



Una de cal y otra de arena: tarjetas *revolving* y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de *lege ferenda*

José Luis Blanco Pérez

Abogado en la Asesoría Jurídica de CaixaBank y colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España)

Iván Pérez Hernando

Abogado de derecho mercantil

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

A la enorme litigación ligada a los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores se sumarán con toda seguridad las reclamaciones sobre las tarjetas de crédito *revolving*; un producto bancario de crédito al consumo muy extendido para todo tipo de público y que ha sido recientemente puesto en cuestión, al considerar nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2020, que sus tipos de interés, en determinados casos, son usurarios y por consiguiente el contrato celebrado radicalmente nulo. Lejos de proteger al consumidor, consideramos que la sentencia desincentivará el uso de las tarjetas *revolving*, reducirá la competencia de este producto en el sector bancario y puede que produzca efectos colusorios en el mercado, lo que podría evitarse con una precisa regulación sobre estas tarjetas que evitara litigiosidad y pronunciamientos dispares de los órganos judiciales inferiores, ofreciendo asimismo mayor seguridad jurídica para todos los intervinientes en el mercado.

Palabras clave: tarjetas bancarias; crédito *revolving*; Tribunal Supremo; usura; covid-19; gobierno de producto.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Blanco Pérez, J. L. y Pérez Hernando, I. (2020). Una de cal y otra de arena: tarjetas *revolving* y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de *lege ferenda*. *Revista CEFLegal*, 239, 5-40.



Swings and roundabouts: revolving credit and the legal uncertainty fatigue. De lege ferenda solutions

José Luis Blanco Pérez

Iván Pérez Hernando

Abstract

The complaints in relation to revolving credit cards will add to the vast litigation proceedings connected to mortgage providers; a banking product usually addressed to a large target market, this issue that has been a matter of contention after the Spanish Supreme Court pronounced its judgment on 4th March 2020, sustaining that the interest rates associated to revolving cards are, in certain cases, are usury rates and, therefore, the contract was declared to be void. Far from protecting consumer rights, we argue that this unexpected judgment will discourage the use of revolving cards; it will reduce competition among lenders and may lead to a certain degree of collusion among market participants. These matters might be avoided with a specific regulation of revolving cards, which will also avoid further contentious proceedings and disparate judgments by local courts, giving legal certainty to all market participants.

Keywords: bank cards; revolving credits; Supreme Court; usury; covid-19; product governance.

Citation: Blanco Pérez, J. L. y Pérez Hernando, I. (2020). Una de cal y otra de arena: tarjetas revolving y la fatigosa inseguridad jurídica. Soluciones de lege ferenda. *Revista CEFLegal*, 239, 5-40.



Sumario

1. Introducción
 2. Tarjetas de crédito revolving: naturaleza jurídica y funcionamiento
 3. Los diferentes tipos de interés a la luz de la normativa y de la doctrina judicial
 4. El elemento objetivo de la Ley Azcárate en el caso WiZink
 - 4.1. Usura y las sombras de la fuente estadística del tipo de interés de referencia
 - 4.2. El acuerdo de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria
 - 4.3. Posibles efectos colusorios en el mercado de tarjetas de crédito revolving
 5. ¿Pervive el elemento subjetivo de la Ley Azcárate frente al crédito revolving?
 6. Gobernanza de productos: público objetivo y escenarios estresados
 7. Posible impacto de la covid-19 en las tarjetas revolving
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Las opiniones y puntos de vista expresados por los autores son personales y no reflejan necesariamente la posición u opinión de CaixaBank, SA ni de las entidades públicas o privadas a las que pertenezcan los autores.

1. Introducción

En ciertas zonas de África aún utilizan un ancestral método para cazar monos sin causarles daño físico: los nativos rellenan una vasija de piedra con una abertura lo suficientemente grande como para que los monos puedan meter sus manos vacías, pero no para que puedan sacarlas sosteniendo algo con el puño cerrado.

Entonces, los cazadores comienzan a poner dulces, plátanos y otros manjares alrededor de la vasija, de manera que los monos acudan a comer en sus cercanías y se acostumbren a la misma. Con el paso del tiempo, introducen dulces en la vasija hasta que el mono, confiado, mete la mano y lo coge, sin poder sacar entonces su extremidad. El mono, incapaz de soltar su dulce por pura avaricia, es finalmente atrapado por el cazador.

Este método real, que suele usarse como enseñanza ilustrativa de las maldades de la codicia, parece ser la idea que subyace detrás de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, que reputó usurario el contrato con un TAE del 26,82 %, al considerar dicho interés desproporcionado con respecto al tipo de interés normal en ese producto, el 20 % en la fecha de contratación de la tarjeta *revolving* (año 2012)¹.

No solo porque dicha sentencia declare indirectamente usureros a numerosas entidades financieras por concertar ciertos productos de crédito con intereses elevados a usuarios, en algunos casos, de dudosa solvencia; y no solo porque lo hace, además, sin apoyo normativo expreso mediante una interpretación *contra legem* de la ley, sino porque parece considerarnos a los usuarios como esos primates pues, de la misma forma que el mono no puede soltar su presa, el ciudadano no es consciente en absoluto de lo que está firmando y contrata la tarjeta revolving por puro instinto primario.

Es evidente que la Sentencia de 4 de marzo de 2020, lejos de cerrar una controversia, fomentará una litigiosidad, tal vez no tan elevada como la que surgió de las cláusulas suelo en los préstamos con garantía hipotecaria, pero sí, desde luego, de enormes proporciones.

A lo largo de este trabajo analizaremos la naturaleza jurídica y el funcionamiento de las tarjetas de crédito revolving, así como su actual problemática jurídica a colación de la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020, y propondremos soluciones de *lege ferenda* que

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019) (NCJ064662). Ponente: Rafael Saraza Jimena. Procedimiento: recurso de casación (en adelante, Sentencia de 4 de marzo de 2020).

ofrezcan mayor seguridad jurídica y confianza entre los operadores económicos que, además, pueden resultar imprescindibles y urgentes en el actual contexto económico surgido con la pandemia por la covid-19.

Mediante un apunte meramente estadístico llegamos a la temprana conclusión de que el uso de las tarjetas bancarias es un medio de pago altamente extendido en España y en cualquier sociedad desarrollada. Es un hecho notorio de que las tarjetas, en general, y de crédito, en particular, han ampliado su campo de actuación y han extendido su público objetivo.

Los datos proporcionados por el Departamento de Sistemas de Pagos del Banco de España apoyan la tesis anterior². En valor agregado en el año 2000 existían 46 millones de tarjetas en circulación en el territorio español, mientras que en 2019, última fecha conocida para elaborar la estadística, existen 86 millones de tarjetas en circulación solo en España, de los cuales 36 millones de tarjetas son de crédito; cifra que ha visto repuntes incluso mayores en períodos de expansión económica y mayor consumismo.

El dinero en efectivo, sin embargo, resiste en España frente al auge de la tarjeta bancaria, especialmente para compras diarias de importe inferior a 50 € (Esselink y Hernández, 2017). Sin duda, las cifras estadísticas variarán si tenemos en cuenta las consecuencias de la crisis pandémica de la covid-19. En tiempos de cuarentena el uso inevitable de la tarjeta bancaria está siendo mayor de lo habitual, por la excepcional situación en la que vivimos de confinamiento, y a esto hay que sumar las recomendaciones realizadas por la Organización Mundial de la Salud e instituciones nacionales de priorizar el uso de la tarjeta bancaria y otros sistemas *contactless* frente al pago con dinero en efectivo.

Cualesquiera que sean las estadísticas la conclusión es clara: la tarjeta bancaria como medio de pago válido y recurrente impera en nuestra sociedad. Una sociedad tendente al consumo e, inexorablemente, al endeudamiento. Comprar o contratar sin pagar, al menos en el momento de la celebración de la operación o contrato, es una situación tan tentadora como cómoda y, al tiempo, engañosa para todos en nuestra condición de consumidores. En gran parte por el uso inadecuado de la tarjeta, entendiéndose por tal la necesaria reflexión previa que todo consumidor debe hacerse sobre su capacidad económica y acerca de la oportunidad de la operación que pretendemos concluir. El uso adecuado, por el contrario, es el que integra una decisión meditada, prudente y conveniente por parte del consumidor que no implique una lesión de sus intereses.

Que el sobreendeudamiento sea un problema social imperante en España está fuera de cualquier duda. De hecho, su creciente importancia y la necesidad de medidas correctoras de comportamiento, que no precisamente paternalistas, hacen que su tratamiento jurídico cada

² Fuente: Banco de España (diciembre 2019). Principales estadísticas sobre los Sistemas de Pagos: Tarjetas Bancarias de Pago. <<https://www.bde.es/f/webbde/SPA/sispago/ficheros/es/estadisticas.pdf>>

día devenga más complejo. Una aproximación insatisfactoria, pero una aproximación al fin y al cabo, es observar la duración o congestión de los juzgados y tribunales del orden civil³.

Por esa razón, en este trabajo se analizará de manera no especialmente técnica, pero sí rigurosa, cuál es el panorama actual de la cuestión de las tarjetas revolving, y cuál debería ser la deseable evolución legislativa en este campo para evitar una más que segura nueva oleada de demandas sobre la cuestión en la ya colapsada jurisdicción civil.

En definitiva, solo mediante una regulación sectorial de los medios de pago, en especial, de las tarjetas de crédito revolving, se conseguirá, de un lado, cimentar la erosionada confianza del consumidor y, de otro, otorgar seguridad jurídica a las entidades financieras y clientes sobre un producto con tan alto riesgo de impago y no exento de polémica.

2. Tarjetas de crédito revolving: naturaleza jurídica y funcionamiento

La relación que existe entre el titular de una tarjeta y la entidad emisora está basada en un contrato de emisión de tarjeta de naturaleza atípica y carente de regulación sustantiva, si bien existen regulaciones parciales que afectan directamente al régimen jurídico de las tarjetas bancarias, especialmente por lo que obedece a la protección al consumidor.

A título introductorio, el contrato de emisión de tarjeta puede ser definido como aquel en virtud del cual una entidad de crédito emisora de la tarjeta se obliga a abonar, por cuenta del titular de aquella, las obligaciones de pago que este asuma derivadas de la adquisición de bienes y servicios en establecimientos que hayan acordado con el emisor o con el sistema de medios de pago, y en su caso, a facilitar dinero en efectivo u otros servicios de caja, reintegrando el titular posteriormente al emisor o gestor las cantidades abonadas por este a los establecimientos o las entregadas por el banco emisor (u otro banco adherido al sistema) al titular, en los plazos convenidos, con los intereses pactados en su caso y obligándose al titular a usar esta con la debida diligencia y en la forma acordada.

