

# BOLETÍN INFORMATIVO 79

Septiembre 2020

**Juezas y Jueces**  
*para la* **Democracia**

**NÚMERO  
ESPECIAL**

**ACCESO A LA CARRERA  
JUDICIAL**

**CUESTIONES DE  
DERECHO CIVIL**

# BOLETÍN INFORMATIVO 79

## DIRECCIÓN

Fernando de la Fuente Honrubia

Marta Vicente de Gregorio

## COORDINACIÓN

Fátima Mateos Hernández

## EDITA

Juezas y Jueces para la Democracia

## ISSN

ISSN 2660 - 8766

# SUMARIO

1. POSICIÓN DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE INCORPORAN EL IRPH.  
Ana Rodríguez Mesa
2. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL RELEVANTE SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.  
Carlos Espino Bermell
3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.  
Idoya Fernández Marcaida
4. DISTRIBUCIÓN COMO ALTERNATIVA A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.  
Luis Pérez Losa
5. CREDITO REVOLVING. USURA. RECURSO DE CASACIÓN.  
María José Santacatalina Rivelles
6. MODIFICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN CATALUÑA: UN PASO NECESARIO.  
Victoria Trujillo Machuca



# 01

## POSICIÓN DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE INCORPORAN EL IRPH.

**ANA RODRÍGUEZ MESA**

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

### I. INTRODUCCIÓN

El IRPH (Índice de referencia de préstamos hipotecarios) se aplica para calcular el interés remuneratorio tratándose de un indicador que se añade como variable al diferencial (tipo fijo) para el cálculo de las cuotas del préstamo.

Este índice ha venido siendo aplicado por las entidades financieras presentándolo a los consumidores como un índice estable publicado por el Banco de España, si bien se ha mostrado más gravoso para el precio de la hipoteca que otros índices como el Euribor. Esto ha llevado a que se planteara la abusividad de las cláusulas que incorporan el IRPH a los contratos de préstamo hipotecario, por falta de transparencia en la información sobre la misma a los consumidores, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, con fecha 14 de 2017, en sentencia nº 669/17, considerando que aplicar el IRPH para el cálculo del precio de la hipoteca no es abusivo, discrepando de la misma dos magistrados mediante voto

particular, al estimar que la cláusula por la que se incorpora no supera el control de transparencia.

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), ha dictado sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en un caso contra Bankia, S.A., afirmando que “el IRPH utilizado para fijar el tipo de interés de estos créditos puede ser considerado abusivo y, por tanto, sometido a anulación por parte de los jueces españoles”, si bien la interpretación llevada a cabo de dicha sentencia hasta el momento por las Audiencias Provinciales es dispar y divergente.**

### II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CLÁUSULA IRPH.

#### 1. Fundamentos en los que se basa.

El Tribunal Supremo en la sentencia 669/17, en síntesis, parte de que aun cuando la cláusula por la que se incorpora el IRPH que determina el interés remuneratorio formando parte del precio del contrato y afectando a su objeto principal, puede tener la consideración de condición general de la contratación, y ser sometida a control de abusividad, si en la misma concurren los requisitos de “contractualidad, predisposición, imposición y generalidad”<sup>1</sup>, entrando dentro “del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE”, considera, en cuanto al índice, que la parte predisponente “no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales, por lo que es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa”, y no a los tribunales. Concluyendo por ello que el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE. Solamente puede controlarse que la cláusula por la que se incluye en un contrato en la que sea parte un consumidor “esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente”.

Y en base a este razonamiento **considera que “no resulta necesario que la entidad financiera tenga que dar una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España, ni tampoco que tuviera que ofrecer al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor, y que los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera.”**

## **2. Consideraciones contenidas en el voto particular emitido.**

Esta Sentencia del TS se aparta de su propia doctrina sobre el doble control, de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical (Directiva 93/13/CEE), y de transparencia en cuanto a conocimiento real del consumidor de la carga económica del contrato<sup>2</sup>, en relación a las cláusulas suelo y plenamente extrapolable a la cláusula que incorpora el IRPH, que parten de la propia doctrina emanada del Tribunal de Justicia Europeo, en la que se determina que “la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula en cuestión” (STJUE de 30 de abril de 2014).

Doctrina además invocada por el voto particular de la sentencia, en el que se expone que a tenor del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, el prestamista no puede limitarse a hacer una referencia al índice oficial en la cláusula del contrato, sino también ha de establecer “**el alcance y funcionamiento del mecanismo de ese índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar,...las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.”**

<sup>1</sup> STS 222/2015 y STJUE de 3 de junio de 2010.

<sup>2</sup> STS Pleno de 9 de mayo de 2013, Nº 241/2013 y nº 138/2015, de 24 de marzo.

### III. SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 2020 DEL TJUE SOBRE LAS CLÁUSULAS QUE INCORPORAN EL IRPH.

La sentencia TJUE (Gran Sala), de 3 de marzo de 2020 afirma que **“la cláusula que incorpora el IRPH utilizado para fijar el tipo de interés de estos créditos puede ser considerada abusiva y, por tanto, sometida a anulación por parte de los jueces españoles”, aunque se trate de un índice supervisado por una norma reglamentaria, por cuanto que su aplicación es voluntaria y no imperativa.**

La sentencia determina la potestad de los tribunales españoles para comprobar que las cláusulas sobre el IRPH **“no solo *deben ser comprensibles en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente, informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés* y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”**. Exigiendo una exposición de su funcionamiento, sin que resulte suficiente la mera designación del índice.<sup>3</sup> Y señala además que para la valoración de la cláusula por el juez nacional debe incluir **“el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés”**.

Afirma también que declarada la abusividad de la cláusula, para evitar la nulidad del

contrato si de ello se derivan consecuencias perjudiciales para el consumidor, **“el IRPH controvertido podría sustituirse por otro índice creado por el Banco de España en 2013, denominado IRPH de entidades”** (calculado con *“los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por las antiguas cajas y los bancos”* y que la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, consideró supletorio). Sin embargo, la misma sentencia señala en su Declaración 4ª que el juez puede sustituir un índice considerado abusivo por falta de transparencia por un índice legal aplicable, dejando abierta la posibilidad de la sustitución por el Euribor, que pudiera resultar más favorable para el consumidor.

Se deja, por tanto, en manos de los tribunales españoles examinar si se cumplió el control de transparencia, no bastando la publicación oficial índice, siendo necesario que la entidad financiera haya facilitado al prestatario simulación de la comparación con otros índices, la evolución pasada de ambos y la previsión de la evolución que pudiera tener en el futuro.

### IV. POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE.

**Son cuatro las posturas** que han adoptado hasta el momento las Audiencias Provinciales tras la sentencia del TJUE:

**1- La Audiencia Provincial de Tarragona sec. 1ª, S 06-05-2020, nº 266/2020, rec. 754/2019**, anula la cláusula que aplica el

<sup>3</sup> MANRIQUE DE LARA JIMÉNEZ. ¿Qué pasos se deberán seguir para la reclamación de la cláusula IRPF? El Derecho.com. Tribuna 20/03/2020, p. 6. <https://elderecho.com/pasos-se-deberan-seguir-la-reclamacion-la-clausula-irph>

índice IRPH, por abusiva, así como de los dos índices que lo sustituían, porque no superarían el control de transparencia, y considerando que el contrato no puede subsistir sin intereses<sup>4</sup> y para evitar los perjuicios para el prestatario que supone la nulidad del contrato **lo integra fijando como índice de aplicación el tipo medio de préstamos hipotecarios a más de tres años, IRPH entidades**. En similares términos se pronuncia la **AP Valencia, sec. 9ª, S 30-06-2020, nº 869/2020, rec. 494/2019**.

