

La inseguridad jurídica generada por la doctrina de la Sala 1ª del TS, en materia de consumidores, especialmente en créditos revolving, conduce a un nuevo nicho de mercado para los fondos de inversión

Revista de Derecho vLex - Núm. 209, Octubre 2021

Autor: Jesús Mª Sánchez García

Cargo: Abogado

Id. vLex VLEX-876742623

Link: <https://app.vlex.com/#vid/inseguridad-juridica-generada-doctrina-876742623>

Texto

Contenidos

El pasado **9 de octubre de 2021** el Diario digital lainformación.com se hacía eco de una noticia que titulaba: "**los grandes fondos se lanzan a la compra de los litigios contra la banca**" y con el subtítulo: "están mostrando interés por carteras de clientes insatisfechos con sus entidades que han sido captadas por plataformas online de abogados que posteriormente no tienen capacidad para procesar".

En mi post publicado en el Blog HayDerecho.com, en julio de 2019 y titulado: "**¿nos encontramos ante una mercantilización de la defensa de los derechos de los consumidores?**", ya denunciaba la **proliferación de sociedades mercantiles que aprovechaban la crisis económica y las consecuencias de una deficiente praxis en la contratación predispuesta** para encontrar un "nicho de negocio", (legítimo desde el punto de vista de negocio y de mercado) que han mercantilizado, en mi opinión, la defensa de los derechos de los consumidores.

Se trata de **entidades mercantiles** (habitualmente mediante la figura de una sociedad limitada) y, por tanto, no sujetas a controles deontológicos de los colegios profesionales (art. 6,3-b del Código Deontológico de la Abogacía Española: "La incitación genérica o concreta al pleito o conflicto"), que **captan la clientela mediante fuertes campañas publicitarias, suscribiendo contratos predispuestos con sus clientes** y que se ha visto más acentuado desde que la Sala 1ª del TS dictara la [sentencia de 4 de marzo de 2020](#) sobre el crédito revolving.

En aquel post recordaba como en el año 2019, en las **demandas de reclamación de gastos de préstamos hipotecarios** que se tramitaban en Barcelona, alguna entidad bancaria estaba dispuesta a pagar el importe que resultase de la doctrina fijada por el TS en sus **sentencias de 23 de enero de 2019** y, curiosamente, alguna empresa, de las que más demandas interponía, prefería no aceptar esos acuerdos previos, pese a que sus clientes, con los contratos de prestación de servicios que en muchos casos habían suscrito, cobrarían exactamente lo mismo en aquél momento, si aceptaban el acuerdo, que pasados 5 años (que es el tiempo que tardarían en resolverse sus litigios). Y me hacía la siguiente reflexión: **¿No existe un claro conflicto de intereses entre esos contratos de prestación de servicios y los derechos de los consumidores afectados?**, máxime cuando tanto el Juzgado de 1ª Instancia 101 bis de Madrid y el Juzgado de 1ª Instancia 50 de Barcelona, ya han dictado alguna sentencia imponiendo las costas al demandante consumidor por no haber aceptado la propuesta de pago de la entidad bancaria, conforme a la doctrina fijada por el TS, permitiendo la continuación del procedimiento hasta sentencia, que ha estimado parcialmente la demanda en base a esa doctrina que comentamos.

Ahora vemos como los **fondos de inversión especulativos** también quieren entrar en este suculento mercado de la litigación masiva en materia de consumo, que, sin duda, tiene su consecuencia última en la **falta de previsión de un legislador** que no estuvo a la altura de las circunstancias mediante la adaptación de nuestras normas procesales y sustantivas a partir del año 2010 a la legislación y doctrina comunitaria y, especialmente, de una Sala 1ª del TS, que, salvo los años en que la presidió el **Magistrado D. Juan Antonio Xiol**, que sí **impulsó una doctrina jurisprudencial vanguardista y acorde con los nuevos parámetros comunitarios**, en materia de consumidores ha mantenido una posición doctrinal restrictiva y no acorde, en algunas ocasiones, con la doctrina comunitaria (por poner solo un ejemplo la limitación temporal de los efectos retroactivos de las cláusulas suelo -**STJUE 21/12/2016**-) y que ha provocado durante estos últimos años un auténtico aluvión de cuestiones prejudiciales por parte de muchos Tribunales españoles (el último ejemplo lo tenemos con las cuestiones prejudiciales del índice IRPH, con preguntas y repreguntas, que parece "la historia interminable" o la cuestión prejudicial planteada por una Sección de la Sala 1ª del TS y no por el Pleno, ni por su Presidente, de 10/9/2021 -Roj: [ATS 10856/2021](#)- , sobre la comisión de apertura de un préstamo hipotecario, pese a la [STJUE de 16 de julio de 2020](#), basando la cuestión prejudicial en que "*las indicaciones del órgano judicial remitente expusieron la normativa interna y la jurisprudencia nacional de una manera distorsionada*").