Este contrato de emisión de tarjeta presenta caracteres específicos que la doctrina científica ha tratado de delimitar y que pueden resumirse en un contrato atípico, de carácter mercantil, al tratarse de un contrato bancario, consensual, bilateral, sinalagmático y de ejecución continuada. Es, además, un contrato de adhesión en tanto que existen unas condiciones generales

³ Según las estadísticas judiciales del Consejo General del Poder Judicial, los procesos civiles en los juzgados de primera instancia se demoraban una media de 5,9 meses en el año 2004, mientras que en el año 2018 el tiempo medio era de 7,1 meses.

Fuente: Consejo General del Poder Judicial. *La justicia dato a dato año 2018*. Estadística judicial. <<http://www.poderjudicial.es/stfjs/ESTADISTICA/FICHEROS/JusticiaDatoaDato/Datos%20Anteriores/Justicia%20Dato%20a%20Dato%202018.pdf>>

de la contratación aplicables comúnmente por todas las entidades emisoras, lo que ha provocado alguna interpretación jurisprudencial aplicando el principio *in dubio pro consumitorem*.

La práctica bancaria tiende a desdoblarse o extender la tipología de tarjetas en diferentes modalidades y con diferentes funcionalidades, no obstante, desde el punto de vista jurídico, la clasificación es menos profusa. Distinguimos las tarjetas en tres tipologías: tarjetas de débito, tarjetas de cargo y tarjetas de crédito.

Las *tarjetas de débito* son el instrumento de disposición básico que dan acceso a la cuenta corriente del poseedor y titular de la tarjeta. El pago con tarjeta de débito supone que el valor total de la operación abonada se carga en la cuenta del titular *ipso facto*, máxime dentro de los dos días siguientes. Modalidad específica de las tarjetas de débito son las denominadas tarjetas monedero, en las que el importe se detrae de la cuenta corriente con carácter previo a su utilización, y que comportan la sustitución efectiva del dinero en metálico, con el límite de la cantidad o importe ingresado en la misma.

Las *tarjetas de cargo* son meramente anticipos de pago o anticipos de provisión de fondos, mediante la cual el titular de la tarjeta puede acumular todos los pagos durante un mes y el cargo se efectúa íntegramente y sin interés al finalizar el plazo de un mes. En puridad, la tarjeta de cargo no constituye crédito, al menos desde el punto de vista financiero.

Como tercera tipología de tarjeta –y no menos extendida– están las *tarjetas de crédito*, que se distinguen de las tarjetas de débito y cargo por la existencia de una operación de apertura de crédito. El titular de una tarjeta de crédito que efectúa una operación económica paga a crédito y, como tal, debe devolver el montante en el tiempo pactado y con los intereses generados. Las transacciones son adeudadas en una cuenta de crédito específica y separada de la cuenta corriente, es decir, las tarjetas de crédito exigen un tratamiento contable separado y autónomo. El titular es informado del estado de la cuenta mediante un extracto periódico y amortiza el montante en plazos mensuales a los que se les incorporan intereses.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido distinguiendo claramente el contrato bancario de apertura de crédito del de préstamo diciendo que el contrato de «cuenta corriente de crédito» (que así denomina al de apertura de crédito en cuenta corriente) tiene carácter consensual y bilateral y que, por ello, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio.

Las notas especiales del contrato de apertura de crédito le otorgan un carácter personalísimo que, generalmente, exige de la entidad crediticia que lo otorga un estudio pormenorizado de las condiciones, tanto del cliente y su solvencia en general como del negocio cuyas necesidades se pretenden cubrir con el crédito solicitado. Por otro lado, un análisis del coste-beneficio bancario revela que, frente a las comisiones e intereses que los bancos ingresan como consecuencia de estas operaciones, asumen gastos cuantiosos por su funcionamiento complejo y riesgos importantes ante situaciones de crisis de las empresas acreditadas, que solicitan prórrogas y elevan el límite de la disponibilidad.

Las tarjetas de crédito convencionales permiten pagar todo lo gastado el mes siguiente sin intereses, o bien aplazar el pago a plazos con intereses. Estas tarjetas de crédito proporcionan financiación al consumidor, a través del aplazamiento del pago con una cantidad financiada que tiende a ser fija y máxima en el momento inicial del contrato. La entidad emisora de la tarjeta (entidad prestamista) percibe el abono de las cuotas y, en su caso, el interés remuneratorio en los plazos que se hayan pactado por las partes, con lo que el principal del contrato va disminuyendo a lo largo de la vida del contrato.

En contraste con la tarjeta de crédito convencional, existe un subtipo denominado *tarjeta de crédito revolving*, que ofrece un crédito preconcedido y que vamos a analizar en detalle en el presente trabajo. Es un subtipo de tarjeta de crédito que proporciona un disponible al titular de la tarjeta, cuyo importe máximo es constante durante la vida del contrato o, al menos, un período amplio dentro de esta, y que no se reduce al producirse vencimientos. La entidad prestamista, por lo tanto, debe poner a disposición del prestatario el principal máximo de forma permanente durante la vida del contrato, así como una línea de crédito que la entidad aprueba y de la que el consumidor puede disponer cuando lo necesite y para lo que considere durante la vida del contrato. A su vez, el prestatario podrá disponer de la cantidad máxima y utilizarla de la forma que considere conveniente. Ni el crédito está condicionado por su destino, ni por un importe fijo, sino solo por el límite máximo. El coste para el prestamista y la flexibilidad para el prestatario en ambas estructuras crediticias son necesariamente distintos.

El funcionamiento es el siguiente: una tarjeta revolving proporciona un crédito de hasta 3.000 € al cliente de una entidad financiera. La cantidad de 3.000 € suponen el disponible máximo del que el cliente (deudor) podrá disponer de una vez o en distintas disposiciones. Imaginemos que en el mes de enero el deudor dispone de 1.500 € y que en febrero devuelve 1.000 €. En marzo podrá disponer de 2.500 € como máximo. Si en abril dispone de 2.000 € y en mayo devuelve 500, en junio podrá disponer de 1.000 €. Esta dinámica se irá repitiendo mientras el contrato de tarjeta revolving esté vigente.

Comparativamente, una tarjeta de crédito convencional dispone, por ejemplo, de un capital de 3.000 € y esa cantidad será la máxima exposición de impago del principal para la entidad financiera desde el momento inicial del contrato, y se va reduciendo a medida que se va reembolsando mediante los pagos.

Si, por el contrario, el crédito es de una tarjeta revolving, el riesgo de la entidad es de 3.000 € constantes por cada mes o período relevante de crédito durante toda la vida del contrato, pues los reembolsos automáticamente amplían por todo su importe el crédito concedido. Por lo tanto, el crédito concedido y el coste esperado (no solo el financiero) de este contrato es mayor para el financiador, dado que el disponible es mayor que en otras modalidades de tarjeta de crédito y también el riesgo soportado por la entidad financiera es mayor. Este riesgo también se ve incrementado por el hecho de que la duración del contrato de tarjeta revolving es indefinido, con lo que la situación de solvencia inicial del deudor analizada por la entidad puede cambiar más fácilmente que para financiaciones concretas con un vencimiento determinado (como es el caso de los aplazamientos de un pago, que puede realizarse con las tarjetas de crédito convencionales).

Desde el punto de vista jurídico, la nota característica de las tarjetas de crédito en general es que les resulta de aplicación las normas generales de la contratación (Código Comercio y Código Civil), pero también las normas sectoriales como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. La *raison d'être* es que, como apuntábamos inicialmente, la tarjeta de crédito está basada en un contrato de emisión de tarjeta, pero también en un contrato de apertura de crédito que también suscribe el titular de la tarjeta y la entidad emisora. En virtud del contrato de apertura de crédito, la entidad financiera pone a disposición del titular y, en su caso, a disposición de las personas a las que el titular designe (por ejemplo, tarjetas adicionales que sean emitidas a favor de familiares, tarjetas de empleados, etc.), no ya un determinado montante de dinero, sino la facultad de disponer, a su libre opción, del mismo aunque siguiendo determinadas condiciones (disposición en establecimientos adheridos, etc.) y con obligación de reembolsar el importe de la cantidad dispuesta en los términos, plazos e intereses establecidos en dicho contrato.

Al contrato de apertura de crédito como tal, al igual que sucede con los préstamos bancarios de dinero, les resulta también de aplicación una norma promulgada en la época de la Restauración borbónica, esto es, la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura (conocida también como Ley Azcárate), que en cuanto a las tarjetas de crédito se refiere, actúa a modo de tutela al consumidor-titular y como límite a la autonomía de la voluntad negocial de las partes contratantes (1.255 Código Civil), como en los próximos apartados explicaremos.

3. Los diferentes tipos de interés a la luz de la normativa y de la doctrina judicial

El título del presente apartado no debe llevar al unívoco del lector, más bien, a un mejor entendimiento de las diferentes referencias sobre los tipos de interés que constantemente pueden leerse en prensa, en la doctrina científica y, especialmente, en la jurisprudencia civil.

En nuestro ordenamiento jurídico impera el principio de libertad de pacto de la tasa de interés entre las partes contratantes, de conformidad con el artículo 315 del Código de Comercio y del artículo 4 de la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que es fruto de la habilitación prevista por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible.

El artículo 4.1 de la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, establece que:

Los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los presten y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.

Por su parte, como límite a la voluntad negocial de las partes contratantes y como límite a la libertad de pacto de la tasa de interés, actúa la Ley Azcárate, que en su articulado establece, bajo ciertas condiciones, la nulidad del contrato de préstamo perfeccionado con un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

Es preciso discernir entre la tasa de interés nominal (TIN), la tasa anual equivalente (TAE), el interés normal del dinero, el interés legal del dinero y el interés de demora. Esta cuestión no es baladí porque la propia Sala Civil del Tribunal Supremo confunde y relaciona equivocadamente estos conceptos, como veremos más adelante⁴.

Una explicación sucinta a la par que clarificadora procede a continuación:

- **Tasa de interés nominal –anual– (TIN):** El interés nominal constituye el interés remuneratorio para la entidad de crédito, es decir, es el coste total del crédito expresado en porcentaje nominal anual. Está referido siempre a un periodo de tiempo concreto que hay que especificar, por ejemplo, un 6 % nominal anual es equivalente a un 0,5 % nominal mensual.

No se contempla en este tipo de interés nominal las comisiones ni otros gastos que deriven del crédito. Además, se caracteriza por no tener en cuenta la periodicidad de los pagos, es decir, con el mismo TIN el importe de intereses es indiferente a si los pagos son mensuales, frente a un único pago anual.

