

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

**Hipotecas con índice
IRPH**

Fecha de edición: 21 de abril de 2020

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

JOSÉ LUIS GÓMARA HERNÁNDEZ
Abogado del Estado

NOTA.— Esta obra es fruto de las reflexiones estrictamente personales del autor sobre la normativa que regula los gastos hipotecarios. Los comentarios, conclusiones y formularios que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni el autor aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18190-07-0
Depósito legal: M-11493-2020
Impreso en España por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>nº</u> <u>marginal</u>
Capítulo 1. Controversia sobre las hipotecas con índice IRPH: sentencia TJUE 3-3-2020	100
1. Cuestiones previas	110
2. Contrato de préstamo hipotecario	140
3. Índice IRPH	260
4. Reclamaciones por aplicación del índice IRPH ante el Banco de España	330
5. Reclamaciones judiciales	340
6. Conclusiones del Abogado General sobre la cuestión C-125/18 ante el TJUE presentadas el 10-9-2019	460
7. Sentencia TJUE 3-3-2020 sobre la cuestión C-125/18	523
8. Ideas Clave	550
Capítulo 2. Cláusulas de interés remuneratorio asociadas al IRPH como condiciones generales de la contratación	2200
1. Protección de los consumidores en la contratación en masa	2235
2. Condiciones generales de la contratación	2250
3. Exclusión del control de las cláusulas que recojan disposiciones legales o reglamentarias	2370
4. Tipos de control	2440
5. Registro de Condiciones Generales de la Contratación	3510
6. Ideas Clave	3780
Capítulo 3. Reclamación extrajudicial de las cantidades abonadas como intereses remuneratorios en aplicación del índice IRPH	5400
1. Reclamación ante los departamentos y servicios de atención al cliente de las entidades financieras	5420
2. Reclamación ante el Departamento de Conducta de Mercado y reclamaciones del Banco de España	5580
3. Dictamen de conciliación ante el Registrador previo a la interposición de acción colectiva de cesación	5760
4. Transacción	5770
5. Ideas Clave	5780

	nº marginal
Capítulo 4. Reclamación judicial de las cantidades abonadas como intereses remuneratorios en aplicación del índice IRPH	6600
A. Acciones colectivas	6620
B. Acciones individuales por nulidad de la cláusula IRPH	6890
C. Plazo para reclamar las cantidades abonadas por aplicación del índice IRPH	7400
D. Suspensión de los procesos declarativos hasta el dictado de la sentencia por el TJUE sobre IRPH de 3-3-2020 (asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia).....	7480
E. Ideas Clave	7500
Anexo: Formularios	8700
1. Formulario de Demanda de Impugnación	8710
2. Formulario de Reclamación extrajudicial.....	8720
	Página
Tabla Alfabética	243

Abreviaturas

AECOSAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
BE	Banco de España
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCom	Código de Comercio (RD 22-8-1885)
CEE	Comunidad Económica Europea
Circ	Circular
Const	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.trans.	disposición transitoria
EDD	El Derecho Doctrina
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
IRPH	Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios
JM	Juzgado Mercantil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985)
OM	Orden Ministerial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
TAE	Tasa Anual Equivalente
TCo	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

Capítulo 1. Controversia sobre las hipotecas con índice IRPH: sentencia TJUE 3-3-2020

1.	Cuestiones previas	110	100
2.	Contrato de préstamo hipotecario	140	
a.	Regulación del contrato	160	
b.	Deber de información de las entidades sobre los contratos de préstamo hipotecario	170	
c.	Intereses remuneratorios	220	
3.	Índice IRPH	260	
a.	Modalidades	270	
b.	Evolución	280	
c.	Características	290	
d.	Desaparición del IRPH Bancos e IRPH Cajas como índices oficiales ..	300	
e.	IRPH Entidades	310	
f.	Control de la Administración	320	
4.	Reclamaciones por aplicación del índice IRPH ante el Banco de España ..	330	
5.	Reclamaciones judiciales	340	
a.	Sentencia del Tribunal Supremo de 14-12-2017 y su voto particular ..	350	
b.	Cuestión prejudicial C-125/18 ante el TJUE sobre el índice IRPH	420	
6.	Conclusiones del Abogado General sobre la cuestión C-125/18 ante el TJUE presentadas el 10-9-2019	460	
a.	Sobre la primera cuestión prejudicial	470	
b.	Sobre la segunda cuestión prejudicial	480	
c.	Sobre la tercera cuestión prejudicial	520	
7.	Sentencia TJUE 3-3-2020 sobre la cuestión C-125/18	523	
	Efectos de la sentencia TJUE 3-3-2020 sobre la cuestión C-125/18 ..	530	
8.	Ideas Clave	550	