En mi modesta opinión esta **mercantilización de la prestación de los servicios jurídicos y la litigación masiva** en la que nos encontramos, tiene, entre una de sus causas, la posible **inseguridad jurídica** que la Sala 1ª del TS ha generado con algunas de sus sentencias en materia de consumidores, que no ha contentado "ni a tirtios ni a troyanos".

A título de ejemplo y siendo consciente que la casuística de los temas puede llevar a pronunciamientos distintos, recomiendo analizar la [sentencia de la Sala 1ª del TS de 15 de octubre de 2020](#) -Roj: [STS 3417/2020](#)-, sobre la cláusula suelo de la denominada "**hipoteca joven**" y los tres recientes [Autos de la Sala 1ª del TS de 7 de julio de 2021](#) -Roj: [ATS 9354/2021](#); -Roj: [ATS 9322/2021](#)- y -Roj: [ATS 9246/2021](#)-, en la que se inadmiten los tres recursos de casación interpuestos por la entidad financiera por quedar acreditada la falta de

información que se facilitó en la contratación del préstamo hipotecario (*ver* sentencia del TEDH CASO INMOBILIZADOS Y GESTIONES S.L. vs. ESPAÑA, de 14 de septiembre de 2021).

El máximo exponente, en mi opinión, de esa inseguridad jurídica que ha provocado la Sala 1ª del TS la encontramos en materia de **crédito revolving**, con su primera [sentencia de 25 de noviembre de 2015](#) y la culminación del despropósito con su [sentencia de 4 de marzo de 2020](#).

Nada más dictarse la [sentencia de 4 de marzo de 2020](#) sobre el crédito revolving, fuimos muchos los que anunciamos el **error interpretativo** que hacía el TS, al aplicar para un mercado financiero la [Ley de Usura de 23 de julio de 1908](#), que regula esencialmente la tacha de inmoralidad con vocación casuística, en lugar de acudir a la aplicación de la figura jurídica comunitaria del **principio de transparencia**, al tratarse de un crédito regulado por la Directiva de Consumo comunitaria.¹

He venido anunciando a través de muchos artículos que la [sentencia del TS de 4 de marzo de 2020](#) iba a generar **una clara inseguridad jurídica y un bazar jurisprudencial de dimensiones colosales**.²

Como hemos venido denunciado muchos juristas,³ esta confusión, al no **distinguir en el caso del crédito revolving entre abusividad y transparencia**, ha conducido a una mayor litigiosidad, contrariamente a lo que pretendía la Sala 1ª del TS con sus sentencias de [25 de noviembre de 2015](#) y [4 de marzo de 2020](#) (apartándose de una doctrina jurisprudencial inveterada desde que se promulgó la [Ley Azcárate](#) y cuyos máximos exponentes son las sentencias de [18 de junio de 2012](#) -Roj: STS 5966/2012- (por cierto la primera sentencia en la UE que analiza la figura jurídica de la transparencia), [22 de febrero de 2013](#) -Roj: STS 867/2013- y [2 de diciembre de 2014](#) -Roj: STS 5771/2014-).

Y efectivamente ha producido el efecto contrario, ya que la [sentencia de la Sala 1ª del TS de 4 de marzo de 2020](#) se esperaba con la esperanza de poner fin a la litigiosidad e inseguridad jurídica que había provocado la [sentencia de 25 de noviembre de 2015](#) y lejos de ello, esa doctrina errónea, ha provocado (como ya anuncié en muchos de mis artículos) una inseguridad jurídica y un bazar jurisprudencial⁴ y con ello a que **los fondos de inversión especulativos tengan un nicho de mercado en la litigación de estas reclamaciones**.⁵

El propio Catedrático de Derecho Civil y exmagistrado de la Sala 1ª del TS, **D. Javier Orduña** (tanto en artículos, como en múltiples conferencias) advirtió que era imprescindible tener una **doctrina clara y precisa en la usura** y permitir que no se diferenciara del principio de transparencia ha llevado a este caos o reinos de taifas (en cuanto a la interpretación de lo que ha de considerarse como interés usurario conforme a la [sentencia del TS de 4 de marzo de 2020](#)), que pone en bandeja a estos fondos especulativos, que, en mi modesta opinión, no tienen **ningún interés en la defensa real de los consumidores** y la corrección de nuestro sistema jurídico a esta situación.⁶

Cuando se elaboran doctrinas jurisprudenciales que cercenan la naturaleza y el rigor jurídico de las figuras jurídicas, puede provocar una situación como la que nos encontramos, en la que no

hay seguridad jurídica al no haber llevado a cabo el TS esa labor uniformadora que le está encomendada, incluso por el propio TJUE desde su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados [C96/16](#) y [C94/17](#), apartado 68.