- **Tasa anual equivalente (TAE):** La tasa anual equivalente comprende los intereses remuneratorios y otros gastos adicionales que no son precisamente intereses. Es decir, al interés remuneratorio se le suma los cargos que remuneran otros servicios adyacentes prestados por el prestamista mediante comisiones, como el mantenimiento de una cuenta que registre a la vez operaciones de pago y de disposición del crédito, la utilización de medios de pago que permita ambas operaciones, así como los costes relativos a operaciones de pago.

Desde el punto de vista legal, la extinta Ley de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995, entendía por TAE el «coste total del crédito expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido», debiéndose entender que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos que el consumidor esté obligado a pagar para el crédito, incluidos los de seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concreción del mismo.

⁴ Sin ir más lejos, la reciente STS de 4 de marzo de 2020 confunde las referencias y mantiene equiparaciones no homogéneas entre diferentes tipos de interés.

Por su parte, la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo añade que para calcular la TAE se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que este tendría que pagar con ocasión del incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al contrato de crédito. Asimismo, se exceptúan 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.

- **Interés normal del dinero:** La Sala Civil del Tribunal Supremo utiliza el término «interés normal del dinero» para establecer que 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.).

El Banco Central Europeo adoptó el Reglamento (CE) n.º 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.

- **Interés legal del dinero:** El artículo 1.108 del Código Civil regula la naturaleza jurídica del interés legal del dinero. El presente artículo vino a quedar modificado en la forma en que aparece inserto, por la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero. Previamente, había sido modificado por la ley de 7 de octubre de 1939, que redujo al 4 % el interés legal que era del 5 % a partir de la ley de 2 de agosto de 1899, y del 6 % con anterioridad a esta última. Ninguna de ambas leyes tuvo efecto retroactivo. En la actualidad, de hecho, desde el año 1984, el interés legal del dinero se establece anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado teniendo en cuenta la coyuntura y expectativas económicas.

Este artículo 1.108 del Código Civil es de aplicación a los casos en que, no estando pactados los intereses de la obligación, el deudor incurre en mora, pues la obligación de satisfacer los intereses legales nace de la mora. En otras palabras, el tipo de interés legal del dinero hace referencia al tipo de interés que se aplica como indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incurre en mora y no hay acuerdo previo respecto al mismo entre deudor y acreedor.

Los intereses legales no se dan cuando la cantidad reclamada es ilíquida y se impone la necesidad de fijarla en el procedimiento para la ejecución de la sentencia, pues para dar lugar a interés debe tratarse de una cantidad que fuera

líquida desde el principio, y se infringen los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil condenando al abono de intereses sobre el importe de la indemnización a partir de la contestación a la demanda, porque además de que una vez fijado el importe de cualquier indemnización, sin especificar con separación los distintos conceptos susceptibles de ser indemnizados, deben reputarse comprendidos en dicho importe todos los daños y perjuicios provenientes del hecho generador de la responsabilidad, es manifiesto que por concepto de mora en el pago de la indemnización no puede condenarse al abono de intereses sin infringir el artículo 1.108 del Código Civil.

- **Interés de demora:** La mora es la dilación en el cumplimiento de la obligación, no consentida ni compensada por el acreedor. Los intereses moratorios no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican intereses de sanción o pena pecuniaria con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En los intereses moratorios la mora en que se constituye el deudor da derecho, conforme lo previsto en el artículo 1.106 del Código Civil, a la indemnización y perjuicios que la tardanza en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar, en el caso de obligaciones pecuniarias, la indemnización, ya que se entiende que consistirá en el abono del interés pactado y, en su defecto, el interés legal al que antes aludíamos.

4. El elemento objetivo de la Ley Azcárate en el caso WiZink

Los litigios que se han iniciado en relación con las tarjetas revolving se basan fundamentalmente en el supuesto carácter usurario de los intereses aplicados a la deuda pendiente del consumidor. Las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma) y de 4 de marzo de 2020 (WiZink) resuelven, en efecto, sobre la naturaleza usuraria del tipo de interés aplicado a una tarjeta de crédito revolving.

Para ponernos en contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma) determinó que existía usura en una tarjeta revolving, empleando como referencia el tipo de interés medio de operaciones de préstamo al consumo en general, y realizó la comparación con el tipo efectivo de definición restringida (TEDR) de tarjetas de crédito y tarjetas revolving.

En el caso de la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020⁵, el consumidor interpuso una demanda contra WiZink Bank, SA en la que alegó que el 29 de mayo de 2012 suscribió un

⁵ Véase la referencia de la STS *ut supra*.

contrato de tarjeta de crédito en el que, entre otras estipulaciones, se fijó un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82 % TAE, que en el momento de interponer la demanda es del 27,24 % TAE, y solicitó que se declarase la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio, condenando a WiZink al pago de las cantidades que excedan del total del capital prestado y que hayan sido satisfechas por la demandante por cualquier concepto con ocasión del mismo, más los intereses legales.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, estimando el tipo de interés «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado, la entidad financiera que concedió el crédito, la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

WiZink recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santander desestimó el recurso, siendo que la casación fue resuelta mediante la importante Sentencia de 4 de marzo de 2020.

El Tribunal Supremo valora el interés utilizado por la entidad financiera para prestar el servicio de tarjeta de crédito revolving y, comparativamente, utiliza el «interés normal» para remitirse a la media de las estadísticas publicadas por 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.

4.1. Usura y las sombras de la fuente estadística del tipo de interés de referencia

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de marzo de 2020, demuestra cierta falta de adecuación cuando acude a una variedad de fuentes para verificar lo que se considera «interés normal» del dinero. Pauta de normalidad que tiene en cuenta las estadísticas que publica el Banco de España, obviando, sin embargo, la falta de homogeneidad de la tipología o naturaleza del tipo de interés.

La información estadística publicada por el Banco de España no se expresa en términos de TAE, sino de TEDR, que excluye de su cálculo determinados conceptos (básicamente, gastos conexos y comisiones); conceptos que, por el contrario, sí forman parte del cálculo de la TAE (por lo que la TAE siempre será superior al TEDR) y que pueden determinar una diferencia de varios puntos entre la TAE y el TEDR de un mismo contrato. Esto hace cuestionable la comparación directa efectuada por el Tribunal Supremo.

En la norma tercera de la Circular del Banco de España n.º 1/2010, de 27 de enero, relativa a estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras, se indica que:

El TEDR de una operación será igual al tipo de interés anualizado que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos, excluidos los gastos, recibidos, o a recibir, con el de los entregados, o a entregar, a lo largo de la operación, y se calculará como la TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados, según se definen en el apartado 3 de la norma trigésima octava de la Circular 4/2004.

En la serie histórica publicada por el Banco de España, desde junio del 2010, el TEDR medio de esta especie de operaciones oscila entre el 21,13 % de julio del 2015 y el 18,94 % de marzo de 2020⁶.

Las estadísticas del Banco de España no tienen valor normativo, no son sino una fuente –relevante, sin duda– de información económica y como tal deben ser tomadas en consideración. Pero no son una verdad revelada sobre los «verdaderos» precios de los contratos. En primer lugar, porque dichas estadísticas no se realizan pensando en los procesos judiciales y su posible utilización por parte de los jueces, sino que se realizan para proporcionar información financiera a los operadores, al regulador y a los clientes. La información que proporciona el Banco de España sirve para dotar de transparencia al mercado. En segundo lugar, porque en muchos casos, como el presente, la información que proporciona el Banco de España no se corresponde exactamente con las condiciones y precios de determinados productos –como es el caso de las tarjetas revolving–.

Nuestro posicionamiento es claro, pero nos seguimos preguntando, a la luz de la doctrina judicial, si es adecuado que el mercado se analice a través de referencias fácticas que no se corresponden realmente con el producto financiero objeto de litigio. ¿Deben estar las reglas jurídicas sobre los productos financieros y sus precios condicionados por la forma en la que el Banco de España ha decidido agregar y proporcionar la información estadística sobre los productos? ¿El objetivo no debería ser ajustar la información y la comparativa del tipo de interés medio de la forma más concreta, específica y ajustada posible, independientemente de los criterios –estadísticos, no normativos– elegidos por el regulador bancario?

La posición del Tribunal Supremo es tomar en consideración la TAE y, sorprendentemente, la identifica y equipara con los intereses remuneratorios del crédito: «[...] el tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6 % TAE», o al manifestar «[...] se plantea en el recurso la cuestión del carácter usurario de un crédito revolving concedido por una entidad financiera a un consumidor a un tipo de interés remuneratorio del 22,2% TAE».

En nuestra opinión, para determinar si el tipo de interés aplicable a un crédito revolving debe reputarse usurario, hay que partir del tipo de interés remuneratorio para la entidad (o

⁶ Fuente: Banco de España, Boletín Estadístico (serie 2015-2020). *Tipos de interés (TEDR) de nuevas operaciones. Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH. Entidades de crédito y EFC.* <<https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1904.pdf>>

TIN) porque es el que realmente refleja el coste del servicio de apertura de crédito revolving. La TAE, en cambio, se configura del interés remuneratorio, pero también de los gastos y comisiones de servicios conexos al servicio principal. Esto provoca, consecuentemente, que la diferencia entre el tipo de interés de referencia y el tipo de interés aplicado por la entidad sea mayor y la consideración de la usura y de sus consecuencias pueda ser desproporcionada.

Por otro lado, la decisión del Tribunal Supremo parte en el plano de los hechos de una hipótesis fáctica que tampoco resulta correcta. En efecto, a diferencia de lo que sucede en la financiación mediante préstamo, en el que todas sus condiciones financieras son fijas, conocidas e inmutables en el momento de su concesión (por lo que su TAE es una y única), la concesión de crédito mediante tarjeta de crédito revolving, de ordinario, no presentará una TAE única e inmutable durante toda la vida del contrato⁷, sino que esta variará en función de la concreta forma de pago aplazado (cuota fija o pago proporcional fraccionado) y del importe de la cuota mensual que el acreditado elija libremente en cada momento de entre las distintas opciones previstas en el contrato. Es más, la solvencia del cliente obliga a la entidad a elevar el tipo de interés inicial o, a la inversa, un cliente con buen ratio crediticio (scoring) quizás no pague el TAE inicialmente pactado en el contrato. Los mercados, productos, segmentos, perfiles de riesgo y clientes son distintos y esta diversidad se refleja naturalmente en precios que, lógicamente, han de diferir.