I. Cuestiones previas

El tipo de interés es el precio que cobra el prestamista –normalmente una entidad de crédito– por prestar el dinero al cliente o prestatario. Se expresa como un porcentaje sobre el capital prestado y va referido a un período de tiempo determinado. Los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no están fijados por ninguna norma jurídica. Han de ser **pactados libremente** entre la entidad y el cliente, al igual que el resto de las condiciones financieras. Cuando estas condiciones son impuestas por la entidad prestamista, el cliente debe recibir cumplida información al respecto.

El tipo de interés puede ser **fijo o variable**, dependiendo de si se mantiene o no constante a lo largo de la vida del préstamo. Si se pacta un tipo de interés variable, ello significa que el tipo de interés se irá modificando a lo largo de la vida del préstamo con arreglo a un índice de referencia. Esto es, se incrementa o se reduce en función de la evolución del índice que se incluya en el contrato de préstamo como referencia (Euríbor, CECA, IRPH, entre otros). A este índice de referencia, habitualmente, se le suma un margen o diferencial constante.

Existen diferentes **índices de referencia** que pueden ser aplicados. No obstante, la normativa española exige que solo puedan utilizarse como índices de referencia para préstamos hipotecarios con personas físicas para financiación de viviendas aquellos que se hayan calculado **a coste de mercado**, en los que la entidad no pueda influir en su valor mediante acuerdos o prácticas acordadas con otras entidades y solo cuando los datos utilizados se agreguen con un procedimiento matemático objetivo. Un índice de referencia puede ser cualquiera que cumpla con los requisitos anteriores. No obstante, existe una categoría dentro de estos índices que son los habitualmente utilizados: son los denominados tipos de interés o índices oficiales (Guía de acceso al préstamo hipotecario del BE 2016).

Los tipos de interés o **índices oficiales** son aquellos obtenidos o elaborados mensualmente por el Banco de España, que los publica en su página electrónica y en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Estos índices de referencia oficiales son los siguientes (OM 2899/2011 art.27):

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (IRPH Entidades).
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre 1 y 5 años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona del euro, elaborado y publicado por el Banco Central Europeo.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
- d) Referencia interbancaria a un año (Euríbor).
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de 5 años.
- f) El mibor exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados antes del 1-1-2000.

- 120** En un **contrato de préstamo**, el tipo de interés es el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto, las partes pueden **pactar libremente** los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España (AP Barcelona 18-10-19, EDJ 714036; 17-10-19, EDJ 713031).

La utilización de los tipos de referencia se incorpora a los contratos de préstamo por medio de una **condición general de la contratación**. Es decir, en una condición general de la contratación se indica por las entidades financieras que a un contrato o grupo de contratos determinados se les aplica un índice previamente definido y regulado por el Banco de España. No obstante, la incorporación del índice por medio de una condición general no convierte ese índice en una condición general (AP Barcelona 18-10-19, EDJ 714036).

La utilización del IRPH como índice en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable –que representa aproximadamente el 10% de los créditos concedidos en España– se ha revelado como **menos favorable para el consumidor** que el uso del euríbor en su evolución histórica, lo que plantea determinadas cuestiones relacionadas con su funcionamiento así como con el nivel de información del

que dispuso el cliente en el momento de celebrar el contrato de préstamo hipotecario.

120

(sigue)

Para limitar los efectos de la **asimetría informativa** que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación y formación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros.

El Tribunal Supremo ha considerado que la cláusula tercera bis del contrato –condición general de la contratación que recoge el interés remuneratorio variable conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, el IRPH-Entidades–, es gramaticalmente **clara y comprensible** y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España (TS 14-12-17, EDJ 254198).

