



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**CONTRATO DE
PRÉSTAMO
HIPOTECARIO Y
ESPECIAL REFERENCIA A
LA CLÁUSULA IRPH**

Alumno: Gonzalo Martínez Cruz

Mayo, 2020

RESUMEN.

Este trabajo del ámbito del Derecho Mercantil se concreta en el análisis de las relaciones contractuales que se dan entre una entidad financiera y el consumidor que adquiere un servicio de préstamo hipotecario.

El objetivo principal es analizar, dentro de los elementos del préstamo hipotecario, la naturaleza de las cláusulas de la hipoteca, especialmente, su consideración como abusivas desde la perspectiva de los desequilibrios, impactos y efectos que se produce por las prácticas que realizan las entidades financieras en el momento de su negociación y formulación.

Se ha incido de forma específica en el análisis de la calificación jurídica del tipo de interés IRPH como cláusula abusiva, tras la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se presentan algunas conclusiones jurídicas sobre la necesidad de garantizar el principio de transparencia y equilibrio entre las partes, su vulneración implica efectos negativos personales y sociales.

Palabras clave: Contrato de préstamo hipotecario, Hipoteca, Cláusulas Abusivas, Cláusula IRPH.

ABSTRACT.

This work in the field of Commercial Law addresses the analysis of the contractual relationships that exist between a financial institution and the customer who contracts a mortgage.

The main goal of this work is to analyze, within the elements of the mortgage, the nature of the mortgage clauses, especially, their consideration as abusive from the perspective of the imbalances, impacts and effects produced by the practices carried out by financial institutions, at the time of the contract writing and negotiation.

Specific attention has been given to the analysis of the legal classification of the IRPH interest rate as an abusive clause, after the recent ruling of the Court of Justice of the European Union.

Some legal conclusions are presented on the need to guarantee the principle of transparency and to ensure a fair balance between the parties involved, as its violation involves negative personal and social effects.

Key words: Mortgage loan contract, Mortgage, Abusive Practices, IRPH Clause.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

ABE: Autoridad Bancaria Europea.

AHE: Asociación Hipotecaria Española.

ART: Artículo.

BC: Banco Central.

BCE: Banco Central Europeo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CESCO: Centro de Estudios de Consumo.

DEJ: Diccionario del Español Jurídico.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

IRPH: Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios.

IRS: Interest Rate Swap.

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.

TAE: Tasa Anual Equivalente.

TIN: Tipo de Interés Nominal.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. PRESTAMOS HIPOTECARIOS.....	2
2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EVOLUCIÓN Y CONTEXTO	2
2.2. CONCEPTO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.	4
2.3. CUESTIONES ACERCA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTIDAD DE CRÉDITO Y CLIENTE.	4
2.3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO.	5
2.3.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL INTERÉS.....	7
2.3.3. LA ELECCIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.....	10
2.3.4. LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE).	11
2.3.5. EL EURIBOR Y OTROS INDICES REFERENCIALES.....	12
2.3.6. LAS COMISIONES Y OTROS GASTOS.....	13
2.3.7. LA FORMALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.	15
2.3.8. POSIBLES GARANTÍAS EN LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	16
3. LAS CLÁUSULAS HIPOTECARIAS Y EL CONTROL DE SU LEGALIDAD.....	17
3.1. CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONDICIONES.....	18
3.2. CLÁUSULAS SUSCEPTIBLES DE CONSIDERARSE ABUSIVAS EN UN CONTRATO HIPOTECARIO.....	20
3.3. PROCESO DE RECLAMACIÓN BANCARIA.....	26
4. ESPECIAL REFERENCIA A CLÁUSULAS ABUSIVAS IRPH.	27
4.1. CONCEPTO DE IRPH.....	27
4.2. EL IRPH COMO CLÁUSULA ABUSIVA.....	28
4.3. SENTENCIA DEL TJUE SOBRE IRPH DE 3 DE MARZO DE 2020.....	31
4.4. EFECTOS DE LA SENTENCIA.....	33
5. CONCLUSIONES.....	34
6. BIBLIOGRAFÍA	36

1. INTRODUCCIÓN.

Este Trabajo de Fin de Grado (TFG) se enmarca en el ámbito del Derecho Mercantil y se centra en el estudio del préstamo hipotecario en cuanto que instrumento de financiación, prácticamente, necesario para la adquisición de una vivienda en propiedad.

Disponer de una vivienda tiene una dimensión personal y social y, además, es un derecho constitucionalizado¹. Tanto sociológica y jurídicamente se puede aceptar que responde, pues, a una necesidad con un alto impacto en la sociedad. Algunos datos significativos pueden corroborarlo: el 78% de los españoles optan por una vivienda en propiedad; en datos de 2017 el porcentaje de viviendas que se adquieren mediante concesión de préstamos hipotecarios es de un 68%². Se estima que el porcentaje de renta destinado al pago de una hipoteca no debería sobrepasar en 40% del total. Con estas variables podemos concluir la importancia del préstamo hipotecario tanto para las personas como para las instituciones financieras.

El primer objetivo, por consiguiente, se centra en el estudio legal y doctrinal del préstamo hipotecario que desarrollamos en el apartado 2, incluyendo una referencia histórica y estructurando su desarrollo para la comprensión técnica y regulatoria de esta figura contractual.

En el apartado número 3 se avanza en el siguiente objetivo. La naturaleza contractual del préstamo hipotecario integra las denominadas condiciones del préstamo, entre ellas las cláusulas, procedemos a analizarlas para contextualizar el posterior análisis de las denominadas “cláusulas abusivas”. La finalidad de este apartado es analizar la naturaleza conceptual, legal y jurisprudencial del desequilibrio que se produce entre los derechos y obligaciones que nacen del contrato hipotecario, cuando se genera una posición de abuso de una de las partes (la entidad financiera) frente al usuario, conculcando el consentimiento explícito de este y por consiguiente atentando contra el principio de buena fe.

El apartado número 4 plantea de forma específica los efectos del concepto de práctica abusiva respecto al índice de referencia de préstamos hipotecarios IRHP. El análisis se realiza sobre la jurisprudencia que ha ido construyéndose ante las demandas interpuestas en los tribunales de justicia europeos y nacionales, para determinar los efectos jurídicos y los avances que se están produciendo en pro de una defensa de la protección de los usuarios ajustando los términos de legalidad de los contratos hipotecarios.

En el apartado 5 se indican las conclusiones sobre las cuestiones planteadas en el TFG

¹ Derecho de los Españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Artículo 43. Constitución Española 1978.

² La ratio ventas/hipotecas en 2017: 464.423 viviendas, 310.096 préstamos hipotecarios. Fuente: INE.

y las aportaciones y experiencias personales obtenidas con la realización del trabajo. En el apartado 6 se incluye las referencias bibliográficas, doctrinales y jurisprudenciales consultadas.

Por último, es necesario realizar una referencia a las orientaciones realizadas por la tutora profesora Trinidad Vázquez Ruano, que me ha facilitado abordar la realización del TFG.

2. PRESTAMOS HIPOTECARIOS.

Estudio legal y doctrinal del préstamo hipotecario.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EVOLUCIÓN Y CONTEXTO .

Planteamos los antecedentes históricos de la operación de préstamo hipotecario para demostrar la importancia social y jurídica que siempre ha tenido. Contextualizamos social y económicamente el desarrollo de los préstamos hipotecarios³.

El préstamo como mecanismo para obtener una cantidad de dinero que genera una deuda a devolver con intereses, ha formado parte de las relaciones sociales desde las civilizaciones antiguas y en relación con el desarrollo de la propiedad privada.

Los antecedentes de la evolución del concepto de hipoteca podemos situarlo en el Derecho Romano orientado a establecer mecanismos que garantizase la devolución y garantías del cobro de una deuda. Estas garantías podrían incluir la entrega directa de un bien previamente (Fiduciaria) o establecerse la garantía si el desplazamiento del bien al deudor (Prenda), variante más habitual en las operaciones sobre adquisición de tierras y que configura los antecedentes del actual concepto de hipoteca. La generalización de este mecanismo se debió, también, en la medida que se avanzaba en la seguridad jurídica mediante los registros de propiedad que formalizaban estos préstamos con garantías.

En el contexto de la ruralización de la Alta Edad Media se extendió como forma de adquirir la propiedad de la tierra, quedando estas en garantía en caso de no atender el pago o las contraprestaciones, normalmente en especie, en el marco de las relaciones feudales.

Otro hito a resaltar en esta evolución histórica se da en el proceso de industrialización con la emigración a los centros urbanos y el desarrollo del estado del bienestar, contexto en la que la adquisición de la vivienda desarrolla el mecanismo de la hipoteca.

El sistema de adquisición de viviendas se realizaba, (años 60 y 70 del siglo XX),

³ La Historia de la Hipoteca. <http://www.hipotecainmobiliaria.es/historia-de-la-hipoteca/>

mediante las promociones de viviendas y el mecanismo del préstamo se articulaba formalizando las devoluciones de las cantidades prestadas e intereses mediante el compromiso a través de “letras” pagadas en plazos determinados, los incumplimientos producían la condición resolutoria del préstamo que implicaba la devolución del inmueble, que actuaba como garantía.

El crecimiento poblacional y urbano, la conformación de una clase media muy amplia y las tendencias sociales por optar a la adquisición de la vivienda, crearon las condiciones para el desarrollo de la utilización del préstamo hipotecario. Jurídicamente, evolucionó dotándose de mayor seguridad en el establecimiento de las condiciones y términos del contrato del préstamo (escritura notarial).

Por otra parte, la alta demanda generó el desarrollo de un mercado competitivo que ofertaba y facilitaba préstamos hipotecarios, pasando a ser uno de los productos más atractivos para las entidades financieras (cajas de ahorro y bancos). Esta tendencia se mantuvo al alza durante el comienzo del Siglo XXI con dos factores añadidos; mayor demanda de adquisiciones por generaciones de emigrantes asentados, demanda de adquisiciones de segundas viviendas y compras con fines especulativos (lo que se ha denominado la burbuja inmobiliaria).

Jurídicamente, el préstamo hipotecario mantiene como garantía de pago la propiedad del inmueble a la entidad financiera en los supuestos en los que el cliente no cumpliera con los términos de los pagos de cuotas correspondientes por el préstamo concedido, procediéndose por la entidad a realizar la venta del inmueble para resarcirse de la deuda pendiente.

