



Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:  
Pablo Sánchez Martín



PUBLICACIONES AJFV  
SERIE:  
BOLETINES JURÍDICOS

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

Síguenos en:



# BOLETÍN DIGITAL **CIVIL** **MERCANTIL**

NÚMERO 22. MARZO 2018

**01**

**Indemnización de carácter privativo  
por afectar al derecho de la  
personalidad.**

Verónica Ponte García  
Jueza

**02**

**La cuestión del IRPH o por qué Europa va  
a empezar a pensar que tenemos un serio  
problema con las prácticas bancarias en  
España.**

Comentario a la STS, Sala de lo Civil,  
Pleno, de 14 de diciembre de 2017-  
Gustavo Andrés Martín Martín  
Juez

## INDEMNIZACIÓN DE CARÁCTER PRIVATIVO POR AFECTAR AL DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

Verónica Ponte García

Jueza

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4. Durango.

**RESUMEN:** *El Alto Tribunal determina como privativo, para este único supuesto, la indemnización percibida por el esposo antes del divorcio, con base a una póliza colectiva suscrita por la empresa en la que trabajaba. Ello se fundamenta en la falta de una norma que atribuya el carácter de dicha indemnización, por lo que se debe tener en cuenta la naturaleza del derecho y el fundamento en el que se sustenta, lo que, en este caso, supone que al tratarse de una invalidez permanente se halla intrínsecamente ligado con la personalidad.*

**VOCES:** Indemnización, derecho de la personalidad, sociedad de gananciales; carácter privativo.

### COMENTARIO

La sección primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 14 de diciembre de 2017, casa la sentencia y ordena que se modifique la cantidad correspondiente a la pensión de alimentos, en el sentido de proceder a su aumento, para incluir las cuantías prorrateadas, derivadas de los gastos devengados del inicio del año escolar, tales como libros, material escolar, uniforme y ropa de temporada de los hijos comunes al matrimonio.

Así, la demandante presentó solicitud de formación de inventario, durante la cual surgieron conflictos, en concreto, sobre el carácter privativo o ganancial de la indemnización por la póliza de seguro de incapacidad permanente absoluta, percibida por el demandado, durante el matrimonio. La indemnización fue abonada por la compañía aseguradora, que tenía concertada con la empresa en la que trabajaba el demandado una póliza de seguro colectivo que cubría el siniestro.

La controversia fue resuelta, en primera instancia, entendiendo que dicha indemnización era ganancial, con base en SSTs de 26 de

junio de 2007, 18 de junio de 2008 y 25 de marzo de 1988, en cuanto la jurisprudencia viene entendiendo que las cantidades percibidas en concepto de indemnización por un cónyuge a consecuencia de una póliza de seguros que cubra el riesgo de invalidez no obedecen al carácter privativo (1346.6º CC), sino ganancial (1347.1º CC). Así, el carácter de estas indemnizaciones es económico o patrimonial, derivado de su derecho del trabajo, pero ello no impide que, al tratarse de una consecuencia económica, cuyo beneficiario es el trabajador, ingresa en el patrimonio conyugal y, por tanto, al disolverse la comunidad debe liquidarse y repartirse.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el demandado, aportando sentencias de la jurisprudencia menor e impugnando la calificación de la indemnización como bien ganancial, y ello, al entender que se trata de un derecho personalísimo y, por tanto, de consideración privativa (1346.5º CC). Sin embargo, la resolución de primera instancia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Contra esta sentencia, por la parte demandada, se interpuso recurso de casación por interés casacional.

La Sala comienza estableciendo que concurre interés casacional por cuanto no existe jurisprudencia, generándose diversas soluciones en las audiencias provinciales. Continúa explicando la única STS de 25 de marzo de 1988 para el supuesto entre una esposa y la herencia yacente del esposo fallecido.

Sin embargo, se aparta de esta resolución en la sentencia objeto de estudio, al entender que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo.

Así, considera que como no existe una norma expresa relativa al carácter privado o ganancial de un bien o derecho, en caso de conflicto, será necesario para su resolución atender a la naturaleza del derecho y

al fundamento del mismo, en aplicación de los criterios previstos en la ley para supuestos semejantes.

