

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS HIPOTECAS REFERENCIADAS AL ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Esta Nota Jurídica tiene por objeto analizar la situación actual de las hipotecas referenciadas al Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios, a la espera de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva la cuestión prejudicial planteada por un tribunal español en relación con la extensión del control de transparencia aplicable a las cláusulas que lo incorporan

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios es uno de los índices utilizados por las entidades financieras españolas, en sustitución del Euríbor (tipo de referencia habitual de los préstamos con garantía hipotecaria) para calcular los intereses de las hipotecas. Este índice de referencia se ha caracterizado durante los últimos años por ser más alto (normalmente entre un 1,5% y un 3% superior) y más estable que el Euríbor (sus bajadas son más suaves que las de este).

Como sucediera con las llamadas cláusulas suelo, los titulares de préstamos hipotecarios que incorporan este índice de referencia han acudido a los tribunales españoles para solicitar su nulidad y su sustitución por el Euríbor, reclamando la devolución de las cantidades abonadas de más, por razón de haber estado sus préstamos referenciados a este último. Hasta la fecha, los tribunales españoles han afrontado de forma dispar las solicitudes de nulidad planteadas y así, mientras una parte de ellos ha declarado la validez de las cláusulas por entender que superaban el llamado control de transparencia, en otros muchos casos, se ha considerado que las mismas son nulas precisamente al considerar que no quedaba superado tal control. La cuestión ha llegado incluso al Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5167), falló a favor de la entidad financiera, entendiendo que la cláusula discutida superaba el reiterado control de transparencia. Esta sentencia, que podía haber inclinado a favor de las entidades financieras las eventuales decisiones posteriores de otros tribunales del territorio nacional, no ha sido, sin embargo, seguida por todos ellos, encontrándonos con una enorme variedad de resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias Provinciales, que adoptan uno u otro criterio.

Precisamente, en este escenario, el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona (en su Auto de 16 febrero de 2018) planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), que dio lugar a la incoación del Asunto C-125/18. Tras la emisión del Informe de la Comisión Europea de fecha 31 de mayo de 2018, al que nos referiremos más adelante, las conclusiones del abogado general del Tribunal han quedado aplazadas al 10 de septiembre de este año, lo que ha aplazado, en consecuencia, la decisión final del TJUE sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas que incorporan este índice de referencia.

I. Concepto, origen y evolución

Desde aproximadamente mediados de 2008, las entidades financieras de nuestro país comenzaron a referenciar los préstamos hipotecarios a índices que, en apariencia, no presentaban tanta volatilidad como el Euríbor y, que, como consecuencia, reportaban una mayor estabilidad. De estos índices, el más utilizado fue el llamado Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (“IRPH”).

El origen del IRPH se encuentra en la Disposición Adicional Segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios¹, que habilitaba al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipo de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable.

En el ejercicio de dicha facultad, la Norma Sexta bis de la 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 (la “Circular 5/1994”) estableció tres modalidades de IRPH concretando su definición y fórmula de cálculo, a saber:

- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. (“IRPH-Bancos”). La Circular 5/1994 definió el IRPH-Bancos 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 el conjunto de los bancos.
- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. (“IRPH-Cajas”). Como ocurriera con el IRPH-Bancos, el IRPH-Cajas se definió como la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años. El IRPH-Cajas se referenció al conjunto de las cajas, y no al conjunto de los bancos.

¹Derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios («B.O.E.» 29 octubre) –(“Orden EHA/2899/2011”)–.

- 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 (“**IRPH-Entidades**”). El IRPH-Entidades se definió por la Circular 5/1994 del mismo modo que los dos tipos de IRPH anteriores pero su cálculo se referenció al conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario².

Aun cuando inicialmente se establecieron los tres tipos de IRPH definidos, lo cierto es que estas tres modalidades de IRPH se redujeron finalmente a una (a saber, IRPH-Bancos).

Efectivamente, la Orden EHA/2899/2011 estableció un régimen transitorio para el IRPH-Bancos y para el IRPH-Cajas que se hubieran publicado con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de la misma³. No obstante, tal régimen transitorio se eliminó con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (“**Ley 14/2013**”), cuya Disposición Adicional Decimoquinta, acordó la supresión definitiva del IRPH-Bancos e IRPH-Cajas con efectos desde el 1 de noviembre de 2013.

II. La nulidad de la cláusula IRPH por falta de transparencia: análisis jurisprudencial

1. La posición de las Audiencias Provinciales antes de que se dictara la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (R) 2017\5167)

El concepto de doble control de transparencia desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (R) 2013\3088) para enjuiciar el carácter abusivo o no de las llamadas cláusulas suelo⁴, ha sido igualmente utilizado por nuestros tribunales para enjuiciar el eventual carácter abusivo de las cláusulas que incorporan el IRPH (“**cláusula IRPH**”). La aplicación del doble control de transparencia a las cláusulas que incorporan el IRPH obedece a que estas, al igual que las llamadas cláusulas suelo, forman parte del precio del contrato y, en consecuencia, de uno de sus elementos esenciales (artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores –la “**Directiva 93/13/CEE**”–).