El interés remuneratorio es el índice más aconsejable para una equiparación homogénea o comparativamente equivalente con los intereses remuneratorios que publica el Banco de España. De forma subsidiaria, esto es, de mantenerse el criterio por la aplicabilidad de la TAE, pensábamos que no debería tomarse la TAE establecida inicialmente en el contrato, sino que se debería atender al criterio de tomar como referencia el tipo de «interés», expresado en TAE, que ha aplicado efectivamente a cada una de las disposiciones de crédito, en función de las formas de pago y del importe de la cuota mensual elegida por el acreditado, para a continuación determinar cuál ha sido la TAE media efectivamente abonada por el acreditado durante toda la vida del contrato, obteniendo así un primer término de la comparación correcta.

Si cabe el símil, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en su Sentencia de 27 de marzo de 2019, de la que fue ponente D. Ignacio Sancho Gargallo⁸, no consideró «interés notablemente superior» a un préstamo hipotecario en el que, 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 justifica *per se* la subsunción del interés aplicable en la etiqueta de «notablemente superior» o «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

⁷ De hecho, esto solo sucederá cuando el acreditado disponga inicialmente y en única vez del importe total acreditado, aplicando la forma de pago por defecto contractualmente establecida.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 189/2019, de 27 de marzo (NCJ064074). Ponente: Ignacio Sánchez Gargallo.

Nuestra conclusión al respecto es determinante: el Alto Tribunal ha sentado doctrina no pacífica porque declara usureros a una parte del sector financiero por el hecho de que hayan comercializado tarjetas revolving con un interés por encima del 26,82 % TAE con base en unos criterios muy discutibles. Por no decir ya que el Tribunal Supremo se convierte en un instrumento de fijación de precios y en un interventor del mercado financiero, sin mayor consideración al artículo 315 del Código de Comercio –principio de libertad de pacto de tasa de interés remuneratorio–; y de hacer depender la aplicación de la Ley Azcárate únicamente del elemento objetivo, obviando el inherente elemento subjetivo que inspira la ley como elementos cumulativos de su ámbito de aplicación.

4.2 El acuerdo de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria

La actual posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha provocado indefinición y una cascada de reacciones de los órganos jurisdiccionales inferiores para inventar o buscar soluciones propias. Más aún, a una falta de criterios y elementos en los que basar la determinación de usura que pueden dar lugar a interpretaciones que contradigan la línea trazada por la sentencia del Tribunal Supremo.

El más claro e inmediato ejemplo ha sido el acuerdo no jurisdiccional tomado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 12 de marzo de 2020. Los magistrados de las secciones civiles acordaron que:

1. Con base en la Sentencia de 4 de marzo de 2020, a efectos de declaración de usura, un interés ordinario o remuneratorio (TAE) un 10 % más alto que el índice relativo al tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving se considerará notablemente superior y, por lo tanto, usurario.
2. Para contratos anteriores a la fecha en la que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales relativas al tipo medio aplicado a operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving, se aplicará la doctrina establecida en la Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Banco Sygma).

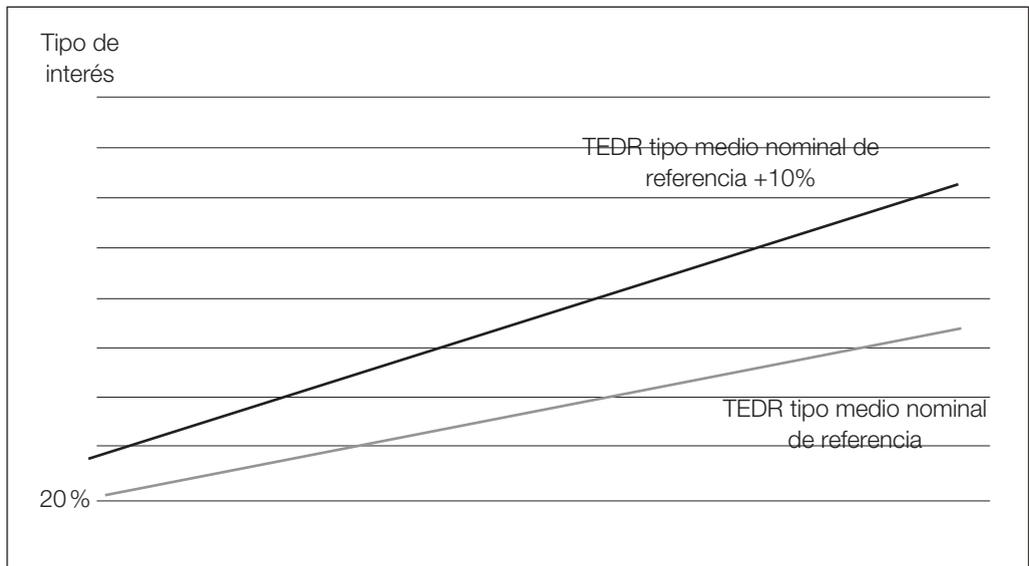
Es preciso decir que este acuerdo no tiene naturaleza jurisdiccional en tanto que no es una resolución judicial y, además, peor aún, no debe servir de orientación a otros órganos judiciales, debido a que los acuerdos alcanzados y sus desafortunados efectos, no solo son erróneos, sino que son incompatibles con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El contenido del acuerdo tampoco está exento de polémica, en tanto que resuelve la cuestión *sui generis*. En primer lugar, consideramos que supone *de facto* la eliminación del requisito legal para la calificación de usura, esto es, que el interés enjuiciado sea «notable-

mente superior» al normal del dinero. En consecuencia, cabe imaginarse que en un supuesto en el que el tipo de referencia fuera el 12 %, un contrato con una TAE del 13,41 % sería directamente considerado usurario. ¿Es un diferencial de 1,21 puntos porcentuales algo que supone un tipo «notablemente superior»?

En segundo lugar, desde el punto de vista económico, el acuerdo suprime el equilibrio dinámico entre el tipo medio normal y el margen de las entidades financieras, al establecer la TAE. Es decir, la relación entre mayor interés de referencia y menor margen que establece la Sentencia de 4 de marzo de 2020 desaparece por completo, dado que el margen queda determinado por la Audiencia Provincial de forma proporcional y constante (10 %). La flexibilidad que perseguía el Tribunal Supremo, por lo tanto, se disipa.

En tercer lugar, la relación entre las variables relevantes –tipo de interés normal de referencia y el margen de las entidades financieras– establecida en el acuerdo es justo la contraria que estableció el Tribunal Supremo en el caso WiZink. De hecho, el acuerdo se articula con una relación inversa entre las dos variables, porque a mayor tipo normal de referencia, menor margen, y a la inversa, a menor tipo normal de referencia, mayor diferencia admitida. El acuerdo de la audiencia provincial cántabra, al prever una proporcionalidad con un porcentaje uniforme implica que cuanto mayor sea el tipo normal de referencia, mayor será el margen de las entidades financieras.



El gráfico muestra el razonamiento adoptado por los magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. A una fecha dada, la línea en color gris refleja el interés normal de referencia, mientras que la línea en color negro contempla los valores

del tipo de interés normal de referencia con el 10 % adicional. Por tanto, siguiendo la lógica del acuerdo, las TAE contempladas en la línea negra son las TAE que deben considerarse usurarias. La separación entre ambas funciones siempre será del 10 %, pero en términos absolutos la diferencia será mayor a medida que el interés normal de referencia se incrementa. Por lo tanto, mayor será el margen de las entidades por la financiación revolving, y esta consecuencia contradice evidentemente lo dictaminado por el Alto Tribunal.

La consecuencia adicional es que provoca disparidad de resultados porque algunos tipos de interés de tarjetas revolving se considerarían usurarios bajo el criterio adoptado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, y, contrariamente, esos mismos tipos de interés podrían no ser usurarios bajo los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el acuerdo de la Audiencia Provincial de Cantabria también contraviene la Sentencia de 4 de marzo de 2020, al disponer que en los contratos anteriores a la fecha en la que el Banco de España publicó las estadísticas oficiales sobre el tipo medio de tarjetas de crédito (y revolving) deberá aplicarse la doctrina de la sentencia del 2015 del caso Banco Sygma.

Es decir, en los contratos de crédito revolving celebrados antes de junio de 2010 –que es la fecha a partir de la que aparecen publicados por el Banco de España los tipos medios de las tarjetas– deberán utilizarse como elemento de comparación los tipos medios de las operaciones de crédito al consumo en su conjunto, criterio este sostenido en la anterior sentencia del Tribunal Supremo (caso Banco Sygma).

Además, que entender que, pese a la reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020, debe aplicarse el criterio de la sentencia del caso Banco Sygma, sin atender a la prueba aportada en cada procedimiento, no se ajusta en absoluto a la actual doctrina jurisprudencial. La Audiencia de Cantabria vendría así a sostener que la necesidad de comparar con la modalidad de crédito específico solo sería aplicable para los contratos celebrados con posterioridad a junio de 2010.

4.3. Posibles efectos colusorios en el mercado de tarjetas de crédito revolving

Uno de los pilares sobre el que se asienta el ordenamiento constitucional y el sistema económico de la nación es el derecho a la libre empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 Constitución Española). Dentro de este dogma constitucional se encuentra embebido el derecho de los oferentes de bienes y servicios a determinar libremente el precio al que deciden finalmente ofrecerlos a sus eventuales adquirentes.

Así pues, el único límite al principio de libertad en la fijación del precio es que este se haya fijado en un marco de libre competencia y de competencia leal entre los oferentes de

productos. De este modo, cuando la libertad de precios se utiliza con el ánimo de eliminar o reducir la libre competencia, o cuando se emplea pervirtiendo el funcionamiento del mercado competitivo a través de prácticas deshonestas, el ejercicio de dicha libertad ni es ni puede ser amparado por el ordenamiento jurídico.

La realidad imperante hasta la fecha es que parecía improbable que concurriera colusión o fijación de precios entre las principales entidades financieras por lo que respecta a los distintos tipos de créditos al consumo. Los TAE de las tarjetas de crédito revolving presentan notables variaciones, por lo que es y viene siendo difícil de demostrar que se produce un pacto colusorio de fijación de precios por parte de las entidades financieras, restrictivo de la competencia.

La reciente Sentencia de 4 de marzo de 2020 ha resuelto que para determinar si el tipo de interés de una tarjeta revolving es usurario será necesario comparar el tipo normal medio TEDR de tarjetas de crédito y revolving con la TAE del concreto contrato de tarjeta revolving. También ha establecido que cuanto mayor sea el tipo normal del dinero usado como contraste o término de comparación, menor será el diferencial que se va a permitir a la entidad financiera por encima de ese umbral de normalidad.