En el concreto caso que nos ocupa, la invalidez permanente se refiere a la situación de un trabajador que, tras haberse sometido al tratamiento prescrito y haber recibido el alta médica, padece “reducciones anatómicas o funcionales, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Lo característico de la incapacidad permanente absoluta es la inhabilitación completa por parte del trabajador, para toda profesión u oficio, con independencia de que se trate de una situación revisable y de que el cobro de una pensión vitalicia sea compatible con otras actividades lucrativas, con los límites previstos en la Ley.

Por ende, por su propia naturaleza y función, el titular de este tipo de pensión lo recibe como inherente de la persona, es decir, como un derecho de la personalidad (art. 1346.5º CC) y, adicionalmente, en concepto de resarcimiento de daños personales (art. 1346.6º CC).

En aplicación de los criterios recogidos en los apartados 5º y 6º del art. 1346 CC, la “titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa”, por cuanto dicha pensión tiene como objetivo la utilidad personal y protección de quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente, es decir, con la finalidad de “compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades”.

Como consecuencia de establecer como privativo la indemnización para el caso de incapacidad permanente, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge.

Considero que, en este caso, ciertamente, la indemnización recibida constante el matrimonio, como consecuencia de la incapacidad

que afecta y afectará a la capacidad laboral de uno de los cónyuges, al tratar de compensar este daño, está íntimamente vinculado con la personalidad del mismo y por ende, debe ser considerado como privativo a los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales.

#### JURISPRUDENCIA

STS, Sala de lo Civil, de 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4318/2017; ECLI: ES:TS:2017:4318)

AJFV

**LA CUESTIÓN DEL IRPH O POR QUÉ EUROPA VA A EMPEZAR A PENSAR QUE TENEMOS UN SERIO PROBLEMA CON LAS PRÁCTICAS BANCARIAS EN ESPAÑA: COMENTARIO A LA STS, Sala de lo Civil, Pleno, de 14 de diciembre de 2017-**

GUSTAVO ANDRES MARTIN MARTIN

Juez

Doctorando Derecho Competencia

Universidad de Salamanca.

**RESUMEN:** *El 14 de diciembre de 2017, el Tribunal Supremo dictaba sentencia de Pleno en la que consideraba, con carácter general, que la inclusión del IRPH (más el diferencial correspondiente) como tipo de referencia en los préstamos garantizados con hipoteca no supone falta de transparencia. Sin embargo, la Sentencia cuenta con un voto particular que pone en duda la conclusión del Pleno atendiendo a las especiales características del IRPH, lo que allanaba el camino para que los jueces de instancia volvieran a plantear una cuestión prejudicial al TJUE, con el fin de que el mismo revise la acomodación de la doctrina jurisprudencial sentada en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE. Tras analizar la sentencia y el voto particular, se dará cuenta de la cuestión prejudicial planteada por el titular del Juzgado de 1ª Instancia Nº 38 de Barcelona, considerando si conviene acordar la suspensión de los procedimientos en trámite por “prejudicialidad comunitaria”.*

**VOCES:** IRPH, entidades de crédito, préstamos hipotecarios, jurisprudencia, cuestión prejudicial, prejudicialidad comunitaria.

### **1.- Introducción.**

Como en una novela por entregas, el debate en torno al IRPH parece tocar a su fin con la nueva cuestión prejudicial que se ha planteado ante el TJUE, esta vez para revertir la solución que el [Pleno del Tribunal Supremo alcanzó en la sentencia de 14 de diciembre de 2017](#)<sup>1</sup>. No es de descartar que, en las próximas semanas, se acumulen otras cuestiones prejudiciales apoyando la presentada por el Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona. No es este el objetivo de este comentario, sino el de analizar la procedencia o no de aquella cuestión prejudicial a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo y ofrecer, en la medida de lo posible, una recomendación a los juzgados y tribunales de instancia en relación con aquellos procedimientos que se encuentren en fase declarativa, bien en primera instancia, bien en

---

<sup>1</sup> STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4308:2017; ECLI: ES:TS:2017:4308).

apelación. Por cuestiones de espacio nos centraremos en los aspectos esenciales.

