

BIBLIOTECA JURÍDICA DE BOLSILLO

CLÁUSULA IRPH

Cómo reclamar y conseguir
la devolución del dinero

GENARO MARIO FERNÁNDEZ DE AVILÉS



CLÁUSULA IRPH

Cómo reclamar y conseguir la devolución del dinero

1.ª EDICIÓN 2020

GENARO MARIO FERNÁNDEZ DE AVILÉS

*Abogado especialista en Derecho Bancario
Socio del despacho de abogados "Solórzano & de Avilés"*

NAILA BRAN TEIXIDO

Colaboradora del grupo Iberley-Colex

COLEX 2020

Copyright © 2020

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal) El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados, no obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex, SL, habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder al texto con las eventuales correcciones de erratas, además, como complemento a su libro, dispondrá de un servicio de actualizaciones.

© Editorial Colex, S.L.

Polígono Pocomaco, parcela I, Edificio Diana, portal centro 2,

A Coruña, 15190, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-030-1

Depósito legal: C 523-2020

Sumario

CAPÍTULO I. EL ÍNDICE IRPH Y LA CONTRATACIÓN POR LOS CONSUMIDORES DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN 9

1. Índice IRPH, ¿qué es? 9
 - 1.1. Origen. 9
 - 1.2. Definición y funcionamiento. 13
 - 1.3. Tipos de IRPH. 14
 - 1.4. Su cálculo. 16
 - 1.5. Número de hipotecas con este índice y entidades que lo comercializan 17
 - 1.6. Diferencias del IRPH con el EURIBOR 18
2. La contratación con consumidores de una condición general de la contratación 23
 - 2.1. Concepto de consumidor 23
 - 2.2. Concepto de empresario 25
 - 2.3. Condiciones Generales de la Contratación. 28

CAPÍTULO II. NORMATIVA APLICABLE Y LOS CONTROLES DE ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA QUE PUEDEN DETERMINAR SU NULIDAD 33

1. Normativa aplicable. 33
 - 1.1. Normativa europea. Directiva 93/13/CE 33
 - 1.2. Normativa nacional 35
2. Los controles de abusividad y de transparencia 37
 - 2.1. El control de abusividad de cláusulas no negociadas y el objeto principal del contrato 37
 - 2.2. El control de transparencia y la comprensibilidad real de la cláusula 41
 - 2.3. La carga de la prueba del carácter negociado de una cláusula predispuesta 44

CAPÍTULO III. JURISPRUDENCIA RELEVANTE Y LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA. 47

1. La interpretación jurisprudencial de la abusividad de la cláusula. Sentencia del TJUE	47
1.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 y la cuestión prejudicial.	47
1.2. Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	53
1.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020	58
2. Las consecuencias de la declaración de abusividad de la cláusula IRPH	62
2.1. La sustitución del índice de referencia declarado nulo.	62
2.2. Devolución de cantidades indebidamente cobradas	65
2.3. Demanda sin cuantía y bases de la liquidación en ejecución de sentencia.	67
2.4. Concepto de nulidad de pleno derecho y prescripción de la acción.	68

CAPÍTULO I. El índice IRPH y la contratación por los consumidores de una condición general de la contratación

1. Índice IRPH, ¿qué es?

1.1. Origen

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) tiene su origen en el año 1994, con la entrada en vigor de dos normas que tienen suma importancia, estas son la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras –derogada en la actualidad– no obligaba a utilizar, en los préstamos a tipo de interés variable, un índice de referencia oficial (entre los que se incluía el IRPH de las cajas de ahorros) sino que se limitaba a fijar los requisitos de que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos¹:

- Definir el tipo de interés o, en el caso de que el interés corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (o contenga conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto del contrato), se debe indicar si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable.

1 Sentencia del TJUE, nº C-125/18, de 3 de marzo de 2020.

En caso de que sí se deban aplicar ajustes, se debe indicar la fórmula o procedimiento del ajuste o conversión, debiéndose establecer un índice o tipo de interés sustitutivo para cuando resultase imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del tipo de interés de referencia.

- Delimitar los límites de variación al interés aplicable, en términos absolutos en forma de tipo de interés porcentual de los citados límites máximo o mínimo, o de otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a derecho.
- Determinar el umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable.
- Comunicar al prestatario el tipo de interés aplicable: la forma en el que el prestatario conoce el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período y si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en el caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable.

Esta Orden sufrió una modificación a raíz de la entrada en vigor de la **Orden Ministerial de 27 de octubre de 1995**, que introdujo, en su Disposición Adicional segunda, lo que a continuación se expresa: *«El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».*

Al introducir este precepto, ya se tenía en cuenta la **Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio** definidora de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable, para garantizar la objetividad de su cálculo y su difusión a los prestatarios, que ya introducía el IRPH.

Sin embargo, fue en primer lugar la Orden Ministerial la que habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumpli-

miento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, **estableció como oficiales los siguientes índices:**

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.
- d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.
- e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
- f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

Además, dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE. En concreto, **se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades)**².

Esta diferenciación (los tres tipos de IRPH), tuvo una transformación gracias al **Real Decreto 692/1996, de 26 de abril**, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, que obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma, a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997; por lo que, en consecuencia, el IRPH-Entidades a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

A partir del año 2011, la definición y forma de cálculo del IRPH-Entidades pasó a regularse en la **Orden de 28 de**

2 Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre.

octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, que ordenó, en su Disposición Transitoria única, que el IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos dejasen de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se formalizasen después de su entrada en vigor (29 de abril de 2012). De esta manera, únicamente el índice de IRPH-Entidades es el único que tiene la consideración de índice oficial.

De esta manera, el artículo 27 de la Orden de 28 de octubre, establece lo siguiente en su apartado 1, letra a): *«A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»*.

No obstante, la Orden permitió que, con carácter transitorio, tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos se siguieran publicando y considerando aptos, a todos los efectos, respecto de los préstamos a interés variable que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden, los vinieran ya utilizando para la revisión de su tipo de interés.

La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta de la **Ley 14/2013, de 27 de septiembre**, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013 que establecía que las referencias a los tipos previstos en el apartado 1 de dicha disposición que desaparecen, entre los que está el índice de referencia basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorros (**IRPH-Cajas**), serán sustituidas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato, la sustitución se realizará por el «tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España” (IRPH-Entidades), aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo».

En definitiva, el Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices. Por su parte, las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario o, en defecto de este, por el IRPH-Entidades.

1.2. Definición y funcionamiento

Las siglas IRPH corresponden a Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios; se trata de un índice de referencia elaborado por el Banco de España, de aplicación en nuestro país desde el año 1994. El Banco de España, para su formulación y actualización, recibe datos económicos concretos de las entidades bancarias. Se trata de uno de los tipos de interés de referencia oficiales del mercado hipotecario.

El Banco de España lo define de la siguiente manera: *“Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. Es un índice frecuente para la revisión de tipos en los préstamos hipotecarios a interés variable. Es la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes”*.

De esta manera, el IRPH se configura para calcular el tipo medio de los precios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre. Para su cálculo, de este modo, debería hacerse la media aritmética de estos precios.

El IRPH como índice tiene la particularidad de que requiere de otros tipos de interés para su constitución; es decir, el IRPH se integra por el tipo de interés oficial (conforme a la definición dada por el Banco de España, se aplicará el Índice Anual Equivalente, TAE) más el diferencial o margen de beneficio directo del banco sobre el precio oficial.

De lo expuesto puede extraerse que, cuanto mayor sea el tipo de interés establecidos por las entidades financieras en sus préstamos, mayor será el interés establecido para el índice IRPH. A mayor abundamiento cabe resaltar que, para

Han sido cientos de miles los consumidores que han contratado una hipoteca con un tipo de interés variable, referenciada al IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios). El TJUE, en su Sentencia de 3 de marzo de 2020, reconoce el derecho de los titulares de este tipo de hipotecas a reclamar la nulidad de la cláusula IRPH, por no superar el control de transparencia, convirtiéndola en abusiva y, por ende, nula.

Esta Sentencia supone una auténtica novedad pues viene denegar los argumentos esgrimidos por nuestro Tribunal Supremo, el cual, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, determinaba que la cláusula IRPH no puede ser objeto del control de transparencia, nada más alejado de la realidad.

Así las cosas, este libro explicará pormenorizadamente los aspectos que fundamentan la falta de transparencia de la cláusula IRPH y, además, cuáles son sus consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad de la cláusula, debiendo sustituir el índice de referencia declarado nulo por otro susceptible de aplicación, siendo este el principal punto de discordia entre los representantes de entidades bancarias y los que defendemos a los consumidores.

La declaración de nulidad de este índice, cuyo cálculo se realizaba a partir de datos facilitados por las propias cajas, va a beneficiar a multitud de consumidores ya que, de media, se ha calculado que la devolución de cantidad oscile entre los 18.000 y 21.000 euros.

I.S.B.N. 978-84-1359-030-1