La **cláusula IRPH Cajas** permite al consumidor comprender, por una parte, que el índice IRPH Cajas se define como «el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro» y, por otra parte, que dicho índice se redondea por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales –IRPH Cajas + diferencial– (TS 14-12-17, EDJ 254198).

No obstante, algunos pronunciamientos anteriores a la sentencia TS 14-12-17, EDJ 254198 habían denunciado que el índice IRPH Cajas **no cumplía con el requisito de objetividad**, al ser fácilmente manipulable por las entidades, ya que su variación dependía directamente de los datos suministrados por las propias entidades.

En mayor o menor medida la entidad contratante influye en el **importe del índice** que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el CC art. 1256 cuando dispone que el cumplimiento de los contratos no puede, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. No tiene por qué haber ocurrido, pero si todas las cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus clientes, el IRPH Cajas habría subido. En el reciente proceso de concentración de estas entidades han ido desapareciendo muchas de ellas, con lo que tal posibilidad se habría incrementado para las que subsistieron (JM núm 1 Donostia 29-4-14, EDJ 70933).

El JPI núm 38 Barcelona planteó **cuestión prejudicial** al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en lo sucesivo) (asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia), formulando al TJUE tres cuestiones referidas a la interpretación de la Dir 93/13/CEE, y en particular de sus artículos 1.2; 4.2; 5 y 8 en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de interés variable del préstamo tomando como valor de referencia el índice IRPH Cajas (JPI Barcelona núm 38 auto, 16-2-18, EDJ 15468).

El JPI Barcelona núm 38 plantea al TJUE si la entidad bancaria debía necesariamente **transmitir al cliente la siguiente información** de forma que los consumidores comprendiesen las consecuencias económicas de la cláusula IRPH:

- la **fórmula matemática** concreta de cálculo del IRPH Cajas y en particular el hecho de que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal y que se trata de una media simple no ponderada;
- la obligación de las entidades bancarias de aplicar un **diferencial negativo** de conformidad con la normativa nacional;

- el hecho de que la información proporcionada **no es pública**, a diferencia de lo que sucede con el euríbor;
- la **evolución** del IRPH Cajas en el pasado, y
- la **previsión de evolución futura** del índice de referencia en relación con otros índices de referencia oficiales, en particular, con el euríbor.

El JPI considera que **faltaría información esencial** para comprender su significado, su carga económica. Y ello porque no se informaba al consumidor de la forma en cómo se configura y se aplica el IRPH, además de aplicar un diferencial positivo. Asimismo, la existencia de gráficos explicativos de su evolución, que eran conocidos por el profesional y que deberían haber sido transmitidos al consumidor de manera transparente para su comprensión. Por ello se entiende que la cláusula no es clara ni transparente incumpliendo lo dispuesto en la Dir 93/13/CEE art.4.2.

I 30 El Abogado General, en las Conclusiones presentadas el 10-9-2019 en el asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia estimó que, para cumplir la **exigencia de transparencia** (Dir 93/13/CEE art.4.2 y 5) de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, la información que la entidad financiera debe facilitar al consumidor ha de cumplir 2 requisitos:

- ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con **pleno conocimiento de causa** en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice; y
- referirse a la **evolución en el pasado** del índice de referencia escogido.

Corresponde al juez nacional, en opinión del Abogado General, al efectuar el **control de la transparencia** de la cláusula controvertida, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.

Se ha resuelto la cuestión prejudicial C-125/18 por medio de TJUE 3-3-20 concluyendo que debe interpretarse en el sentido de que:

1. Sí está comprendida en su ámbito de aplicación la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en **uno de los índices de referencia oficiales** cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa (Dir 93/13/CEE art.1.2).

2. Los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el **carácter claro y comprensible** de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal

del contrato, con independencia de la transposición del art.4.2 al ordenamiento jurídico del Estado miembro (Dir 93/13/CEE art.4.2 y 8).

130

(sigue)

3. Para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible 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.

Constituyen elementos especialmente pertinentes para la **valoración** que el **juez nacional** debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales para el cálculo del tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo de interés (Dir 93/13/CEE art.4.2 y 5).

4. No se opone a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un **índice legal aplicable** a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (Dir 93/13/CEE art.6.1 y 7.1).