Una entidad financiera tiene incentivos para competir y ajustar los precios (interés remuneratorio y comisiones) de sus productos financieros para ganar clientes y cuota de mercado. Desde el punto de vista económico y de derecho de la competencia, la resolución del Alto Tribunal podría plantear, sin embargo, un problema estructural importante, y es que, si bien no puede considerarse un pacto colusorio *stricto sensu*, consideramos que la decisión propende a la colusión de precios entre las diferentes entidades del sector y no a la competencia entre ellas, en detrimento de los consumidores.

Asimismo, una rebaja de la TAE por parte de la entidad financiera supondría reducir el precio de equilibrio de mercado para ese producto y, por tanto, el tipo normal de referencia. Además, hay que tener presente que en el momento de formalización del contrato y determinar la TAE con el nuevo cliente, la entidad financiera desconoce el tipo normal de referencia en tanto que el Banco de España publica el tipo medio normal de referencia a toro pasado, esto es, al cabo de unos meses. Sin embargo, el TEDR determinará *ex post* en un momento futuro si la TAE del contrato se reputa usuraria.

La Sentencia de 4 de marzo de 2020 no aclara cuáles serán, y cómo se determinarán, los límites máximos –so pena de incurrir en usura– de exceso sobre el tipo de referencia concedidos a la fijación de TAE para un contrato de crédito revolvente. El límite de tolerancia marcado por el Tribunal Supremo para determinar la condición usuraria de un tipo de interés en este campo no es ni objetivo ni general. Tan solo ha considerado la diferencia entre la TEDR media y la TAE del contrato en cuestión. Nuestra postura es que debería tratarse esta cuestión con una regulación legal que surtiera los efectos vinculantes inherentes hacia todos los participantes del mercado.

Aunque lo deseable sería contar con una regulación clara sobre los tipos máximos de interés, hasta que contemos con la misma hubiera sido transitoriamente admisible que el Tribunal Supremo se pronunciara fijando parámetros o rangos porcentuales claros y precisos para determinar el elemento objetivo de la Ley Azcárate, acudiendo, incluso, de forma analógica a normas sustantivas de nuestro ordenamiento jurídico, como ha hecho en otras ocasiones⁹, en aras de la seguridad jurídica y en evitación de un interminable peregrinaje judicial. Tal vez dicha doctrina hubiera supuesto un faro para la futura regulación de las tarjetas revolving, a modo de lo que hizo el Tribunal Supremo con la distribución de los costes de constitución del crédito hipotecario en sus cinco sentencias de 23 de enero de 2019¹⁰.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia perdiendo la oportunidad de fijar doctrina uniforme, clara e inequívoca sobre esta materia, provocando el efecto inverso, al generar inseguridad jurídica e incertidumbre, lo que parece alentar a una mayor litigiosidad. Salvo ulterior precisión del Tribunal Supremo, los órganos de instancia y apelación tendrán que concretar el umbral de tolerancia para un interés «notablemente superior».

5. ¿Pervive el elemento subjetivo de la Ley Azcárate frente al crédito revolving?

La Ley Azcárate fue promulgada para evitar abusos inmorales por parte de los prestamistas, que se aprovechaban de la situación de angustia de algunas personas. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1984, 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.

Se trata, en definitiva, de una norma que restringe la autonomía de la voluntad en la determinación del tipo de interés y viene a establecer una nulidad radical como sanción cuando se perfeccione un préstamo con un interés usurario.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil): núm. 265/2015, de 22 de abril (NCJ059868). Ponente: Rafael Saraza Jimena; núm. 705/2015, de 23 de diciembre (NCJ060752). Ponente: Pedro José Vela Torres; núm. 725/2018, de 19 de diciembre (NCJ063697). Ponente: Pedro José Vela Torres; núm. 463/2019, de 11 de septiembre (NCJ064228). Ponente: Pedro José Vela Torres.

¹⁰ El criterio seguido en esas cinco sentencias (números 44, 46, 47, 48 y 49/2019), fijando doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas, fue parcialmente adoptado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

El apartado primero del artículo 1 de la Ley Azcárate, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, establece lo siguiente:

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 aquel 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.

Según se desprende de dicho precepto, han de darse dos elementos para que se produzca el supuesto de hecho de la norma, estos son: un elemento objetivo, consistente en que el contrato tenga «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado» y uno subjetivo, esto es, que dicho contrato «ha[ya] sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Sin embargo, la última interpretación de nuestro Tribunal Supremo no parece acogerse con gran entusiasmo a la literalidad de la norma. La importante Sentencia de 4 de marzo de 2020 hace una interpretación *contra legem* del precepto, dejando virtualmente sin efecto su elemento subjetivo.

La Sentencia de 4 de marzo de 2020 (WiZink) modifica en cierta medida la anterior sentencia del año 2015 (Banco Sygma) y establece que para determinar si un tipo de interés es usurario, el mismo ha de compararse con el tipo de interés normal del segmento de crédito al que corresponde, en este caso las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving.

Como dijimos, la Sentencia de 4 de marzo de 2020 realiza una interpretación correctora de la norma eliminando el elemento subjetivo, y lo argumenta de manera sucinta de la siguiente forma:

1.- La doctrina jurisprudencial que fijamos en la sentencia del pleno de esta sala 628/2015, de 25 de noviembre, cuya infracción alega la recurrente, puede sintetizarse en los siguientes extremos: [...]

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, 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».

En primer lugar, llama la atención que el Alto Tribunal, tan acostumbrado a extenderse y a ser didáctico sin importarle la extensión de sus resoluciones, remita a una sentencia de

hace cinco años para desechar un elemento nuclear de la controversia, cual es la falta de aplicación del elemento subjetivo del artículo 1.

Pero es que, si acudimos a la citada Sentencia de 25 de noviembre de 2015, no encontramos ninguna mención significativa para dicha derogación del elemento subjetivo, por lo que en absoluto se ha justificado el cambio de tendencia jurisprudencial¹¹. Como dice la doctrina más atendible, «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».

Por otro lado, el Tribunal Supremo aplica la Ley de la Usura enmendando al mercado financiero, cuando la norma está prevista para supuestos individuales, y de forma expresa deroga jurisprudencialmente el elemento subjetivo. Parfraseando a Javier Orduña Moreno, es un grave error aplicar la Ley Azcárate a un mercado financiero cuando el elemento esencial de la ley es el elemento subjetivo, sin el cual la Ley Azcárate no tiene sentido, al constituir este el requisito primero de la ley¹².

En nuestra opinión, no existen argumentos convincentes para sostener, como hace el Alto Tribunal, que no debemos tener en consideración el elemento subjetivo de la Ley Azcárate; dicha interpretación implicaría una interpretación restrictiva del derecho privado no deseada por el legislador. Los argumentos para derogar el elemento subjetivo no son atendibles, y por consiguiente la Ley Azcárate no debería ser de aplicación por las siguientes consideraciones:

¹¹ Citamos, entre otras, STS de 18 junio de 2012 (NCJ057432); SAP de Madrid núm. 225/2015, de 29 de junio (rec. núm. 345/2014); SAP de Valladolid núm. 122/2015, de 9 de junio (rec. núm. 37/2015); SAP de Almería núm. 102/2015, de 29 de mayo (rec. núm. 128/2012); SAP de Sevilla núm. 77/2015, de 23 de febrero (rec. núm. 5943/2014); SAP de Madrid núm. 327/2014, 25 de septiembre (rec. núm. 321/2014); SAP de Málaga núm. 233/2014, de 28 de marzo (rec. núm. 31/2014); SAP de Alicante núm. 610/2013, de 3 diciembre (rec. núm. 1102/2012); SAP de Barcelona núm. 92/2013, de 13 febrero (rec. núm. 53/2012); SAP de Asturias núm. 261/2013, de 10 junio (rec. núm. 696/2012); SAP de Guipúzcoa núm. 137/2013, de 8 de mayo (rec. núm. 3061/2013).

Aun así, los intereses que no sean considerados usurarios no se limitan en el 24 %, se presume que hasta el 24 % los intereses no son usurarios, por lo que, en atención global a las circunstancias del caso, los intereses remuneratorios no usurarios pueden rebasar dicho tipo. Intereses del 24,60 % han sido estimados no usurarios por la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) núm. 411/2012, de 26 julio. El mismo juicio positivo para intereses del 26 % por parte de la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 370/2013, de 22 octubre (rec. núm. 357/2012). Es más, un interés del 29 % ha sido validado por la SAP de Murcia (Sección 5.ª) núm. 320/2012, de 18 de noviembre (rec. núm. 276/2012) y de La Coruña (Sección 3.ª) núm. 487/2012, de 11 de octubre (rec. núm. 731/2012).

¹² *Jornada Formativa de Consumo* organizada por la Comisión de Cultura, Comisión de Normativa y Sección de Derecho de Consumo del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) el 5 de marzo de 2020. Entre otros ponentes, asistió el catedrático de Derecho Civil y exmagistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. F. Javier Orduña Moreno.

1. La Sentencia de 4 de marzo de 2020 encomienda a los juzgados y tribunales la difícil tarea de erigirse en interventores del mercado financiero en lo que hace a los créditos al consumo, pues será cada uno de ellos el que deba decidir si el tipo de interés de las tarjetas revolving era «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado» (ex. art. 1 de la Ley Azcárate) al tiempo de contratar el producto. Ello supone un acto de indebido intervencionismo del Poder Judicial en el funcionamiento del mercado financiero que, a juicio de esta parte, podría estar vulnerando la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española) y la libertad de competencia, amén de los principios constitucionales de seguridad jurídica, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; una cosa es anular una cláusula en un concreto contrato a la luz del caso particular, y otra fijar indirectamente a las entidades financieras cuál es el tipo de interés que han de cobrar por sus productos, cuando son ellas precisamente las que mejor conocen los elevadísimos riesgos de impago que lleva aparejados este tipo de productos y, por consiguiente, a qué interés mínimo han de ofertarse para obtener un mínimo de legítima rentabilidad.
2. Con toda seguridad, el tipo de interés que utilizaba para el crédito revolving, no solo WiZink Bank, SA, sino otras entidades financieras, era el resultado no de los caprichosos deseos de la entidad financiera, sino de unos complejos cálculos actuariales que tenían en cuenta la más elevada posibilidad de impago de este contrato con respecto a otros productos bancarios. Con esta resolución, el Poder Judicial se adentra de lleno en el pantanoso terreno de la regulación de precios, sin ser consciente de que sin duda esta sentencia contribuirá a la restricción de este tipo de productos, que deberán minorar el interés a cambio de un mayor cribado de la solvencia.