En este contexto descrito se produce algunos efectos: relajación de las condiciones para que las entidades aprobasen la concesión de préstamos hipotecarios; Ampliación temporal de la vida de la hipoteca; Financiación casi completa del precio de adquisición de la vivienda; Incremento de los intereses; Desarrollo de actividades de intermediación de préstamos hipotecarios; Exceso de financiación; necesidades crecientes de recursos financiero por las entidades de crédito. Estos efectos terminan generando una crisis, fundamentalmente financiera, que va incidir en la economía y con efectos jurídicos y sociales asociados a este mecanismo de financiación (préstamo hipotecario).

Para los objetivos de este trabajo, no hemos profundizado en los aspectos económicos y financieros de la denominada “Crisis de la Burbuja Inmobiliaria”⁴, sí enmarcar un escenario en el que se va a cuestionar la situación de seguridad jurídica en la que se encontraban los usuarios de los préstamos hipotecarios respecto a las cláusulas abusivas y que se han ido

⁴ Campos Echeverría, Burbuja inmobiliaria española. Marcial Pons (2008).

abordado jurisdiccionalmente.

2.2. CONCEPTO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

La adquisición o compra de una vivienda adquiere importancia para cualquier persona por la cuantía económica que supone y la necesidad habitual de recurrir a la financiación mediante préstamos que, a su vez, genera efectos futuros sobre las rentas de las personas solicitantes⁵.

Estos efectos suscitan la necesidad de disponer de información y conocimiento de los clientes que pretenden acceder a concertar un préstamo hipotecario con las entidades financieras. Información que le permita realizar comparativas de las diferentes ofertas en el mercado sobre préstamos hipotecarios que puedan resultarles más beneficiosos para la viabilidad y sus intereses personales.

Precisamos el concepto de préstamo hipotecario, según la terminología mercantil, definimos el préstamo hipotecario como la operación financiera por la cual un prestatario, que será el cliente de la entidad bancaria, obtiene una cuantía dineraria de la que requiere por parte de la entidad, que será la parte prestamista de la operación de préstamo hipotecario. El prestatario beneficiado del préstamo, se obliga a la devolución del préstamo concedido a través de las cuotas bancarias, en los términos y plazos previstos en el contrato, y que son de obligado cumplimiento para el prestatario. En virtud de este contrato de préstamo, surge, además, un derecho de carácter real e indivisible del prestamista sobre los bienes inmuebles del propietario en caso de incumplimiento de los términos pactados⁶.

La finalidad esencial que tiene el préstamo hipotecario es posibilitar al prestatario adquirir un inmueble para su propiedad, sin perjuicio de otros posibles fines (construcción, ampliaciones, etc.).

2.3. CUESTIONES ACERCA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTIDAD DE CRÉDITO Y CLIENTE.

Tras precisar el concepto del préstamo hipotecario, en este apartado abordamos el

⁵En relación al tanto por ciento de los ingresos que se obtienen y que deben ser destinados para la financiación de la hipoteca, muchos expertos en la materia indican que el porcentaje más coherente que se debe destinar de ser en torno al 30% o 35%.

⁶ Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, Editorial Bosch (2008).

conjunto de elementos que engloban este tipo de contrato, realizando una clara diferenciación entre elementos personales y elementos técnicos que nos ayuden a comprender mejor el contenido de este contrato.

2.3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Como elementos personales que figuran en el contrato de préstamo hipotecario debemos hacer mención al prestamista y al prestatario. El prestamista es la entidad que entrega la cantidad de dinero a la otra parte del contrato que lo ha solicitado, a cambio de su devolución en el tiempo incluyendo un interés. El prestatario es la persona que, como contrapartida por la cantidad de dinero recibida por el prestamista, se compromete con éste a efectuar la devolución de la cantidad económica en el plazo y término previsto en el contrato que se formaliza⁷.

Para formalizar el contrato, jurídicamente, es requisito que ambas partes tienen que estar en condiciones facultativas de poder firmar lo estipulado en el contrato. o, dicho de otro modo, que no se encuentren incapacitados para la firma del mismo, situación que haría que contrato careciera de validez.

Respecto a los elementos técnicos no referimos de forma específica al capital, la cuota que afecta al préstamo, la amortización, el plazo estipulado, los intereses y las comisiones. Todos estos elementos, como veremos a continuación, afectan al desarrollo del préstamo hipotecario entre las dos partes contractuales.

□ Capital.

Debemos entender por capital la cantidad económica que presta la entidad al particular con el cual concreta la operación. El capital constituye la suma del capital prestado más los intereses que corresponden a pagar en el plazo convenido a través de las cuotas. Respecto al capital máximo al que se podrá optar en la búsqueda de la financiación, éste depende de una serie de factores:

1.- Por un lado, necesariamente los ingresos disponibles de los prestamistas. Lo más común y recomendado es que la cuota mensual correspondiente al préstamo no supere el 30 o 40% respecto a los ingresos mensuales netos.

2.- También se ha de considerar el valor de la vivienda. Por lo general, las entidades apuestan por financiar hasta el 80% del valor de tasación de la vivienda, y alrededor de un 60% si se tratase de una segunda vivienda.

⁷ Definición recogida en el Diccionario financiero de Kredito24.

☐ **Cuotas.**

Un segundo elemento técnico del préstamo hipotecario es la cuota. La cuota es el importe que un determinado cliente paga a la entidad con la cual contrae la hipoteca. Lo habitual es que las cuotas sean de carácter mensual, pero bien es cierto, que se puede estipular otras temporalidades del pago⁸.

En la actualidad, existen diferentes simuladores hipotecarios que prestan un gran servicio, ya que permiten conocer con anterioridad el importe de las cuotas referidas al pago correspondiente de la hipoteca. Su funcionamiento es básico y asequible para los usuarios, ya que consiste simplemente en introducir una serie de datos como pueden ser el precio de la propia vivienda, el plazo previsto de devolución de hipoteca o los intereses correspondientes.

☐ **Amortización.**

Como tercer elemento técnico debemos mencionar la amortización. Ésta consiste en un procedimiento caracterizado por la devolución por el particular del dinero prestado por parte de la entidad, a través de desembolsos económicos por parte del cliente de manera parcial o periódica y que está incluida en la cuota.

La amortización suele ser de tipo anticipada, es decir que la devolución del capital se va produciendo temporalmente antes del vencimiento del plazo final del contrato efectuado por las partes. Así pues, la amortización total de la hipoteca se produce en el momento en el que se ha devuelto la totalidad del capital prestado. Cabe destacar que lo común y habitual es que en cada cuota quede pagado una parte del capital que esté pendiente de pago más los respectivos intereses, que varían en función del tipo de préstamo contratado.

☐ **Plazo.**

El cuarto elemento técnico que conforman el contrato de préstamo hipotecario es el plazo, que podemos definir como el periodo de tiempo establecido para la devolución del capital y de los respectivos intereses pactados en el contrato de préstamo hipotecario.

Por lo general, el plazo máximo para establecer una hipoteca es de 30 años. El plazo tiene efectos importantes para el particular pues dependiendo de la duración tiene impacto en el precio final de la adquisición de la vivienda, ya que, a mayor plazo, la cuota temporal incluye mayor proporción de pagos de interés⁹

⁸ Ruiz De Velasco y Del Valle, *Manual de derecho mercantil*. Comillas. Edición 3. (2003).

⁹ Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Técnos (1983).

☐ Intereses.

Respecto a los intereses debemos decir que son el “precio” por el capital que nos han prestado y que se debe de pagar en la respectiva cuota, en función del capital que quede pendiente y el tipo de interés pactado. Cabe destacar que el tipo de interés puede ser fijo, en el caso de que no varíe durante el transcurso del préstamo o, por el contrario, puede ser variable si varía en algún determinado momento. Este elemento es el que permite diferenciar entre hipotecas a tipo fijo e hipotecas a tipo variable, las cuales se abordan posteriormente.

☐ Comisiones.

Las comisiones es el último elemento técnico que forma parte del contrato de préstamo hipotecario. Las comisiones son cantidades económicas que cobran las entidades por la realización de diversos servicios asociados a la formalización del contrato hipotecario.

La gran parte de las entidades financieras cobran comisiones en los préstamos hipotecarios, como puede ser comisión de apertura, de amortización total o parcial, etc. Si bien es cierto algunas entidades han optado por eliminar las comisiones, pero verdaderamente en la práctica son escasas las entidades que no incluyen comisiones en los contratos de préstamo estipulados con los clientes. La cuestión de las comisiones está siendo objeto análisis jurídico por los tribunales en relación a la ilicitud del cobro de las mismas por las entidades financieras.

2.3.2. ASPECTOS RELACIONADOS CON EL INTERÉS.

Como ya se ha mencionado anteriormente el tipo de interés se trata del precio que cobra (interés) a una determinada entidad financiera por la concesión del préstamo hipotecario a la otra parte, es decir, el cliente. En este apartado nos centramos en el interés.

El tipo de interés se expresa como un porcentaje y se encuentra referido a un determinado espacio de tiempo, normalmente con temporalidad anual. Determina el coste financiero para el consumidor por la deuda contraída con la entidad bancaria, por lo que su pago queda incluido en la respectiva cuota.

Es conveniente realizar una precisión. A veces, se utiliza la expresión “tipo de interés” e “interés” como palabras sinónimas. Sin embargo, es importante resaltar que cuando hablamos de tipo de interés se expresa en un tanto por ciento, mientras que cuando nos referimos a interés hacemos referencia a la cantidad dineraria total a pagar por intereses y, por tanto, no se mide en tanto por ciento, sino que se mide en unidades de carácter monetario (normalmente en euros).

El tipo de interés cobra notoria importancia desde la perspectiva de las entidades financieras, ya que mediante esta variable se pueden medir el riesgo que afrontan con sus clientes. En este sentido, es una compensación que toman las entidades por la posible incertidumbre al que se enfrentan al conceder un préstamo ante el riesgo de que no se efectúe la devolución del capital prestado. Obviamente, esto quiere decir que cuanto menor sea el riesgo de la operación financiera, las entidades financieras posibilitarán una mayor flexibilidad para la reducción del tipo de interés.

En el préstamo hipotecario, existen dos cuestiones de importancia que nos permiten valorar el posible riesgo de la operación y que afectan directamente sobre el tipo de interés, estas son:

1.- Por un lado, está la calidad de la garantía, que engloba diferentes factores como pueden ser la calidad crediticia que ostenta el cliente solicitante del préstamo, posibles avales que incluya, seguros que aporte, etc.

