



I+DRET
INSTITUT D'INVESTIGACIÓ
I INNOVACIÓ JURÍDICA



I+D
INVESTIGACIÓN Y DERECHO
ICAM

PROPOSICION DE LEY PARA LA SUPRESION DEL INDICE IRPH ENTIDADES Y LA SUSTITUCION DEL MISMO EN LOS CONTRATOS AFECTADOS POR LA VIGENCIA DE LA DISPOSICION ADICIONAL DECIMOQUINTA DE LA LEY 14/2013, DE 27 DE SEPTIEMBRE, DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACION

Según el anexo VIII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) se definía como *"la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciados o renovados en el mes al que se refiere el índice"*.

Existieron tres tipos de IRPH según los datos fueran obtenidos de los préstamos concedidos por los bancos, las cajas de ahorros o por el conjunto de bancos y de cajas de ahorros, llamado de entidades, porque –mientras el IRPH estuvo plenamente vigente-- todos los bancos y las cajas de ahorros debían presentar mensualmente al Banco de España, durante los primeros 15 días de cada mes, información sobre los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones efectuadas en España con el sector privado residente en España, en euros, que hubieran sido iniciadas o renovadas durante el mes anterior. Con esta información, el Banco de España tenía que confeccionar y publicar los IRPH (Norma segunda Circular 4/2002, de 25 de junio).

Pero su crisis comenzó a raíz de la normativa europea, que desde 2009 tiene como objetivo asegurar que los IRPH no estuvieran sujetos a manipulaciones interesadas y reflejasen la economía real. Como consecuencia de ello, a través de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 -y con efectos a la 1 de noviembre de 2013-- se suprimieron el IRPH bancos y el IRPH cajas, dejando como único índice de referencia del llamado IRPH entidades.

Ese índice resulta cada vez más alejado de la realidad, porque la confección y el número de créditos suscritos y referenciados al mismo no reflejan el mercado existente, generando aún más dudas sobre su elaboración y dando como resultado un índice muy alejado de la realidad del mercado



I+DRET
INSTITUT D'INVESTIGACIÓ
I INNOVACIÓ JURÍDICA



I+D
INVESTIGACIÓN Y DERECHO
ICAM

Además, esa situación ha tenido un efecto perverso derivado de la continuidad el único aplicable (IRPH entidades) que consiste en haberse convertido en el índice de sustitución para los préstamos hipotecarios en que se pactó alguno de los otros el IRPH (bancos o cajas), ya que casi la totalidad de los préstamos hipotecarios que tenían referenciado uno de los otros IRPH desaparecidos no establecían ningún índice de referencia sustitutivo.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, hoy en día, la posibilidad de los consumidores de negociar un préstamo hipotecario por la misma vivienda con otra entidad es inexistente, tanto por el decremento del valor de las viviendas afectadas, como por el hecho de que una subrogación hipotecaria tan cara no resulta atractiva por ninguna otra entidad bancaria.

Y lo peor: la realidad social es que hay más de 1,3 millones de préstamos hipotecarios referenciados a ese índice que han de padecer esta situación de desequilibrio. Desde este punto de vista las únicas posibilidades que garantizan un cambio de la situación actual para los afectados pasan por modificar la referida disposición de la Ley 14/2013 y establecer un índice de referencia aplicable a las hipotecas afectadas que refleje la realidad del mercado. Porque ese es el principal requisito que debe cumplir un índice de referencia, y no está ocurriendo con el IRPH Entidades.

Al respecto, la normativa europea es clara y contundente, como leemos en el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y los contratos financieros»*, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de junio de 2014.