Así las cosas, como ha sucedido con los límites a la variabilidad del tipo de interés, nuestros tribunales, como hemos adelantado, han adoptado soluciones muy dispares sobre la materia, que han concluido tanto la validez como la nulidad de las cláusulas IRPH. Dejando a un lado las numerosísimas sentencias dictadas por los Juzgados de Primera

²Por lo que respecta al IRPH-Entidades, en la medida en que el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor del citado decreto a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997 (Disposición transitoria primera), a partir de dicha fecha el IRPH-Entidades se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

³ Conforme a la Disposición Final Quinta de la Orden EHA/2899/2011, la misma entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (esto es, el 29 de abril de 2012).

⁴ Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia es doble, pues, por un lado, incluye el control de la incorporación –que analiza la información que se le dio al cliente– y, por otro, incluye el control de la comprensibilidad real –que tiene por objeto analizar si el cliente llegó a entender el contenido de la cláusula y su significado–.

Instancia, en el ámbito ya de las Audiencias Provinciales, destaca la de San Sebastián, cuando entiende que el hecho de que el cliente no haya sido informado del procedimiento aritmético o cálculo matemático empleado por el Banco de España para la obtención del IRPH, no significa que se haya incumplido el deber de información, pues el IRPH no reviste mayor complejidad que otros índices de referencia que se utilizan en el mercado⁵.

Justo en sentido opuesto, la Audiencia Provincial de Álava ha entendido que procede declarar la nulidad de la cláusula IRPH si la entidad bancaria no ha explicado al prestatario ni el cálculo para la determinación del IRPH, ni el comportamiento de este índice en los últimos años, ni la diferencia con otros índices oficiales mediante la presentación de gráficos⁶.

En cuanto a los efectos de la eventual declaración de nulidad, tampoco se ponen de acuerdo nuestros tribunales. Y así, algunos (como la Audiencia Provincial de Álava antes citada) entienden que la declaración de nulidad determina la subsistencia del préstamo con carácter gratuito, señalando que no cabe la integración ni la moderación de la cláusula declarada abusiva, siempre y cuando el contrato pueda subsistir sin la misma. Mientras que otros (como la Audiencia Provincial de Madrid) reconocen, una vez declarada nula la cláusula IRPH, la posibilidad de aplicar un índice sustitutivo, lo que, de alguna manera, permitiría mantener vivo el préstamo⁷.

2. La opinión del Tribunal Supremo: Referencia a la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5167)

Seguramente con el propósito de sentar jurisprudencia (pues se trata de una sentencia dictada por el Pleno) el Tribunal Supremo señala en la Sentencia antes mencionada, de 14 de diciembre de 2017, que el IRPH como tal no puede ser objeto del control de transparencia. Y lo anterior, en el entendido de que tanto la Directiva 93/13/CEE, como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (“**LCGC**”), excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen, como ocurre con las cláusulas IRPH, disposiciones legales o administrativas⁸. Ahora bien, lo anterior, entiende nuestro alto tribunal, no significa que las cláusulas que incorporan IRPH queden excluidas de todo tipo de control por parte de los tribunales, pues conforme razona el Tribunal Supremo sí que puede ser objeto de control que la cláusula IRPH esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

Esta doctrina ha sido compartida asimismo por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno (a cuyo voto particular se ha adherido el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas) que, aunque emitiera un voto particular discrepando de ciertos aspectos de la

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 24 de abril de 2015 (JUR 2015\169513).

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de marzo de 2016 (JUR 2016\68783).

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de mayo de 2017 (AC 2017\373).

⁸ En concreto, el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 4 LCGC.

Sentencia de 14 de diciembre de 2017⁹, en esta cuestión en concreto secunda la postura adoptada por la mayoría de los Magistrados que formaron parte del Pleno.

Aclarado lo anterior, el Tribunal Supremo señala que la cláusula en cuestión, la del caso enjuiciado por supuesto, supera el control de inclusión, pues es clara y comprensible, y no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica. Adicionalmente, señala que no es exigible a efectos del control de transparencia que la entidad prestamista ofrezca una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración está bajo la supervisión del Banco de España; como tampoco es exigible que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia. Además, el Tribunal Supremo argumenta que tampoco cabe presumir que en el caso enjuiciado se ofreciera el IRPH porque el prestamista sabía que el citado índice iba a tener un comportamiento más favorable para sus propios intereses que el Euribor.

3. La posición de las Audiencias Provinciales tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 y el procedimiento ante el TJUE

Como hemos adelantado, la Sentencia reiterada del Tribunal Supremo no ha puesto fin a la controversia, y aunque la mayoría de las Audiencias Provinciales hayan seguido el criterio marcado por el alto tribunal, revocando las declaraciones de nulidad procedentes de distintos Juzgados de Primera Instancia, algunas Audiencias siguen apreciando la nulidad, contribuyendo así a un panorama de escasa, o muy poca, claridad.

A título de ejemplo, las Audiencias Provinciales de Madrid y de Cáceres han seguido el criterio marcado por el Tribunal Supremo. Así, la Audiencia Provincial de Madrid ha reconocido que el IRPH-Cajas no es un índice abusivo, pues el citado índice es un índice de interés variable controlado por disposiciones legales y por el Banco de España¹⁰. En el mismo sentido, como hemos señalado, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Cáceres que, aplicando la doctrina señalada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, ha reconocido la validez de las cláusulas IRPH¹¹.

Por otro lado, en contra del criterio marcado por el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Huelva ha declarado la nulidad de la cláusula IRPF por razón de no haber suministrado el prestamista al prestatario información suficiente relativa al citado índice ni simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del IRPH en fase precontractual y a la firma del contrato¹².

⁹ En concreto, la razón de la discrepancia radica en la aplicación que hizo la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 del control de transparencia, pues, en su opinión, tal aplicación no se ajusta a los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial del TJUE en relación con el citado control.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 2017 (JUR 2018\73317)

¹¹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 15 de enero de 2018 (JUR 2018\51828), de 14 de febrero de 2018 (JUR\2018\95577) y de 22 de diciembre de 2017 (JUR\2018\36170).

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 3 enero de 2018 (JUR 2018\93409).

Ante esta situación, mediante Auto de fecha 16 de febrero de 2018, el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE que, en apretada síntesis, puede resumirse de la siguiente manera:

- Si el IRPH-Cajas debe o no ser objeto de tutela por los tribunales, y no solo por la administración, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas.
- Si, conforme a lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, resulta o no contrario a la Directiva 93/13/CEE que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta en nuestro ordenamiento por voluntad del legislador. Adicionalmente el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona solicita al TJUE que se pronuncie sobre si es o no necesario que la entidad prestamista informe al prestatario para la comprensión de la cláusula IRPH sobre (i) el modo en que se configura el tipo de referencia; (ii) la evolución del IRPH en relación con el Euríbor; y (iii) para el caso de que el TJUE sostenga que los órganos jurisdiccionales son los que deben controlar las cláusulas IRPH, si la falta de información de todo lo anterior supone o no la falta de comprensión de la cláusula por el consumidor.
- Si, para el caso de que se declarase la nulidad de la cláusula IRPH-Cajas, tal declaración conllevaría la integración de la citada cláusula mediante la aplicación de un índice sustitutorio habitual, el Euríbor, o, por contra su expulsión del contrato sin que la misma vaya acompañada de integración alguna.

La respuesta a estas tres cuestiones contribuirá, qué duda cabe, a aclarar el panorama de las cláusulas IRPH y, en principio, a homogeneizar los pronunciamientos de nuestros tribunales sobre la materia, sin perjuicio, claro está, de interpretaciones posibles. Para ello, sin embargo, habrá que esperar un poco más. El pasado 17 de septiembre de 2018 la Comisión Europea remitió al TJUE las observaciones escritas de fecha 31 de mayo de 2018 sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona. Como resulta de las citadas observaciones, la Comisión Europea considera que la cláusula IRPH debe estar sometida al control de transparencia y ese control de transparencia exige que se ofrezca al consumidor una información que transmita todos los elementos que puedan incidir en su compromiso y que le permitan evaluar el coste total de su préstamo. Este deber, según la Comisión Europea, se concreta en la obligación de informar precontractualmente (i) cómo se configura el tipo de referencia, (ii) cuál ha sido la evolución de dicho tipo de interés en el pasado, así como (iii) cuál será su previsible evolución futura, con comparación con otros tipos empleados en el mercado.

La Comisión Europea, al analizar las posibles consecuencias de la nulidad de la cláusula, aunque con dudas al respecto, propone el mantenimiento del préstamo y la sustitución del IRPH por otro tipo, por ser la solución más favorable para el consumidor. Así, plantea conceder a las partes un plazo prudente para que negocien una sustitución del referencial.

Y para el caso que no se alcance acuerdo, propone que sea el Juzgador quien fije el tipo referencial que sustituya al IRPH, estableciendo el más usual del mercado.

Tras la emisión del referido Informe de la Comisión Europea de fecha 31 de mayo de 2018, las conclusiones del abogado general del TJUE inicialmente previstas para el 24 de junio de 2019 han quedado aplazadas, junto a la posterior sentencia del TJUE, para después del verano (en concreto, para el 10 de septiembre 2019)¹³. Solo quedan unos meses más, por tanto, para aclarar algunas dudas y, probablemente, dar lugar a otras tantas.

Esta Nota ha sido elaborada por Javier Izquierdo y Elena García Uribarrena, Socio y Abogada respectivamente, de la práctica de Litigación y Arbitraje.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 19 de junio y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Javier Izquierdo

Socio de Litigación y Arbitraje
jizquierdo@perezllorca.com

T.: + 34 91 423 24 74

¹³ El análisis del abogado general del Tribunal Superior de Justicia no es vinculante, aunque en la mayoría de los casos el TJUE sigue sus recomendaciones.