2.- Por otro, hay que considerar el plazo de vencimiento, ya que influye de manera directa en relación con el riesgo que adquiere la operación de préstamo hipotecario, pues, como resulta lógico, cuanto más prolongado temporalmente sea el plazo de amortización del préstamo, existirá un mayor riesgo y posibilidad de que pueda darse o producirse un acontecimiento sobrevenido que cuestione y ponga en duda el cumplimiento de lo fijado en el contrato entre cliente y entidad. (cómo ejemplo es significativo, la situación económica creada con la crisis a las que nos referido en el apartado “antecedentes”).

Por tanto, podemos concluir que el tipo de interés debería de ser menor cuanto menor sea el plazo acordado para la amortización de la deuda.

El sistema español del mercado hipotecario presta diferentes modalidades referidas al tipo de interés, las cuales son:

☐ **Préstamos a interés fijo:**

El préstamo de interés fijo se caracteriza porque el interés estipulado permanece de manera constante durante la vida del préstamo, sin verse afectado por variación alguna. Dicho de otro modo, independientemente de que suban o bajen los tipos de interés en el mercado de valores, el cliente pagará siempre la misma cantidad.

Esta modalidad de préstamo a interés fijo tiene como principal ventaja la seguridad al prestatario, ya que queda protegido en el caso de una posible subida del tipo de interés que no

lo afectarían. Aunque, por contrapartida, tampoco podría beneficiarse en las coyunturas bajistas favorables que puedan incidir en los referentes utilizados para determinar los tipos de interés a aplicar (como la situación que se ha producido en los últimos años). En definitiva, esta modalidad se desconecta de los cambios del mercado.

☐ **Préstamos a interés variable:**

En esta modalidad, el tipo de interés queda revisado en los plazos previstos en el contrato entre la entidad y el cliente. Por lo general, los plazos en los que se revisa el tipo de interés suelen ser de seis o de doce meses.

Para el proceso de efectuar la revisión del tipo de interés el procedimiento consiste en vincular a un índice de referencia el tipo de interés, y se le suma un margen o diferencial, de manera que así se incorpora la medida de riesgo del cliente y que ha sido asumida por la entidad, con efectos del posible aumento o disminución en el pago correspondiente de los intereses derivados del préstamo.

La ventaja de esta modalidad, en parte ya referida, es permitir la posibilidad que el prestatario pueda beneficiarse con motivo de una bajada de los tipos de interés, aunque corre el riesgo de que pueda darse una subida de los tipos de interés que dé lugar a un encarecimiento de la cuota a pagar y se vea el cliente visiblemente perjudicado por esta subida.

☐ **Préstamos a tipo de interés mixto:**

Otra de las fórmulas o modalidades utilizadas son los préstamos a tipo de interés mixto. Este tipo de préstamos tienen la particularidad de que cuentan con un periodo inicial durante un determinado tiempo en el cual el interés a pagar por el cliente permanece fijo, sin sufrir variación alguna y una vez transcurrido ese tiempo pueden darse dos posibilidades distintas:

1.- Que el tipo de interés pase a ser de carácter variable ajustándose a la realidad actual del mercado que haya en ese momento.

2.- Que la entidad y el prestatario negocien de nuevo esa parte contractual y acuerden un nuevo tipo de interés fijo. Podemos decir que, con esta modalidad, se combinan tanto las ventajas e inconvenientes de ambas modalidades de tipos de intereses (fijo y variable), ya que los riesgos que pueden derivarse quedan de manera más diluida, debido a que los plazos o periodos estipulados se ven acortados.

2.3.3. LA ELECCIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

Es este apartado profundizaremos sobre aspecto más concreto que se derivan de las diferentes modalidades del tipo interés que se aplique al préstamo hipotecario, también de las repercusiones que pueden tener desde la perspectiva del cliente (negativas o positivas).

Inicialmente contextualizamos algunos aspectos relevantes del mercado hipotecario. En nuestro ámbito, es el Banco Central Europeo (BCE) quien se encarga de regular el tipo de interés correspondiente dentro de la eurozona¹⁰. El objetivo principal que tiene el BCE es asegurar la estabilidad de precios del sistema financiero con el propósito de que la inflación no supere el límite establecido del 2%.¹¹

Esta intervención regulatoria tiene significación pues al fijar el tipo de interés oficial que emite el BCE afecta a los tipos de interés que ofertan las entidades prestadoras. Las oscilaciones a la baja o al alza del precio oficial del dinero general una cadena que afecta al cliente final de la hipoteca.

Las hipotecas de tipo variable son las más contratadas en España¹². En esta modalidad la cuota a pagar inicial suele ser más asequible debido a que la cuantía económica que se requiere pagar en la mensualidad inicial es menor también. Otra ventaja es que en esta modalidad el préstamo permite prolongarse más en el tiempo, es decir, que se dispone de más tiempo para efectuar la devolución total. Por último, las comisiones que se imponen a los clientes suelen ser menores si las comparamos con las restantes modalidades de préstamo.

Las desventajas están referidas a la ya indicada por la tipología de la modalidad, modificación en el tiempo del tipo de interés aplicado y de forma complementaria por que los plazos de amortización tienden a ser mayores con respecto a los plazos de amortización de la hipoteca de tipo de interés fijo.

En la Modalidad de tipo de interés fijo, indicábamos la estabilidad en el tiempo del tipo de interés, esto permite un análisis fiable sobre la provisión de recursos a destinar, así como la posibilidad (en contraste con una posible tendencia al alza del tipo de interés) puede beneficiar el coste económico final de la adquisición de la vivienda. Si bien, también, las cuotas de carácter mensual tienden a ser mayores, sobre todo durante los primeros años que da comienzo el

¹⁰ Art. 282 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹¹ Art. 127 del 282 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹² Según el Instituto Nacional de Estadística, el 54,7% de las hipotecas sobre viviendas se constituye a tipo variable y el 45,3% a tipo fijo.

préstamo hipotecario. Por otro lado, cuando los clientes contratan hipotecas de préstamo fijo, las entidades bancarias tienen a añadir comisiones de apertura considerablemente elevadas.

Como conclusión, una vez referidas las distintas modalidades y criterios para su elección, debe valorarse por cada consumidor de manera individual la modalidad del tipo de interés que más le beneficie y que se adapte mejor a su situación actual y futura en términos de disponibilidad económica. La elección conlleva, sin duda riesgos, pues opera en el contexto del mercado financiero y en el contexto económico y laboral que pueda incidir en los particulares.

2.3.4. LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE).

En este apartado planteamos la Tasa Anual de Equivalencia (TAE), un elemento que adquiere importancia en préstamo hipotecario y en relación con el interés a aplicar, puesto que indica el coste o precio que los usuarios deben de pagar a las entidades por la concesión del préstamo.

El antecedente que se utilizaba para obtener el coste de una operación de préstamo era la TIN, si bien quedó en desuso ya que no tenía en cuenta aspectos tan relevantes como el plazo del préstamo y las diferentes comisiones que afectaban al mismo, limitando el conocimiento del coste total.

El regulador (Banco de España) estableció (1990) un indicador que aportase con certeza el valor monetario total que un cliente debe devolver a la entidad bancaria por la concesión de un préstamo. Constituye, por tanto, un avance en la transparencia en los contratos de préstamos hipotecarios y facilita un conocimiento comparativo más efectivo para los clientes al unificar todos los elementos que van a afectar a los costes de devolución del préstamo.

Técnicamente, la TAE, es una magnitud que se expresa de manera porcentual¹³ y que expresa el valor real que toma la operación de préstamo hipotecario, el coste del préstamo en cuestión y también el rendimiento, al incluir en su cálculo los gastos y comisiones aplicados por la entidad. ¹⁴

El valor informativo al que nos hemos referido se potencia mediante la obligación que tienen las entidades de dar publicidad e incluirlo en la información aportada a los clientes¹⁵.

¹³ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE. núm. 261.

¹⁴ Castillo Delgado, *Análisis del sistema financiero y procedimientos de cálculo*. Aranzadi (2012).

¹⁵ Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.

Concluimos indicando que la TAE es la manera más eficaz de informar del precio real y verdadero del coste de la operación financiera de préstamo entre entidad y cliente, de manera que engloba el conjunto de prestaciones y contraprestaciones que se dan entre el prestamista y el prestatario dentro de la relación contractual que tienen¹⁶.

2.3.5. EL EURIBOR Y OTROS INDICES REFERENCIALES.

Una vez determinada la modalidad del tipo de interés se deberá optar o aceptar el índice de referencia que va a afectar al préstamo. Índices reconocidos por el Banco de España. En este apartado haremos referencia a los principales índices en el actual sistema financiero español.

El índice más utilizado en los préstamos hipotecarios con interés variable es el Euribor (aplicado desde 1999). Se obtiene mediante el cálculo del tipo de medio de interés establecido en las diferentes operaciones financieras que se llevan a cabo entre los principales bancos europeos de la zona euro y se gestiona su publicidad a través de una agencia especializada de noticias financieras (Reuters)¹⁷.

El segundo índice es el IRPH que será objeto de un análisis detallado en los siguientes apartados por ser objetivo de su consideración en relación con la problemática surgida respecto al carácter de cláusula abusiva que se ha estimado por su utilización.

Otros índices de referencia son el IRS, con un carácter más estable (menos fluctuante), calculado mediante la media de tipos de interés diarios negociados y proyectados en una perspectiva a cinco años. Con menor relevancia, también se utiliza índices calculados respecto al tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública, o el tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años para adquisición de vivienda libre. El MIBOR es un indicador de referencia de ámbito español referido a un interés de los préstamos interbancarios.

Un aspecto relevante sobre los diferentes índices de referencia es la polémica jurídica que se ha ocasionado como consecuencia de las prácticas realizadas por las entidades financieras al incorporar cláusulas que, posteriormente, han sido consideradas como prácticas abusivas y que han generado un perjuicio considerable para los clientes.

¹⁶ Garbajosa Chaparro, *Productos, servicios y activos financieros: Manual*. Aranzadi. (2010).

¹⁷ Se trata de una agencia de noticias con sede en el Reino Unido encargada de suministrar información a medios de comunicación y mercados financieros

2.3.6. LAS COMISIONES Y OTROS GASTOS.

Las entidades bancarias no sólo se limitan al préstamo, en sentido estricto, de entregar una determinada cantidad de dinero a los clientes y que posteriormente le sea devuelto con intereses, sino que lleva a cabo la realización de otros servicios asociados que, si bien, van dirigido a aportar viabilidad a la operación de préstamo hipotecario que se pretende, en ocasiones suponen un coste adicional para el cliente en favor de la entidad que los realiza¹⁸.

Para que la entidad pueda reclamar una cantidad adicional económica como consecuencia de los servicios que ha realizado, se requiere que tales servicios hayan sido comunicados previamente al cliente en su alcance y costes, estén justificados como necesarios para la obtención del préstamo hipotecario, se hayan prestado efectivamente y de forma satisfactoria para el cliente.

En relación a estos servicios, las comisiones y gastos que se imponen a los clientes son las siguientes:

☐ **Comisión de apertura.**

Esta se cobra al inicio, de una sola vez y generalmente se incluye en ella el coste derivado del estudio¹⁹ o la concesión del préstamo en cuestión, así como determinados trámites y gestiones de obligada realización para la formalización del contrato y la operación y disposición de los fondos prestados a los clientes.

La comisión de apertura, por lo general, suele corresponder en su cuantía a un porcentaje respecto a la cantidad que se presta y normalmente se efectúa cuando tiene lugar la firma del contrato de la operación.

☐ **Comisión por cambio de moneda.**

Puede darse el caso que sea necesario una comisión extra derivada del cambio de divisas relativo al préstamo. En tal caso, la entidad cobra una comisión a los clientes por el cambio al euro del importe del préstamo que ha sido contratado en otra moneda.

☐ **Comisión por emisión de cheque bancario.**

Esta comisión se aplica cuando los clientes solicitan que, en lugar de emitir un cheque a nombre de la persona que ostenta el préstamo concedido, la emisión del cheque bancario se

¹⁸ Art. 3. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

¹⁹ Si en la comisión de apertura no se incluyen los gastos derivados del estudio de la operación, estos gastos serán reflejados por la entidad de manera separada.

dirija en beneficio de una tercera persona. Esta práctica, da lugar a que la entidad imponga una comisión adicional, sin embargo, no suele resultar de una cuantía muy elevada para los clientes que lo soliciten.

☐ **Comisión por subrogación por cambio de deudor.**

En primer lugar, para abordar esta cuestión de la comisión por subrogación, lo primero que debemos saber es que la entidad debe aceptar la subrogación. El claro ejemplo aparece cuando hay una hipoteca sobre una vivienda, y se pretende que el nuevo comprador de la vivienda se subroga en el lugar del primer comprador, haciéndose este nuevo comprador cargo de la parte restante de la hipoteca concedida. En este caso las entidades están en su derecho de imponer comisiones por tal práctica²⁰.

☐ **Compensación por desistimiento y riesgo de tipo de interés.**

Esta comisión tiene como propósito proteger a la entidad en caso de que sus clientes concluyan el préstamo antes del plazo fijado y establecido en el contrato. Ante esta situación, que ocurre en la práctica en algunas ocasiones, lo que se persigue es que la entidad no sufra un considerable perjuicio económico por el pago anticipado de la deuda, para ello impone al cliente el pago de una determinada cantidad en términos porcentuales²¹.

☐ **Comisión por interés de demora.**

Esta comisión se origina en el momento en el que deudor del préstamo se demora o retrasa en el cumplimiento del pago de una determinada cuota en favor de la entidad. Es entonces cuando la entidad exige la correspondiente comisión por el retraso del pago.

☐ **Otros gastos.**

Por otra parte, la entidad no solo lleva a cabo prestación de servicios e imposición de comisiones por el acontecimiento de diferentes circunstancias, sino que, como consecuencia del proceso formativo del préstamo hipotecario, a veces se requiere de gastos que deberán posteriormente ser exigidos por la entidad a sus clientes. Algunos de estos gastos son: gastos de la tasación de la vivienda, gastos del seguro de daños, gastos a efectos de la comprobación

²⁰ Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. BOE núm. 80, de 04/04/1994.

²¹ Ley 41/2007, de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

de la situación de la vivienda en el registro, gastos notariales, gastos registrales y gastos propios de la elaboración del contrato.

2.3.7. LA FORMALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

Para la realización del contrato de préstamo hipotecario se requieren un conjunto de formalismos y pautas para su perfeccionamiento. A continuación, enumeraremos las pautas que deben seguirse para la formalización del préstamo:

1. Formalizar la solicitud del cliente. A través de la solicitud se manifiesta la voluntad del cliente de iniciar el proceso para contratar un préstamo hipotecario para un fin justificado que, por lo general, será para adquirir una vivienda, así como la indicación de la necesidad de financiación que requiere.
2. Análisis de viabilidad. La entidad procede a analizar las condiciones personales y de solvencia del cliente, para lo que requerirá la aportación inicial de documentación asociada (Documentos como Documento Nacional de Identidad, estado civil, información acerca del Registro de la Propiedad, nóminas, avales, etc.).
3. Tasación de la vivienda. Esta acción es sumamente importante para determinar la cantidad que se somete al préstamo, ya que, por lo general, las entidades no acostumbran a financiar préstamos más allá del 80% del valor real de la vivienda.
4. Determinación de garantías. La entidad de crédito puede estimar la solicitud al cliente de garantías que vayan dirigidas a minimizar el riesgo de la operación.
5. Negociación de cláusulas. Las partes contractuales negocian el conjunto de cláusulas que van a constituir el contenido del préstamo hipotecario, especialmente, aspectos relevantes como amortización, plazo, tipo de interés, etc., de manera que tanto entidad como cliente concluyan un acuerdo sobre estas cláusulas que afectan a la operación.
6. Valoración del cliente. Está referido al conocimiento del cliente de los términos que afectan al préstamo hipotecario, posibilitando el análisis comparativo con otras ofertas de mercado hipotecario.
7. Formalización y validez del contrato. Cuando ambas partes han alcanzado un acuerdo en lo referente al préstamo, ese acuerdo será entregado ante notario de manera que haga efectiva la escritura pública.
8. Generación y pagos de tributos y servicios asociados. Posteriormente se derivan una serie de tributos en base a esta escritura como son el IVA, Impuesto de actos documentados, tasas

de notaría, etc. Así como se abonarán los gastos pertinentes que recaen sobre los clientes por los servicios y actuaciones llevadas a cabo por las entidades.

9. Registro público de préstamo hipotecario. Se procederá a inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

2.3.8. POSIBLES GARANTÍAS EN LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Las garantías es otro de los elementos que configuran el préstamo hipotecario y van dirigidas al cumplimiento de lo estipulado en el contrato de préstamo hipotecario, respecto a la devolución de la deuda contraída en tiempo y forma según lo acordado y pactado por las partes.

La finalidad de las garantías es la protección a los acreedores, en este caso la entidad financiera, frente a diversos riesgos que puedan derivarse por parte del deudor²².

Los tipos de garantías son los siguientes:

- ☐ **Préstamo con garantía personal.** Este préstamo se caracteriza porque el prestatario afronta la deuda con todo su patrimonio, es decir, con los bienes y derechos personales, tanto presentes como futuros, de manera que ningún bien concreto queda anclado o sujeto al pago del préstamo de forma especial.
- ☐ **Préstamo con garantía real.** En este caso el deudor o prestatario aporta como garantía el aval de determinados bienes tanto presentes como futuros o bienes de otra persona autorizada, con el firme propósito de que el préstamo pueda ser concedido. La principal modalidad dentro de los préstamos con garantía real es el señalamiento del inmueble que se adquiere y ha sido objeto de la concesión del préstamo hipotecario.

Los préstamos con garantía real pueden ser de diferentes tipos atendiendo al contenido del préstamo, así se distinguen:

- o Hipotecas unilaterales. Tal como su denominación indica, requiere solo, inicialmente, la voluntad y aceptación de una de las partes contratantes para que la hipoteca quede constituida, en este caso el cliente, aunque, la parte acreedora podrá aceptar o no posteriormente la hipoteca en un plazo determinado²³.

²² Alfaro Aguilar-Real, *Derecho Bancario*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. Núm. 2 (2000).

²³ Art. 141. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27/02/1946.

- o Hipotecas bilaterales. Se constituye en basen a que generan obligaciones de forma simultanea para las dos partes contratantes, es decir, tanto para el cliente como para la entidad prestamista.
- o Hipotecas Solidarias. Se refiere a los supuestos cuando el bien hipotecado queda fraccionado o dividido, teniendo en cuenta que cada parte o fracción responde respecto a la totalidad del cumplimiento de la obligación estipulada en el contrato²⁴²⁵.
- o Hipotecas voluntarias. Quedan consumadas cuando ambas partes han optado por establecer el préstamo de común acuerdo y libremente.
- o Hipotecas de seguridad. En estas, antes de determinar los elementos principales que componen la obligación, se crea previamente una garantía para responder a una obligación futura, quedando limitada, en el supuesto de la ejecución de la hipoteca al importe del bien acordado como garantía²⁶.
- o Hipotecas de responsabilidad limitada. En la hipoteca de responsabilidad limitada, la responsabilidad del deudor queda limitada únicamente al importe total del bien que está hipotecado²⁷.
- o Hipotecas inversas o revertidas. La particularidad de estas hipotecas es que van dirigidas a dos sectores poblacionales de personas con edad superior a 65 años y también a personas en situación de dependencia. El procedimiento consiste en que al titular de un inmueble se les concede un préstamo anticipado, normalmente mediante aportaciones mensuales, con la garantía de reinversión de la propiedad del inmueble, en su momento, a la entidad que le ha otorgado el préstamo, siendo este la garantía de la hipoteca.

3. LAS CLÁUSULAS HIPOTECARIAS Y EL CONTROL DE SU LEGALIDAD.

Tras presentar en el apartado segundo los elementos conceptuales y técnicos de las operaciones contenidas en el préstamo hipotecario y, en alguna medida, los efectos que se

²⁴. Art. 123 y Art. 124. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27/02/1946.

²⁵ Aunque es posible acceder por el acreedor hipotecario a la división del bien y la correspondiente división de la hipoteca. En este caso la hipoteca recae de forma específica sobre las divisiones aceptadas

²⁶ Art. 142. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27/02/1946.

²⁷ Art. 121, Art. 123 y Art. 140. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27/02/1946.

derivan sobre el cliente, en este apartado se pretende avanzar en las denominadas “cláusulas abusivas”.

La estructura seguida se inicia con la delimitaciones conceptuales, legales y jurisprudenciales, con el propósito de ir construyendo una premisa que gira en torno a la posición de desequilibrio entre las partes cuando las cláusulas de contrato hipotecario generan, por diversas causas, una posición de abuso respecto al cliente que concluye con la situación jurídica de las “cláusulas abusivas”.

El origen de esta situación jurídica se produce cuando las entidades financieras incorporan condiciones con carácter impositivo a los clientes (clausulas), excediéndose en la legítima posición de la entidad crediticia frente a los riesgos que pueden producirse en la vida del préstamo. La cuestión, por consiguiente, se ha de centrar en delimitar en que supuestos la imposición de clausulas pueden calificarse como abusivas por incurrir en situaciones perjudiciales para el cliente.

Es cierto que las clausulas se establecen en el proceso de formalización inicial de la constitución del crédito hipotecario, momento en el se está produciendo el acuerdo entre las partes, pero en ocasiones su imposición y aceptación viene predeterminada en términos obligados. Esto puede producir una situación de desequilibrio que puede estar sujeta a valoración jurídica.

En este contexto explicado es necesario, pues disponer de una información certera de las clausulas y la comprensión de los efectos que puedan derivarse para el cliente.

3.1. CONCEPTO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONDICIONES.

El término de cláusulas abusivas se encuentran reguladas en el art. 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En dicho artículo se viene a decir que se entiende por cláusula abusiva aquellas estipulaciones que no han sido objeto de negociación de manera individual y aquel conjunto de prácticas que no han sido consentidas de manera expresa, que resulten contrarias a las exigencias de buena fe, que originen un considerable perjuicio al usuario o que generen un desequilibrio considerable entre las diferentes partes del contrato. De manera, que las actuaciones caracterizadas con los supuestos mencionados anteriormente, serán consideradas como clausula abusiva con sus consecuencias derivadas por tal consideración.

Anteriormente, nos hemos referido al concepto de buena fe, sin embargo, se trata de un concepto de compleja determinación a priori, ya que corresponde al juez determinar una

consideración moral del contrato posicionándose en el lugar de las ambas partes contractuales, y valorar si se ha obrado con buena fe o no, ya que nuestro Código Civil no determina un mecanismo para poder llevar a cabo una comprobación más objetiva respecto al análisis de buena fe contractual.²⁸

Para esta cuestión suscitada, la principal norma de aplicación es la Directiva 93/13/CE, según la cual, el hecho de que en una cláusula estipulada en un contrato se aprecie la característica abusiva se valorará teniendo en consideración la naturaleza correlativa de los bienes que sean el objeto del contrato.²⁹

Esta cuestión se ha ido abordando por la jurisprudencia, asociando la naturaleza de la cláusula abusiva a los denominados contratos de adhesión en donde las condiciones del contrato vienen impuestas por una de las partes. El Tribunal Supremo³⁰, en el conjunto de los pronunciamientos en relación con cláusulas abusivas dadas en los contratos de préstamo hipotecario, ha precisado que es indispensable dotar de total de transparencia a informativa por las entidades a los clientes.

La Ley ha regulado los supuestos en los que se puede incurrir en cláusulas abusivas³¹ que sistematizamos:

- Cuando prevalezca la voluntad exclusiva de una parte en la vinculación de la otra al contrato.
- Supongan una limitación en los derechos del usuario.
- No se garantice la reciprocidad entre las partes que contratan.
- Se aprecien garantías desproporcionadas al consumidor.
- Se aprecie desproporcionalidad en lo que se refiere al perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Resulten contrarias a las reglas relativas a la competencia y el derecho aplicable.

Podemos concluir que el bien jurídico que se propone proteger es que se ha de eliminar en el establecimiento de cláusulas las situaciones que menoscaban la claridad informativa y la transparencia en las actuaciones de la entidad financiera que puedan generar un perjuicio en el

²⁸ Platero Alcón. *Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo*. Revista Digital UniRíoja (2017).

²⁹ Art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

³⁰ Sentencia de 9 de mayo de 2013, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara la nulidad de la disposición adicional segunda de la Orden ITC/2452/2011, de 13 de septiembre.

³¹ Art. 82.3. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007.

cliente.

En cuanto al alcance de la existencia de una cláusula abusiva se ha de precisar que en el supuesto de aceptación de algunas de las cláusulas del contrato hipotecario no implica, necesariamente limitar el control de legalidad de la totalidad de las cláusulas. Jurídicamente supone que las cláusulas han de ser objeto de revisión individual, y que el alcance de la calificación de una cláusula como abusiva no tiene que producir efectos al resto de las cláusulas y sobre la totalidad del contrato hipotecario.

3.2. CLÁUSULAS SUSCEPTIBLES DE CONSIDERARSE ABUSIVAS EN UN CONTRATO HIPOTECARIO.

En este apartado se realiza la referencia a las cláusulas abusivas que pueden darse en un préstamo hipotecario.

□ Cláusula suelo.

Su característica específica es que se establecen unos límites a aplicar en las variaciones de los tipos de interés de la hipoteca. Pueden tener dos modalidades: uno, está establecido a un nivel sobre el alza del tipo de interés (“cláusula techo”), otro, la limitación es sobre la posibilidad de la baja del interés variable. Esta última es la que suele denominarse como “cláusula suelo”, que ha generado controversia y ha sido objeto de análisis de su validez jurídica.

Para analizar el carácter de la cláusula suelo como cláusula abusiva, partimos que, en principio, este tipo de cláusula en sí misma no han sido considerada ilegal, por lo que conviene establecer los términos precisos de los pronunciamientos al respecto por los tribunales.

La cuestión es cuándo, en qué términos y circunstancias pueden considerarse contrarias a la legalidad. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, 241/2013 de 9 mayo. 2013, Rec. 485/2012, ha precisado que el alcance de su nulidad, por ser abusiva, se produce cuando en su incorporación al contrato hipotecario no se ha observado el principio de transparencia de acuerdo con su naturaleza.

El criterio jurídico alegado por la demanda (clientes) era el carácter abusivo que implicaba al limitar el tipo de interés en un mínimo irrevisable, que, en determinada situación de variabilidad a la baja, podría perjudicar los intereses del cliente. Esta argumentación

establecía la pretensión de declarar en el origen del contrato hipotecario la nulidad de la cláusula suelo.

El Tribunal Supremo al pronunciarse establece los términos en los que ha de proceder la declaración de nulidad. Sintetizamos el alcance de la sentencia referida a las circunstancias por las que se puede concluir la nulidad de la referida cláusula:

a) Generar en la formalización de la hipoteca una apariencia equívoca de que el préstamo está sujeto a un interés variable, pudiendo, si no se precisa claramente, la posibilidad de poder estar afectadas las obligaciones si se produce una disminución del índice de referencia para el cálculo de la cuota del interés.

b) Generar en la formalización de la hipoteca una apariencia equívoca de que la aceptación de un límite mínimo respecto al interés se compensa con otros límites sobre una hipotética subida de los tipos de interés.

c) Insuficiencia de información sobre este aspecto esencial del contrato.

d) La demostración clara al cliente de los efectos de la cláusula suelo mediante simulaciones de los efectos que le pueden suponer y en relación a las variables del tipo de interés.

e) No advertir de forma clara y comprensiva de comparaciones de costes con otras modalidades que oferte la entidad, pre condicionando a la aceptación de la hipoteca con esta cláusula.

Podemos indicar que el Tribunal Supremo extiende la ilegalidad de la cláusula suelo, sólo en los supuestos en los que los términos y efectos no hayan sido objeto de una explicación suficientemente clara al consumidor del préstamo hipotecario, que evite el error en la elección y condicione su voluntariedad.

Cabe destacar que muchas entidades bancarias alegaron que la imposición de estas cláusulas en los contratos con sus clientes, iban dirigidas a la protección de velar por la seguridad de la cuantía económica prestada y no dando lugar a causar perjuicio en el cliente o consumidor. Sin embargo, el hecho de que existan contratos de préstamos hipotecarios sin la inclusión de estas prácticas, desmonta la alegación de las entidades, ya que indica claramente que no se tratan de estipulaciones de carácter imprescindible para las entidades en la formalización de los préstamos que conceden³².

³² Vázquez Muiña. La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Editorial Reus (2018).

□ • **Cláusula de vencimiento anticipado.**

Señalábamos en el apartado segundo la naturaleza básica de esta cláusula que en esencia permitía a la entidad financiera resolver el contrato, solicitar las amortizaciones pendientes y, en su caso, ejecutar las garantías por incumplimiento de las obligaciones acordadas. Normalmente, la causa que lo originaba era el incumplimiento en un periodo del pago de las cuotas.

Legalmente, se admite la incorporación de una cláusula de vencimiento anticipado, extensible a cualquier modalidad de contrato por incumplimiento de las obligaciones recíprocas de alguna de las partes. Sin embargo, aplicado al ámbito hipotecario se ha cuestionado la posibilidad de considerarla como una cláusula abusiva.

Para entender esta posibilidad indicada, hay que contextualizarla en la situación generada por la crisis económica y los efectos laborales y sociales que se produjeron. El hecho es que se generó una situación de alta morosidad en el pago de las cuotas, creando una situación en la que era posible la aplicación de la referida cláusula.

En este contexto, las entidades financieras optaron por aplicar la cláusula para recuperar toda la amortización que estaba pendiente y que, en consecuencia, generaba la misma incapacidad (de impago de cuotas) y la de disponer de recursos para la amortización pendiente, iniciar los procesos de desahucio y ejecución hipotecaria. La dimensión que tuvo, proviniendo de una situación muy alcista del número de hipotecas que se había contratado, tuvo alto impacto social.

Situación que hizo que se replanteara la valoración de este tipo de cláusulas, sin que antes tuviera problemas jurídicos, ahora se orientaba a considerar el posible alcance de su carácter abusivo, posición que empezó a considerarse en algunos tribunales.

Sobre esta controversia se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sintetizamos en la conclusión de la necesidad de ajustarse a las directrices europeas sobre protección del consumidor y en los términos en los que se podría considerar como abusiva la cláusula:

1. Han de valorarse los desequilibrios producidos en el consumidor por la aplicación de la cláusula en relación a sus derechos y obligaciones.

2. Deben realizar la comprobación real de si las causas que pueden dar lugar a la resolución del contrato son verdaderamente graves como para aplicar tal cláusula tan extrema.

Sus efectos prácticos en el ámbito de jurisdiccionales españoles ha sido el sobreseimiento de las ejecuciones hipotecarias por los efectos lesivos que se estaban produciendo. Entendemos que se estaba valorando distintos bienes jurídicos y que prevalecía la situación personal y social y la salvaguarda de derechos como el de disponer de una vivienda.

Por parte de la doctrina, se estima que estas cláusulas de vencimiento anticipado son verdaderamente abusivas, porque se ocasiona con su inclusión en los contratos un considerable desequilibrio en perjuicio del cliente, ya que le genera considerables pérdidas en su economía.

La aplicación de esta cláusula se entiende totalmente desproporcionada cuando el retraso se debe a escasas mensualidades que debieron ser pagadas, y más cuando este retraso no implique la imposibilidad de que el préstamo pueda ser garantizado posteriormente por parte del cliente, y que esos retrasos sean una cuestión circunstancial que no tiene por qué seguir prolongándose en el tiempo, de manera, que se pueda subsanar tales retrasos posteriormente sin necesidad de ejecutar la cláusula del contrato³³.

□ • **Cláusula de intereses moratorios.**

Los intereses moratorios son cantidades adicionales exigibles por incumplimiento de las obligaciones, que en este caso se refiere al pago de las cuotas. Su naturaleza es de indemnización por perjuicios en el retraso del cumplimiento de una obligación.

Las entidades bancarias suelen establecer en las hipotecas cláusulas que fijan un porcentaje a cobrar en caso de retraso de la obligación. Esta cláusula suele formar parte del contrato que fija, además, los términos temporales para su exigencia y pago.

Las entidades bancarias suelen establecer en las hipotecas cláusulas que fijan un porcentaje a cobrar en caso de retraso de la obligación. Si bien, la legislación al respecto establece una serie de limitaciones al interés de demora: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”³⁴.

³³ Ruiz-Rico Ruiz. Ejecución de préstamos hipotecarios y de protección de consumidores. Editorial Tecnos. (2013).

³⁴ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. BOE núm. 116, de 15/05/2013.

La cuestión que se suscita es la capacidad del juez para determinar el carácter abusivo respecto a un interés moratorio y declarar su nulidad o, incluso moderar el interés recalculándolo. Sobre esta cuestión sintetizamos la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: El juez está obligado a hacer que se recalculen los intereses de demora cuando se incumpla el límite legal y la facultad de considerarla abusiva.

Subyace pues, en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el principio de velar por los intereses y derechos del consumidor cuando los intereses moratorios que fijaban las entidades financieras sean excesivamente altos.

En cuanto a los efectos de la declaración de una cláusula de demora como abusiva estarán referidos a la cantidad excedida sobre el interés pactado.

□ • **Cláusula multidivisa**

El origen de las hipotecas multidivisa tiene lugar alrededor del año 2007, cuando comenzaron a introducirse en nuestro país, con la divulgación según las entidades bancarias de su interés más reducido y beneficioso para el cliente, haciendo que resultasen muy atractivas para aquellos que pretendían adentrarse en la operación de préstamo bancario con una determinada entidad ³⁵.

Lo que caracteriza los préstamos hipotecarios que incorporan en su contenido la cláusula multidivisa es que el cliente puede realizar el pago de las cuotas mediante divisas, según su criterio y conveniencia. Si bien, implica un riesgo para el cliente por la fluctuación que puede darse en el cambio de la divisa durante la vida de la hipoteca.

La depreciación del euro en el contexto de la crisis económica supuso una situación perjudicial para los clientes que habían incorporado esta cláusula.

La posible valoración de esta cláusula como abusiva en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria se produce si en su constitución no se ha realizado una negociación individualizada con cada cliente.

El criterio judicial aplicado (Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo³⁶), vuelve a incidir en el supuesto de que la falta de una explicación clara y comprensiva de su operatividad y efectos (falta de transparencia) podría determinar el carácter abusivo de la cláusula.

³⁵Ballester Casanella. La naturaleza de la hipoteca multidivisa. Editorial Dykinson (2018).

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia Sala Segunda, sentencia 186/16 de 20 de septiembre de 2017.

Para mitigar los riesgos comentados anteriormente por la inclusión en la práctica de este tipo de cláusula, la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario reconoce el derecho del cliente de modificar el préstamo a una moneda alternativa que le resulte más beneficioso. Moneda, que por ejemplo sea la que reciba la mayor parte de los ingresos que obtenga el cliente, por ejemplo, a fin de facilitar la operación y transcurso del préstamo hipotecario³⁷.

□ • **Cláusula de gastos hipotecarios**

Esta cláusula que aparece en los préstamos con garantía hipotecaria, consiste en incluir una serie de gastos a cuenta del prestatario y que son de cumplimiento obligatorio. Estos gastos son origen de un conjunto de actuaciones llevadas a cabo por la entidad previas a su autorización, como pueden ser estudios previos relativos a la operación de préstamo que se va a llevar a cabo, estudios de tasación, actividades relacionadas con el notariado, etc. Además, pueden incluir otros gastos posteriores a la formalización del préstamo que puedan surgir en el transcurso del préstamo.

La inclusión de este tipo de cláusula en los contratos de préstamo, se trata de una práctica muy común dada por las entidades y que su posible cuestión abusiva no se había puesto a valorar hasta que se comenzó por parte de los tribunales a revisar y valorar tal posibilidad.

Al respecto es significativa la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, en la cual, se declara la abusividad de la cláusula que obligaba el pago de gastos del préstamo hipotecario a un determinado cliente. El pronunciamiento que reflejó del Tribunal Supremo en este asunto, se fundamenta en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), concretamente en el Artículo 89.3, donde se indica e incluye esta cláusula como abusiva³⁸.

Esta sentencia comentada anteriormente es solo una situación más, que ejemplifica la conducta que llevaron a cabo muchas entidades bancarias con clara perspectiva abusiva y buscando su beneficio y aprovechamiento de la situación de necesidad de adquirir el préstamo que tenía el cliente en su momento.

Una última cuestión a tener en cuenta en relación este tipo de cláusulas es que si el cliente o usuario del préstamo hipotecario pretende que la cláusula de gastos hipotecarios que incorpora su préstamo con la entidad, sea objeto de valoración de abusividad o no, requiere de

³⁷ Artículo 20. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

³⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007.

manera imprescindible, para que pueda ampararse en el conjunto de mecanismos fijados para la protección del consumidor, que tal cláusula no haya sido negociada individualmente, ya que, en caso contrario, difícilmente podrá demostrar el cliente que esa cláusula constituya abusividad en su contrato de préstamo por ser consentida³⁹.

3.3. PROCESO DE RECLAMACIÓN BANCARIA.

Cuando se procede el inicio de una reclamación bancaria con la finalidad de recuperar lo cobrado por la entidad bancaria al cliente en base a una determinada cláusula establecida en el contrato (las referidas en el punto anterior) lo primero será acudir a la entidad con la que se haya acordado el préstamo hipotecario, buscando un acuerdo amistoso, que simplifique todo el proceso y así satisfacer la reclamación del cliente. Sin embargo, con esta práctica no siempre se obtiene el éxito, y en tal caso podrá efectuarse una demanda contra la entidad⁴⁰.

Las pretensiones en esta demanda podrán ser la devolución de los pagos realizados que tengan su origen en una cláusula abusiva, así como la eliminación de dicha cláusula del contrato.

Tras la aceptación de la demanda por el juzgado se siguen las siguientes fases procesales:

1. Traslado de la demanda a la entidad demandada.
2. Pronunciamiento de la entidad, aceptando las pretensiones de la demanda o su oposición.
3. Continuación, en su caso, del proceso judicial con fijación de fecha para la Audiencia Previa.
4. Determinación si procede la continuidad del juicio o se declara visto para sentencia.
5. Celebración del juicio.
6. Pronunciamiento de la sentencia.

³⁹ Castillo Martínez, La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores. Editorial Reus (2018).

⁴⁰ Achón Bruñén, *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*. Editorial Dykinson (2017).

Una vez que se ha celebrado el juicio, el juez habiendo valorado la posible abusividad o no de las cláusulas dadas en el contrato, dictará sentencia de manera que, si ésta resulta favorable para el cliente demandante, los gastos deberán de ser devueltos al cliente al haber prosperado la reclamación.

4. ESPECIAL REFERENCIA A CLÁUSULAS ABUSIVAS IRPH.

En este apartado analizamos de forma específica los efectos del concepto de práctica abusiva respecto al índice de referencia de préstamos hipotecarios IRPH.

En los últimos años se han multiplicado las cuestiones a resolver por parte de los diferentes tribunales en relación con la cláusula abusiva del IRPH, generando gran controversia los pronunciamientos de los tribunales acerca de esta cuestión por las consecuencias que se han derivado.

4.1. CONCEPTO DE IRPH.

El índice de referencia de préstamos hipotecarios, más conocido como IRPH se trata de un índice referencial que es utilizado para la actualización del tipo de interés que incide sobre el conjunto de hipotecas con interés variable. Se trata del tipo de interés medio a más de tres años de los préstamos hipotecarios.

El IRPH como índice referencial se utiliza menos que el índice Euribor, sin embargo, ha ido cobrando popularidad en los últimos años. El IRPH, en años anteriores cobró poco protagonismo debido a que las hipotecas de tipo variable en España iban ligadas, normalmente, al Euribor, sin embargo, el IRPH ha ido ganando terreno en este sentido.

Este índice comenzó a ofertarse en los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable como alternativa competente al Euribor. Las entidades iniciaron una estrategia que resaltaba las ventajas de aplicar el IRPH como índice referencial con el fin de atraer a los clientes. Sin embargo, esos beneficios o ventajas que anunciaban no se veía plasmados en la práctica, pues el IRPH resultaba ser un índice superior al Euribor, de manera que perjudicaba claramente los intereses del cliente, por el contrario, las entidades se veían sumamente beneficiadas.

En este contexto, muchos de los clientes que habían sido y que estaban siendo perjudicados por el índice referencial IRPH comenzaron a interponer las primeras demandas

contra las entidades bancarias. Los pronunciamientos de los Juzgados de Primera Instancia incluían resoluciones de todo tipo, algunas en favor del cliente, pero otras muchas en favor de las entidades.

El cauce jurisprudencial respecto al IRPH continuaba, mientras que iba cobrando notoriedad el asunto y las cuestiones se fueron planteando a instancias jurídicas superiores como Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo, etc. hasta que la cuestión llegó ante el TJUE, que el pasado 3 de marzo de 2020 se pronunció al respecto de este controvertido asunto, dando paso con su pronunciamiento, a la apertura de nuevas puertas a la infinidad de clientes perjudicados sensiblemente por la inclusión de cláusulas que incluyen como índice referencial el IRPH en sus contratos de préstamo hipotecario con las entidades⁴¹.

Paralelamente. Las entidades ante las primeras sentencias condenatorias por las cláusulas IRPH comenzaron a contactar con los clientes perjudicados ofertándoles un acuerdo por el cual se sustituyese el índice IRPH y modificarlo por una hipoteca con tipo de interés fijo. Con ello pretendía imponer a los clientes una cuota fija para el resto de las cuotas pendientes, intentado evitar que se diese lugar a que las entidades les devolviesen lo pagado hasta el momento en concepto de IRPH.

Sobre esta propuesta, el consejo que daban los expertos de la materia, doctrina y juristas principalmente, era no firmar con la entidad el cambio de hipoteca hasta que no hubiera un pronunciamiento por parte del TJUE sobre esta cuestión.

Quienes atendieron a las recomendaciones anteriormente mencionadas de no pactar ni firmar la propuesta de las entidades, podrían en una hipotética y futura reclamación, verse más beneficiados en sus intereses y derechos si la sentencia del TJUE les fuese favorable.

4.2. EL IRPH COMO CLÁUSULA ABUSIVA.

La primera idea que debemos de tener en consideración respecto al IRPH es que este índice referencial ha sido legal. Fue en el año 1.994 cuando se habilitó al Banco de España para que dispusiera del conjunto de índices de referencia que podrían aplicarse en los contratos de préstamo hipotecario en España, entre los cuales, se encontraba el IRPH.

El argumento que se utilizó por parte de las entidades financieras para comercializar el

⁴¹ Ribón Seisdedos. Cláusula IRPH: Cómo efectuar con éxito una reclamación judicial. Análisis práctico y formularios. Editorial Sepin (2020).

índice IRPH es que este índice era mucho menos volátil y, por lo tanto, más seguro y estable si lo comparamos con el índice del Euribor.

No obstante, las entidades no advirtieron a los clientes que el IRPH podía ser un índice mucho más caro ni tampoco demostraron con gráficos históricos ni cálculos matemáticos que permitieran hacer a los clientes entender la realidad económica que suponía este préstamo hipotecario. Tampoco se les dio la posibilidad de que escogieran entre otras modalidades de índices de referencia.

Las reclamaciones empezaron en torno al año 2013, después de la crisis económica cuando se desplomó el Euribor, el IRPH se mantuvo entorno al 2 o 3% de manera estable. Fue en ese momento cuando los perjudicados se percataron de que podían tener un índice distinto más perjudicial al que habitualmente tenían el resto de hipotecados con otros tipos de interés.

Una parte importante de los juristas entendían que dicho índice podía ser abusivo, y por lo tanto faltar a la transparencia que legalmente es exigible, considerando que es un índice que puede ser manipulable, además es más elevado que el resto de los préstamos con diferentes índices al IRPH y que el cliente no ha sido conocedor, en una fase previa, cuál iba a ser la carga económica que le iba a suponer hipotecarse en virtud del IRPH, ni tampoco la posición jurídica que iba a ostentar en el contrato de préstamo hipotecario.

Por las razones mencionadas anteriormente se comenzó a plantear la posible abusividad de las cláusulas IRPH ante los diferentes tribunales españoles, de manera que comenzaron a dictarse sentencias en relación a esta cuestión. Algunos de los primeros pronunciamientos en este sentido comenzaban a considerar estas cláusulas como abusivas en la práctica, como es el caso de la sentencia núm. 156/2014 de Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián en de 29 abril⁴², condenando a la entidad bancaria a la devolución del conjunto de las cuantías económicas que incorrectamente se le habían cobrado al cliente en aplicación d al índice IRPH.

El fundamento de la sentencia se ampara en la interpretación que realiza de la Orden EHA/2899/2011, indicando que la posición del cliente del préstamo hipotecario es de inferioridad respecto a la posición que ostenta la entidad financiera, pues la inferioridad se encuentra en el nivel de información que tiene cada una de las partes, siendo la información del cliente siempre menos que la de la entidad, generando así poca capacidad negociadora del cliente frente a la entidad.

⁴² Sentencia núm. 156/2014 de Juzgado de lo Mercantil nº1 de 29 abril de 2014.

Otra de las primeras sentencias que comenzó a considerar como abusivas en la práctica las cláusulas relacionadas con el IRPH, fue la sentencia núm. 4 de SJPI de 2 de diciembre de 2014, afirmando la escasa información que tenían los clientes en relación al índice referencial que se iba a tener en cuenta para su hipoteca y las considerables desventajas que tenían este índice de IRPH con respecto a otros índices referenciales como el Euribor.

Podemos afirmar entonces en virtud de las primeras sentencias que fueron apareciendo en relación a este asunto, que la consideración que se aplica para considerar abusiva la cláusula IRPH va dirigida en dos vertientes: la primera, la clara desinformación con la que cuenta el cliente, y una segunda, en “engaño” o ausencia de veracidad que transmitieron las entidades al afirmar que el IRPH resultaría más beneficioso para el cliente, resultando ser todo lo contrario.

La clara ausencia de transparencia por parte de las entidades frente a sus clientes se manifiesta también en la sentencia de 9 de mayo de 2013, donde nuevamente se califica a la cláusula IRPH como abusiva en el contrato. Además, indica la sentencia que la transparencia ausente por parte de la entidad, va orientada a la falta de información de la realidad, pues llevan a la confusión al cliente cuando indican que el IRPH les va a abaratar la operación, y el cliente completamente desinformado, actúa estipulando y firmando el contrato, sin ser conocedor de que esa firma le supondrá un notable perjuicio económico a favor de la entidad con la que efectúa el contrato.

Otro de los problemas que abarca la cuestión del IRPH como cláusula abusiva es que se trata de un índice referencial que puede llegar a ser muy manipulable en beneficio de las entidades bancarias.⁴³ Esto se debe, a que para calcular tal índice, el sistema de cálculo se trata de una media simple en lugar de una media ponderada como ocurre en otros índices referenciales.

Este cálculo respecto a la media simple, resulta muy poco beneficioso para el cliente, debido a que, si son pocos los clientes que empiezan a contratar préstamos en base al índice IRPH, el restante de los clientes que ya hayan efectuado su préstamo con este índice, se verán en la obligación de abonar cuantías sumamente desproporcionadas, pues el cálculo del interés siempre sería más elevado al utilizarse las medias de las hipotecas más antiguas. Es por ello, que podemos afirmar que es un índice claramente manipulable, pues las entidades saben que a medida que menos clientes se adhieran a contratos hipotecarios IRPH, mayores beneficios van

⁴³ Erauskin Vázquez. *Índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH). Guía práctica para conseguir su nulidad*. Editorial Aranzadi (2017).

a obtener con respecto a los clientes que ya tenían contratado el préstamo tipo IRPH.

Por último, cabe destacar los efectos que despliega en las sentencias la declaración como abusiva de este tipo de cláusulas y amparándose en lo que indica el Código Civil en su artículo 1755, se debe proceder a la restitución, dado que al ser considerada la cláusula IRPH como abusiva, obviamente no puede continuar aplicándose al contrato entre cliente y la entidad, teniendo esta última que depositar la cuantía económica correspondiente a favor del cliente. Además, como consecuencia de la nulidad declarada de la cláusula y su imposible aplicación posterior, debe el banco aplicar el índice supletorio fijado para el caso de que no pueda aplicarse el IRPH, con el fin de que el préstamo hipotecario continúe su curso, ya sin una cláusula abusiva en su contenido⁴⁴.

4.3. SENTENCIA DEL TJUE SOBRE IRPH DE 3 DE MARZO DE 2020

Tras un considerable tiempo a la espera del pronunciamiento por parte del TJUE en relación a la ilicitud de las cláusulas IRPH y su posible consideración como cláusulas abusivas, el pasado 3 de marzo se pronunció al respecto, sobre un asunto que afectaba a las entidades españolas con contratos de préstamo hipotecarios fijados y estipulados con sus clientes beneficiarios del préstamo con cláusulas IRPH.

Con este pronunciamiento el TJUE ha plasmado certezas en relación a esta cuestión, habiendo sentado las bases para el tratamiento jurídico que deben tomar el conjunto de los numerosos asuntos que versan sobre las cláusulas IRPH y su contenido abusivo en la práctica.

Esta sentencia emerge en respuesta de las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº28 de Barcelona⁴⁵, entrando a valorar la posible nulidad de una cláusula tipo IRPH, por su supuesto contenido abusivo en el contrato de préstamo hipotecario efectuado entre la entidad Bankia y un cliente. La sentencia nos deja una serie de consideraciones que debemos comentar a continuación.

En primer lugar, debemos de comentar que las entidades bancarias de España se postularon afirmando que no se podía entrar a valorarse el contenido abusivo de la cláusula IRPH, amparándose en lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este sentido el TJUE afirma claramente que el IRPH que incorporan las entidades no es fruto de una disposición o, dicho de otro modo, las entidades no estaban en la obligación de incluir el IRPH

⁴⁴ Martínez Espín. *A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH*. Revista Jurídica CESCO (2016).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), núm.-125/18 de 3 de marzo de 2020.

en sus contratos de préstamos con los clientes, de manera que desmonta la postura de alegación tomada por las entidades.

Por otra parte, el TJUE hace referencia también a la Directiva 93/13, concretamente en su art. 5, indicando que para la imposición de cualquier cláusula contractual se debe de obrar con una explicación clara, de forma que el cliente quede suficientemente informado de las condiciones de la cláusula en cuestión, velando siempre por la transparencia que se requiere.

En esta sentencia también se realiza una completa valoración en relación con la transparencia que ofrece la entidad al cliente, y atendiendo a lo estipulado en las normas nacionales, todas las entidades bancarias deben informar debidamente al conjunto de sus clientes acerca del desarrollo que iba cobrando el IRPH y cómo éste iba a afectar a sus hipotecas con el fin de que, el cliente gozara de toda aquella información relativa a la aplicación del índice que le afectaba en su hipoteca. En relación a esta cuestión de carácter informativa acerca de la evolución cambiante del IRPH, las entidades afirmaban que no recaía sobre ellas la obligación de aportar información a los clientes en el trascurso del contrato de préstamo hipotecario, que solo sería necesario en el momento anterior a la firma del contrato entre el cliente. Que, como hemos explicado anteriormente, la información con la que se dotaba al usuario del préstamo por parte de las entidades no era veraz y completa.

La última cuestión prejudicial que se plantea en este pronunciamiento del TJUE versa sobre las posibles consecuencias que puedan derivar de la consideración como abusiva la cláusula IRPH en virtud del art. 6.1 y art.7.1 de la Directiva 93/13. En este sentido en TJUE plantea dos hipótesis sobre los cuales debe actuar el juez nacional.

La primera de ellas es que se declare la nulidad de la cláusula IRPH y no quede sustituido ese índice referencial por otro índice de los reconocidos por el Banco de España. En tal caso, la entidad que ha incorporado la cláusula de IRPH en el contrato de préstamo hipotecario, se encontraría en la obligación de prestar la devolución al cliente de su préstamo del conjunto de los intereses suscitados a tenor de este índice referencial y a partir de ese momento, no podrá aplicarse ningún tipo de interés alternativo, a no ser que así se haya estipulado previamente en el contrato de préstamo hipotecario inicial entre la entidad bancario y el cliente.

La segunda opción puede ser la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, pero en este caso, si se consolida la sustitución del índice referencial del IRPH por otro índice diferente como pudiera ser el caso del Euribor. En caso de efectuar esta opción, se daría lugar a recalcular

la cuantía hipotecaria con el nuevo índice referencial sustituto, dando lugar por parte de las entidades bancarias a devolver el conjunto de las cantidades suscitadas por el IRPH a los clientes. Este caso será el que más aplicación tenga en la práctica, dando lugar a la sustitución del IRPH por el Euribor.

Para concluir este análisis de esta sentencia del TJUE, podemos considerar que tiene una connotación muy positiva para aquellos clientes perjudicados por la inclusión de cláusula IRPH en sus contratos de préstamo hipotecario, pues abre la puerta a nuevas reclamaciones de clientes perjudicados, así como las reclamaciones efectuadas que se encuentren ya vigentes, puedan entenderse por parte de los jueces, como una práctica abusiva y se hagan velar por los derechos e intereses de los consumidores

4.4. EFECTOS DE LA SENTENCIA.

A raíz de la sentencia del TJUE, numerosos juristas se han manifestado en torno a este pronunciamiento, estimando que acertadamente muchos clientes perjudicados ya habían empezado a imponer acciones de carácter judicial en relación al índice IRPH contra sus respectivas entidades bancarias. Sin embargo, la otra gran parte de los clientes estaban a la espera del pronunciamiento del TJUE para dar lugar a interponer la reclamación. A raíz de esta sentencia, muchos clientes se animarán a reclamar a sus entidades al ver que sus pretensiones si pueden llegar a verse satisfechas por un juez.

Con motivo de la intensificación de las demandas por cláusulas IRPH por los clientes que se prevé a raíz del pronunciamiento del TJUE, ha comenzado a plantarse la posibilidad de someter estas cuestiones ante una autoridad independiente.

ASUFIN (Asociación de Usuarios Financieros), ha afirmado que el número de préstamos hipotecarios con vinculación al IRPH es cercano a un millón, habiendo generado de media aproximadamente 25.000 euros de pérdidas por hipoteca afectada.

Como efectivamente se prevé que ocurra, si las reclamaciones comienzan a efectuarse, inevitablemente se ocasionará un colapso en los tribunales, que, a fin de cuentas, generará más perjuicio a los consumidores que verán como sus pretensiones se irán prolongando en el tiempo. Es por esta razón por la que se aboga por la creación de una Autoridad Judicial Independiente que permita una mayor rapidez, eficacia y protección al conjunto de los consumidores afectados por la abusividad de la cláusula IRPH en sus contratos con las entidades financieras.

Estas pretensiones de los clientes se van viendo alcanzadas en las primeras sentencias posteriores al pronunciamiento del TJUE en relación al IRPH, en donde vemos como los jueces comienzan a anular el IRPH como índice referencia, dando lugar a su sustitución por el Euribor, como he mencionado en el punto anterior. Esta sustitución del índice del IRPH por el Euribor se justifica en base a que se considera éste último como más beneficioso para el cliente del préstamo hipotecario

Una sentencia a destacar es la del 4 de marzo del Tribunal de Primera Instancia de Burgos, curiosamente un día después del pronunciamiento por parte del TJUE. En esta sentencia, se concluye de la misma manera que el TJUE, afirmando la ausencia de transparencia por parte de la entidad, en este caso CaixaBank, con el cliente en la inclusión de la cláusula IRPH, considerando que el cliente en cuestión no llega verdaderamente a comprender el alcance de someter su contrato de préstamo al IRPH como índice de referencia.

En esta sentencia, el juez estima que la entidad en este caso, tiene la obligación de calcular nuevamente el préstamo como si el tipo de interés Euribor se hubiese aplicado desde el comienzo del préstamo hipotecario, y con la obligación de restituir la diferencia económica resultante al cliente perjudicado. El pronunciamiento que emite el juez de Burgos, como vemos, ampara su decisión a raíz de la sentencia emitida del día anterior por el TJUE.

Por otro lado, la Sentencia Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lleida de 8 de marzo de 2020, en la cual nuevamente considera el juez que la cláusula incorporada por la entidad, en este caso en Banco Santander, no supera la transparencia que requiere dar al cliente que efectúa el préstamo y al igual que la sentencia anterior, se requiere recalcular la hipoteca en base al índice referencial del Euribor, con la respectiva devolución correspondiente al cliente.

En definitiva, el pronunciamiento del TJUE pone la cuestión ante los jueces españoles, pero sentado las bases de cómo analizar la transparencia de las cláusulas abusivas relacionadas con el IRPH, así como valorar su posible nulidad con el fin de paliar el claro perjuicio causado a los clientes de las entidades bancarias en nuestro país.

5. CONCLUSIONES.

Como hemos ido observando a lo largo del desarrollo del trabajo, la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad bancaria es una práctica habitual, por ser necesaria para la gran mayoría de personas que pretenden adquirir una vivienda en propiedad, que como hemos

indicado es la opción preferente frente a la modalidad de alquiler.

Esta adquisición implica recurrir a una operación financiera que permita mediante la concesión de un préstamo adquirir la propiedad. La realización de contratos de préstamos hipotecario se ha convertido, así, en un elemento de importancia social y en uno de los productos esenciales del negocio bancario.

El préstamo hipotecario como se ha estudiado en el apartado segundo, engloba un conjunto de elementos propios y complejos de esta figura contractual que implica, en su formalización, ser conscientes los riesgos y efectos futuros que pueden implicar, entre ellos la capacidad de los clientes de poder hacer frente a las obligaciones que se generan con el préstamo y los efectos personales y sociales que se derivan de su incumplimiento.

Se hace imprescindible que el cliente valore y analice en términos de sostenibilidad las condiciones y cláusulas en el proceso de negociación y, especialmente, la elección de la modalidad y tipo de interés aplicar. Para ello, la entidad financiera debe de informar de forma clara y comprensible, no sólo de las cláusulas del contrato hipotecario, sino de los efectos y todas las posibles opciones comparativas, para contribuir a que los clientes tomen sus decisiones más allá de la necesidad inmediata. Nos referimos a una actitud de responsabilidad social que podemos denominar como “banca responsable”.

El concepto de cláusula abusiva avanza legal, doctrinal y jurídicamente en el contexto de la crisis económica. Expresamos esta idea porque las cláusulas como hemos analizado en algunas sentencias no es en sí misma ilegal, sino que forma parte de las condiciones pactadas por las partes. Los fundamentos jurídicos por lo que la jurisprudencia atribuye el carácter abusivo de las cláusulas sólo puede basarse en la falta de transparencia por las entidades ante una situación desigual en el conocimiento de los efectos futuros, generando un desequilibrio entre las partes en el momento de la negociación.

En el análisis detallado de las hipotecas con tipo de interés IRPH hemos podido concluir, siguiendo los argumentos jurídicos de las sentencias analizadas, como ciertas prácticas realizadas por las entidades financieras, se califican como abusivas cuando prima el negocio inmediato sobre la creación de opciones sostenibles y beneficiosas para todos. Los efectos derivados de la situación ante la imposibilidad del cumplimiento de las cláusulas, las situaciones perjudiciales comparativas y los efectos sociales de los desahucios demuestran el desequilibrio en la que se encuentra los clientes.

Hemos referido directrices y normas protectoras de las posiciones de los consumidores

ante las entidades, la evolución jurisprudencial que pretende reponer la situación perjudicada del cliente, en este sentido se ha avanzado en la defensa de los derechos de los consumidores y es posible constatar cambios importantes en los actuales procesos de negociación de las hipotecas. Al hilo de esto aportamos como conclusión personal alguna idea.

Las leyes han de dar respuestas ágiles antes contextos socio-económicos complejos y cambiantes, como la crisis económica, pero ha de ser proactiva para crear un marco equilibrado estable, protector de situaciones desequilibradas y garante de los derechos de los ciudadanos.

Las instituciones reguladoras, también, ha de contribuir a evitar que la legítima búsqueda de beneficios pueda realizarse generando perjuicios a los clientes y a la sociedad.

La judicialización de las controversias también puede ser reforzadas mediante mecanismos que agilicen situaciones de un número elevado de reclamaciones en materia hipotecaria.

En lo personal, la realización de este trabajo, me ha permitido un mayor conocimiento y comprensión de los aspectos y características del contrato del préstamo hipotecario, la especial significación de las cláusulas abusivas y las repercusión y consecuencias que se despliegan en la actualidad. También en un sentido práctico de análisis de sentencias y comprender que el derecho tiene una dimensión claramente social.

6. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía doctrinal

- ACHÓN BRUÑÉN. *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*. Editorial Dykinson (2017)
- ALFARO AGUILA-REAL. *Derecho Bancario*, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. Núm. 2 (2000)
- BALLESTER CASANELLA. *La naturaleza de la hipoteca multidivisa*. Editorial Dykinson (2018)
- BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos (1983)

- CAMPOS ECHEVERRÍA. *Burbuja inmobiliaria española*. Marcial Pons (2008)
- CASTILLO DELGADO. *Análisis del sistema financiero y procedimientos de cálculo*. Aranzadi (2012)
- CASTILLO MARTINEZ. *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*. Editorial Reus (2018)
- ERAUSKIN VÁZQUEZ. *Índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH). Guía práctica para conseguir su nulidad*. Editorial Aranzadi (2017)
- GARBAJOSA CHAPARRO, *Productos, servicios y activos financieros: Manual*. Aranzadi. (2010)
- MARTÍNEZ ESPÍN. *A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH*. Revista Jurídica CESCO (2016)
- PLATERO ALCÓN. *Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo*. Revista Digital UniRioja (2017)
- RIBÓN SEISDEDOS. *Cláusula IRPH: Cómo efectuar con éxito una reclamación judicial. Análisis práctico y formularios*. Editorial Sepin (2020)
- ROCA SASTRE. *Derecho hipotecario*, Editorial Bosch (2008)
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE. *Manual de derecho mercantil*. Comillas. Edición 3. (2003)
- RUIZ-RICO RUIZ. *Ejecución de préstamos hipotecarios y de protección de consumidores*. Editorial Tecnos. (2013)
- VÁZQUEZ MUIÑA. *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*. Editorial Reus (2018)

NORMATIVA

Unión Europea.

- Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los

contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993

España.

- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. BOE núm. 116, de 15/05/2013.
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. BOE núm. 80, de 04/04/1994.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE núm. 58, de 27/02/1946
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE. núm. 261.
- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012.
- Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.