Por una parte, se recalca el daño que supone para la economía que los índices de referencia no sean fiables:

“Las diversas manipulaciones de los índices de referencia han generado dudas y preocupación respecto a la integridad de los parámetros de referencia en todo el mundo, minando la integridad del sistema y la seguridad en los intercambios. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) está preocupado por la gravedad de las consecuencias de estos comportamientos. En efecto, la manipulación puede causar pérdidas importantes para los inversores, distorsiones en la economía real y, en términos más generales, minar en su conjunto la confianza en los mercados. Por ello, el CESE hace hincapié en la extrema urgencia de adoptar las nuevas medidas propuestas.”

Por otra, se repite hasta tres veces en el documento indicado que el índice de referencia debe reflejar la realidad del mercado. Y, cuando un índice pierda esta capacidad de reflejar el mercado, es obligación de los poderes públicos proceder a su corrección o a su supresión, como podemos leer en el REGLAMENTO (UE) 2016/1011 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 8 de junio de 2016 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de



I+DRET
INSTITUT D'INVESTIGACIÓ
I INNOVACIÓ JURÍDICA



I+D
INVESTIGACIÓN Y DERECHO
ICAM

inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) nº 596/2014:

“Si el administrador considera que los datos de cálculo no son representativos del mercado o la realidad económica a cuya medición se destina el índice de referencia, deberá, en un plazo razonable, bien variar los datos de cálculo, los contribuidores o la metodología, a fin de garantizar que tales datos de cálculo sean representativos de dicho mercado o realidad económica, bien poner fin a la elaboración de ese índice de referencia.” (p. 23)

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del 22 de diciembre de 2017 que abordó la aplicación del índice IRPH a un caso concreto no ha puesto fin al problema. Dejando al margen otras consideraciones sobre la sentencia, uno de los motivos fundamentales para mantener la validez de la aplicación de ese Índice deriva --para el Tribunal Supremo-- del hecho de que ese Índice esté regulado en la normativa vigente en el momento en que se enjuician los hechos que dan lugar al procedimiento. En concreto, en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Por ello, el Tribunal Supremo consideró que en el caso enjuiciado (cuyo préstamo fue referenciado al índice IRPH Entidades) el índice estaba definido legalmente y que, por tanto, no correspondía ni corresponde su control a los jueces y tribunales (de la jurisdicción civil) sino a la Administración, que ha de velar por su correcta aplicación. Para el Tribunal Supremo, en este caso la consecuencia es que el IRPH no puede ser objeto de control de transparencia porque la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la Directiva 93/13 excluyen de su ámbito las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, sin perjuicio de que pueda serlo la cláusula que lo incorpore.

Si entendemos que ello ha de ser así, precisamente en este momento la situación ante la que nos encontramos llama la atención como consecuencia de nuevas disposiciones aprobadas por la Unión Europea. Así el REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2017/2446 DE LA COMISIÓN de 19 de diciembre de 2017 que modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368 por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo. Este reglamento sustituye el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) nº 2016/1368 y entró en vigor el 29.12.2017, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros.

Pues bien, por medio de esa disposición se determinan como índices de referencia cruciales exclusivamente el EURIBOR, el EONIA y el LIBOR. La aprobación de este reglamento debe llevar a plantear la modificación del derecho interno en la medida en que aún pueda seguir siendo de aplicación el IRPH. Sobre todo, si también tenemos en cuenta el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2018/67 DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2017 por el que se completa el



Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al establecimiento de las condiciones para evaluar las consecuencias de la cesación o modificación de índices de referencia ya existentes. Según su artículo 1 (condiciones de evaluación) se plantea la problemática de la cesación o modificación de un índice de referencia que no cumpla los requisitos del Reglamento (UE) 2016/1011.

Tengamos en cuenta que, a los efectos del artículo 51, apartado 4, del Reglamento (UE) 2016/1011, la autoridad competente deberá tener en cuenta las siguientes condiciones, a la hora de evaluar si la cesación o modificación de un índice de referencia que no cumpla los requisitos de ese Reglamento generaría un caso de fuerza mayor, o frustraría o, de otro modo, infringiría los términos de cualquier contrato financiero o instrumento financiero o el reglamento de cualquier fondo de inversión que utilice ese índice de referencia:

(...)

- c) *si no existe, para el índice de referencia que no cumple los requisitos del Reglamento (UE) 2016/1011, un índice de referencia sustitutivo que:*
 - i) *cumpla los requisitos del Reglamento (UE) 2016/1011,*
 - ii) *mida el mismo mercado o la misma realidad económica,*
 - iii) *figure en el registro público a que se refiere el artículo 36 del Reglamento (UE) 2016/1011, o sea elaborado por un administrador que figure en dicho registro;*
- d) *si los contratos financieros, los instrumentos financieros y los fondos de inversión existentes que utilicen el índice de referencia, y sus documentos anejos, no prevén un índice de referencia sustitutivo o no contienen normas sobre cómo determinar ese índice de referencia sustitutivo o cualquier otra medida contingente;*

Cuando el legislador suprimió dos de las tres modalidades del IRPH, estas disposiciones (sobre todo, la última de ellas) no estaban en vigor, pero con las modificaciones operadas en la normativa comunitaria deberíamos plantearnos la necesidad de suprimir la única modalidad de IRPH aún aplicable e incorporar un índice alternativo de referencia para los contratos que sufrieron la supresión del IRPH.

Si ello no fuera suficiente, hemos de tener muy en cuenta las recientes Conclusiones del Abogado General presentadas el 10 de septiembre de 2019 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-125/18 (Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S.A) que derivan de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona en un préstamo hipotecario que incluye la cláusula de actualización del interés variable según el Índice IRPH.

En primer lugar, porque –en clara contradicción con lo indicado por el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 22 de diciembre de 2017,-- la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en



los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva.

Es más, las Conclusiones afirman que el artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional, lo cual puede llevar al planteamiento de infinidad de reclamaciones judiciales en esta materia una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión europea dicte sentencia si atiende las conclusiones del Abogado General.

Por otra parte, las Conclusiones también afirman que la información que el profesional debe facilitar al consumidor para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el índice de referencia de préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro (IRPH Cajas), cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio debe --por una parte-- ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y—por otra parte-- referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

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

Ante esta situación, se formula la siguiente proposición de ley de supresión del IRPH Entidades y de su sustitución por otro índice de referencia que está entre



los índices cruciales de referencia en la normativa europea y responde a la realidad del mercado, con la siguiente redacción:

Artículo 1. Supresión del IRPH Entidades

Con efectos a la entrada en vigor de esta ley, el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa del índice de referencia oficial aplicable a los préstamos o créditos hipotecarios denominado *«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»*

Artículo 2. Ámbito de aplicación

La presente ley será de aplicación a aquellos contratos, aún vigentes en la fecha de su publicación, que como consecuencia de lo que en ellos se hubiera convenido y de los efectos derivados de la aplicación de Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, les fuere de aplicación:

cualquiera de los tipos indicados en el ordinal 1 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

un tipo fijo, sin que haya mediado voluntad expresa y por escrito de las partes otorgantes.

el tipo de interés oficial que se suprime en esta ley

Artículo 3. Índice de referencia aplicable.

Los contratos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley pasarán a estar referenciados al tipo o índice de referencia EURIBOR, más un diferencial, de como máximo, un punto.

Artículo 4. Efectos entre las partes contratantes y frente a terceros

La sustitución de tipos o índices derivada de lo previsto en esta ley implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

La sustitución de tipos o índices derivada de lo previsto en esta ley no otorga a las partes contratantes acción para reclamar la resolución o extinción del préstamo o crédito

Disposición Derogatoria

Queda derogada la “Disposición adicional decimoquinta. Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia” de la Ley



I+DRET
INSTITUT D' INVESTIGACIÓ
I INNOVACIÓ JURÍDICA



14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Asimismo, quedan derogadas cuantas otras disposiciones resulten contrarias a lo establecido en esta ley.

Disposición Final.

La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”