Y es que, sin duda, esta sentencia contribuirá a corto plazo a que numerosos ciudadanos no puedan acudir a este tipo de productos, que en lo sucesivo deberán contar con tipos de interés inferiores so pena de resultar radicalmente nulos. Resulta sencillo colegir que las personas de dudosa solvencia podrán ver vetado su acceso, y que deberá introducirse cierto control de riesgos por parte de las entidades financieras antes de su concesión.
3. A mayor abundamiento, a fecha de publicación de la este trabajo ya estamos inmersos en el estado de alarma decretado con ocasión de la pandemia por la covid-19, siendo que la fecha de la sentencia comentada, apenas 10 días antes de la declaración de dicho estado de alarma, no ha podido ser más inoportuna, al coincidir con la terrible situación que atraviesa España en la actualidad, con una crisis coyuntural de liquidez para familias y autónomos derivada del confinamiento, en la que sin duda este tipo de productos se hacen más necesarios que nunca para aliviar tensiones temporales de liquidez.
4. Sustituir la deseable regulación legislativa del tipo de interés máximo por la tutela judicial individual resulta altamente gravoso para el ciudadano. Resulta absurdo que sea el ciudadano el que tenga que acudir a la información publicada en el

Banco de España para saber cuál es el tipo normal del crédito al consumo, para determinar si el interés es «notablemente superior», y si reputa excesivo el tipo de interés, acudir a un largo y costoso procedimiento judicial.

5. Como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, esta sentencia deja una gran sensación de inseguridad jurídica. Desmonta la doctrina judicial anterior. Si bien es cierto que la sentencia decide finalmente sobre cuál ha de ser el tipo comparativo –aun de equivocarse– en lo que hace a las tarjetas de crédito revolving, abre nuevas incógnitas. En primer lugar, deja una enorme horquilla de siete puntos porcentuales por encima del 20 % de interés, por lo que resulta imposible saber cuándo nos encontramos ante un interés «notablemente superior al normal del dinero».

Y es que, en contra de lo que sostienen algunos autores, en nuestra opinión no puede desprenderse de la Sentencia que todos los tipos de interés que estén por debajo de 6,82 puntos porcentuales sean ajustados a derecho, pues aún es posible que ulteriores sentencias establezcan que el contrato es usurario, aun contando con un margen mucho más estrecho¹³.

6. Además, la sentencia del Alto Tribunal no arroja luz sobre qué ocurrirá en los casos contratados antes de 2010, año a partir del cual el Banco de España comenzó a publicar estadísticas, usualmente tomadas como referencia para demostrar cuál era el «*tipo de interés normal del dinero*», es decir, el tipo medio en las tarjetas revolving, en un año concreto. Sí que hace mención al particular, sin embargo, el desafortunado acuerdo no jurisdiccional de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 de marzo de 2020, *ut supra* analizado.
7. La anulación del contrato, sanción máxima en derecho civil, ha de regirse cuando menos por el principio de tipicidad, es decir, tendrá que estar apoyada en la literalidad de una norma y solo en aquellos casos expresamente contemplados por la ley. Este principio de tipicidad se esfuma al realizar nuestro Alto Tribunal una interpretación correctora del artículo 1, obviando nada menos que el elemento subjetivo requerido por la Ley Azcárate. Si en los 112 años de vida de dicha norma el legislador ha decidido –oportunidades ha tenido, y continúa teniendo– no derogar expresamente dicho elemento subjetivo, difícilmente podrá defenderse la teoría del Tribunal Supremo, que exige tan solo la concurrencia del elemento objetivo para la anulación del contrato.
8. Ha de tenerse en cuenta, además, que no estamos en un sector precisamente olvidado por el legislador, todo lo contrario, existe una hiperjuridificación del sector financiero. Se cuentan por cientos las normas que delimitan el campo de actuación de las entidades financieras, sin que el legislador haya reparado en algo tan importante como reflejar expresamente que no ha de tenerse en cuenta

¹³ En el sentido opuesto, téngase en cuenta el acuerdo no jurisdiccional tomado por las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria, *ut supra* analizado.

las circunstancias del deudor –elemento subjetivo– para aplicar la Ley Azcárate. Si en el sector financiero –y en tantos otros– nos encontramos con lo que Carl Schmitt (1950, p. 20) llamó la «legislación motorizada»¹⁴, y a pesar de ello el legislador no ha reparado en un asunto tan nuclear, no puede favorecerse la interpretación más restrictiva.

9. Desde un punto de vista conceptual, carece de sentido restringir el principio de *pacta sunt servanda* (ex. art. 1.255 Código Civil) sin apoyo normativo expreso. Ha de recordarse que, según nuestro Tribunal Supremo, la Ley Azcárate resulta de aplicación tanto si el deudor es consumidor como si es empresario, lo que sin duda pone aún más de manifiesto la temeridad que supone derogar de facto el elemento subjetivo de la norma. Nuestro ordenamiento jurídico privado –por cierto, tras siglos de derecho romano– concede plena libertad para que las partes pacten cualquier proyecto patrimonial, con el que decidan comprometerse y vincularse recíprocamente, siempre que respeten la ley, la moral y el orden público, siendo que la Ley Azcárate vino a poner coto a las prácticas de usura, siempre teniendo en cuenta las condiciones particulares del deudor («su situación angustiosa, [...] su inexperiencia o [...] lo limitado de sus facultades mentales»).
10. En definitiva, en nuestra opinión los argumentos de la sentencia no nos parecen concluyentes, por cuanto la derogación del elemento subjetivo atentaría contra las bases sobre las que se asienta nuestro derecho de obligaciones y contratos, e implicaría una interpretación del derecho privado en términos de presumir prohibiciones o de favorecer interpretaciones restrictivas.

6. Gobernanza de productos: público objetivo y escenarios estresados

La directiva MiFID II¹⁵ introdujo la necesidad de que las entidades financieras que emitan, diseñen, fabriquen o comercialicen instrumentos financieros establezcan un sistema interno de gobernanza de productos con el fin de mitigar el riesgo en la comercialización de esos instrumentos financieros. Pues bien, este hito legislativo a nivel europeo supuso también que la Autoridad Europea Bancaria (en lo sucesivo, EBA) desarrollara la materia, extrapolando similares exigencias a productos de naturaleza bancaria.

¹⁴ En el original, «das "motorisierte Gesetz"». En este sentido también se pronunció Ortega y Gasset (1953, p. 688) refiriéndose a este fenómeno como «legislación incontinente». Asimismo, Luhmann (1981, p. 154) usó los términos «marea de leyes» o «hiperjuridificación».

¹⁵ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II).

La EBA, mediante guías técnicas y recomendaciones¹⁶, y, por su parte, el Banco de España¹⁷, recomienda a las entidades financieras implementar un sistema de gestión del riesgo corporativo mediante un sistema de gobernanza de productos en las entidades financieras basado en el principio de autorregulación normativa. Este sistema de gestión del riesgo debe reflejarse en una política corporativa de obligado cumplimiento por la entidad financiera y sus empleados (así como sus entidades filiales, en su caso) que debe desarrollar un proceso de aprobación de nuevos productos, esto es, análisis, evaluación, decisión y seguimiento individualizado y personalizado sobre cada producto que diseñe y comercialice la entidad; e incluso para cualquier modificación de carácter sustancial que pudiera haber posteriormente (entiéndase por modificación sustancial cambios de público objetivo o de las características intrínsecas y fundamentales del producto).

La regulación en materia de gobernanza de productos y el proceso de aprobación que se exige viene, sin duda, a rediseñar la relación existente entre intermediarios y clientes, porque obliga a las entidades financieras a internalizar esta relación en sus políticas de gobierno corporativo. Esto es así debido a que el interés del cliente asume una mayor preponderancia, un papel central en todo el ciclo de vida del producto bancario, es decir, desde su creación hasta su comercialización.

Los atributos del cliente juegan –más que nunca– un rol fundamental desde la fase inicial de creación de un producto bancario, como puede ser una tarjeta de crédito revolving. De hecho, los productos financieros deben ser diseñados para cumplir con las necesidades del público objetivo positivo. Es por ello que el público objetivo debe prestablecerse en la fase de diseño del producto, acotarse y, en su caso, prohibirse la comercialización del producto para aquel público que no sea idóneo (público objetivo negativo).

No obstante, las exigencias van más allá y exigen que en la fase de diseño, esto es, de pre-aprobación por el órgano interno de la entidad, que el originador del producto explique y establezca diferentes escenarios estresados del producto. Es decir, pruebas de simulación desde la perspectiva del cliente adquirente del producto o servicio bancario y del precio/coste que soporta para obtener ese producto o servicio. El Banco de España y la EBA consideran que los resultados de diferentes escenarios estresados también ayudan a entender la adecuación e idoneidad del producto al público objetivo que está pensado o proactivamente dirigido.

¹⁶ *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturer's Product Oversight Governance Processes* (GL-POG-ESA) y las *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products* (GL-POG-EBA, de 15 de julio de 2015).

¹⁷ *Directrices sobre gobierno interno* (EBA/GL/2017/11, publicadas en español el 21 de marzo de 2018) adoptadas como propias por el Banco de España en fecha de 18 de mayo de 2018.

En relación con las tarjetas de crédito, se facilita al cliente la disposición de una línea de crédito de manera prácticamente inmediata, pudiéndose llevar a cabo la contratación por vía telefónica, permitiendo usualmente el abono mensual sin intereses, careciendo de garantías adicionales y personales, y en algunos casos sin prever intereses de demora. Todas estas circunstancias conllevan un mayor riesgo para el prestamista, que se traduce en unos intereses remuneratorios más elevados que los aplicables a los préstamos personales.

Entendemos que existen variables claves para la confección de unos escenarios estresados del producto, cuyos resultados permitirán delimitar y acotar el público objetivo en su doble vertiente, respectivamente. A título de ejemplo, consideramos que ya en cualquier producto, especialmente en los de alto riesgo, como las tarjetas de crédito revolving, debe establecerse un mínimo de tres escenarios diferentes –por ejemplo, escenario favorable, neutro y desfavorable–. Sin duda, los resultados de los escenarios desfavorables –desde el punto de vista del cliente– serán los datos o la información más reveladora. Para confeccionar estos escenarios debe partirse de capitales de disposición medios u objetivos y conjugar con plazos y el tipo de interés aplicable (TIN/TAE) como principales variables. También pueden incluirse los gastos añadidos, las comisiones fijas o variables que hubiere e, incluso, hacer un ejercicio más extenso para este tipo de productos, como es la suma de varias compras sucesivas o aplazadas por el cliente.

A continuación, el lector podrá analizar un escenario estresado (desfavorable) desde el punto de vista del cliente-titular de una tarjeta de crédito revolving. El cliente consume 2.000 € de los 3.000 € disponibles en una sola adquisición. El TIN asciende al máximo previsto por contrato (26,40 %) y, consecuentemente, la TAE (29,84 %). La cantidad que el cliente aporta a la amortización del crédito se ha establecido en 100 €/mensuales en un período de 3 años.

Las características de una operación hipotética son las siguientes:

Fecha de operación	1-sept.
Límite de crédito	3.000 €
Cantidad financiada	2.000 €
Tipo de interés mensual (%)	2,20
TIN (tipo de interés nominal)	26,40 %
TAE (tasa anual equivalente)	29,84 %
Cuota fija a pagar (tarifa plana)	100 €

Los resultados de la operación a tres años de amortización son las siguientes:



Fecha de cobro de la cuota		Importe de la cuota mensual que paga el cliente	Desglose de la cuota		Importe que le queda pendiente de pagar en las siguientes cuotas
			Capital	Intereses	
Fecha de compra	1-sept.				-2.000,0 €
Importe de la 1. ^a cuota	1-oct.	100 €	56,00 €	44,00 €	1.944,0 €
2. ^a	1-nov.	100 €	57,23 €	42,77 €	1.886,8 €
3. ^a	1-dic.	100 €	58,49 €	41,51 €	1.828,3 €
4. ^a	1-ene.	100 €	59,78 €	40,22 €	1.768,5 €
5. ^a	1-feb.	100 €	61,09 €	38,91 €	1.707,4 €
6. ^a	1-mar.	100 €	62,44 €	37,56 €	1.645,0 €
7. ^a	1-abr.	100 €	63,81 €	36,19 €	1.581,2 €
8. ^a	1-may.	100 €	65,21 €	34,79 €	1.515,9 €
9. ^a	1-jun.	100 €	66,65 €	33,35 €	1.449,3 €
10. ^a	1-jul.	100 €	68,12 €	31,88 €	1.381,2 €
11. ^a	1-ago.	100 €	69,61 €	30,39 €	1.311,6 €
12. ^a	1-sept.	100 €	71,15 €	28,85 €	1.240,4 €
13. ^a	1-oct.	100 €	72,71 €	27,29 €	1.167,7 €
14. ^a	1-nov.	100 €	74,31 €	25,69 €	1.093,4 €
15. ^a	1-dic.	100 €	75,95 €	24,05 €	1.017,5 €
16. ^a	1-ene.	100 €	77,62 €	22,38 €	939,8 €
17. ^a	1-feb.	100 €	79,32 €	20,68 €	860,5 €
18. ^a	1-mar.	100 €	81,07 €	18,93 €	779,4 €
19. ^a	1-abr.	100 €	82,85 €	17,15 €	696,6 €
20. ^a	1-may.	100 €	84,67 €	5,33 €	611,9 €
21. ^a	1-jun.	100 €	86,54 €	13,46 €	525,4 €
22. ^a	1-jul.	100 €	88,44 €	11,56 €	436,9 €



Fecha de cobro de la cuota	Importe de la cuota mensual que paga el cliente	Desglose de la cuota		Importe que le queda pendiente de pagar en las siguientes cuotas	
		Capital	Intereses		
▶					
23. ^a	1-ago.	100 €	90,39 €	9,61 €	346,6 €
24. ^a	1-sept.	100 €	92,38 €	7,62 €	254,2 €
25. ^a	1-oct.	100 €	94,41 €	5,59 €	159,8 €
26. ^a	1-nov.	100 €	96,49 €	3,51 €	63,3 €
27. ^a	1-dic.	100 €	63,28 €	1,39 €	0 €
Total capital		2.000,00 €			
Total intereses		664,67 €			
TOTAL A PAGAR		2.664,67 €			

El titular de una tarjeta de crédito amortiza los 2.000 € tomados en crédito devolviendo un total de 2.664,67 € con intereses¹⁸. Una cantidad considerable, teniendo en cuenta que la naturaleza de la tarjeta de crédito revolving permite:

- Que el cliente siga consumiendo el saldo disponible (en el ejemplo, 1.000 €) que, a su vez, generarán una nueva deuda con intereses y, por supuesto, paralela a la ya existente.
- Que las cantidades ya dispuestas y pendientes de amortización puedan ser objeto de nuevos aplazamientos sucesivos en períodos más prolongados por decisión del cliente.
- Que el capital amortizado genere a su vez el derecho del titular de disponer del monto remanente cuando se le presenta cualquier necesidad concreta, siempre dentro del límite previamente acordado y de la vigencia del contrato.
- Que la entidad que concede la tarjeta de crédito revolving no exige de la presentación de justificación documental ni de garantías de ningún tipo en ningún momento, esto es, ni en el momento de la concesión de la tarjeta, ni tampoco en los momentos de disposición del saldo –que pueden motivarse por necesidad(es) diversa(s).

¹⁸ Con el fin de facilitar información a los usuarios sobre cómo se amortizará la deuda pendiente de una tarjeta revolving, en una determinada fecha y para una cuota mensual, el Banco de España ha puesto a disposición del público un simulador a través de su Portal del Cliente Bancario: <https://app.bde.es/asb_www/vencimiento.html#/principalVencimiento>

En la comercialización de tarjetas de crédito revolving debe evitarse la concesión indiscriminada de préstamos bajo esta modalidad, so pena de incurrir en usura por permitir el sobreendeudamiento de clientes cuando existan otros métodos de financiación más beneficiosos. Por ello, es necesario realizar acciones para evitar que la deuda del cliente se «eternice», cosa que se puede conseguir estableciendo el pago mensual de una mínima cantidad en concepto de amortización del principal, más todos los intereses y comisiones del período, suprimiendo la posibilidad de capitalizar intereses.

También es relevante la mitigación de riesgos legales derivados de una incorrecta campaña publicitaria del producto. Los potenciales riesgos de una tarjeta de crédito revolving durante la comercialización bajo campañas activas (envío de la tarjeta; información normalizada europea sobre el crédito al consumo; y contrato al domicilio del titular) se basan en ofrecer al cliente un producto cuyo TAE puede ser del 18 %, que al cabo de un año puede verse modificado a un tipo que puede variar al alza según la solvencia del cliente (scoring). Pues bien, es preciso que en las campañas publicitarias se destaque este aspecto. Esta práctica es legal siempre que se comunique adecuadamente al cliente la modificación del tipo de interés y que no se perciba contraria a los principios y directrices de la política corporativa de comunicación comercial de la entidad, ya que no oculta un riesgo. Sin embargo, debe advertirse que la tarjeta de crédito revolving es un producto de alto riesgo y, en consecuencia, puede conllevar un riesgo reputacional para la entidad.

La premisa básica es el hecho de que el titular de una tarjeta de crédito revolving debe estar recurrentemente informado del estado de su tarjeta, esto es, de sus gastos o cargos. Este requisito se cumple, por ejemplo, con el envío al cliente de la liquidación mensual. No obstante, si se quiere maximizar la transparencia del producto, el Banco de España¹⁹ también considera como buena práctica facilitar información sobre:

- El plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota).
- Escenarios ejemplificativos sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.
- El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

Por todo ello, una adecuada estructura interna de gobernanza de productos, donde las áreas más relevantes de la entidad efectúen un análisis pormenorizado del producto que se presente a aprobación por el órgano interno de la entidad de crédito, es el escrutinio más

¹⁹ Banco de España. Memoria de Reclamaciones de 2018. Criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones.

recomendable para asegurarse de la correcta comercialización del producto y, sobre todo, la forma más aconsejable de cumplir con las exigencias legales.

Un sistema de gobernanza de productos corresponsabiliza a las áreas participantes de una entidad financiera en el diseño y correcta comercialización de la tarjeta de crédito. Pudiera decirse que la implementación de un procedimiento de aprobación de nuevos productos ha causado un gran impacto burocrático –pero sumamente relevante– en las entidades intermediarias, porque provoca una redefinición de roles, una asignación de nuevas tareas y la asunción de mayores responsabilidades. No obstante, es un paso firme en la autorregulación normativa con el fin de establecer directrices y criterios de buena praxis bancaria, que son solución preventiva al conflicto y a la litigiosidad.

En nuestra opinión, debería entregarse al cliente simulaciones y ejemplos que permitan comprender el funcionamiento del sistema de amortización como información precontractual. No se trata de una pretensión nueva, ya que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo²⁰, establecía que para considerar una cláusula transparente, entre otras condiciones, se debía incluir simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. El Banco de España también requiere a las entidades, en sus memorias desde 2015 hasta 2018, para que faciliten pruebas de simulación sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido y el importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

Al mismo tiempo, en el artículo 33 septies del Proyecto de Orden²¹ del Ministerio de Economía se obliga a informar al cliente en papel u otro soporte duradero. En pleno desarrollo tecnológico de las finanzas, consideramos que es más que exigible que la entidad financiera ofrezca información completa *online* sobre la información precontractual y contractual, el histórico de pagos sin límite temporal, la amortización e intereses devengados, así como escenarios antes de la contratación, para que el cliente pueda comprender el funcionamiento del préstamo y su impacto económico.

7. Posible impacto de la covid-19 en las tarjetas revolving

A fecha de conclusión de este trabajo, España estaba sufriendo la pandemia de la covid19 y, debido a la misma, se encontraba inmersa, por segunda vez desde la aprobación de la

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 241/2013, de 9 de mayo (NCJ057740). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

²¹ En noviembre de 2019, el Ministerio de Economía sometía a audiencia pública el Proyecto de Orden ECE/xx/2019, de xx de xx, de modificación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, para el establecimiento de obligaciones de información sobre créditos de duración indefinida asociados a instrumentos de pago.

Constitución, en estado de alarma, que fue declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; y prorrogado en sucesivas ocasiones.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, limitó gravemente la libertad de circulación y suspendió el ejercicio de un enorme conjunto de actividades empresariales. La propagación de la enfermedad supuso un fenómeno excepcional y trajo enormes consecuencias de índole no solo sanitarias, sino también económicas y sociales, cuyo alcance total no se alcanzará a ver hasta transcurridos unos años.

Las especiales circunstancias condujeron a la afectación de muchos negocios jurídicos por imposibilidad absoluta de cumplirlos en sus propios términos, por lo que el Gobierno trató de dar cierta respuesta a esta situación excepcional, en lo que se refiere a los negocios jurídicos privados.

Con objeto de regular las relaciones sinalagmáticas de ciertos contratos, fueron publicados varios reales decretos-ley, entre los que destacaban el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que se expresaba de esta forma en su preámbulo:

Asimismo, si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves.

Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula «rebus sic stantibus», de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Pues bien, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, contiene una especial regulación para los créditos al consumo, entre los que se encuentran, sin duda, las tarjetas revolving. Categorizando las tarjetas revolving como crédito al consumo se ha pronunciado, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020 cuando establecía lo siguiente: «En la instancia había quedado fijado como tal término de comparación el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que efectivamente puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas revolving)».

Siendo pacífico que las tarjetas revolving son una categoría de crédito con autonomía y sustantividad propia, pero incardinadas dentro del crédito al consumo en general, les resulta de aplicación lo dispuesto el citado el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que se refería al crédito al consumo en su preámbulo en los siguientes términos:

Además, con el objetivo de asegurar que los ciudadanos no queden excluidos del sistema financiero al no poder hacer frente temporalmente a sus obligaciones financieras como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, de forma paralela a financiación hipotecaria de la vivienda, este real decreto-ley amplía el alcance de la moratoria a los créditos y préstamos no hipotecarios que mantengan las personas en situación de vulnerabilidad económica, incluyendo los créditos al consumo.

La regulación específica se encuentra contenida en los artículos 21 a 27 del citado real decreto-ley, y en lo que hace a las tarjetas de crédito revolving, se puede sintetizar como sigue:

- La moratoria implica que, durante tres meses (aunque dicho plazo podrá ser ampliado por acuerdo del Consejo de Ministros): (a) la entidad financiera no podrá exigir el pago de la cuota ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), y (b) no se devengarán intereses ordinarios ni de demora.
- Para poder acogerse a dicha moratoria es necesario ser una persona física y encontrarse en situación de vulnerabilidad económica, pudiéndola solicitar tanto el deudor principal como sus fiadores.
- La definición de persona en situación de vulnerabilidad económica pasa por cumplir todos los siguientes requisitos: estar en situación de desempleo o, en el caso de los trabajadores autónomos, sufrir una pérdida de ingresos o ventas de, al menos, el 40 %; que las cuotas de los préstamos, más los gastos y suministros básicos sean iguales o superiores al 35 % de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar; y que el esfuerzo que representa la carga de los préstamos sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,3.
- El legislador la ha configurado como una medida «automática» u *ope legis*, en el sentido de que no es necesario que exista un acuerdo entre las partes ni modificar el contrato de crédito, sino que será suficiente con que el beneficiario cumpla con los requisitos establecidos en la norma para que la entidad financiera tenga la obligación de aplicar la moratoria, que deberá surtir efectos desde la fecha de solicitud.

Sin embargo, la medida ha sido objeto de numerosas críticas, al ser acusada de contener requisitos muy estrictos para el acceso a la moratoria, pues los requisitos establecidos en la norma son cumulativos y no alternativos lo que, según diversas fuentes, llevará a que un número muy reducido de consumidores pueda beneficiarse de la misma²².

²² Estadísticamente, en materia de prestatarios-hipotecarios, véase el Estudio de la Asociación de Usuarios Financieros de 6 de abril de 2020: Sólo un 10% de los posibles beneficiarios podría acceder a la moratoria hipotecaria. <https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_04_GRAFICOS_COVID_MORATORIA_DEF.pdf>

8. Conclusiones

Algunos juristas nos sentimos desorientados cuando los juzgados y tribunales comenzaron a anular determinadas cláusulas de contratos concertados con consumidores, que incluso estaban incorporados en escrituras públicas. A los que aún creemos en la autonomía de la voluntad y en que las personas tenemos capacidad para gobernarnos y decidir qué firmamos y qué no, nos chocaba cómo podía ser indiferente el contenido de una cláusula simplemente porque la misma había sido predispuesta.

Los que, en su día, firmamos una cláusula suelo con conocimiento de la misma, nos quedamos atónitos ante la sorpresa de muchos que decían no saber lo que habían suscrito ante notario.

Los que estudiamos el Código Civil como la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico privado no entendíamos su progresiva sustitución *de facto* en aquellas ocasiones –la mayoría– en las que la contraparte era un consumidor, considerado por la normativa como poco más que un peleele ignorante de todas las materias de la vida.

En definitiva, los que tenemos la anacrónica costumbre de pedir y leer con antelación los documentos de cualquier naturaleza que vamos a firmar, no entendemos cómo simplemente por tratarse de contratación en masa o seriada, las cláusulas contractuales, plenamente consentidas por las partes, tenían que superar un control absolutamente subjetivo de contenido, de incorporación y de transparencia para vislumbrar su más que posible –a juicio del operador jurídico de turno– carácter abusivo.

Pero lo que ahora nos plantea el Tribunal Supremo va incluso más lejos, y no discute sobre el derecho de las condiciones generales y cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. Lo que ahora nos plantea el Alto Tribunal es no solo decidir si una cláusula predispuesta ha de ser declarada abusiva y nula, lo que implicaría la nulidad de dicha cláusula e integración y continuidad del contrato, sino la nulidad radical –y, por tanto, sin prescripción– de todo el contrato; y no en virtud de la normativa protectora de consumidores y usuarios, sino mediante una interpretación correctora de una ley más pensada para corregir los desmanes usureros del siglo XIX que para regular el mercado financiero del siglo XXI.

A estas alturas, habiendo ya sido declaradas una gran parte de las entidades financieras usurarias por nuestro Tribunal Supremo, seguimos sin saber a ciencia cierta cuál es el tipo de interés a partir del cuál ha de reputarse usurario –y, por tanto, radicalmente nulo– el contrato de una tarjeta revolving.

En cualquier caso, sabemos que si excede de 6,82 puntos al tipo medio del crédito revolving el Alto Tribunal reputará usurera a la parte acreedora, sin importar que las dos partes estuvieran perfectamente informadas y fueran conscientes de las consecuencias del contrato, e incluso sin importar que el deudor no tuviese la condición de consumidor.

Como hemos expuesto en este artículo, es a nuestro juicio un error con consecuencias muy graves extender la aplicación de las normas que regulan la práctica de la usura haciendo una interpretación *contra legem* de la ley con la finalidad de limitar los tipos de interés, y sin duda ello redundará en más restricciones de crédito en perjuicio del consumidor más vulnerable.

Es obvio que deberá prestarse más atención a la información precontractual de las tarjetas revolving, a su claridad y transparencia e, incluso, que sería deseable que el legislador limitase el tipo de interés máximo de las mismas, pero de ahí a que nuestros juzgados y tribunales tengan que anularlas solo por su tipo de interés, sin tener en cuenta las características del deudor (elemento subjetivo), hay un abismo.

La característica común de las tarjetas revolving es su carácter predispuesto para una pluralidad de deudores que, responsablemente, deberían hacer uso de ellas de forma puntual. De su carácter no negociado individualmente y de la omisión del test de solvencia del deudor parte su elevado tipo de interés, siendo además enorme la oferta existente en nuestro mercado para elegir, por lo que nada obsta para que las mismas sean racionalmente seleccionadas por el consumidor o empresario.

Si la Sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, supuso el pistoletazo de salida para miles de demandas, lamentablemente mucho nos tememos que esta Sentencia de 4 de marzo de 2020 tendrá un recorrido similar, con el consiguiente perjuicio para nuestra seguridad jurídica y el incremento exponencial de la carga de trabajo para nuestros ya saturados juzgados y tribunales.

Anular un contrato con base en la Ley Azcárate, planteada para supuestos particulares y casuísticos, en el mercado financiero del siglo XXI, y hacerlo además con arriesgadas interpretaciones *contra legem* de la misma, resulta a todas luces una injerencia indebida y desproporcionada en la libertad de empresa de las entidades financieras, que deberán replantearse su estrategia con las tarjetas revolving en lo sucesivo.

Los procedimientos judiciales están concebidos para servir como un traje a medida de cada ocasión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto para emitir resoluciones bajo un prisma de razonabilidad. Pretender que dichos procedimientos judiciales tengan que anular miles de contratos de tarjetas revolving, atendiendo tan solo al tipo de interés de la misma, sin tener en cuenta el elemento subjetivo ni otras circunstancias de la contratación, resulta impropio para la configuración y naturaleza de nuestro procedimiento judicial.

En nuestra opinión, debería ser el legislador el que regulase la posible limitación de precios –de intereses, en este caso– de los créditos al consumo, tal y como sucede en países de nuestro entorno. Al igual que no entenderíamos que los juzgados y tribunales se erigiesen como interventores del precio en el mercado de los televisores, la misma falta de sentido tendría que ahora comenzasen a discernir sobre si los tipos de interés que se aplican a determinados productos de crédito son correctos o demasiado elevados.

El juez no debería erigirse como un órgano dictaminador del tipo de interés que en cada momento haya de resultar conveniente, sino que es tarea de las partes implicadas fijar dicho tipo de interés y, en segunda instancia, del legislador poner límites claros a dicho tipo de interés, si esa es su voluntad. Considerar que el juez puede sustituir la voluntad de las partes anulando un contrato resulta tanto como otorgar un margen de discrecionalidad difícilmente sostenible en un Estado de derecho.

Desde luego, los remedios contemplados en algunos ordenamientos próximos son más apropiados y no entran como un elefante en una cacharrería en el sector de las tarjetas revolving, como lo ha hecho nuestro Alto Tribunal con la Sentencia de 4 de marzo. Es necesaria una vuelta a la razonabilidad que abandone las interpretaciones correctoras, no solo para dar más seguridad jurídica a todos los intervinientes, sino también para que los juzgados y tribunales no vean exponencialmente incrementada su ya elevada carga de trabajo.

Es evidente que la responsabilidad que el Tribunal Supremo ha hecho recaer en los juzgados y tribunales debería trasladarse al legislador, que debería ser el encargado de establecer unos tipos máximos e implementar los ya existentes mecanismos sancionadores para las entidades financieras que no informen adecuadamente a los consumidores del producto, para que los mismos puedan decidir con discernimiento y reciban información veraz y fácilmente entendible.

Una modificación *de lege ferenda* en ese sentido resulta no solo deseable sino también urgente, y contribuiría a mejorar nuestra maltrecha seguridad jurídica y a incrementar la responsabilidad de los consumidores en la contratación de las tarjetas revolving.

Referencias bibliográficas

- Esselink, H. y Hernández L. (2017) The Use of Cash by Households in the Euro Area. *Occasional Paper Series, 201*. Banco Central Europeo. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op201.en.pdf>
- Luhmann, N. (1981). *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (1953). Individuo y organización. En *Obras completas*. Alianza.
- Schmitt, C. (1950). *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag.