



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Pablo Sánchez Martín



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NÚMERO 17. SEPTIEMBRE 2017

## REQUISITOS NECESARIOS PARA LA TESTAMENTIFICACIÓN DE INCAPACITADOS E INCAPACES NATURALES

Isabel Zurita Martín  
Profesora Titular de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz

## CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: LA DETERMINACIÓN DEL IRPH COMO ÍNDICE DE REFERENCIA

José Antonio Baena Sierra  
Magistrado  
Juzgado de Primera Instancia nº 2 Marbella

## 1.- REQUISITOS NECESARIOS PARA LA TESTAMENTIFICACIÓN DE INCAPACITADOS E INCAPACES NATURALES

**ISABEL ZURITA MARTÍN**

*Profesora Titular de Derecho Civil*

**VOCES: Testamento, Incapacitación judicial, Incapacitación natural.**

*Para otorgar testamento el Código Civil exige distintos requisitos cuando se trata de “incapaz natural” o de personas cuya capacidad ha sido judicialmente modificada; tanto unas como otras pueden otorgar testamento, si bien la validez del mismo queda condicionada a que la se acredite la aptitud del testador para formar su voluntad de forma libre y consciente en el momento de su otorgamiento, aun cuando los requisitos a observar difieren en uno y otro caso. Se propugna una reforma legislativa que corrija la disfunción actual en la regulación que contiene el Código Civil.*

### COMENTARIO

Atendiendo a la regulación del Código Civil, debe distinguirse entre incapaz natural e incapacitado para determinar los requisitos necesarios para la testamentificación. Tanto unas personas como las otras pueden otorgar testamento si en el momento del otorgamiento se hallaren en su cabal juicio, si bien para las personas incapacitadas judicialmente se requiere la intervención de dos facultativos que respondan de su capacidad, siempre que la correspondiente sentencia no contenga pronunciamiento negando la misma.

A falta de sentencia de incapacitación, queda en manos del Notario pronunciarse sobre la capacidad del testador. Como regla general, el artículo 685 CC dispone que el Notario deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, especificando los artículos 696 y 707 CC para los testamentos abiertos y cerrados respectivamente, que el Notario hará constar dicha circunstancia. A la luz de estos preceptos, la doctrina ha distinguido entre un requisito sustantivo o material –el Notario debe asegurarse de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento- y uno formal, pues debe hacer constar en el testamento que, a su juicio, el testador se halla con capacidad legal<sup>1</sup>.

El requisito material obliga al Notario a observar una actitud diligente en la apreciación del cabal juicio del testador, referido a la aptitud de este para formar voluntad testamentaria, libre y consciente; a tal fin puede contar con la ayuda de facultativos, cuya intervención solo es preceptiva en el caso de incapacitación. El hecho, sin embargo, de que una persona no incapacitada judicialmente sufra intervalos de lucidez o existan indicios de incapacidad, aconsejaría al Notario ayudarse de personal técnico para formar lo más acertadamente posible su juicio de capacidad (como expresamente prevé el art. 421-9.1 CCCat); aunque este apoyo reforzará la seriedad y justificación del juicio del Notario, pero no lo sustituye ni suple. Sea como fuere, la apreciación notarial positiva de capacidad puede ser destruida ante los tribunales demostrando que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento, por lo que cuanto más reforzada se halle dicha apreciación, más difícil será contradecirla; no se tratará solo de desvanecer la presunción general de capacidad (art. 662 CC), en tanto el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664 CC), teniendo en cuenta que la aseveración del Notario autorizante,

---

<sup>1</sup> COBACHO GÓMEZ, “Sobre la intervención notarial sobre la capacidad legal para testar”, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, dir. Domínguez Luelmo/García Rubio, La Ley, Madrid, 2914., p. 302; RIVAS MARTÍNEZ, “Comentario al art. 685”, en *Código Civil Comentado*, vol. II, Civitas, Madrid, 2011, p. 359; y BLANQUER UBEROS, “Comentario al art. 696 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1766.

como reiteradamente ha puesto de relieve la jurisprudencia<sup>2</sup>, reviste especial relevancia de certidumbre.

Doctrinal y jurisprudencialmente también se ha interpretado que la formalidad que requiere esta constancia del juicio notarial no precisa una fórmula concreta o ritual, sino que basta con que del texto del testamento se infiera sobradamente que el Notario considera al testador con suficiente capacidad para testar<sup>3</sup>.

La cuestión es que para los incapaces se reclama solo la constancia del Notario, mientras que para los incapacitados, en virtud de lo ordenado por el artículo 665 CC, deben intervenir dos facultativos. La mayoría de la doctrina considera aplicable este precepto únicamente en el caso de testamento notarial abierto, entendiéndose que la persona incapacitada por una resolución judicial se ve afectada por una presunción de incapacidad, que puede destruirse cuando los facultativos responden en el dictamen de su capacidad<sup>4</sup>. Así lo prevé expresamente el artículo 421-9.2 CCat.

Debemos plantearnos si dichas garantías deben exigirse con igual intensidad para personas incapacitadas y para incapaces naturales. A nuestro modo de ver, el hecho de que el juez no se manifestara sobre la facultad de otorgar testamento en la sentencia de incapacitación podría considerarse más bien como una presunción de capacidad del eventual testador. En parecida situación debe considerarse a la persona que no ha sido judicialmente incapacitada, ya que ha de partirse de la presunción general de capacidad de las personas mayores de edad. Desde esta perspectiva, deberían exigirse los mismos requisitos en uno y otro caso para el otorgamiento válido de testamento, esto es, la

---

<sup>2</sup> Véase, por todas, STS 18 mayo 1998 (RJ 3376).

<sup>3</sup> RIVAS MARTÍNEZ, ob. cit., p. 366; MARTÍNEZ ESPÍN, “Comentario al artículo 696”, *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5354. Para BLANQUER UBEROS, será suficiente que el juicio del Notario resulte expreso, ob. cit., p. 1767.

<sup>4</sup> Para PUIG FERRIOL, así se restituye al incapacitado la presunción general de capacidad para testar *ex art. 662 CC*, “Comentario al art. 665 CC”, en *Comentario del Código Civil*, cit., T. I, p. 1674. Ante la duda sobre la aplicación del art. 665 CC al testamento cerrado, para LACRUZ BERDEJO la respuesta debe ser afirmativa, pues a ella parece también orientarse el art. 707.5 en relación con el 698 CC, *Elementos de Derecho Civil*, V. Sucesiones, Dykinson, Madrid, 2009, p. 164.

intervención obligatoria de dos facultativos que certifiquen la capacidad del testador, ya que existen dudas razonables sobre su plenitud. De este modo, lo que queda en manos del Notario es enjuiciar, no la capacidad de la persona para otorgar testamento, sino la necesidad del concurso de los peritos por entenderse que existen indicios suficientes de incapacidad. La duda del Notario sobre la capacidad del testador ha de solventarse requiriendo la intervención obligatoria de dos facultativos, evitándose así que la sola apreciación notarial, bien prive al incapaz de su facultad de testamentifacción, o bien permita a este otorgar testamento con posibles vicios de nulidad. La alternativa que defendemos aquí fue la adoptada por el derogado Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, cuyo artículo 116 disponía: “Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el notario y, en su caso, los testigos”<sup>5</sup>.

En cualquier caso, en todos estos supuestos solo debería ser viable otorgar testamento abierto, en tanto el Notario no puede enjuiciar la capacidad del testador en el momento de la redacción del testamento cerrado. En nuestra opinión, lo ideal sería una reforma legislativa que corrigiera la disfunción que se produce entre los artículos 665 CC –que exige la intervención de los facultativos en caso de testador incapacitado- y 666 CC –que atiende al momento de otorgar testamento

---

<sup>5</sup> Favorable a esta postura se manifiesta GÓMEZ GARZÁS, “El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines”, en *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 225. En cambio, para GARRIDO MELERO, la nueva norma catalana tiene mejor criterio, al dejar la intervención de los facultativos a la decisión del Notario; exigir y protocolizar el dictamen en el testamento no añade nada y, en la práctica, puede llegar a deducirse que el Notario alberga dudas y no lo tiene claro. Un testamento de una persona con un dictamen incorporado lo incita a discutir sobre su capacidad más que un testamento sin más y provoca el pleito, *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, Tomo primero, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, p. 210.