Aún discrepando que la Sala 1ª haya acudido a la Ley de Usura para regular jurisprudencialmente un mercado financiero como es el crédito revolving e incluso, derogando jurisprudencialmente el elemento subjetivo de la [Ley de 23 de julio de 1908](#), **podría haber fijado unos criterios claros para determinar unos parámetros porcentuales claros y precisos para determinar el elemento objetivo de la Ley de Usura.**

Y no solo dejó indeterminado ese parámetro delimitador tan importante e imprescindible (por ejemplo la legislación francesa lo fija en un tercio del tipo medio⁷ y el TS en su [sentencia de 25 de noviembre de 2015](#) lo fija en el doble del tipo medio del crédito al consumo), sino que cometió el error, en mi opinión el **grave error, de fijar el tipo comparativo en la TAE**, que publica el Banco de España para este tipo de productos, cuando el Banco de España para el crédito revolving en su Boletín Estadístico no publica la TAE sino el TEDR (interés sin comisiones), que es más próximo a la TIN, que a la TAE.

Y hasta en esta materia del crédito revolving ya se han planteado **dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE.**

La primera de ellas, la planteó 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) y fue resuelta por el TJUE mediante [Auto de 25 de marzo de 2021](#), asunto C-503/20. En mi opinión la Sección 4ª de la **Audiencia Provincial de Las Palmas planteó incorrectamente la cuestión prejudicial** al TJUE. Desgraciadamente el TJUE, con las preguntas realizadas, no ha podido resolver adecuadamente la cuestión prejudicial, dado el erróneo planteamiento que se ha hecho de la misma, dejando 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](#), al convertirse de facto el TS 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.

El Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Castellón, mediante [Auto de 7 de mayo de 2021](#), ha planteado una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE⁸.

La fundamentación jurídica del Auto es un **ejemplo de rigor jurídico y que pone especial énfasis en el error en que incurre la [sentencia de la Sala 1ª del TS de 25 de noviembre de 2015](#)**, cuando en el apartado tercero del fundamento de derecho tercero afirma: "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. Por tanto, y en lo que al caso objeto del recurso interesa, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso de la ley, esto es, « que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », sin que sea

exigible que, acumuladamente, se exija «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Lo importante de esta nueva cuestión prejudicial, planteada por el Juzgado de 1ª Instancia 4 de Castellón, a diferencia de la que se planteó por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de las Palmas, es que no se cuestiona la competencia de la Sala 1ª del TS para aplicar la Ley de Usura e interpretar la misma en los supuestos de un crédito usurario, así como tampoco su posible compatibilidad o concurrencia inicial con el Derecho de la Unión, dentro de su respectivo ámbito de competencia.

La **cuestión que debe resolverse por el TJUE** no es tanto la compatibilidad de la propia Ley de Usura en su correcto ámbito de aplicación, derivado 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.⁹

Esperemos que antes de que resuelva la cuestión prejudicial el TJUE, asunto C-302/21 y nos podamos encontrar con un nuevo revés del Tribunal comunitario, o bien el propio legislador o la Sala 1ª del TS, viendo las consecuencias del bazar jurisprudencial que su doctrina ha provocado respecto del crédito revolving, proceda a corregirla, por el bien de todos, del sistema y de la ciencia jurídica, porque **difícilmente podemos esperar algún atisbo de justicia contractual con la intervención de estos fondos de inversión, que han encontrado un nuevo nicho de negocio con la litigiosidad masiva.**

[1] 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

[2] Ver más ampliamente los artículos de Jesus Sanchez Garcia: "La [STS 149/2020, de 4 de marzo](#) y cómo la Sala 1ª se ha convertido a sí misma en una ruleta rusa (revolving), Revista la Ley nº 9587, de 5 de marzo; "Efectos de la [sentencia del TS de 4 de marzo de 2020](#) sobre la tarjeta revolving, Revista la Ley nº 9502, de 12 de marzo de 2020"; "No hay derecho: El Tribunal Supremo y las tarjetas revolving", Blog Hay Derecho, de 9 de marzo de 2020; "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 vLex nº 191, de abril de 2020; "vademécum procesal sobre cláusula abusivas en la contratación con consumidores" - ("[Sentencias del TS de 4 de marzo de 2020](#)" páginas 49 a 54)-, Edición Digital Biblioteca ICAB - 25 de Marzo de 2020: "Qué porcentaje ha de servir como parámetro de comparación para considerar usurario un crédito revolving, siguiendo la doctrina de la sentencia del TS de marzo de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving", revista de derecho vLex nº 191, de 21 de abril de 2020; "El interés normal del dinero de los créditos revolving". Revista de Derecho vLex - Número 196, Septiembre 2020; "Crédito revolving: distinción entre usura y abusividad. La necesaria prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Comentarios al Auto del TJUE de 25 de marzo

de 2021", Revista de Derecho vLex - Número 203, Abril 2021; "La sentencia de San Casimiro sobre los créditos revolving y como el Supremo ha distorsionado con ella este sector" Diario Confilegal.com.

[3] 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. BIB 2020\9582; Orduña moreno, J y Sanchez Garcia, J: "La sentencia de la Sala 1ª 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, en el monográfico especial de abril de 2020, pgs 6 a 13; Agüero Ortiz, A: "consecuencias auguradas de la doctrina "Sigma" en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia", Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, en el monográfico especial de abril de 2020, pgs 74 a 89; Alemany Castells, M: "los créditos y las tarjetas revolving" Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, en el monográfico especial de abril de 2020, pgs 90 a 113; Argilet Galobardes, M "Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica". Blog Almacén del Derecho. 15 de abril de 2020; Durán Rivacova, R y Muñoz Casanova, N "La prescripción de la acción de resarcimiento derivado de la nulidad de un crédito revolving. Diario La Ley, N° 9770, Sección Tribuna, 14 de Enero de 2021; Carrasco Perera, A. y Del Saz Dominguez, L.: El laberinto jurisprudencial de la usura en las tarjetas de crédito, Diario La Ley, núm. 9369, Sección Tribuna, 4 de Marzo de 2019, Agüero Ortiz, A "No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo". Centro de Estudios de Consumo. 4 de octubre de 2016; Alemany Castells, M: "De nuevo sobre la [sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015](#), respecto del interés usurario y los índices estadísticos del BDE en los créditos "revolving". Revisa vLex Núm 155. Abril 2017; Vázquez de Castro, E: «Créditos rotativos o "revolving", crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la [STS 628/2015 de 25 de noviembre](#) Diario la Ley, número 8701, Sección Doctrina, 12 de febrero de 2016; Roda Garcia, L y García-Baragaño Roda, G: «La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia». Diario la Ley número 9432, Sección Doctrina, 10 de junio de 2019.

[4] Sanchez Garcia, J: El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving", Diario La Ley, N° 9638, Sección Tribuna, 22 de Mayo de 2020 y

[5] El posicionamiento contradictorio de las distintas Audiencias Provinciales no se hizo esperar. En varios acuerdos no jurisdiccionales interpretando la [sentencia del TS de 4 de marzo de 2020](#), la Audiencia de Cantabria considera interés notablemente superior al interés normal del dinero, un incremento de la TAE, a la fecha de celebración del contrato, del diez por ciento (10%) sobre el tipo medio de las operaciones de crédito instrumentalizadas a través de tarjetas de crédito y revolving, mientras que la Audiencia de Badajoz considera que es el del quince por ciento (15%) y la Audiencia Provincial de Valladolid considera usurario el préstamo si excede del tipo medio incrementado en tres puntos. Sobre los distintos criterios que han venido manteniendo las Audiencias Provinciales de nuestro País a la hora de interpretar la [sentencia del TS de 4 de marzo de 2020](#) para atribuir usurario a un crédito revolving, ver más ampliamente el cuadro comparativo que publiqué en el artículo "La nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el crédito revolving: un magnífico Auto que va a aportar rigor y seguridad jurídica en la correcta aplicación de la Ley de Usura en nuestro Derecho y su debida compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, en la Revista de Derecho vLex - Nbr. 204, May 2021 y también el diario digital Confilegal de 21 de mayo de 2021 en el artículo de "la sentencia de San Casimiro sobre el crédito revolving y cómo el Supremo ha distorsionado con

ella el sector".

[6] Orduña Moreno, J y Sanchez Garcia, J: "la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica". Revista jurídica sobre consumidores y usuarios, monográfico sobre el crédito revolving de 13 May 2021, especial de abril de 2020.

[7] Esa es la línea legislativa que ha seguido Francia, que aplica la regla

[8] [Roj: AJPI 43/2021](#) - [ECLI:ES:JPI:2021:43A](#)

[9] Sanchez Garcia,J: "La nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el crédito revolving: un magnífico Auto que va a aportar rigor y seguridad jurídica en la correcta aplicación de la Ley de Usura en nuestro Derecho y su debida compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea". Revista de Derecho vLex, Numero 204, May 2021