PRECISIONES **1)** De las primeras sentencias en resolver sobre el índice IRPH con posterioridad al dictado en TJUE 3-3-20, fue la **JPI Burgos núm 4, 4-3-20** que se apoya tanto en esta última, como en el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno a la TS 14-12-17, EDJ 254198, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, a los efectos de llevar a cabo el control de transparencia sobre la cláusula IRPH (JPI Burgos núm 4, 4-3-20, EDJ 518998).

A estos efectos se entiende que el objeto del control de transparencia no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, sino su empleo o utilización en una **contratación bajo condiciones generales** a tenor de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponente. El mismo tipo o índice de referencia es un elemento específico susceptible del control de transparencia, de comportar unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume.

2) La sentencia JPI Palma núm 17, 20-4-20, dictada con posterioridad a la del TJUE 3-3-20, estima la demanda interpuesta contra la entidad CaixaBank condenándola a eliminar la cláusula IRPH, al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado, añadiendo los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción, así como al pago de las costas procesales. No se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al

130

(sigue)

consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las **fases de perfección y ejecución** del contrato sobre el alcance y funcionamiento concreto del índice IRPH. Asimismo destaca que la especial dificultad y complejidad que presenta el índice tanto a tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración, cabía exigir una especial transparencia y esfuerzo para ofrecer una información comprensible al consumidor. Se pone de relieve que desde su aplicación el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el Euribor. Y teniendo en cuenta la documentación aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamos y del último valor disponible. Esta información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

3) El **tipo de referencia** establecido por la administración pública correspondiente, en este caso el Banco de España, se incorpora a los contratos de préstamo por medio de una condición general de la contratación. Es decir, en una condición general de la contratación se indica que a un contrato o grupo de contratos determinados se les aplica un índice previamente definido y regulado por el Banco de España. La incorporación del índice por medio de una condición general no convierte ese índice en una condición general (AP Barcelona 18-10-19, EDJ 714036). La parte dedicada a las condiciones generales de la contratación y la cláusula que recoge el tipo de interés variable por referencia al IRPH puede verse en nº 2250.

4) En cuanto a la **fórmula de cálculo** de los índices IRPH se plantea, por un lado que el mismo se encuentra sometido a la intervención y disciplina del Banco de España, así como la capacidad de influencia por la entidad financiera que lo pacta, así como si de esta circunstancia ha sido o no informado al consumidor con el que contrata, y por último si el índice infringe el CC art.1256 en el sentido de que se deja al criterio de una de las partes el cumplimiento del contrato en su aspecto más esencial, como es el aumento o baja del índice que fija el interés variable (JPI Mataró núm 1, 10-2-17, EDJ 5653).

5) El **Defensor del Pueblo** recomendó el 27-10-2017 al Ministerio de Fomento la supresión del índice IRPH Entidades como índice oficial de referencia en los préstamos destinados a financiar la compra de vivienda protegida.

6) Los **diferentes tipos de control** que los órganos judiciales pueden acometer en relación con las condiciones generales de la contratación son los siguientes:

- el control de legalidad (por infracción de norma imperativa);
- el control de incorporación;
- el control de transparencia; y
- el control de abusividad.

7) No se aprecia que la parte demandante haya fundado su pretensión en la falta de superación de este **control de legalidad** (por infracción de norma imperativa) cuando se limita en su demanda a transcribir el contenido de la L 7/1998 art.8.1 pero no indica cual es la norma imperativa o prohibitiva que habría infringido la cláusula IRPH, lo que hace inviable cualquier análisis de la cuestión al no poder el tribunal suplir, en contra del principio dispositivo, esa carencia en el fundamento de la demanda (AP Madrid 16-9-19, EDJ 711677).

8) Las **operaciones de préstamo hipotecario** suelen durar más de la mitad de la vida económica de un consumidor (25 o 30 años) por lo que sí parece exigible, que una obligación de pago que va a repercutir en cerca de la mitad de la vida laboral de una persona, sea explicada con todo lujo de detalles, por su implicación futura, por su durabilidad, por la trascendencia económica que la misma comporta para la economía familiar, al destinar la mayor parte de los ingresos de una familia a su pago (JPI Mataró núm 1, 10-2-17, EDJ 5653).