para apreciar la capacidad del testador-, con los artículos 696 y 707 CC, referidos a la verificación de la capacidad por el Notario en los testamentos abierto y cerrado, respectivamente. Entendemos que esta reforma debería permitir tanto al incapacitado como al incapaz natural otorgar solo testamento notarial abierto, en la medida en que el momento de la redacción del testamento quedaría, en caso contrario, fuera del alcance pericial de los facultativos legalmente exigidos. Del articulado del Código Civil lo que se desprende, sin embargo, es la preponderancia del momento del otorgamiento.



## 2.- CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: LA DETERMINACIÓN DEL IRPH COMO ÍNDICE DE REFERENCIA

JOSÉ ANTONIO BAENA SIERRA

*Magistrado*

### **VOCES: Cláusulas abusivas, IRPH, Condiciones generales de la contratación**

*La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 ha supuesto una auténtica revolución a la hora de interpretar el carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario al exigir, en los contratos en los que el prestatario es un consumidor, un doble control de transparencia - formal y material- a la hora de juzgar la posible abusividad de cada una de las estipulaciones del contrato, aun cuando afecten a su contenido esencial. En este artículo se analiza la posibilidad de trasladar esta doctrina jurisprudencial al examen del índice de referencia aplicado al tipo de interés que debe pagar el prestatario cuando dicho índice es el IRPH.*

### **COMENTARIO**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 supuso una auténtica revolución a la hora de interpretar el concepto de cláusula abusiva en sede de contratos en los que está involucrado un consumidor, y en particular, a la hora de establecer los límites en las facultades de los tribunales para examinar, incluso de oficio, la abusividad de algunas estipulaciones de los contratos que podían afectar al objeto principal del contrato, como es la determinación del interés que debe pagar el prestatario a su acreedor.

En dicha sentencia el Alto Tribunal estableció que la cláusula que limita la variación del tipo de interés (cláusula “suelo”) define el objeto principal del contrato, y que, si una de las partes es un consumidor, debe superar un doble control de transparencia: el control meramente formal, y además, un control de transparencia “material”, que se define como la comprensibilidad real por parte del consumidor de las consecuencias económicas de dicha estipulación. O, dicho en otras palabras, no es suficiente que la cláusula sea literosuficiente y se halle correctamente ubicada en el contrato, sino que es necesario que el consumidor haya tenido ocasión de conocer no sólo el texto sino que haya comprendido las consecuencias que va a suponerle a la hora de restituir el préstamo.

Por otra parte, la posibilidad de examinar el contenido de las cláusulas esenciales del contrato, y no las meramente accesorias, es conforme a derecho por cuanto que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril no ha incluido la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del artículo 4.2 de la Directiva 1993/13 CEE de 5 de abril, que establece dicha limitación.

Con estos antecedentes, se ha suscitado ante los Tribunales la posibilidad de aplicar esta misma doctrina a otras cláusulas habituales en los contratos de préstamo hipotecario, y a los préstamos sin garantía real. En este artículo me centraré en una estipulación que afecta al propio núcleo del contrato, como es la determinación del índice de referencia cuando el que aparece en el contrato es diferente al Euríbor, y en particular, cuando se trata del *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España* (IRPH).

El IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios) es uno de los indicadores que utilizan las entidades financieras para actualizar las hipotecas con tipos de interés variable. Hasta noviembre



de 2.013 existían tres modalidades diferentes: Bancos, Cajas de Ahorro y la totalidad de las Entidades. IRPH de Bancos era la media de los préstamos a tres años concedidos por estas entidades; IRPH de Cajas de Ahorro -se calculaba según las ofertas hipotecarias de las cajas de ahorros- y IRPH del Conjunto de Entidades, que se calcula teniendo en cuenta todas las entidades. La Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, determinó la desaparición del IRPH Bancos y el IRPH Cajas, así como el índice CECA, siendo todos ellos sustituidos por el IRPH Entidades, el único vigente en la actualidad. Dicho índice ha sido siempre muy cuestionado, por varios motivos: las sombras de sospecha de posible manipulación (sobre la base del hecho de que en 2009 la Unión Europea determinó eliminar los índices de Caja y Bancos por dicho motivo, debido a su sistema de cálculo), y por haber mantenido una línea muy constante siempre por encima del Euribor, en varios puntos.

¿Puede analizarse la posible abusividad del IRPH como índice de referencia? En principio podría parecer incompatible la determinación del tipo de interés del préstamo con el concepto de “condición general de la contratación” establecido en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, que las define como *las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Y ello porque, afectando al mismo núcleo del contrato, pretendidamente debería ser objeto de negociación particular y por tanto, debería quedar *a priori* excluido. No obstante, no siempre sucede así, y si bien el prestatario suele conocer e incluso a veces negociar el interés inicial, la inclusión del IRPH en lugar del Euribor puede ser predeterminada por la entidad prestamista, por lo que, si se concitan las condiciones, no existe obstáculo para ello a la vista de la doctrina

establecida por la repetida Sentencia de 9 de mayo de 2.013, la cual indica que el hecho de que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato, no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Las Audiencias Provinciales han mantenido tendencias contradictorias. Así, la didáctica SAP de Barcelona (sección 15<sup>a</sup>) número 98/2016 de 28 de abril (seguida por otras posteriores), tras afirmar que la remisión a dicho índice es una Condición General de la Contratación si no se ha negociado individualmente con el cliente, ha establecido en su Fundamento Noveno que, a diferencia de la cláusula suelo, la fijación del índice de referencia que conforma el tipo de interés junto con el diferencial, forma parte inescindible del precio, por lo que no se puede hacer una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013; sostiene que, en concreto ha de prescindirse de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance. Hace hincapié además en la diferenciación que recoge la Directiva 93/13/CEE entre las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto, para concluir que, precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, el consumidor sí se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. Por otra parte, el proceso de elaboración del IRPH de las

Cajas está bajo la supervisión del Banco de España y no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios. En términos parecidos se pronuncia la SAP de Castellón (sección 3ª) número 232/2015 de 4 septiembre, el AAP de Granada (sección 3ª) número 152/2016 o la SAP de Badajoz (sección 2ª) número 307/2016 de 13 de octubre.

Sin embargo, se pronuncian en sentido contrario muchos Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera Instancia. En este punto es interesante la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mollet del Vallés de 8 de noviembre de 2.016, por cuanto que pone el énfasis en dos elementos: el carácter de condición general de la contratación, y la condición de cláusula abusiva. Si concurren ambos, debe declararse su nulidad. En la misma línea, la muy reciente SAP de Madrid (sección 13ª) de 4 de mayo de 2.017 recalca que lo relevante es no solo que la cláusula de interés variable supere el filtro de "incorporación" al contrato, es decir que sea clara su redacción gramatical, sino también que supere el segundo filtro de "transparencia", es decir, que permita al consumidor identificarla y comprenderla como definidora del objeto principal del contrato para así conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos.

La cuestión no tardará en ser abordada por el Tribunal Supremo, que a la fecha de este artículo aún no se ha pronunciado.

Por lo tanto, lo relevante en última instancia es determinar si nos encontramos en el caso concreto ante una condición general o particular, determinación que debe realizarse caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada momento. Y si la ponderación de las circunstancias concurrentes determina que no existió negociación, y que la entidad prestamista predeterminó este índice en lugar del Euribor, no existe obstáculo para examinar la posible abusividad de la aplicación del índice referido.

## Referencias CENDOJ

SAP Barcelona, a 28 de abril de 2016 - ROJ: SAP B 3807/2016

[SAP Castellón, a 04 de septiembre de 2015 - ROJ: SAP CS 826/2015](#)

[AAP Granada, a 13 de julio de 2016 - ROJ: AAP GR 141/2016](#)

SAP Badajoz, a 13 de octubre de 2016 - ROJ: SAP BA 810/2016

[SAP Madrid, a 04 de mayo de 2017 - ROJ: SAP M 3818/2017](#)

AJFV