancias, incluidas las de índole objetivas, que motivaron su contratación. Pero la infracción de este límite solo faculta al juez para que pueda declarar la nulidad del contrato, en ningún caso, por aplicación del propio principio de libertad de pacto, le faculta para regular o integrar dicho préstamo, ya declarado nulo y, mucho menos, para establecer una nueva potestad judicial de control o fijación de precios. La propia imperatividad del principio de libertad de pacto, esto es, de la Ley, así como el alcance del propio límite aplicado, es decir, la moral, lo prohíben.

La Ley de Usura juega, necesariamente, dentro del marco del artículo 1255 del Código Civil, y no al revés, tal y como la propia Sala 1ª del TS sostuvo en la paradigmática sentencia de 18 de junio de 2012 (Roj 5966/2012), fuera de esto lo único que hay es la pérdida de la razón de ser de la norma, con la inseguridad jurídica más absoluta.

La aplicación de un límite al principio de libertad de pactos, como es la moral, no puede desnaturalizar el propio principio general del derecho; si se hace, se desnaturaliza o se abroga el propio principio.

En mi opinión, no se puede acudir a un instrumento legal como es la Ley de Usura de 1908, “desfigurando el sentido y la letra de la Ley” para regular el precio del crédito revolving en el mercado financiero. La Ciencia Jurídica y el rigor jurídico hace imprescindible denunciar ese error de interpretación y aplicación de la Ley de Usura y su descontextualización, si es necesario, mediante el planteamiento de una oportuna y bien fundamentada cuestión prejudicial ante el TJUE; todo ello, sin perjuicio, de que el legislador regule el precio del crédito revolving, como tantas veces vengo insistiendo y reclamando, sin que puedan los Tribunales convertirse en un instrumento de fijación de precios y un interventor del mercado financiero, al considerar, a su mero arbitrio, que los tipos de interés que se aplican sobre determinados productos de crédito, en un determinado momento, son elevados.

Pero mientras el legislador siga sin regular el precio del crédito revolving, como otros Países de la Unión Europea han hecho, 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.

En mi opinión la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas planteó incorrectamente la cuestión prejudicial al TJUE.

El crédito al consumo y, su modalidad de crédito revolving, se encuentra regulada en el Derecho de la Unión Europea, especialmente de forma específica en la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo, y de forma general en el ámbito de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, relativa a las cláusulas

abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no solo en la Directiva de crédito al consumo.

Esta regulación comporta la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, que se proyecta de forma general en la salvaguarda de los principios fundacionales del derecho de la Unión; casos, entre otros, de la autonomía o libertad de contratación de las partes, de la economía de mercado y su interrelación con el correcto funcionamiento del mercado interior, como de su correlato con los principios de seguridad jurídica del mercado financiero, pero también, de forma más concreta, en la imperativa aplicación de sus “normas armonizadas”, con especial incidencia en relación con la aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, esto es, con la interdicción o prohibición para el órgano jurisdiccional nacional de “realizar o fijar un control de precios”.

Exclusión o prohibición expresamente declarada por nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, caso de la reciente de 10 de diciembre de 2020 (Roj: STS 4068/2020), que en su fundamento de derecho sexto, apartado segundo, resuelve: *"No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado las sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei"*.

En la contratación seriada, con condiciones generales de la contratación, como es el crédito revolving, debe aplicarse de forma generalizada la normativa tuitiva de consumo, especialmente la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y toda la normativa nacional transpuesta, que es el marco natural para combatir los incumplimientos normativos por parte de las entidades financieras y ser la cláusula contractual, incluido el precio, abusiva, cuando no se facilita la debida información al prestatario, al no ser la cláusula clara y transparente (artículos 4,2 y 5 de la Directiva 93/13) o provocar desequilibrio (artículo 3 Directiva 93/13).

El Tribunal Supremo al aplicar de forma generalizada la Ley de Usura a un mercado financiero, como es el crédito revolving, se convierte de facto en un regulador del precio

de mercado, ya que no se combate los créditos usurarios (por su tacha de inmoralidad), sino los créditos que el propio Tribunal Supremo en una interpretación subjetiva y extralimitada considera que son elevados, en contra del principio de la libertad de pactos (libertad de precios) que contempla nuestro sistema jurídico, contraviniendo su propia doctrina jurisprudencial, la de los años 40 y la inmediatamente anterior a las sentencias de 25 de noviembre de 2015 y 4 de marzo de 2020, sin aplicar a este tipo de contratos de crédito revolving la sentencia comentada de 10 de diciembre de 2020: **solo cabe el control de abusividad si la cláusula en cuestión adolece de transparencia.**