## **2. La sentencia de 14 de diciembre de 2017.**

### **2.1. Antecedentes del caso.**

En 21 de septiembre de 2007 el actor suscribía un préstamo con garantía hipotecaria con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente, Kutxabank S.A.) por importe de 250.000€ a 35 años. Respecto al interés remuneratorio, que es lo que aquí nos importa, se pactaba un interés fijo del 4,250% durante los primeros doce meses a partir de los cuales el interés remuneratorio (cláusula tercera bis bajo la rúbrica “Margen”) pasaría a ser “el tipo de interés [...] resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España”. Esto es, se acordaba que el tipo de interés sería el resultante de añadir el “margen” al conocido como IRPH-ENTIDADES. El margen o diferencial sería de 0,50 puntos porcentuales. Sin perjuicio de la extraña formulación gramatical de la cláusula tercera bis, sobre la que el Supremo nada ha dicho (para nuestra sorpresa), está claro que el tipo de interés remuneratorio a partir de los doce primeros meses pasaba a ser el IRPH-ENTIDADES más un diferencial de 0,50 puntos porcentuales.

### **2.2 El control de transparencia de las cláusulas esenciales del contrato.**

El Tribunal Supremo había considerado el control de transparencia de los elementos esenciales del contrato en las STS, Sala de lo Civil, [de 9 de mayo de 2013](#)<sup>2</sup> y de [29 de abril de 2015](#)<sup>3</sup>. Ambas sentencias, recordemos, resultaron controvertidas, especialmente por la incomprensible limitación de los efectos de la retroactividad y que mereció el rapapolvo del TJUE en el [Asunto Gutiérrez Naranjo \[2016\]](#)<sup>4</sup>. Sin embargo, la atención debe centrarse en el juicio de transparencia o control de abusividad sobre la cláusula suelo y el carácter extensivo con el que el mismo se introducía. Esto es, precisamente, lo que reprochará el voto particular y que sirve para sustentar la cuestión prejudicial.

La STS de 14 de diciembre de 2017 vuelve a incidir sobre cuestiones que, a día de hoy, deberían ser sabidas. En primer lugar, una cláusula

<sup>2</sup> STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916:2013; ECLI: ES:TS:2013:1916).

<sup>3</sup> STS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2015 (ROJ: STS 2207:2015; ECLI: ES:TS:2015:2207).

<sup>4</sup> Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 Gutiérrez Naranjo et al [2016] de 21 de diciembre (ECLI:EU:C:2016:980).



esencial del contrato<sup>5</sup> no puede ser objeto de control de contenido, pues lo impide el propio artículo 4.2 de la Directiva<sup>6</sup>. En segundo lugar, el hecho de que sea una condición general de la contratación relativa a un elemento esencial del contrato no pueda ser objeto de control de contenido, no excluye el control de transparencia al exigir, el propio artículo 4.2 *in fine*, que *dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. En tercer lugar, y relacionado con el anterior, que, aunque lo lógico pareciera ser que las cláusulas esenciales, como aquellas que refieren el precio del contrato, suelen ser negociadas individualmente (y por ello, son condiciones particulares), lo cierto es que puede que se haya incluido como condición general, como sucedía con las cláusulas suelo<sup>7</sup>. Ergo, el interés remuneratorio en el caso del préstamo hipotecario puede ser una condición general de la contratación y puede ser sometida a control de transparencia (siempre que cumpla los requisitos de contractualidad, predisposición y generalidad).

La cuestión, por tanto, radica en determinar el alcance de la exigencia de transparencia y comprensibilidad en el caso de la cláusula que fija el interés remuneratorio.

### **2.3. Control estricto vs. control extensivo.**

Si en algo difieren el voto particular y la sentencia es en el modo de llevar a cabo el control de transparencia, lo que no es baladí, pues de asumir la posición del voto particular, el resultado podría haber sido diametralmente contrario al de la sentencia.

Como punto de partida, debemos recordar que la cláusula suelo no era abusiva porque el consumidor no haya podido beneficiarse de las bajadas del tipo de interés de referencia. Este argumento es perverso porque, de admitirlo, los jueces estaríamos fijando los precios del contrato y ello solo lo debería poder hacer el mercado que, por sí mismo, debe presuponerse, tiene la capacidad para corregirse sobre la base de la competencia<sup>8</sup>. La cláusula suelo, como se desprende de las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de

---

<sup>5</sup> No entramos en cómo advertir el carácter esencial, cuestión que podríamos discutir. En el presente estudio nos basta por señalar que el interés remuneratorio es el precio del contrato y, por tanto, es razonable considerar que es uno de los elementos que el consumidor medio tiene en cuenta seriamente para decidir por una oferta u otra.

<sup>6</sup> *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra*

<sup>7</sup> Como dice el Tribunal Supremo, “el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio”. FJ 2º Ap. 3º.

<sup>8</sup> o el legislador, en un sistema de precios intervenido.



2015, es abusiva cuando no se ha publicitado convenientemente, cuando el consumidor no ha podido conocer realmente la carga económica y jurídica que la misma suponía. Esto es, en esencia, el juicio de transparencia: “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”<sup>9</sup>. *Mutatis mutandis*, el IRPH no es abusivo porque el consumidor no haya podido favorecerse de las bajadas del mismo a diferencia de las hipotecas referenciadas al euribor, sino solo en la medida en que podamos afirmar que su introducción en el contrato no ha sido transparente. De hecho, su menor volatilidad era una característica que lo hacía atractivo al consumidor, por definición, averso al riesgo. Y ahí es donde radica la diferencia entre el voto particular y la sentencia.

La sentencia hace un control de transparencia en abstracto. Se ampara en que el IRPH se encontraba regulado por el Banco de España (BdE)<sup>10</sup>. Era, por tanto, un índice oficial, como lo han sido el Mibor, el Ceca o como actualmente es el euribor. En la medida en que la circular 5/1994 establecía que el BdE tenía que dar una difusión adecuada de los índices y publicarlos mensualmente en el BOE, “la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados para este tipo de contratos” y, por ello, “es a la administración pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil”<sup>11</sup>. Para que se cumpla el control de transparencia es suficiente que la parte refiera claramente el tipo de referencia, sin que “pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no

<sup>9</sup> Sentencia de 9 de mayo de 2013. FJ 12, ap. 210

<sup>10</sup> El Banco de España estableció diferentes IRPH (bancos, cajas y entidades) en la Circular 5/1994 de 22 de julio conforme a la habilitación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

<sup>11</sup> FJ 6º ap. 1.

adecuados”<sup>12</sup>. A partir de aquí, ciertamente, el Tribunal Supremo va de adelante hacia atrás justificando circularmente lo que ya había dicho. Ha cometido, no obstante, alguna imprecisión. Por ejemplo, al citar el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CE. El artículo 1.2 establece, recordemos, que quedaban fuera de control alguno “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativa”, lo que tiene toda la lógica, pues el control de cláusulas contractuales no puede, so pena de inconstitucionalidad, convertirse en un control indirecto de la legalidad de los actos del poder legislativo o del poder ejecutivo, para lo que existen otros cauces. Pero para ello, como ha recordado el TJUE, es necesario que la cláusula refleje una “disposición legal o reglamentaria imperativa”<sup>13</sup>. El IRPH no refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa pues no era el único índice existente ni la entidad tenía la obligación de ofrecerlo. Es claro que la entidad no puede alterar la fórmula matemática, pero también es cierto que la fórmula matemática no se encuentra en el contrato de préstamo. Con todo, su incorporación al contrato no es una exigencia legal.

Esto es lo que advierte el voto particular: el control de legalidad que deriva de la transparencia se proyecta de forma autónoma y diferenciada al del plano administrativo que configura la fórmula, el método de cálculo o el procedimiento tendente a garantizar su integridad, fiabilidad e independencia. El control de transparencia se proyecta en el plano sustantivo. Así el voto particular señala que el objeto del control de transparencia es “el mismo *tipo o índice de referencia*”<sup>14</sup>, en la medida en que tal elemento es capaz de “comportar” por sí mismo, “unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume”<sup>15</sup>. Defiende así que el control ha de ser extensivo, y debe ampliarse al “alcance y funcionamiento concreto del mecanismo del índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice

---

<sup>12</sup> FJ 6º Ap. 3

<sup>13</sup> Art. 1.2 Directiva 93/13/CEE. C-186/16 Asunto Andriuc et al. [2017] de 20 de septiembre (ECLI:EU:C:2017:703).

<sup>14</sup> Voto particular Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4308:2017; ECLI: ES:TS:2017:4308).

<sup>15</sup> En este sentido, advierte el voto particular, el control de transparencia va “más allá [...] del mero conocimiento prestatario acerca de la onerosidad del contrato celebrado, es decir, que debe pagar un precio por el capital prestado (remuneración del interés), o de que el precio, dada la modalidad pactada de interés variable, pueda ser objeto de fluctuación”.

sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación”.

Mientras que el voto particular se construye sobre las declaraciones del TJUE en el asunto [Matei \[2015\]](#)<sup>16</sup>, la sentencia prescinde de tal precedente (así como de [Kásler \[2014\]](#)<sup>17</sup>) para centrarse en sus propias declaraciones previas. Y ello puede terminar por ser fatal.

### **3. Los precedentes europeos: *Kásler* [2014] y *Matei* [2015].**

Sin ánimo de exhaustividad diremos solamente que *Kásler* [2014] tenía por objeto valorar la transparencia y comprensibilidad de la cláusula de interés remuneratorio en una hipoteca multidivisa mientras que *Matei* [2015] tenía por objeto una cláusula de “comisión por riesgo” que realmente encubría el interés remuneratorio del préstamo. *Matei* [2015] se construye sobre *Kásler* [2014] por lo que tendremos en cuenta solo el primero de aquellos pronunciamientos:

la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (ap. 71)

toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (ap. 72).

En relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (ap. 75).

---

<sup>16</sup> C-143/2013 Asunto Matei [2015] de 26 de febrero (ECLI:EU:C:2015:127).

<sup>17</sup> C-26/13 Kásler [2014] de 30 de abril (ECLI:EU:C:2014:282).

#### **4. El posible error de la sentencia y las bases para la cuestión prejudicial.**

El voto particular tiene, a nuestro juicio, razón en un aspecto: a la vista de los precedentes judiciales del TJUE, el control de transparencia se puede proyectar sobre el índice en sí mismo, sobre el índice incorporado, sin que la mera referencia a que se trata de un índice oficial soluciones totalmente la cuestión.

El IRPH no es el Euríbor y si el primero es menos volátil es debido a la menor competitividad interna que existe en el proceso de formación. Durante el proceso de información al consumidor, Cajas y Bancos que referenciaban al IRPH ofrecían una misma información al consumidor: el IRPH es más estable. De esta forma, se destacaba una cualidad positiva del IRPH, su estabilidad, lo que parecía ofrecer las ventajas de un interés variable (adecuación al tipo de interés de mercado) y las de un tipo fijo (previsibilidad), lo que lo hacía especialmente atractivo para un consumidor, por regla general, averso al riesgo<sup>18</sup>. Esto, lejos de reducir la asimetría de información, puede que la incrementara. Al menos en la medida en que no se informase, al menos, de la diferente evolución histórica del IRPH y del Euríbor que era, por otra parte, el índice más usado. Se ocultaba que el IRPH tenía un mecanismo de fijación diferente al del Euríbor, lo que producía precisamente su estabilidad. Si consideramos que cualquier entidad financiera busca cubrir con el tipo de préstamo siempre el coste de refinanciación, no es lo mismo que el interés remuneratorio (tipo de referencia más margen) se establezca sobre un tipo que se está aplicando a las hipotecas en el mercado nacional que sobre un tipo que se establece al margen del mercado hipotecario, como es el euríbor, que promedia el tipo de interés al que los grandes bancos europeos se prestan dinero (tipo del mercado interbancario). De ahí, por ejemplo, que las cláusulas suelo fueran especialmente importantes para la banca en los préstamos hipotecarios a euríbor y que en los préstamos hipotecarios a euríbor se fijase generalmente un margen superior al del IRPH. Porque el euríbor podría bajar tanto que la entidad crediticia, ni siquiera con el margen, cubriera su coste de refinanciación, de ahí que se introdujese un suelo. El IRPH, sin embargo, presentaba un aspecto de previsibilidad que, realmente, ofrecía ciertas ventajas para la entidad de crédito, pues se aseguraba, con bastante probabilidad, que el tipo de interés siempre cubriese ese coste de

---

<sup>18</sup> Si algo caracteriza al consumidor por regla general, entendiendo como especie particular, aquel que compra para primera vivienda y no con fines especulativos, es que suele ser averso al riesgo, precisamente por su carencia de conocimiento de mercados financieros.

refinanciación. Tres son las razones: en primer lugar, porque es un tipo referenciado al propio mercado hipotecario, por lo que debe presuponerse que las entidades, con carácter general, cubren sus costes de refinanciación y, además, obtenían un beneficio comercial. En segundo lugar, porque para ser fijado se tenía en cuenta una media simple de los tipos medios ponderados que aplicaban las diferentes entidades, al margen del peso concreto del número de préstamos concedidos, lo que limita los efectos de la competencia sobre los tipos aplicados. Esto es, daba igual que una entidad concertase el 30% de los préstamos hipotecarios porque los intereses aplicables (o condiciones) fueran más competitivos que los del resto (no se tenía en cuenta, en definitiva, la cuota de mercado de cada entidad). Se tenía en cuenta solo el tipo medio por cada entidad, de forma que todas tenían el mismo peso en el tipo final. En tercer lugar, porque el IRPH no sólo tenía en cuenta el tipo remuneratorio medio de las diferentes entidades (tipo de referencia más margen) sino también las comisiones y gastos, al tiempo que no se tenían en cuenta los tipos rebajados, es decir, aquellos que se ofrecían en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados<sup>19</sup>. Tal es el punto que el Banco de España, en la Circular 5/94, advertía que “su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado”, por lo que “sería necesario aplicar un diferencial negativo”<sup>20</sup>. Lo que no ha sucedido hasta la fecha. Esto es, la propia normativa bancaria reconocía que el IRPH aplicado como tal era un tipo en cierto modo “adulterado” que, si bien servía para controlar la evolución del mercado hipotecario, no parece que debiera ser empleado directamente como tipo contractual. Quizás, la falta de competitividad del IRPH frente a las hipotecas a euribor explica que las hipotecas fueran mayoritariamente referenciadas al segundo y no al primero.

La pregunta, con todo, radica si tales cuestiones, que se derivan de la complejidad inherente al IRPH, muy diferente al euribor, podían ser conocidos por el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz debidamente atento, atendida la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un

---

<sup>19</sup> De hecho, el propio preámbulo de la Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, advertía que una ventaja del IRPH era que permitía saber el tipo medio de forma rigurosa porque incorporaba además el efecto de las comisiones”. (Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. BOE de 3 de agosto de 1994).

<sup>20</sup> Ibid.

contrato de préstamo<sup>21</sup>. Esto es lo que la sentencia de 14 de diciembre de 2017 resuelve por el expediente incompleto de que se trata de un tipo oficial y que el voto particular discute.

No nos pronunciaremos aquí sobre nuestra particular concepción, sin perjuicio de que debemos reconocer que hace tiempo que la cuestión del control de abusividad en el tema de consumo ha trascendido el límite de lo fácilmente cognoscible para adentrarse en los arcanos reservados para iniciados. El propio pronunciamiento del TS en la sentencia de 14 de diciembre de 2017 nos parece en cierto punto incongruente con el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 donde el TS fue, a nuestro juicio, mucho más allá de donde la norma exigía, quedándonos la duda de si no acabó por convertirse en un legislador, algo de lo que gustamos en ocasiones los jueces<sup>22</sup>.

### 5. La cuestión prejudicial.

---

<sup>21</sup> Kásler [2014] ap. 74, Matei [2015] ap. 75.

<sup>22</sup> El problema radica, quizás, en que el Tribunal Supremo había ido mucho más allá de lo que la norma exigía en la sentencia de 9 de mayo de 2013, convirtiéndose en legislador, al establecer lo que los bancos debían hacer para que la cláusula suelo fuera transparente. Por eso, a pesar de que el propio Tribunal defendía la legalidad de las cláusulas suelo (mantra al que la banca se agarró como a un clavo ardiendo), el juicio de transparencia practicado en la sentencia nos decía lo contrario: si las cláusulas suelo podían ser transparentes, lo cierto es que en la gran mayoría de los casos no lo habían sido. El Tribunal le estaba diciendo a los bancos, *a futuro*, el camino que debían seguir. El control de transparencia era tan exigente que prácticamente ninguna entidad lo había cumplido, de ahí que las nulidades estén cayendo en cascada<sup>22</sup>. Nos queda la duda de si no fue esa la razón por la que el Tribunal Supremo decidió limitar la retroactividad pues eran conscientes de que estaban yendo mucho más allá de lo que la norma parecía imponer al establecer un control de abusividad draconiano que prácticamente nadie cumplía. Ninguna entidad crediticia había ofrecido escenarios alternativos, en la mayor parte de los casos la cláusula suelo no se incluía en la información precontractual, en algunos de ellos su inclusión se envolvía en un halo de reciprocidad con un techo irreal que impedía al consumidor conocer la carga real de la cláusula suelo y, por supuesto, nadie informó sobre la evolución del Euríbor. Recordemos que el Tribunal Supremo consideraba que las entidades bancarias debían haber ofrecido (FJ 13º. ap. 222) *“información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación”* [...]. Posteriormente en las conclusiones (FJ 13º ap. 225) remataba señalando que [en] definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.



La cuestión prejudicial promovida por el Magistrado González de Audicana Zorraquino, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, tiene por objeto revisar el fallo del Tribunal Supremo a la luz de la interpretación que el mismo ha realizado del alcance del control de transparencia y comprensibilidad del artículo 4.2 sobre el IRPH. La cuestión planteada sobre la base del voto particular no es baladí y la especial complejidad del IRPH bien podría merecer un nuevo revés por parte del TJUE al TS, especialmente teniendo en cuenta que, en lo esencial, el Tribunal Supremo ha prescindido de precedentes como *Kásler* [2014] y *Matei* [2015].

Dicho lo cual, el Tribunal de Justicia ha admitido la cuestión prejudicial por vía del procedimiento acelerado, por lo que los retrasos de los procedimientos en curso, no resultará significativo. Habida cuenta de que el proceso de negociación de los préstamos hipotecarios en los que se haya empleado un IRPH ha sido similar o idéntica en todos los casos, la resolución del TJUE será directamente aplicable a los supuestos que están siendo objeto de conocimiento ahora mismo en la instancia. Es cierto que la cuestión de si deben suspenderse los procedimientos en los que se estén planteando cuestiones idénticas o similares a aquellas que han sido objeto de una cuestión prejudicial es doctrinalmente controvertida<sup>23</sup>. Sin embargo, aunque por razones de tiempo no nos extenderemos, a nuestro juicio la suspensión debe ser acordada con carácter general a la espera de la contestación del TJUE. Las consecuencias de la no suspensión han sido transcendentales en el caso de las cláusulas suelo. El artículo 267 TFUE en relación con el 23 del Reglamento del Tribunal de Justicia no pueden ser entendidos en el sentido de que todo tribunal nacional está obligado a plantear una cuestión prejudicial sobre cuestiones idénticas, cuando ya se haya planteado una primera cuyo resultado sea trascendente para resolver sobre el objeto del pleito. A fin de cuentas, los tribunales nacionales deben garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y evitar el dictado de resoluciones contradictorias con los órganos comunitarios, de ahí que la suspensión resulte un remedio más que aceptable. Especialmente teniendo en cuenta que el propio Tribunal Supremo, por Auto de Francisco Marín Castán, ya ha acordado la suspensión

---

<sup>23</sup> La propia figura de la suspensión se encuentra en entredicho por la inexistencia de una norma procesal que lo habilite (siendo conocido que en Derecho procesal español, los artículos 40 y sig. LEC no prevén tal supuesto, el propio artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo prevé la suspensión del procedimiento en el que se plantee la cuestión prejudicial pero no de los procedimientos que, siendo idéntica la duda sobre interpretación de las normas comunitarias que se plantea, quedarían afectadas por el efecto erga omnes de la sentencia que dictase el TJUE). Por decirlo de otro modo, la suspensión debía justificarse no sin cierta imaginación aunque, incluso cuando algunos hemos suspendido los procedimientos, serias dudas nos acechaban.



de un procedimiento idéntico a otro en el que se había planteado una cuestión prejudicial con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (24 CE)<sup>24</sup>.

**JURISPRUDENCIA:**

STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4308:2017; ECLI: ES:TS:2017:4308).

STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916:2013; ECLI: ES:TS:2013:1916).

STS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2015 (ROJ: STS 2207:2015; ECLI: ES:TS:2015:2207).

ATS, Sala 1ª, de 12 de febrero de 2014 (ROJ: ATS 1365:2014; ECLI: ES:TS:2014:1365A).

Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 Gutiérrez Naranjo et al [2016] de 21 de diciembre (ECLI:EU:C:2016:980).

Asunto C-186/16 Andriuc et al. [2017] de 20 de septiembre (ECLI:EU:C:2017:703).

Asunto C-143/2013 Matei [2015] de 26 de febrero (ECLI:EU:C:2015:127).

Asunto C-26/13 Kásler [2014] de 30 de abril (ECLI:EU:C:2014:282).

---

<sup>24</sup> ATS, Sala 1ª, de 12 de febrero de 2014 (ROJ: ATS 1365:2014; ECLI: ES:TS:2014:1365A).