9) Los **tipos de referencia** son, en último análisis, TAE. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas (Circ BE 5/1994 22-7-94, Exp. Motivos párrafo 4).

10) Véase la parte dedicada a los tipos de control respecto de las condiciones generales de la contratación (nº 2440).

11) Véanse las partes dedicadas a la cuestión prejudicial asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia y a la cláusula IRPH como derivada de una disposición legal o reglamentaria (nº 420).

12) Véase el cuadro de evolución del índice IRPH y su comparación con el Euribor en el capítulo dedicado al régimen jurídico de los tipos de interés oficiales (nº 280).

2. Contrato de préstamo hipotecario

(CC art.1740)

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con **condición de devolver** otro tanto de la misma especie y calidad. **140**

En el **préstamo bancario** el cliente (prestatario) recibe una determinada cantidad de dinero, (capital o principal del préstamo) de una entidad de crédito (prestamista) con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos (cuotas) (Guía de acceso al préstamo hipotecario del BE 2016).

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria (préstamo hipotecario) es un contrato por el que **se garantiza la devolución** del préstamo con un derecho real de hipoteca sobre un inmueble.

Solo pueden ser **objeto del contrato** de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes inmuebles (CC art.1876; LH art.106).

La **finalidad principal** del préstamo hipotecario suele ser la adquisición de un inmueble, aunque también puede dirigirse a financiar su construcción, ampliación o rehabilitación. El inmueble puede estar destinado a vivienda habitual (como sucede en la mayoría de los casos) o a segunda residencia, o bien puede tener uso comercial (oficinas, locales) (Guía de acceso al préstamo hipotecario del BE 2016).

El contrato de préstamo hipotecario ha de documentarse mediante **escritura pública** notarial e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Son **requisitos esenciales** para el nacimiento de la hipoteca (CC art.1280.1, 1857, 1874 y 1875; LH art.145):

- que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal;
- que el inmueble hipotecado pertenezca en propiedad al que lo hipoteca y que el propietario tenga la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto;
- que se otorgue escritura pública; y
- que la escritura pública sea inscrita en el Registro de la Propiedad.

Las escrituras de préstamo hipotecario **formalizan dos negocios jurídicos** de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca (JPI Fuenlabrada núm 1, 26-5-17, EDJ 114578; AP Las Palmas 6-7-17, EDJ 131083).

- 150** La normativa establece un **principio de transparencia** en la contratación de productos financieros, entre los que se incluye el préstamo hipotecario, para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer. Esa transparencia se extiende a los índices a los que pueden ir referidos los intereses variables de un préstamo con garantía hipotecaria.

Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de **informar de manera clara, inteligible y comprensible** sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes, tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación. La información ha de extenderse, igualmente, a los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se produce tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados, así como a la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio (TS 14-12-17, EDJ 254198).

PRECISIONES **1)** La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al **cumplimiento de la obligación** para cuya seguridad fue constituida (CC art.1876; LH art.104).

2) Una característica propia de los préstamos hipotecarios es su condición de **garantía específica**, adicional a la personal, que se pone a disposición de la entidad prestamista y que, normalmente, es el propio inmueble (vivienda). La existencia de la garantía hipotecaria permite que la entidad de crédito ofrezca un plazo dilatado de devolución y un precio (tipo de interés) inferior a otras financiaciones, pero tiene como contrapartida la posibilidad de que la entidad, en caso de impago, cobre la deuda mediante la venta de la vivienda o la ejecución de la garantía hipotecaria (Guía de acceso al préstamo hipotecario del BE 2016).

3) La **Guía de acceso** al préstamo hipotecario del BE 2016 puede consultarse en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folleto/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf

4) Los contratos de préstamo regulados en la L 5/2019 se han de formalizar en papel o en otro **soporte duradero**. En caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, deben formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial (L 5/2019 art.22).

5) El **prestatario** es toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya

finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir (L 5/2019 art.4.1).

6) Una modalidad del contrato de préstamo hipotecario es el **préstamo puente**, que consiste en un contrato de préstamo sin duración fija o reembolsable en un plazo de 12 meses, utilizado por el prestatario como solución de financiación temporal durante el período de transición a otra modalidad de financiación para el bien inmueble (L 5/2019 art.4.22).