**2.- AP Guadalajara, sec. 1ª, S 27-05-2020, nº 171/2020, rec. 278/2019**, declara la nulidad de la cláusula que establece el IRPH por no superar el doble control de transparencia real y formal, y en cuanto a los efectos, tras descartar que el préstamo pueda continuar sin intereses y que la nulidad del contrato sería “gravemente perjudicial para el consumidor”, procede a integrarlo para que pueda subsistir, añadiendo que **a falta de acuerdo válido, no puede integrarse con el IRPH Entidades**, por considerar que el que sea un índice legal y oficial, no ha de ser el supletorio a aplicar pues estaría sometido al mismo control de transparencia que el sustituido, que no superaría, y que tampoco puede suprimirse manteniendo solo el diferencial, pues éste va “asociado indisolublemente al índice”, por lo que **procede a aplicar el Euribor, “con fundamento en la integración favorable al consumidor por el efecto disuasorio para el profesional del art. 83 TRCU, la interpretación contra proferentem (art. 6.2 LCGC y 1.288 CC) y su generalizada utilización, como señala el voto particular de la sentencia TS 669/2017, de 14 diciembre”**. En términos similares, aplicando también el Euribor, se pronuncia **AP Málaga, sec. 6ª, S 21-04-2020, nº 359/2020, rec. 1227/2017**.

**3- La AP Barcelona, sec. 15ª, S 25-06-2020, nº 1419/2020, rec. 2248/2019**, aplica los razonamientos del TS, considerando que los mismos han quedado **avalados por la STJUE de 3 de marzo de 2020, superando la cláusula el control de transparencia**, según la interpretación que efectúa de la misma. En términos similares se pronuncia la **AP Granada, S 11-05-2020, nº 241/2020, rec. 1297/2019** y **AP Madrid, sec. 28ª, S 01-06-2020, nº 175/2020, rec. 3639/2018**.

**4. La AP de Sevilla, sec. 5ª, de 23 de abril de 2020, rec. 422/17**, considera que debe seguir manteniendo el criterio del Tribunal Supremo hasta que éste se vuelva a pronunciar sobre la misma cuestión, y que no puede hablarse de falta de transparencia de la cláusula IRPH.

## V. CONCLUSIÓN

Esta **disparidad de soluciones**, derivada en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de cierta ambigüedad de la sentencia europea, **ha generado gran inseguridad**

<sup>4</sup> REVILLA MELIÁN. IRPH: efectos de la declaración de nulidad de la cláusula. Especial referencia a la SAP Tarragona 11-03-2020. Economist & Jurist. Discrepa de las consideraciones de las que parte esta Sentencia. <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/irph-efectos-de-la-declaracion-de-nulidad-de-la-clausula-especial-referencia-a-la-sap-tarragona-11-03-2020/>

**jurídica**, habiendo incluso planteado el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona una **nueva cuestión prejudicial ante el TJUE**, solicitando la aclaración de las cuestiones suscitadas. **Resulta preciso, además, que el Tribunal Supremo se pronuncie en casación para unificación de doctrina.**

## BIBLIOGRAFÍA

MANRIQUE DE LARA JIMÉNEZ. ¿Qué pasos se deberán seguir para la reclamación de la cláusula IRPF? El Derecho.com. Tribuna 20/03/2020, p, 6.

<https://elderecho.com/pasos-se-deberan-seguir-la-reclamacion-la-clausula-irph>

REVILLA MELIÁN. IRPH: efectos de la declaración de nulidad de la cláusula. Especial referencia a la SAP Tarragona 11-03-2020. Economist & Jurist. Discrepa de las consideraciones de las que parte esta Sentencia.

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/irph-efectos-de-la-declaracion-de-nulidad-de-la-clausula-especial-referencia-a-la-sap-tarragona-11-03-2020/>

**NUEVA MUTUASANITARIA**      El mejor Seguro de Salud para mutualistas de **MUGEJU**



Familiares hasta 35 años no adscritos a su póliza de MUGEJU

30€  
mes

Cuidamos de lo más importante que tienen las personas, su **SALUD**.

Y además... te ofrecemos:



ASISTENTE PERSONAL TELEFÓNICO

**Amplio cuadro médico para garantizar la máxima cobertura en toda España.**

A tu disposición **cuándo y dónde lo necesites.**

Más de **60 años de experiencia.**

20.000

profesionales

150

centros hospitalarios concertados en España

Incluida la Clínica Universidad de Navarra

Tu seguro de Ley

Más información

912 909 090

Consulta el cuadro médico en [www.nuevamuasanutaria.es/mugeju](http://www.nuevamuasanutaria.es/mugeju)

\* Oferta válida para familiares sin restricción en línea de consanguinidad. Las tarifas se incrementarán en un 0,15% ICCS. Promoción válida para nuevos asegurados. Para la actualización anual de las primas en sucesivas renovaciones se atenderá a los criterios de actualización anual de las condiciones económicas recogidas en la póliza.



SERVICIO TELEFARMACIA



SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO

MUTUALIDAD GENERAL JUDICIAL

SALUDPROFESIONAL



## CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL RELEVANTE SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.

**CARLOS ESPINO BERMELL**

Abogado y Profesor-Doctor de la Universidad de Córdoba

Es mi pretensión que este trabajo sea guía-esquema práctico para el jurista forense aun considerando su corta extensión, sobre criterios jurisprudenciales más relevantes, sin perjuicio de acudir a las resoluciones apuntadas, tomando de referencia las resoluciones del TS que he estimado más emblemáticas y plasmando otras más recientes sobre aspectos más tratados, añadiendo algún Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS, clasificándolas por orden alfabético según materia y resaltando en negrita a modo de reseña, amén de las resoluciones apuntadas, lo que he considerado más destacable.

- **ADQUISICION DE BUENA FE POR TERCEROS:** La **STS Sala 2ª 697/1997 de 12 de mayo de 1997**<sup>1</sup> que no procede nulidad de operaciones realizadas por el acusado si terceros de buena fe han adquirido derechos por ello, sin oportunidad de defenderlos.
- **ASEGURADORAS:** La jurisprudencia ha tratado diversos aspectos. Destaco la **STS Sala 2ª, de 4 de diciembre de 1998**<sup>2</sup> (casos y amplitud de cobertura) y la **STS Sala 2ª 982/1997 de 4 de julio de 1997**<sup>3</sup> (seguro obligatorio y acción directa del asegurador).

<sup>1</sup> TOL407.198. Fallo desestimatorio. REC: 323/1996. Sección Única. Ponente: Luis-Román Puerta Luis.

<sup>2</sup> TOL77.149. Fallo desestimatorio. REC: 5568/2008. Sección Cuarta. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

<sup>3</sup> TOL5.135.624. Fallo desestimatorio. REC: 2365/1996. Sección Primera. Ponente: Carlos Granados Pérez.

- **COMPENSACION DE CULPAS:** Sobre la compensación de culpas con su afectación en el *quantum* indemnizatorio, la **STS Sala 2ª 1630/2002 de 2 de octubre de 2002**<sup>4</sup> estimó que la **provocación previa de la víctima de un delito de lesiones**, llamando al agresor “cobarde”, con mención a su madre que acababa de fallecer, da lugar a concurrencia de culpas, por lo que se acordó reducir la indemnización en un tercio.
- **DAÑOS MORALES:** Aquí **tenemos uno de los problemas más difíciles de resolver**, lo que merece especial tratamiento. Pese a no estar claramente definidos unos criterios resulta complicado sentarlos, más allá de atender a la gravedad de la lesión producida y a las circunstancias del caso, no pareciendo conveniente para muchos ir más allá.

A lo que **sí llega la jurisprudencia es a distinguir entre daño moral en sentido estricto y daño moral indirectamente económico**, por reducción de la actividad personal y debilitamiento de la capacidad generadora de riqueza, distinción que queda bien fundamentada por ejemplo en STS Sala 2ª 77/2012, de 15 de febrero de 2012<sup>5</sup>.

Por otra parte, confirma la **STS Sala 2ª 1579/1997, de 19 de diciembre de 1997**<sup>6</sup>

que la indemnización no sólo procede para la víctima o sus familiares, sino que también para personas que acrediten vinculación a la primera por relación de afectividad análoga.

Siguiendo con los daños morales la **STS Sala 1ª 583/2015, de 23 de octubre de 23-10-2015**<sup>7</sup> expresa que no es exacto calificar como daño moral el que tiene relación con impedir la posibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales de la personalidad, como es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, **precisándose que deben calificarse como daños morales cualquiera que sean que directamente recaiga sobre la acción dañosa, aunque no puedan evaluarse patrimonialmente, por ser un menoscabo cuya sustancia puede recaer tanto en el ámbito moral estricto como en el ámbito psicofísico del agraviado, integrándose los padecimientos o menoscabos sufridos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.**

Asimismo, la **STS Sala 2ª 589/2009, de 21 de abril de 1999**<sup>8</sup>, **matiza que no es imprescindible que el daño moral se haya concretado en lesiones o alteraciones psicológicas o patológicas.**

<sup>4</sup>TOL4.923.104. Fallo condenatorio. REC: 346/2001. Sección Primera. Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

<sup>5</sup>TOL2.463.903. Fallo estimatorio parcial. REC: 11791/2010. Sección Primera Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

<sup>6</sup>TOL407.011. REC: 259/1997. Fallo condenatorio. Sección Única. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

<sup>7</sup>TOL5.534.775. Fallo desestimatorio. Sección Primera. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

<sup>8</sup>TOL5.515.146. REC: 2299/1997. Fallo desestimatorio. Sección Primera. Ponente: Joaquín Martín Canivell.

En cuanto a su acreditación el TS establece una moderación en comparación a la prueba que se exige para justificar los daños materiales. En este sentido la STS Sala 1ª 533/2000 de 31 de mayo de 2000<sup>9</sup> señaló que la prueba del daño moral presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, y **que unas veces la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral, o que no es necesaria prueba de exigente demostración, sin que su existencia dependa de pruebas directas.**

En cuanto a su valoración la STS Sala 2ª 1094/2006, de 20 de octubre de 2006<sup>10</sup> considera que debe atenderse a lo solicitado por la acusación y a las circunstancias personales del perjudicado. Incluso los perjudicados pueden solicitar que sea el juzgador quien determine su cuantía, posibilidad reconocida tanto por el Tribunal Supremo, así en STS Sala 3ª de 20 de septiembre de 2010<sup>11</sup>, como por algunas audiencias provinciales.

La STS Sala 2ª 368/2018, de 18 de julio de 2018<sup>12</sup> plasma que **en delitos sexuales se puede partir de una presunción implícita de daños morales que no requiere mayores explicaciones.**

- **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / PARTICIPACIÓN EN LOS EFECTOS DEL DELITO:** Por los que se enriquecen sin causa sin participar en el delito se pronuncia la STS Sala 2ª 1493/1999 de 21 de diciembre 1999<sup>13</sup>. Sobre el art. 122 señala la STS Sala 2ª 438/2018, de 3 de octubre de 2018<sup>14</sup> que para su aplicación es necesario que exista una persona que haya participado de los efectos aprovechándose lucrativamente, excluyéndose adquisiciones por negocios no calificados jurídicamente.
- **EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:** La STS Sala 2ª de 13 de octubre de 1990<sup>15</sup> dejó claro que lo primero es conseguir la restitución de las consecuencias del delito, y si no es posible, o si lo recuperado se ha deteriorado o devaluado, **acudiremos a la reparación de daño o a la oportuna indemnización por los perjuicios causados, con obligación judicial de seguir dicha prelación.** La reparación del daño puede materializarse tanto en obligaciones de dar, en las de hacer como en las

<sup>9</sup> TOL6.613. Fallo desestimatorio. REC: 2332/1995. Ponente: Jesús Corbal Fernández.

<sup>10</sup> TOL1.019.027. Fallo estimatorio parcial. REC: 302/2006. Sección Primera. Ponente: Carlos Granados Pérez.

<sup>11</sup> TOL1.952.114. Fallo estimatorio. REC: 5568/2008. Sección Cuarta. Ponente: Celsa Picó Lorenzo.

<sup>12</sup> TOL6.676.952. Fallo desestimatorio. REC: 2087/2017. Sección Primera. Ponente: Antonio del Moral García.

<sup>13</sup> TOL5.160.255. Fallo desestimatorio. Fallo estimatorio parcial. REC: 1174/1998. Sección Primera. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

<sup>14</sup> TOL6.820.481. Fallo REC: 772/2017. Sección Primera. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

<sup>15</sup> TOL2.414.730. Fallo condenatorio. Ponente: Luis Vivas Marzal.

de no hacer, de modo que el juzgador será quien la establezca considerando tanto la naturaleza del mismo como las circunstancias personales y patrimoniales del causante, debiendo determinar igualmente si se ha de cumplir esta exigencia por el propio sujeto activo responsable civilmente, o si puede ser ejecutada dicha reparación a su costa.

- **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES UNIDOS A LOS MORALES:**

Conforme al art. 113 CP están comprendidos tanto los que se causen al perjudicado como los que afecten a sus familiares o a terceros. En este sentido hemos de incluir los materiales dentro de la indemnización, sin confundirlo con lo la reparación del daño causado, y sin olvidar que los perjuicios pueden ser por daño emergente o por lucro cesante, como nos recuerda la **STS Sala 2ª 614/2010, de 26 de mayo de 2010**<sup>16</sup>.

- **PRESCRIPCION PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO:**

Respecto a esta institución el **ATSJ CAT Sección 1ª 38/2018 de 19 de marzo de 2018**<sup>17</sup>, en el que se recogió que *las ejecutorias con responsabilidades civiles pendientes de ejecutar prescriben automáticamente a los 15 años desde*

*la paralización a que se refiere el art. 1964.2 CC -hoy 5 años-. Sin embargo hay otros criterios en contrario.*

- **QUANTUM INDEMNIZATORIO:** La **STS Sala 2ª 636/2018, de 12 de diciembre de 2018**<sup>18</sup> fundamenta magistralmente sobre la necesidad de que haya suficiente motivación en las resoluciones judiciales conforme al art. 120 CE, imponiendo la razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que se reconozcan, precisando siempre que sea posible las bases en que se fundamentan, siendo un aspecto revisable en casación.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA:**

Respecto al art. 120 CP es destacable la **STS Sala 2ª 81/2019, de 13 de febrero de 2019**<sup>19</sup>, que en un recurso de casación que se interpuso por las sociedades mercantiles responsables civiles subsidiarias, ha proclamado que el responsable civil subsidiario tiene mermada su actuación dentro del procedimiento penal a lo puramente indemnizatorio, sin que pueda alegar en su defensa cuestiones de descargo penales.

- **TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE:**

Por otra parte, en lo atinente al art.

<sup>16</sup> TOL1.920.541. Fallo desestimatorio. REC: 2729/2009. Sección Primera. Ponente: Siro Francisco García Pérez.

<sup>17</sup> TOL6.6.54.339. Fallo estimatorio. REC: 1/2017. Sección 1ª. Ponente Carlos Ramos Rubio.

<sup>18</sup> TOL6.958.257. Fallo desestimatorio. REC: 3073/2017. Sección Primera. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

<sup>19</sup> TOL 7.065.087. Fallo desestimatorio. REC: 1332/2018. Sección Primera. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar.

110 CP no podemos pasar por alto el **Acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala 2ª del TS, de 28 de febrero de 2018**, en el que se decide sobre el amparo previsto en el art. 34 LH, de modo que el adquirente de buena fe que confiando en los datos registrales inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, goza de protección en supuestos donde la nulidad del título proviene de un ilícito penal.

En relación con este mismo precepto de nuestra ley sustantiva, en **STS Sala 2ª 540/2019, de 6 de noviembre de 2019**<sup>20</sup> se viene a establecer que si se ha llevado a cabo un negocio jurídico en la comisión de un determinado delito, la reparación civil se verá satisfecha partiendo de la declaración de nulidad de dicho negocio, pero para que la citada declaración pueda hacerse en una sentencia penal es imprescindible que se haya ejercitado en legal forma, de tal modo que cuando en el negocio jurídico concurrieron varias personas, todas ellas tendrían que ser traídas al proceso.

- **VÍCTIMAS O PERJUDICADOS.** Por otra parte nuestro Alto Tribunal viene a plasmar qué personas pueden llegar a considerarse víctimas o perjudicadas por un ilícito penal. En la **STS Sala 2ª 1055/2011, de 18 de octubre de 2011**<sup>21</sup> viene a establecerlas.

## **Bibliografía**

Base de datos de jurisprudencia de Tirant on line -TOL-.

<sup>20</sup> TOL7.600.355. Fallo estimatorio. REC: 1962/2018. Sección Primera. Ponente: Vicente Magro Servet.

<sup>21</sup> TOL2.286.500. Fallo condenatorio. REC: 10422/2011. Sección Primera. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.



# 03

## LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

**IDOYA FERNÁNDEZ MARCAIDA**

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya

La reciente sentencia del TJUE, de 16 de julio de 2020, en materia de gastos hipotecarios y comisión de apertura, ha vuelto a dar la razón al consumidor y usuario desdiciendo incluso en algunas cuestiones puntuales a nuestro Alto Tribunal, y ha colocado de nuevo en la palestra la inseguridad y las deficiencias de la protección jurídica del consumidor en general en nuestro país y, más particularmente, el de productos y servicios financieros.

Con independencia del contenido y análisis de la precitada resolución judicial, que huelga analizar en este momento por no ser el objeto de este artículo, es cierto que en las últimas décadas se ha asistido a una evolución muy favorable en cuanto al reconocimiento de principios y derechos en favor de los consumidores. Sin embargo, la eficiencia de la protección jurídica del

consumidor financiero, que es el que nos ocupa, no es tal, si ésta no incorpora la implementación de procedimientos sencillos, rápidos y gratuitos, así como la creación de organismos profesionales e independientes que velen por el cumplimiento de las normas y persigan los abusos contra los consumidores y usuarios de productos y servicios financieros.

Es sobradamente conocido que durante los años 2000 se produjeron fallos graves en la protección del consumidor de productos financieros, así como un rápido aumento de prácticas muy poco ortodoxas. Muchas entidades financieras se aprovecharon de las brechas en el sistema de protección del consumidor, y de su falta de información y cultura financiera, poniendo a la venta hipotecas y otros productos complejos para los consumidores que a la larga han supuesto ingentes pérdidas económicas, en

muchos casos irreparables. Preferentes, cláusulas suelo, tarjetas revolving, supuestos seguros contra la subida del tipo de interés, suscripciones de aumentos de capital de entidades financieras insolventes, hipotecas multidivisas, etc son claros ejemplos de todo ello.

Los diferentes estados reaccionaron a esta situación incrementando la protección del consumidor financiero mediante la reforma y promulgación de normas dirigidas a la regulación y supervisión financiera en general y, especialmente, aquellas relacionadas con los deberes de información y transparencia. No obstante, la información, por completa que sea, no es suficiente por sí sola para dibujar el marco idóneo de protección del consumidor financiero. Para ello, es necesario la creación de organismos independientes cuya misión no se otra que la debida información, pero también la defensa del consumidor de productos y servicios financieros. De hecho, ésta ha sido la propuesta del Banco Mundial, de la Comisión Europea, e incluso del G20.

La UE ha jugado un papel importante dictando numerosas resoluciones judiciales, como la recogida en el encabezamiento de este artículo, entre otras muchas, y promulgando diversas Directivas en el marco de la defensa de los consumidores de productos y servicios financieros. Directivas que han sido traspuestas al ordenamiento jurídico español, aunque en la mayor parte de las ocasiones, tarde y de forma parcial. Entre la normativa europea, debemos destacar, a los efectos del presente artículo, la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 ,y la Directiva 2009/22/CE, la cual recoge expresamente la exigencia de creación de un organismo independiente de protección de los consumidores y de resolución alternativa de conflictos.

En España, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la precitada Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, incluyó en su artículo 18 la necesaria creación, en el plazo máximo de ocho meses , de una «entidad» que defendiera al consumidor de forma coordinada, que en el caso del sector financiero supondría asumir competencias que ahora están divididas entre el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros . Sin embargo, siguiendo la costumbre seguida por el Estado en los últimos años, ha transcurrido más de un año y cuatro meses desde la publicación de dicha norma, sin que se haya creado la entidad exigida por Bruselas.

En otros países, como Estados Unidos, Gran Bretaña o algunos nórdicos, nos encontramos desde hace más de una década con organismos especializados en la defensa de los consumidores financieros. Existen diferentes modelos, si bien en la mayoría de las ocasiones se trata de entidades independientes, cuyas decisiones son vinculantes y que tienen capacidad sancionadora, como por ejemplo la Oficina de Defensa Financiera de los Consumidores de EEUU, cuya creación fue impulsada por Barack Obama tras la crisis de 2007.

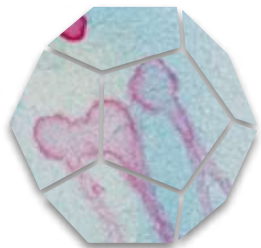
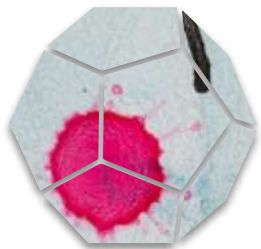
En Europa, el origen de este tipo de organismos ha partido del concepto

conocido como “Twin Peaks”, planteamiento que propone la creación de dos supervisores diferentes en el sector financiero. Uno, para la supervisión de todas las empresas del sector, incluyendo bancos, emisoras de valores o aseguradoras, fiscalizando sus riesgos y su actividad. Y el otro, centrado en la protección del consumidor de productos y servicios financieros, y en el control de las conductas de mercado.

Más allá de las recomendaciones o de Directivas de Bruselas, o de la experiencia de otros países con ese tipo de organismos, lo cierto es que, en España, el consumidor ha sido la víctima principal de la crisis financiera y de las malas políticas en la comercialización de productos y servicios inadecuados. Actualmente, el consumidor financiero tiene tres vías diferentes de reclamación antes de acudir a los Tribunales: El Banco de España, La Comisión Nacional del Mercado de Valores, y la Dirección General de Seguros. No obstante, los requerimientos efectuados ante estas entidades gozan de muy limitada virtualidad práctica en la mayoría de las ocasiones, en la medida en que sus resoluciones no son vinculantes para las entidades financieras, ni para las aseguradoras, con lo que el consumidor se encuentra abocado a iniciar el oportuno procedimiento judicial ante los Tribunales de Justicia si quiere hacer valer sus Derechos, y recuperar las cantidades económicas reclamadas, lo que se traduce en tiempo y costes que, en muchas ocasiones, no puede sufragar, así como en un colapso de los tribunales.

En este contexto, es más que obvio que el consumidor financiero necesita urgentemente un organismo independiente que refuerce su protección ante los abusos de este específico y complicado sector; que invierta en su capacitación financiera; que mejore la endeble facultad actual de resolver los conflictos con las entidades de comercialización; y que por supuesto, garantice la seguridad jurídica. La institución puede tener diferentes formas legales, de funcionamiento y de financiación. Y puede tener diferentes objetivos. Lo que es seguro es que ha de tratarse de una institución profesional, y absolutamente independiente de las entidades financieras y aseguradoras. Que sus resoluciones deben de ser vinculantes para éstas, y que su adscripción a los procedimientos iniciados por los consumidores financieros ha de ser también obligatoria porque, de lo contrario, nos encontraríamos en las mismas circunstancias que las actuales. Lo cual, no es deseable.

¿Cuándo se creará este organismo? Eso se desconoce. Lo cierto es que, con la Ley en la mano, ya debería de estar a pleno rendimiento defendiendo los derechos de los consumidores productos y servicios financieros.



# 04

## DISTRIBUCIÓN COMO ALTERNATIVA A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

**LUIS PÉREZ LOSA**

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya

### 1. INTRODUCCIÓN

En política y sociología existe una estrategia llamada «divide y vencerás» que proviene del latín *-divide et impera-* y, a su vez, del griego clásico *-διαίρει και βασιλευε-*, que ha sido acogida por la programación informática en el AlgoritmoDyV que lo ha implementado hasta hacerlo paradigmático en ese tipo de diseño. Es de una sencillez brillante: para resolver un problema difícil se divide en partes más simples tantas veces como sea necesario, hasta que la resolución de las partes se torna obvia. La solución del problema principal se construye con las soluciones encontradas.

Una de las principales novedades del libro segundo del CCCat es el establecimiento de la guarda compartida para que la ruptura entre los progenitores no altere sus responsabilidades para con los hijos (arts. 233-8 y 233-10 CCCat<sup>1</sup>). Con esto se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significaba automáticamente que los hijos se habían de apartar de uno para encomendarlos individualmente al otro. Según dice su preámbulo, el mensaje del libro segundo es el de favorecer las fórmulas de coparentalidad como herramienta para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura entre los progenitores y la adaptación natural de las reglas a los cambios de circunstancias.

En el ámbito del CC, la Ley 15/2005, de 8 de julio, dio nueva redacción a su art. 92 para que recogiera expresamente la posibilidad de que los padres pudieran solicitar el ejercicio compartido de la guarda y que el juez, a instancia de una de las partes, pudiera acordar la guarda compartida. La evolución jurisprudencial convirtió esa “anomalía” en la medida «normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis» (STS 257/2013, de 29 de abril de 2013).

<sup>1</sup> Previsiones aplicables también a los supuestos de extinción de pareja de hecho (art. 234-7 CCCat).

Por lo tanto, si hace falta primar la guarda compartida -por encima de la atribución a un único progenitor-, es evidente que la atribución del uso de la vivienda por razón de la guarda (arts. 96 CC y 233-20.2 y 234-8.2.a CCCat) no procedería en estos casos. Habría que acudir a los otros criterios de atribución: el pacto aprobado judicialmente -preferente- y la mayor necesidad. Con todo, **la atribución del uso no siempre protege el interés del menor con suficiencia y, de la misma forma que la guarda se comparte, también se puede distribuir el uso de la vivienda con la misma finalidad que inspira al legislador.**

La realidad jurídica vigente permite apreciar la existencia de dos tipos de distribución, la temporal y la material.

## 2. REPARTO TEMPORAL

Si bien el art. 96 CC no contempla expresamente la distribución como alternativa a la atribución del uso, la jurisprudencia la ha ido estableciendo como respuesta a las necesidades habitacionales derivadas del establecimiento de la guarda compartida ex art. 92 CC o en supuestos en los que no hay hijos menores comunes. En el primer caso -guarda compartida- se habla del sistema «casa nido», en el que el menor de edad permanece en la vivienda familiar mientras son sus progenitores los que van alternando su estancia por períodos temporales.

Precisamente la protección del interés del menor es el fundamento que permite establecer este sistema, rechazando la pretensión cuando lo que busca es solo el interés de uno de los progenitores. Para ello habrá que estar al caso concreto, valorando

específicamente la existencia de pautas de comportamiento para hacer viable el sistema, la responsabilidad de los progenitores, la ausencia de conflictos relevantes entre ellos, la disponibilidad de alojamiento para los períodos en que no residan con el menor y, si fuera necesario, las conclusiones de las periciales que se hubieran practicado.

No obstante, para la operatividad del sistema «casa nido» se exige que cada uno de los progenitores cuente con otra vivienda en la que residir durante los períodos de tiempo que no le corresponda ejercer la guarda, por lo que es una medida que supone un coste económico importante ante la necesidad de contar con tres viviendas (STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014). Pero es que además, **este sistema plantea otros problemas organizativos y en materia de distribución de los gastos derivados del uso de la vivienda que hacen que la sentencia que fije esta modalidad deba justificarlo plenamente y le dote de contenido para evitar la conflictividad que pueda derivar de la nueva situación creada.** Por ello, es manifiestamente insuficiente fundamentar la distribución temporal del uso en la evitación de la figura del «niño maleta».

El otro supuesto en que la jurisprudencia del ámbito del CC ha ido estableciendo la distribución temporal como respuesta a las necesidades habitacionales es cuando no hay hijos menores comunes. Así, la STS 700/2012, de 14 de noviembre de 2012, considera adecuado y mantiene que la sentencia de instancia, después de valorar las circunstancias concurrentes en cada uno de los cónyuges, entre las que figuran las económicas, que no son las únicas,

establezca en su vista un uso alternativo, porque en ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento.

**Los mismos problemas apuntados para los supuestos de guarda compartida, se dan en la distribución temporal en ausencia de hijos menores comunes, e inciden en su carácter extraordinario y en régimen de transitoriedad, mientras pueda encontrarse otra solución al problema, o como acicate a la disolución de la comunidad, de existir.**

En el ámbito de aplicación del CCCat, los arts. 233-20 y 234-8 llevan como título «Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar».

Por primera vez se recoge en una ley la posibilidad de pactar la distribución de la vivienda por periodos determinados. El art. 233-20.1 CCCat solo prevé la distribución del uso de la vivienda familiar por periodos determinados si lo acuerdan los cónyuges porque, si no hay acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial ha de atribuir el uso de la vivienda familiar (art. 233-20.2 CCCat). De la interpretación gramatical de ambos preceptos se desprende que la autoridad judicial nunca podría acordar la distribución del uso si no lo acordaran, previamente, los progenitores. No obstante, hay que recordar que la STSJ Catalunya 9/2013, de 28 de enero de 2013, dice que cuando la atribución del uso pueda afectar a hijos menores de edad, existe un interés de orden público a proteger y que supone que hay que suavizar cualquier excesivo rigor

formalista en la aplicación del derecho al caso en concreto.

Lo cierto es que la distribución del uso de la vivienda es, sin lugar a dudas, una medida que garantiza las necesidades de vivienda de los cónyuges y de los hijos (art. 233-1.1.f CCCat), y puede ser una medida pertinente (art. 233-4.2 CCCat). Del análisis conjunto de estos preceptos con el art. 233-20 CCCat se puede desprender que la posibilidad de acordar judicialmente la distribución del uso se reserva para los casos en que no hay hijos menores de edad o no se atribuye la guarda a ninguno de los cónyuges y, además, ninguno de ellos tiene más necesidad.

Si la realidad fáctica que debe regular el derecho es mudable y, por esencia, diversa, no puede negarse *in genere* y *ab initio* la distribución como alternativa a la atribución del uso de la vivienda familiar. Es más, en no pocos casos será la alternativa más favorable al interés de los hijos y del conjunto familiar. **La distribución temporal no es absolutamente perniciosa, cuanto menos no es más absolutamente perniciosa que cualquier otra decisión que se adopte respecto a la vivienda familiar. Todo dependerá de la situación económica y relacional que se dé en el caso concreto que deba resolverse.** Lo que sí es un axioma es que cada caso es diferente y merece una respuesta jurídica adecuada a sus circunstancias, la más adecuada; y si es la distribución temporal, debe acordarse.

### 3. REPARTO ESPACIAL

La otra modalidad distributiva que permite el uso de la vivienda familiar -junto con la temporal- es la espacial.

Ni el art. 96 CC, ni los arts. 233-20 y 234-8 CCCat contemplan expresamente el reparto espacial. En el ámbito de aplicación del CCCat solo se admite que los cónyuges puedan acordar la distribución temporal (art. 233-20.1 CCCat). El libro segundo guarda silencio a la hora de limitar la distribución acordada judicialmente y, por lo tanto, habría que valorar la posibilidad de distribuir espacialmente el uso de la vivienda.

En el ámbito del CC, la STS 262/2012, de 30 de abril de 2012, formuló doctrina jurisprudencial al declarar que cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando esto sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

Así, además de la imposibilidad material de la división espacial de la vivienda, la protección del interés del menor impedirá que se acuerde este tipo de distribución si la relación entre sus progenitores está tan deteriorada que, pese a la separación de espacios, la convivencia en el mismo edificio garantiza los conflictos entre ellos.

Al igual de lo que pasa con la distribución temporal, la espacial también viene siendo rechazada en base a la infracción del derecho que tienen los que fueron integrantes de la pareja a la secesión de su convivencia personal, pese a que se pretenda facilitar con ello el acuerdo de liquidación de la vivienda. **Nuevamente hay que incidir en que cada caso es diferente y merece una respuesta jurídica adecuada a sus circunstancias, la más adecuada; y si es la distribución espacial, debe acordarse.**

## BIBLIOGRAFÍA

MECO TÉBAR, F. “La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 19 de julio”. En: *Revista boliviana de Derecho*, nº 19. Enero 2015, p. 584-595.

MONTERO AROCA, J. et al. Separación, divorcio y nulidad matrimonial. La aplicación práctica de los artículos 73 a 107 del Código civil y de los artículos 769 a 778 de la Ley de enjuiciamiento civil. Tomo III. Artículos 96 a 107 CC. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ORDÁS ALONSO, M. La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes. Barcelona: Wolters Kluwer, 2018.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Barcelona: Bosch, 2013.



05

## CREDITO REVOLVING. USURA. RECURSO DE CASACIÓN

ST. 149/2020 de 4 de marzo de 2020  
Recurso 4813/2019

**MARÍA JOSÉ SANTACATALINA RIVELLES**

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid

### I.- ANTECEDENTES

D.<sup>a</sup> XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Wizink Bank S.A., en la que se ejercita una acción de nulidad y una acción declarativa de condena, solicitaba se dictara sentencia en la que se declarara la nulidad del contrato de tarjeta de crédito suscrito entre su mandante y la demandada por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio y se condenara a la demandada, como consecuencia legal inherente a la declaración de nulidad por existencia de usura, de conformidad con el art. 3 LRU, a abonar a la demandante, la cantidad que exceda del total del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya recibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados por la demandante. Contra dicha pretensión se opuso Wizink Bank S.A.

### II.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El pasado día 4 de marzo de 2020 la Sala de lo Civil Pleno dicta sentencia casando la dictada en Apelación por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Santander recurso que se presentó contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Santander en el procedimiento J. Ordinario 441/2018.

La demanda se presentó en primera instancia interesando la nulidad del contrato revolving que la demandante XXX obtuvo de Wizink Bank S.A., en primera instancia se dictó sentencia nº 231/2018 el 15 de octubre de 2018 en la que declaró la nulidad del contrato de tarjeta de crédito por existir un interés remuneratorio usurario, condenó a la demandada al abono de la cantidad que exceda del total del capital prestado, más intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia y desde la sentencia hasta el completo pago se le aplicaría a la demandada los intereses del art. 576 de la LEC., a determinar en ejecución de sentencia.

Wizink Bank S.A. apeló la decisión de condena en primera instancia resolviendo la Audiencia Provincial que estimaba parcialmente el recurso por lo que revocó parcialmente la dictada en instancia en cuanto a que debía desestimarse la demanda en la condena a Wizink Bank S.A.

al pago de los intereses desde la interposición de la demanda y los de la mora procesal desde sentencia.

Sentencia que fue recurrida por Wizink Bank S.A. en casación al amparo del art. 477.1 de la Lec. Por entender infringido el art. 1 de la Ley de represión de la usura en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativo al requisito objetivo del interés.

### III.- LA CUESTIÓN JURÍDICA PRINCIPAL

Debemos entender que lo es la facultad del juzgador en la fiscalización de los tipos de interés en los contratos de tarjetas de crédito siendo el debate jurídico planteado en el caso, que la demandante xxx entiende que el tipo de interés inicial fijo aplicado a la tarjeta de crédito visa citi oro con citibank España S.A (cedido el crédito a Wizink) para disposiciones de pagos aplazados y disposiciones de crédito del 26,82% TAE y que al momento de la interposición de la demanda era el 27,24 % TAE era usurario además de establecer en el contrato el interés remuneratorio que se aplicaba al principal dispuesto para aplicarle a este total dicho tipo de interés.

Para que la pretensión fuera estimada la demandante invocó la aplicación de los arts. 1,3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908 de Usura y en el art. 6.3 del CC.

Por su parte la demandada Wizink apoya su postura en que no podían considerarse abusivos los tipos de interés anual inicial de 24%, 26,82% TAE al no ser notablemente superior al tipo de interés habitual en el mercado para tarjetas de crédito revolving en relación a los publicados por el Banco de España para este tipo de créditos ya que en el 2017 publicó datos específicos estadísticos para el mercado de las tarjetas de crédito de pago aplazado y/o revolving

del 20 % por lo que el fijado en el contrato no era muy superior a este. Que las tarjetas de pago aplazado y revolving gozan de una autonomía propia dentro del crédito al consumo, en general diferenciado de las modalidades de crédito al consumo.

El Juzgado de primera Instancia estimo la pretensión al considerar que se trataba de una operación de crédito realizada con un consumidor aplicando la jurisprudencia creada por la sentencia del TS nº 628/2015 de 25 de noviembre de 2015 en la que consideró que el tipo de interés del 26,82% era notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso al no haber justificado la entidad financiera circunstancias excepcionales que explicaran la estipulación de un interés notablemente superior a las operaciones de crédito al consumo.

Revocando la segunda instancia la sentencia en cuanto a que debía desestimarse la demanda en la condena a Wizink Bank S.A. al pago de los intereses desde la interposición de la demanda y los de la mora procesal desde sentencia.

### IV.- RESOLUCIÓN DEL ALTO TRIBUNAL

El Tribunal Supremo casando la sentencia recurrida desestima la pretensión del recurrente confirmando la sentencia dictada en segunda instancia e impone las costas a la recurrente.

La Sala de lo Civil en Pleno tuvo en cuenta para la resolución la doctrina jurisprudencial que fijaba en la sentencia 628/2015 de 25 de noviembre, en la que se pronunciaba en el siguiente sentido:

Si bien, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y usuarios no permite el control del carácter

de “abusivos” del tipo de interés remuneratorio, elemento esencial del contrato siempre que sea transparente, y no lo es el hecho de que la expresión TAE por si misma cumpla este requisito.

En segundo lugar, para considerar usuraria la operación basta con que se den los requisitos del art. 1 de la Ley de Usura, es decir, que se estipule un interés notablemente desproporcionado y superior al normal del dinero en relación con las circunstancias del caso.

Que para calcular el porcentaje del interés se debe tomar en consideración la Tasa anual equivalente TAE calculándola tomando en consideración cualquiera de los pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo y no al nominal como se aplica en estos contratos, acudiendo al contenido del art. 315 del Cco.

En consecuencia, con el fin de estimar si un préstamo o crédito es usurario ha de realizarse la comparativa del interés que se pretende aplicar en referencia al que tenga el normal del dinero, tomando en consideración para ello, por ejemplo, la estadística publicada mensualmente por el Banco de España y que debe facilitar a las entidades de crédito, sin que sea correcto aplicar para la comparación el interés legal del dinero.

Por lo que para determinar si el interés aplicado es desproporcional y notablemente superior al normal del dinero debe tomarse como referencia el que se haya establecido para el normal del dinero y no el tipo medio.

Para casar la sentencia recurrida y teniendo en cuenta que la de referencia que se acaba de mencionar no fue objeto de recurso el caso de tarjetas revolving se pronuncia en el sentido de: establecer la existencia de

tipo usurero el que supere el medio del interés normal del dinero correspondiente a una categoría determinada publicada en las estadísticas oficiales del Banco de España al momento de la celebración del contrato y en correlación al tipo de contrato que se esté realizando, por lo que hay que tener en cuenta las categorías específicas que abarcan otras más amplias como lo son las tarjetas de crédito y revolving.

Si el demandante es un consumidor el control de la estipulación del tipo de interés remuneratorio puede también fiscalizarse en las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores pero la sentencia no entra a conocer de este punto al haberse ejercitado exclusivamente la acción de nulidad de la operación de crédito por su carácter usurario y en consecuencia se aplica el art. 1 de la Ley de Azcárate que reza así “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

No siendo objeto de recurso y por lo tanto no se pronuncia el alto tribunal el hecho de incluir las tarjetas de crédito revolving de entre las operaciones de crédito al consumo.

## V.- MOTIVACIÓN PARA LLEGAR A LA CONCLUSIÓN ANTERIOR

Es que la diferencia entre el índice tomado como referencia y el tipo de interés remuneratorio del crédito revolving es notablemente superior al interés normal del dinero y manifiestamente desproporcionado por tanto usurario.

El interés normal del dinero del que se parte es superior al 20% anual que es muy elevado más que el índice a tomar como



referencia del interés normal del dinero tiene poco margen para incrementar el precio de la operación de crédito incurriendo en usura.

Criterio que debe ser el seguido, según el TS, ya que en otro caso para considerar usurario una operación de este tipo por ser el interés notablemente superior al del dinero y desproporcionado tendría que acercarse el 50%.

Toma nuestro Alto Tribunal en consideración otras circunstancias que concurren en el usuario son que suelen ir destinadas a personas que por sus condiciones y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos. Que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías y las cuotas no suelen ser muy elevadas, por lo que se amortiza poco capital y se alargan muy considerablemente en el tiempo hasta el punto que puede convertir al prestatario en un deudor “cautivo”, los intereses y las comisiones que se devengan se capitalizan para devengar un interés remuneratorio.

Sin que lo legitime el hecho de que exista un riesgo alto derivado de los impagos. Siendo consecuencia dicha eventualidad a la forma de conceder esta clase de préstamos al consumo con técnicas agresivas de comercialización sin comprobar la capacidad de pago del prestatario, prestamos que lo único que facilitan es un sobreendeudamiento a los consumidores por una concesión irresponsable de créditos.

Al no tomarse como interés inicial el normal del dinero tomado como tipo de interés medio con las proporciones concurrentes arroja un tipo de interés inicial tan elevado que debe considerarse usurario.

Por ello desestima el recurso, condenando en costas al recurrente.

## VI.- CONCLUSIONES

Ante los numerosísimos contratos de adhesión que se firman con entidades bancarias para la obtención de tarjetas de crédito por particulares siendo uno de los más frecuentes es abordado por la jurisprudencia para proteger al consumidor contra el abuso de las entidades crediticias en la imposición de intereses, este ha sido el objeto de esta segunda sentencia nº 402/2019 en el recurso de casación 154/2019 de 9 de julio relativa a los contratos revolving, teniendo como antecedente la sentencia nº 628/2015, de 25 de noviembre de 2015.

Se fija como referencia para determinar la existencia de usura el interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, teniendo en cuenta las características especiales que ostentan los contratos de tarjetas de crédito y *revolving* y se estará al índice publicado al momento de la firma del contrato en las estadísticas oficiales del Banco de España.

En la segunda instancia se revoca la dictada por el juzgado a quo en la parte en la que se condena al pago de los intereses desde la interposición de la demanda y los de la mora procesal desde sentencia. Al confirmarse la sentencia de segunda instancia por el TS., se confirma la no imposición de los intereses a la demandada del contrato anulado, lo que es racional, al estar ante una sentencia declarativa que no al abono de una cantidad determinada y líquida, presupuesto necesario para el devengo de los intereses, así como para la mora de procesal prevista en el art. 576 de la LEC.



# 06

## MODIFICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN CATALUÑA: UN PASO NECESARIO

**VICTORIA TRUJILLO MACHUCA**

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

**RESUMEN:** La Ley 9/2020, de 31 de Julio, de modificación del Código Civil de Cataluña, y de la Ley de mediación catalana, entrará en vigor el próximo 04/11/20, dando un paso necesario en el intento de desjudicializar los conflictos familiares y aliviar los retrasos que están por venir. Se introducen modificaciones en el libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCC), relativo a la persona y la familia imponiendo el carácter obligatorio de acudir a la mediación o a su sesión informativa, en determinados supuestos, y se modifica la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado, reforzando la función de los colegios profesionales, y cambiando la denominación institucional por Centro de Mediación de Cataluña.

### I.- INTRODUCCIÓN

En el Preámbulo de Ley 9/2020, se pone de relieve que a pesar de que el marco normativo comunitario apuesta decididamente por la mediación, como sistema alternativo de resolución de conflictos, altamente recomendado en las

controversias de carácter familiar, sin embargo, se ha comprobado que las medidas para promover la mediación han sido insuficientes, debido tanto al desconocimiento de la mediación entre las partes, como entre los profesionales del derecho, y lo que es peor entre, el personal jurisdiccional.

Esta modificación legislativa tiene como objetivo, fomentar la mediación y evitar que la falta de información provoquen en la partes y en los profesionales la necesidad de recurrir a la vía judicial como única solución, cuando está demostrado que la mediación es un camino que ofrece mayores ventajas a los justiciables, tales como el ahorro de tiempo, el ahorro económico y la minoración de los costes emocionales, y que, además, implica y responsabiliza a las partes en la resolución del conflicto que les afecta y, por tanto, incrementa la eficacia en la ejecución de los acuerdos alcanzados. A mi juicio, esto es lo que necesitamos comprender e interiorizar los profesionales especializados en Derecho de Familia, que acudir a la mediación es beneficioso para todos, no sólo para los justiciables, ofreciendo la posibilidad tanto a abogados como a jueces, de ayudar a

resolver numerosas crisis familiares, que cuando se enconan se convierten en “*una historia interminable*”, generando hastío y desesperación en cualquier *hombre de bien*.

La Comisión Europea ha redactado un informe con los resultados de las consultas de varios estados miembros que señalan como medidas eficaces, las siguientes disposiciones de derecho interno:

- Exigir a las partes que declaren en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales que se ha intentado la mediación, lo que recordaría no solo a los jueces que conocen las demandas, sino también a los abogados que asesoran a las partes, la posibilidad de recurrir a la mediación;
- La previsión de sesiones de información obligatorias sobre mediación en el marco del proceso judicial;
- Y finalmente, la obligación de considerar la mediación en todas las etapas del proceso judicial, especialmente en materia de derecho de familia.

El término “obligatorio” genera numerosas críticas entre los estudiosos de la mediación dada la contradicción aparente (a mi juicio inexistente) que presenta con el “principio de voluntariedad”, supremo inspirador que ha de preservar todo el proceso mediador desde el principio hasta el final, además de las dudas que puede plantear sobre si vulnera el acceso a la tutela judicial efectiva. Al respecto el Preámbulo de la Ley recoge, por un lado, que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 18 de marzo de 2010 (STJUE C-317/2008), ya dictaminó que el hecho de que una norma interna disponga la obligatoriedad de acudir a una medida *alternative dispute resolution* (en adelante, ADR) antes de ejercer una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no desemboque en una decisión vinculante para las partes, que no suponga un retraso sustancial en la vía judicial, ni un sobrecoste adicional y que no suspenda la prescripción de los correspondientes derechos”, y en segundo término que “el Consejo General del Poder Judicial, en su «Guía práctica para implementar la mediación intrajudicial», reconoce que la voluntariedad de la mediación no es incompatible con la obligatoriedad de asistir a una sesión informativa previa al proceso y advierte, incluso, que la no asistencia a una sesión de este tipo puede ser considerada como conducta contraria a la buena fe procesal, dado que supone rechazar sin fundamento una oportunidad ofrecida por el juzgado desde la perspectiva de una mejor solución”.

## II. MODIFICACIONES AL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

### 1. Orden de la delación en la institución de la tutela.

Se modifica el art. 222-10 CCC, y se establece en su apartado cuarto que “si hay varias personas que quieren asumir la tutela, la autoridad judicial, con el fin de que alcancen un acuerdo, puede derivarlas a una sesión previa sobre mediación de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, la sesión previa puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una exploración del conflicto que les afecta. Las

partes pueden participar en la sesión previa asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes”.

## **2. Medidas definitivas reguladoras de la nulidad matrimonial, separación o divorcio.**

Se redacta el art. 233-2 CCC, detallando el contenido que deben tener los convenios reguladores cuando las partes lleguen a un acuerdo incluyéndose de forma expresa que “puede incluir pactos de sometimiento a mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos”.

## **3. Mediación familiar.**

El art. 3 de la Ley 9/2020, modifica el art. 233-6 CCC, estableciendo la obligatoriedad de las partes de someterse a mediación, cuando así se ha pactado expresamente, con carácter previo a presentar demanda judicial. Además se recoge la posibilidad en el apartado 2 que de “los cónyuges, antes de presentar la demanda, en cualquier fase del proceso judicial y en cualquier instancia, puedan someter las discrepancias a mediación en vistas a alcanzar un acuerdo, excepto en los casos de violencia familiar o machista”. Se considera igualmente obligatoria la asistencia de las partes a la sesión previa, o sesión informativa, cuando sean derivadas por el órgano judicial dentro de un proceso ya iniciado, “para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo. Si así lo acuerdan las partes, a las que debe escucharse, esta sesión puede continuar, en el mismo momento o en uno posterior, con una

exploración del conflicto que les afecta. Las partes pueden decidir si optan o no por el procedimiento de mediación, y pueden participar en la sesión previa y en la mediación asistidas por sus abogados. Esta asistencia es necesaria si lo requieren las partes o si así lo dispone la autoridad judicial y debe desarrollarse siempre con pleno respeto por los principios de la mediación y por la igualdad entre las partes”. En caso de falta de asistencia injustificada por cualquiera de las partes, deberá comunicarse esta circunstancia a la autoridad judicial, sin sujeción al principio de confidencialidad.

## **4. Desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental.**

La nueva redacción del art. 236-13 CCC recoge dos importantes modificaciones en el ámbito del Derecho de Familia, por un lado, la facultad de la autoridad judicial de atribuir total o parcialmente el ejercicio de la potestad a los progenitores separadamente o distribuir entre ellos sus funciones temporalmente, por un período máximo de dos años, en caso de desacuerdos reiterados o cuando se dificulte gravemente en ejercicio conjunto de la misma; Y por otro, la posibilidad de someter a mediación estas discrepancias, pudiendo derivarles el juez a una sesión previa de carácter obligatorio en los mismos términos recogidos en el art. 233-6 CCC.

## **III.- MODIFICACIONES A LA LEY DE MEDIACIÓN CALATANA**

Las modificaciones introducidas en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado, afectan a los arts. 6, 11, 20, 22 y adicionan una disposición adicional. En primer lugar, se

pretende adaptar la ley de mediación a las modificaciones realizadas en el Libro II del CCC, estableciéndose que la sesión previa sobre mediación tiene carácter obligatorio en los supuestos legalmente fijados y que la falta de asistencia no justificada no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial. En segundo lugar, se ocupa de las funciones de los colegios profesionales, reforzando el “cumplimiento de la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación, añadiendo la función de velar por que el conjunto de colegiados cumpla las obligaciones de información a los clientes y de fomento y sujeción a la mediación que le imponen las leyes o los códigos deontológicos respectivos”, (Preámbulo Ley 9/2020). Además, se establece el deber de información que tienen los profesionales colegiados con respecto a sus clientes, sobre la mediación y otras fórmulas de resolución de conflictos. Por último, se cambia la denominación del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña por la de Centro de Mediación de Cataluña, que se considera más ajustada a las funciones que tienen atribuidas el Departamento de Justicia y el propio Centro, y más coherente con el hecho de que la mediación y otros métodos análogos se utilizan o pueden utilizarse en todos los ámbitos y, también, en cualesquiera de los órdenes jurisdiccionales.

#### **IV.- CONCLUSIÓN**

La nueva Ley 9/2020, de 31 de julio, viene a resaltar las deficiencias de la implantación

del proceso de mediación en el ámbito nacional, y da un paso necesario para avanzar la mediación en la CCAA de Cataluña, que vuelve a ser pionera implantando medidas necesarias y coherentes en esta materia, poniendo sobre la mesa problemas que afectan a todos los juristas españoles, y en especial, a los órganos jurisdiccionales del ámbito del derecho de familia.

La mediación intrajudicial es una ventaja para resolver conflictos familiares, a mi juicio desaprovechada, por la mayoría de los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio del aplauso que me merece el reciente Convenio firmado el pasado mes de julio por el CGPJ y el CGAE para fomentar y promover su implantación. Sin embargo, considero que un verdadero avance de la mediación familiar requiere en el ámbito nacional, por un lado, de la creación de un Código de Familia que pueda superar de una vez por todas, el conglomerado de criterios jurisprudenciales existentes, cuya función no es, ser fuente del derecho, sino tan solo informar y complementar el ordenamiento jurídico, que seguirá cojeando si le privamos de la primacía de la ley. Y por otro lado, el serio compromiso de la Administración de Justicia de facilitar el acceso de los ciudadanos a la mediación, como una extensión más de los servicios que le competen.

En definitiva, la modificación introducida en Cataluña tiene a mi juicio, un balance muy positivo, en la persecución del objetivo primordial de desjudicializar la resolución de conflictos y aliviar la labor de los órganos jurisdiccionales, de la que debe tomar nota el legislador nacional.