7) El sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante **cláusulas predispuestas e impuestas** por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del **control de abusividad** previsto en la Dir 1993/13/CEE y en el RDLeg 1/2007, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente (TS Pleno 3-6-16, EDJ 76680). Véase el capítulo 2 dedicado a las condiciones generales de la contratación (nº 2440).

a. Regulación del contrato de préstamo hipotecario

El contrato de préstamo hipotecario se regula, además de por la legislación civil **160** general (CC y LH), por la siguiente normativa:

- L 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario;
- RDLeg 1/2007 que aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios;
- L 2/1981 de regulación del mercado hipotecario;
- L 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios;
- L 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social;
- OM 5-5-1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (hasta 29-4-2012);
- OM EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (a partir de 29-4-2012);
- Circ BE 5/2012 a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

PRECISIONES **1)** El RDLeg 1/2007 entró en vigor el 1-12-2007. Ha de tenerse en cuenta la fecha del préstamo hipotecario. Si el mismo fue suscrito con anterioridad al 1-12-2007 habrá de tomarse en consideración la L 26/1984 general para la defensa de los consumidores y usuarios.

2) La L 5/2019 incorpora al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en la Dir 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los **contratos de crédito** celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Mediante esta normativa europea se establece un régimen específico de protección de las personas físicas que participen como deudoras, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

3) La L 5/2019 eleva a rango de ley determinados aspectos anteriormente regulados por la OM EHA/2899/2011. No obstante, y como indica su Exposición de

Motivos, al igual que ocurrió con la OM EHA/2899/2011, las **innovaciones en la fase precontractual**, derivadas de la aplicación de esta ley, no son de aplicación a la cartera hipotecaria concedida, ni siquiera como parámetro de enjuiciamiento, como consecuencia de que nos encontramos ante contratos concluidos al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos en cada momento.

4) La OM 5-5-1994 entró en vigor el 11-8-1994 y resultó de aplicación a los préstamos hipotecarios concertados entre dicha fecha y el 29-4-2012, fecha de entrada en vigor de la OM EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

5) La OM 5-5-1994 se aplicaba únicamente a los préstamos cuya garantía hipotecaria **recaía sobre una vivienda** celebrados por personas físicas siempre que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150.000 €.

6) La OM EHA/2899/2011 entró en vigor el 29-7-2011 (excepto sus art.26 a 28 sobre los **tipos de interés** que entraron en vigor el 29-4-2012) y se aplica a los préstamos hipotecarios concertados con posterioridad a dicha fecha.

7) No obstante el **principio de libertad de pactos** (CC art.1255), a tenor del mandato constitucional de protección de los consumidores (Const art.51) es, en el campo de la protección de los consumidores y usuarios, donde más limitaciones hallamos al principio de la autonomía de la voluntad. Ámbito en el que en los contratos que se suscriben se constata una clara situación de preponderancia de una de las partes (AP Albacete 4-3-15, EDJ 37333).

8) Cuando se contrata con un **prestamista** que no es una entidad de crédito, al igual que cuando en la operación interviene un intermediario de crédito, la normativa aplicable es la contenida en la L 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y en el RD 106/2011 por el que se desarrolla aquella.

9) La OM 12-12-1989, sobre **tipos de interés y comisiones**, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito fue derogada por la OM EHA/2899/2011.

10) La Circ 5/2012, de 27 de junio, BE se dirige a las entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, dictando **normas sobre transparencia** de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos en desarrollo y ejecución de la OM EHA/2899/2011.

11) La Circ BE 5/2012 **deroga** la Circ BE 8/1990 a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

12) Véase el análisis de la regulación sobre condiciones generales de contratación (L 7/1988) y sobre cláusulas abusivas (RDLeg 1/2007) en los contratos celebrados con consumidores en nº 2440.

b. Deber de información de las entidades sobre los contratos de préstamo hipotecario

(OM EHA/2899/2011 art.9)

- 170** Las entidades de crédito deben facilitar a todo cliente las **explicaciones adecuadas y suficientes** para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera.