



G CONSELLERIA
O SALUT
I DIRECCIÓ GENERAL
B PRESTACIONS,
/ FARMÀCIA I
CONSUM

NATURALEZA IMPERATIVA DE LA CIRCULAR 5/1994 EN LA CONTRATACIÓN IRPH (Anexo al documento *Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH*)

El presente documento ha sido realizado por don Guillem Bou Bauzá, autor del informe inicial sobre el desequilibrio del IRPH, y don Juan Ignacio Moreno de Acevedo Yagüe, abogado, poseedor por solicitud legal de la documentación analizada.

A fin de una mejor comprensión, usaremos un lenguaje divulgativo en lo posible, quedando a disposición de quien lo considere para aclarar con rigor los razonamientos expuestos en el presente informe.

Barcelona, 9 de octubre de 2023

ÍNDICE

1	Presentación: Una historia de 19 años	3
2	El pasado y el futuro del IRPH	4
3	Construcción de los índices IRPH	6
3.1	Por qué se crea el IRPH.....	6
3.1.1	Qué es el IRPH.....	7
3.1.2	Cómo debe usarse el IRPH	8
3.1.3	Cómo NO debe usarse el IRPH	8
3.1.4	Por qué no limita la libertad de precios el diferencial negativo	9
3.2	Fundamentos documentales que prueban la exposición realizada.....	9
4	Primer análisis documental de la obligatoriedad del diferencial negativo	10
4.1	Detalle de la documentación analizada	10
4.2	Primer documento: Anteproyecto de Circular de fecha 31/05/1994	11
4.3	Informe de legalidad del Servicio Jurídico de fecha 29/06/1994.....	11
4.4	Tercer documento: Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 4/07/1994	11
4.4.1	Escrito del Instituto Nacional de Consumo de fecha 19/07/1994	12
4.4.2	Escrito de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) de fecha 18/07/1994	12
4.5	Situación de la discusión después de la publicación del Tercer Documento (nuevo Anteproyecto de 4/07/1994)	12
5	Análisis detallado de los documentos de las entidades.....	13
5.1	Escrito de la Asociación de Banca Privada de fecha 19/07/1994.....	13
5.1.1	Observaciones a la comunicación de la Asociación de Banca Privada: carácter imperativo de la norma	13
5.2	Escrito de la Asociación Hipotecaria Española de fecha 19/07/1994	14
5.2.1	Observaciones a la comunicación de la Asociación Hipotecaria Española: carácter imperativo de la norma	15
5.3	Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 21/07/1994	15
5.1	Escrito complementario de la Asociación Hipotecaria Española de fecha 21/07/1994	16
5.1.1	Observaciones a la segunda comunicación de la Asociación Hipotecaria Española: incompreensión de la TAE.....	16
6	Conclusiones	17
6.1	Esquema de conclusiones del presente informe	17
6.2	Lecturas financieramente erróneas de la Sentencia TJUE 13/07/2023.....	18
6.2.1	La sentencia no se refiere a una corrección del tipo anual/mensual	18
6.2.2	La corrección del diferencial negativo no se refiere a las TAE remitidas al Banco de España sino al tipo de interés aplicado en las revisiones del préstamo.....	18
6.2.3	El TJUE no recibió información errónea por parte del Juzgado nº 17 de Palma de Mallorca ...	19
6.2.4	El razonamiento de los diferenciales menores en los contratos IRPH se basa en un bulo financiero	20
6.2.5	La suposición que el consumidor medio entiende el IRPH es falsa	20
6.3	Puntualización final.....	21

1 Presentación: Una historia de 19 años

El presente documento revela una historia desconocida, por lo general, sobre los índices IRPH.

Dicha historia no es más que el análisis de una documentación que el Banco de España posee y que es accesible a todo ciudadano (por la Ley de Transparencia).

Y lo más interesante de dicha documentación es que aclara las razones por las cuales los contratos IRPH debieron y deben realizarse con un diferencial negativo (imperativamente).

Es decir, una vez examinada la documentación pertinente facilitada por el Banco de España, y una vez publicada la Sentencia TJUE de fecha 13/07/2023, se zanja el tema del carácter imperativo de la norma.

En realidad, se zanja una discusión que mantuvo el Banco de España con las entidades financieras hace 19 años, en mayo de 1994, cuando la máxima autoridad financiera presentó el primer Anteproyecto de Circular.

Entonces, tres organismos validaron la redacción imperativa de la Circular 5/94, a saber:

- Ministerio de Consumo
- Confederación Española de Cajas de Ahorros
- Servicios Jurídicos del Banco de España

Por otra parte, dos organismos manifestaron dudas sobre el carácter imperativo:

- Asociación de Banca Privada
- Asociación Hipotecaria Española

Así las cosas, para entender la cuestión con la debida profundidad, este informe consta de dos partes:

- a) La primera es de naturaleza financiera por cuanto explica las razones matemático-financieras por las cuales el contrato que incorpore la referencia a un índice IRPH debe firmarse con un diferencial negativo. Se desarrolla en el capítulo 3.
- b) La segunda es de naturaleza documental, por cuanto analiza la correspondencia oficial entre el Banco de España y las entidades, donde apreciamos cómo se desarrollaron los acuerdos que culminaron en la Circular 5/1994. Se desarrolla desde el capítulo 4 en adelante.

2 El pasado y el futuro del IRPH

Como hemos dicho, el pasado del IRPH empieza en mayo de 1994. El futuro empieza el 13 de julio de 2023.

En esta fecha se publica la Sentencia C-265/22 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dicha sentencia acaba con una afirmación sorprendente para algunos, pero totalmente lógica y necesaria para quien haya tenido acceso a la documentación original.

La afirmación sorprendente (insistimos, no para todo el mundo) es la que aparece en la parte final de la sentencia:

“...para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que **se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo** a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado.”

Es decir, tal como puede leerse, se establecen los siguientes puntos:

- a) Para juzgar la abusividad, es pertinente el contenido de la Circular 5/1994.
- b) Dicho contenido, a juicio del TJUE, establece que los contratos IRPH deben firmarse con un diferencial negativo (“se desprende la necesidad”).

Dichas consideraciones, por tanto, no se refieren a la abusividad por falta de transparencia sino a la nulidad por incumplimiento de una normativa nacional.

Al respecto, el presente documento mostrará como:

- a) El Banco de España construyó los índices IRPH de manera que debían ser utilizados con un diferencial negativo.
- b) Se comunicó dicha característica a las entidades.
- c) Las entidades plantearon mejoras en la redacción, pues consideraban que el carácter imperativo no quedaba claramente establecido.
- d) El Banco de España recogió otras propuestas de las entidades, consideró que la redacción de la Circular 5/1994 era suficientemente explícita al respecto.
- e) Por otra parte, el Banco de España contó con el visto bueno del Ministerio de Consumo, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y de los propios Servicios Jurídicos sobre la redacción de la norma.
- f) Las entidades no insistieron en dudar del carácter imperativo de la norma.
- g) Sin embargo, una vez aceptado implícitamente este carácter imperativo, las entidades sugirieron nuevos cambios al Banco de España.
- h) Dichos cambios conllevaban la supresión de la norma del diferencial negativo en los contratos IRPH.
- i) El Banco de España no realizó los cambios que sugerían las entidades.

Puestos en contexto, por tanto, se entiende por qué el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una duda jurídica que, a juicio de las entidades, se desprendía de la Circular 5/1994.

La Sentencia del TJUE da la razón al Banco de España (tanto a su departamento financiero como al jurídico), a la Confederación Española de Cajas de Ahorros y al Ministerio de Consumo.

Cabe felicitar a las autoridades que dirigían en aquel entonces estos organismos por su visión europeísta, su concepción de los derechos del consumidor y su compromiso con la ciudadanía española.

Por otra parte, cabe felicitar a la jueza Margarita Isabel Poveda (Juzgado nº 17 de Palma de Mallorca) por el planteamiento de una pregunta de naturaleza financiera avanzada, difícil de entender sin formación especializada en finanzas, pero que se remitió en los términos adecuados al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3 Construcción de los índices IRPH

3.1 Por qué se crea el IRPH

Antes del IRPH las entidades podían realizar contratos de revisión de intereses donde se usaban como referencia sus propios préstamos. Hablando en plata: eran las hipotecas Juan Palomo (yo me lo guiso, yo me lo como). Es decir, si una entidad tenía muchos clientes, bien podía elevar los tipos de interés de los préstamos nuevos porque, con las revisiones de los antiguos, compensaba de sobras lo que dejaba de ganar por renuncia de nuevos clientes.

Un ejemplo de esta situación la observamos en la Reclamación 732/91 contra Caja Rural, donde el Banco de España se pronunció a favor del cliente:

“Reclamación número 732/91 contra CAJA RURAL

PROVINCIAL DE SALAMANCA: Procedimiento de modificación del tipo de interés y liquidación posterior inapropiados.

La entidad reclamada procedió a incrementar el tipo de interés inicialmente pactado en la cuenta corriente de crédito que tenía concedida al reclamante, amparándose para ello en el procedimiento de modificación previsto en la cláusula tercera del contrato, que disponía:

«Este crédito devengará un interés del 13,25 % anual y si durante la vigencia del mismo se variase el tipo para esta clase de operaciones, o por haber sido modificado el básico del Banco de España, regirá el nuevo desde la fecha en que la Caja Rural Provincial acuerde aplicarlo, sin necesidad de previa notificación al acreditado».

El Servicio estimó que el citado procedimiento de modificación del tipo de interés, utilizaba de hecho -como referencia para ello- los tipos que establecía la propia entidad, dejando de esta manera a su arbitrio la fijación de un término esencial del contrato -el tipo de interés- por lo que se trataba de una cláusula abusiva, contraria a la buena fe contractual y al justo equilibrio de las contraprestaciones, y por tanto no ajustada a las exigencias de la normativa de disciplina, buenas prácticas y usos bancarios.

Por otra parte, si bien es cierto que a pesar de lo expuesto en la cláusula, la entidad preavisó al reclamante de la modificación del tipo de interés, el Servicio consideró que el plazo de 15 días que le concedió desde la notificación para cancelar en caso de disconformidad, sin aplicarle el nuevo tipo, era insuficiente, por lo que esa actuación no se estimó ajustada a las buenas prácticas y usos bancarios. Máxime cuando se observó que la subida del tipo de interés fue aplicada con carácter retroactivo, en contra de lo dispuesto por la normativa sobre la materia.” (Memorias de Reclamaciones del Banco de España, 1991)

De este modo, la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, estableció la prohibición de usar las referencias propias de una entidad o de su grupo empresarial:

“4. Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:

(...)

d) Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la **modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo,**”

Esta norma es de tal importancia que se recuerda de nuevo en la Resolución de 4 de febrero de 1991, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, complementaria de las de 20 de junio de 1986 y 5 de diciembre de 1989, por la que se acuerda la publicación de índices de referencia de préstamos hipotecarios:

“La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito prevé el establecimiento por vía contractual del derecho de la Entidad de crédito a modificar el tipo de interés pactado en operaciones activas o pasivas estableciendo que tal variación no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otros de su grupo.”

Pero dicha Resolución de 1991 insiste en aclarar cuál es la finalidad del IRPH y los índices similares:

“La existencia de un índice de referencia que refleje adecuadamente los tipos de interés del mercado respondiendo a características de objetividad y estabilidad resulta, sin duda, de interés tanto para las Entidades de crédito, que podrán ajustar sus tipos de interés a los tipos que se practiquen en cada momento, como para los prestatarios, que por esta vía verán evolucionar el coste de sus créditos de manera acorde con las condiciones del mercado.”

Ello resulta, por otra parte, especialmente relevante en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria en los que, por ser generalmente de larga duración resulta necesario procurar que el índice de referencia utilizado permita asegurar que el tipo de interés aplicado en las distintas fases de la indicación guarde una proporción con los tipos de mercado similar a la existente al contratarse el préstamo.”

Es decir, el IRPH se crea precisamente para que:

- a) Los prestatarios paguen intereses en las revisiones de acuerdo a las condiciones del mercado (no a un precio superior ni inferior)
- b) Durante la vida del préstamo, el tipo de interés de revisión guarde similitud con los precios de mercado
- c) Que la variación de los tipos de interés responda siempre a circunstancias objetivas y en ningún caso a la voluntad de la entidad financiera, directa o indirectamente.

3.1.1 Qué es el IRPH

Dada la importancia de estos índices de referencia, que se crearon, no lo olvidemos, para contratar préstamos con revisión siempre a precios de mercado, se crean los índices IRPH.

La Circular 8/1990 indica que las entidades tienen la obligación de informar de los intereses aplicados a sus operaciones a fin de que el Banco de España pueda confeccionar los “tipos medios”.

Y como dicho procedimiento, que era importante, debía ser riguroso, la Circular advierte que estos tipos medios de deben publicar como TAEs. ¿Por qué? Porque así no hay gastos escondidos (comisiones, gastos, etc.) y el tipo medio es lo que se llama un “tipo final”:

“Los tipos medios se calcularán a partir de los tipos de todas las operaciones efectivamente realizadas en el período de referencia, ponderados por sus principales, en el caso de los préstamos y cuentas de crédito, y por sus importes

nominales en los demás casos, y calculados de acuerdo con los procedimientos señalados en la norma octava.”

3.1.2 Cómo debe usarse el IRPH

Así pues, a tenor de lo explicado, imaginemos un ciudadano que quiere un préstamo.

Cuando este cliente acude a la entidad, amparado por las circulares y resoluciones que hemos citado hasta ahora, si la entidad quiere firmar el contrato referenciado al IRPH, debe decirle:

“En aras de evitar abusos en las revisiones de tipos de interés, usted goza de la protección de la Circular 5/1994 y anteriores, mediante las cuales sus revisiones de tipos guardarán similitud con los tipos de mercado”

Seguidamente, dado que el IRPH es una media de TAEs (es decir, que está más alta de lo que debería porque incluye comisiones) y al cliente le corresponde un TIN en las revisiones (tipo nominal para calcular los intereses devengados) entonces se debe añadir:

“Como su préstamo paga una comisión de apertura y el IRPH ya la lleva incluida (por ser media de TAEs) entonces debemos aplicar un diferencial negativo ya que, de no hacerlo, estaríamos incumpliendo la razón de ser del IRPH”

Y, finalmente, la entidad debe acudir a la fórmula del diferencial negativo, que elaboró el Banco de España, para saber qué diferencial concreto le correspondería al cliente. Antes de ir a dicha fórmula, podría usar las tablas orientativas (Anexo IX de la circular) para que el cliente tuviera una idea.

3.1.3 Cómo NO debe usarse el IRPH

Siguiendo con el ejemplo anterior, las entidades, lejos de responder de la manera que hemos descrito, aprovecharon el desconocimiento de lo que era el IRPH para colocarlos a clientes preferentemente de clase media. Este detalle es importante, porque son clientes medios, es decir, de riesgo medio y por tanto destinatarios obvios de las circulares del Banco de España.

A dichos clientes se les contrato IRPH con diferencial positivo, mediante el reclamo comercial de la estabilidad del índice (estabilidad falsa) y el diferencial reducido (engaño financiero y sancionado por la administración de consumo).

Entendemos que esto sucedió en el periodo inicial (1990-1994) y alarmó al Banco de España. Éste, con buen criterio, realizó las modificaciones a la circular anterior (la 8/90) e incluyó la advertencia fundamental que aparece en la Circular 5/1994, a saber, que si se coloca un IRPH y no se le resta un diferencial, se está comercializando (sin que el cliente lo sepa) un préstamo más caro que los demás. Y esto no sólo es una prueba de mala fe, sino también contraviene la razón de ser de los índices IRPH, expuesta repetidamente por el Banco de España.

Por tanto, para que quede claro, a la vista de todo lo expuesto, no aplicar un diferencial negativo al IRPH es:

- a) Comercializar un préstamo con un interés de revisión más caro que la media del país

- b) Comercializarlo, a un cliente que, precisamente, está amparado por la normativa del Banco de España destinada, precisamente, a que no contrate un préstamo más caro que los del mercado.
- c) Comercializarlo de manera maliciosa, insistimos, con un índice que se creó, justamente, para que los prestatarios contrataran los tipos de interés al precio medio del mercado.
- d) Comercializarlo con un “diferencial reducido positivo” omitiendo que el índice, por su estructura, funciona con un diferencial negativo (dado que ya incluye el diferencial medio del país y paga sus propios gastos o comisiones).

3.1.4 Por qué no limita la libertad de precios el diferencial negativo

Puede suceder que un cliente sea muy riesgoso y la entidad considere que, efectivamente, debe pagar un tipo de interés más alto que la media nacional. En este caso, sin embargo, la entidad no tiene limitada la libertad de precios: sólo tiene que aplicar Euribor o Mibor.

Lo que no puede hacer, de ningún modo, la entidad es usar un índice IRPH (creado para comercializar préstamos a tipo medio) de manera que los préstamos resultantes sean de tipo superior a la media.

Y mucho menos, lo que no puede hacer es ocultar toda esta información al prestatario, habida cuenta que la desconoce la Circular 5/1994 (y, además, no la puede entender¹) para que firme un préstamo más caro que la media del país.

En definitiva, la libertad contractual respecto a los tipos de interés sigue siendo la regla general. La entidad puede pactar un tipo fijo, un tipo variable, y dentro de estos, cualquiera de los autorizados por las normas para los contratos de préstamos para la adquisición de vivienda. Ahora bien, si dentro de esa libertad contractual elige un IRPH, en ese caso, debe contratarse respetando la Ley, y no de ninguna otra manera

3.2 Fundamentos documentales que prueban la exposición realizada

Una vez expuesta esta primera parte, de tipo divulgativo, para que se entienda qué son los índices IRPH, por qué se crean y cómo deben usarse, pasaremos a analizar la documentación sobre su construcción para verificar que, efectivamente, el razonamiento financiero coincide con el razonamiento documental.

Es decir, demostraremos documentalmente:

- a) Que se estableció, por la estructura y finalidad del IRPH, que debía contratarse con diferencial negativo.
- b) Que las entidades entendieron el significado imperativo de la Circular 5/1994 y lo aceptaron.

¹ En el *Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH* publicado por la Dirección General de Consumo de Baleares se exponen los detalles del lenguaje técnico de la Circular 5/1994, que la hacen incomprensible para un lector no financiero.

- c) Que el TJUE no hace más que aclarar una posible duda, que las entidades ya manifestaron, y que el Banco de España no consideró (ni siquiera contestó, a raíz de la documentación examinada, a dichas observaciones).
- d) El TJUE, por tanto, ha dado la razón al Banco de España: es obligatorio aplicar un diferencial negativo, la Circular 5/1994 es imperativa en este aspecto.

4 Primer análisis documental de la obligatoriedad del diferencial negativo

4.1 Detalle de la documentación analizada

En fecha 17/06/2016 el Banco de España remitió al Parlamento de Andalucía, en concreto al señor Juan Ignacio Moreno Yagüe, la documentación relativa a las modificaciones a la Circular 8/1990 realizadas el verano de 1994.

El detalle de documentos que sustentan el presente informe son los contenidos en el Anexo I de la respuesta del Banco de España, a saber:

Anexo I
Relación de documentos a los que se da acceso

1. Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, por la que se modifica la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela

- Anteproyecto de Circular de fecha 31.05.1994.
- Informe de legalidad del Servicio Jurídico de fecha 29.06.1994.
- Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 4.07.1994.
- Escrito de la Asociación Española de Banca Privada (AEB) de fecha 13.07.1994 remitiendo observaciones al anteproyecto de Circular.
- Escrito de la Asociación Hipotecaria Española (AHE) de fecha 19.07.1994 remitiendo observaciones al anteproyecto de Circular.
- Escrito del Instituto Nacional del Consumo (INC), de fecha 19.07.1994, remitiendo observaciones al anteproyecto de Circular.
- Escrito de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) de fecha 18.07.1994 remitiendo observaciones anteproyecto de Circular.
- Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 19.07.1994.
- Escrito de la AHE de fecha 21.07.1994 remitiendo observaciones complementarias a las de su escrito de fecha 19.07.1994.
- Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 21.07.1994.
- Texto de la Circular 5/1994 aprobada por el Consejo de Gobierno del Banco de España.

En esta lista de documentos cabe destacar:

- a) El periodo más importante va desde el 4/07/1994 hasta el 19/07/1994. En estos días las entidades plantean al Banco de España sus dudas sobre el carácter imperativo del diferencial negativo.

- b) No siendo tan importante para la cuestión objeto de estudio, pero sí para otras, debe considerarse la comunicación de fecha 19/07/1994 de las entidades, ya que en ella ponen de manifiesto que la clientela no entiende qué es una TAE. Este documento es determinante jurídicamente porque, si un cliente no entiende qué es una TAE, no puede entender de ningún modo la confección del IRPH.

4.2 Primer documento: Anteproyecto de Circular de fecha 31/05/1994

En el anteproyecto original aparece la advertencia que, a la postre, iba a ser definitiva en la Circular 5/1994:

“Debe hacerse notar que los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad.”

Cabe señalar que la tabla orientativa de diferenciales negativos (Anexo IX) sólo contiene plazos de amortización de 10 y 20 años. Estos eran los plazos habituales de los préstamos hipotecarios a principios de los años 90.

Por tanto, es materialmente imposible que un consumidor, acudiendo al BOE, pudiera conocer qué diferencial negativo correspondía, aunque fuera orientativamente, a un préstamo de 25, 30, 35 o 40 años.

Dichas observaciones fueron remitidas por las entidades pero, como veremos, resueltas por el Banco de España en la versión definitiva de la circular.

4.3 Informe de legalidad del Servicio Jurídico de fecha 29/06/1994

Uno de los filtros que debía pasar el Anteproyecto era el de los propios Servicios Jurídicos del Banco de España.

El informe de dichos Servicios Jurídicos se emitió el 29/06/1994.

Examinado dicho informe, se encuentran en él unas cuantas observaciones menores, que no afectan para nada al párrafo del diferencial negativo.

Cabe destacar que los Servicios Jurídicos del Banco de España no manifestaron ninguna objeción al Anexo IX, es decir, a la tabla de diferenciales negativos que corresponde aplicar a los préstamos IRPH.

4.4 Tercer documento: Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 4/07/1994

En el nuevo anteproyecto se mantuvo el párrafo del diferencial negativo y la tabla del Anexo IX sin alteración, tal como estaba en el proyecto inicial.

Después de estas modificaciones, el Banco de España recibió los escritos tanto de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) como del Instituto Nacional de Consumo (Ministerio de Consumo) con observaciones y precisiones menores, pero que no presentan ninguna objeción a la redacción de la norma del diferencial negativo tal como está.

4.4.1 Escrito del Instituto Nacional de Consumo de fecha 19/07/1994

El documento que remite el Instituto Nacional de Consumo no aprecia las supuestas indefiniciones jurídicas que señalan la Asociación Hipotecaria Española y la Asociación de Banca Privada.

En todo caso, dicho documento lamenta que no se puedan desarrollar más los aspectos de protección de los consumidores, si bien reconoce que la Circular se ajusta a la normativa vigente y entiende que no se puede ir más allá.

4.4.2 Escrito de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) de fecha 18/07/1994

El escrito de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, al igual que el del Instituto Nacional de Consumo, no aprecia las supuestas indefiniciones jurídicas que señalan la Asociación Hipotecaria Española y la Asociación de Banca Privada.

4.5 Situación de la discusión después de la publicación del Tercer Documento (nuevo Anteproyecto de 4/07/1994)

Como hemos expuesto, fueron las entidades quienes manifestaron más dudas sobre la norma del diferencial negativo, a través de la Asociación de Banca Privada y la Asociación Hipotecaria Española.

Dado que en estos documentos se encuentran las informaciones clave en el caso que nos ocupa, desarrollaremos el análisis detenidamente en el capítulo que sigue.

5 Análisis detallado de los documentos de las entidades

5.1 Escrito de la Asociación de Banca Privada de fecha 19/07/1994

En la comunicación de la Asociación de Banca Privada se proponen diversas correcciones.

Para el tema que nos ocupa, es relevante destacar las observaciones al Anexo IX y al párrafo sobre el diferencial negativo. La Asociación de Banca Privada manifiesta que, a su juicio, no queda claro el carácter imperativo de la exposición de motivos:

“Constituye una anomalía jurídica publicar, como Anexo, un documento que no tiene correspondencia con ninguna Norma de la Circular, sino que sólo en la Exposición de Motivos se hace referencia a la misma”

Se puede interpretar, en una primera lectura, que la Asociación de Banca Privada solicita, en aras de la defensa de los derechos de los consumidores, que el párrafo del diferencial negativo pase de la exposición de motivos al cuerpo imperativo de la Circular.

Sin embargo, nada más lejos de estas intenciones son las de la Asociación de Banca Privada, pues, seguidamente, aclara que lo que pide es que se suprima el carácter imperativo del diferencial negativo y su tabla anexa:

“Ello determina que no quede claro el carácter normativo o vinculante de dicho Anexo, que debería desaparecer, y si acaso enviarse como una simple carta informativa”

5.1.1 Observaciones a la comunicación de la Asociación de Banca Privada: carácter imperativo de la norma

Cabe señalar que el Banco de España hizo caso omiso a la supresión del Anexo IX y tanto dicho anexo como el párrafo del diferencial negativo se publicaron de la manera propuesta inicialmente.

Por otra parte, es claro que la Asociación de Banca Privada es consciente que el Anexo IX, al formar parte de la Circular, es imperativo y, precisamente, lo que solicita es que sea informativo (“una simple carta informativa”).

Es decir, a pesar de señalar, a su juicio, una “anomalía jurídica”, la Asociación de Banca Privada no discute que, tal como está, el párrafo del diferencial negativo es imperativo, dado que el Anexo forma parte de la Circular.

Esta cuestión jurídica, es decir, las dudas que pudiera tener la Asociación de Banca Privada, es lo que la sentencia del TJUE de 13/07/2023 resuelve 19 años después: el diferencial negativo es imperativo.

5.2 Escrito de la Asociación Hipotecaria Española de fecha 19/07/1994

El escrito que remite la Asociación Hipotecaria Española es similar al de la Asociación de Banca Privada por lo que al diferencial negativo se refiere:

“Sin embargo, en las normas de la Circular no se hace referencia alguna a la decodificación ni a la tabla, de forma que queda indeterminada, con la consiguiente inseguridad jurídica, la naturaleza que la circular pretende dar a esta transformación de TAE en nominales”

Sin embargo, lo llamativo de la comunicación de la AHE es que está totalmente de acuerdo en que una TAE no puede aplicarse como tipo nominal, así, tal cual, sin un ajuste, puesto que sería una irregularidad financiera.

De hecho, observamos dos párrafos seguidos muy curiosos y, ciertamente, definitivos. El primero, insiste en quitar el Anexo IX de la Circular:

“Debe insistirse en lo ya expresado en las consideraciones generales sobre la improcedencia de incluir como anexo de la Circular una tabla de decodificación cuya utilización no queda regulada en el texto de aquélla, sino simplemente aludida o recomendada indirectamente en el preámbulo de la Circular”

Pero el segundo, y éste es realmente importante, la Asociación Hipotecaria Española manifiesta, mediante una doble negación, que **la aplicación de la reducción al IRPH en los contratos es necesaria**. En efecto:

“Por otra parte debe señalarse que la utilización de esta tabla sería innecesaria si se efectuara una redefinición de la TAE excluyendo de ella las comisiones”

Es decir, la Asociación Hipotecaria Española indica que:

- a) Si se usara una TAE calculada sin incluir las comisiones, entonces las medias resultantes (los índices IRPH) serían aproximadamente tipos nominales, por lo que no haría falta ninguna corrección a la baja.
- b) Como el Banco de España elabora los índices IRPH con TAEs calculadas con comisiones, es necesario aplicar la corrección a la baja a la hora de incluirlos en las cláusulas de los contratos.

En definitiva:

- a) La Asociación Hipotecaria Española está de acuerdo en los índices IRPH son indicadores dilatados que no pueden ser usados directamente como tipos nominales (sin una corrección a la baja)
- b) Si se calcula la TAE tal como establece el Banco de España, la corrección a la baja es necesaria.

Cabe señalar la falta de coherencia entre la Asociación Hipotecaria Española con las entidades jurídicas que la integran, esto es, los bancos y cajas que ofertan préstamos hipotecarios. Es chocante que la Asociación Hipotecaria Española se manifieste en los referidos términos (el IRPH no puede ser usado directamente como tipo nominal) y, por el contrario, en los contratos IRPH aparezca reiteradamente el siguiente texto:

“El tipo de referencia publicado más el diferencial se tomarán directamente como tipo de interés nominal”

Por otra parte, también llama la atención que, a la vez que parece pedir que se suprima la tabla, por otra parte indica que debe mejorarse, ya que dice:

“En todo caso debe considerarse que una tabla como la propuesta carece de utilidad a los efectos de decodificación que se pretenden, dado que las comisiones no son uniformes para todas las entidades, ni un diferencial negativo tiene la misma significación para distintos niveles de tipos de interés, además de que se contemplan supuestos limitados en cuanto a plazos y tipos”

De esta indicación de mejora, como veremos, el Banco de España sí toma nota:

- a) Mantiene el Anexo IX dentro de la Circular
- b) Añade una fórmula para reforzar la imperatividad de la norma: con la nueva versión el diferencial se podrá calcular en cada caso concreto, es decir, para cada contrato.

Por tanto, a la vista de la conducta, tanto del Banco de España como de la AHE, no hay ninguna duda que en julio de 1994, a la presentación del nuevo anteproyecto (21/07/1994), todos saben que el diferencial negativo es imperativo.

5.2.1 Observaciones a la comunicación de la Asociación Hipotecaria Española: carácter imperativo de la norma

Al igual que el caso anterior, el Banco de España hizo caso omiso de la indicación de suprimir el Anexo IX de la Circular.

Como se ha indicado, el Anexo forma parte de la Circular y esta cualidad le confiere carácter imperativo. La posible duda jurídica la resuelve la Sentencia del TJUE de 13/07/2023.

Por otra parte, la AHE sugiere una mejora al Anexo IX, cosa que hace el Banco de España en la publicación definitiva de la Circular 5/1994.

5.3 Nuevo anteproyecto de Circular de fecha 21/07/1994

Como hemos señalado, del nuevo anteproyecto se destacan dos aspectos fundamentales en relación al tema que nos ocupa:

- a) Se mantiene el párrafo del diferencial negativo y la tabla del Anexo IX.
- b) Para más abundamiento, la Circular añade al Anexo IX una fórmula para calcular el diferencial negativo que corresponde aplicar a los préstamos IRPH.

De este modo, el Anexo IX contiene una lista de diferenciales para préstamos de 10 y 20 años seguida de la fórmula utilizada para obtenerlos (por lo que se puede calcular para cualquier plazo):

El diferencial (D) se ha calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$D = TAE - k \cdot i_k$$

Siendo:

$$i_k = \left(\left[\frac{TAE - \text{Comisiones}/n}{100} + 1 \right]^{1/k} - 1 \right) \cdot 100.$$

n = Número de años del contrato.

k = Número de períodos en que se divide el año.

Esta fórmula supone una simplificación respecto a la fórmula financiera básica del cálculo de la TAE.

De esta forma, para cada contrato hipotecario, la entidad puede conocer con precisión el diferencial negativo que debe aplicar al préstamo referenciado a IRPH.

5.1 Escrito complementario de la Asociación Hipotecaria Española de fecha 21/07/1994

Cabe señalar que, simultáneamente, mientras el Banco de España presentaba su nueva versión mejorada de la circular, la Asociación Hipotecaria Española remitía un segundo escrito.

En el segundo escrito ya no se insiste en la supuesta irregularidad jurídica. La Asociación Hipotecaria Española se limita a proponer un cambio en el cálculo de la TAE.

Es de destacar que en este escrito se señala que **la clientela no entiende la TAE:**

“Como consecuencia de ello, cuando se produce una revisión del tipo de interés, la TAE que debe hacerse constar en el recibo no se corresponde con el nuevo tipo de interés nominal lo que, en épocas de descenso de los tipos de interés, da origen al **descontento de la clientela** que advierte una rebaja de la TAE inferior a la que considera debería producirse.

(...)

En tal caso, aunque el descenso del tipo de interés sea muy pronunciado, la disminución de la TAE es pequeña y la diferencia entre el nominal y la TAE se amplía, lo que **origina una gran confusión**”

5.1.1 Observaciones a la segunda comunicación de la Asociación Hipotecaria Española: incompreensión de la TAE

Esta comunicación es más importante de lo que parece porque, al dejar constancia que la clientela no entiende lo que es la TAE se infiere, de manera inevitable, que tampoco puede entender, en consecuencia, los índices IRPH, dado que son una media de indicadores financieros que el cliente no entiende.

6 Conclusiones

6.1 Esquema de conclusiones del presente informe

Sobre la necesidad de contratar los préstamos IRPH con diferencial negativo, la siguiente tabla resume lo expuesto:

Entidad	Pronunciamiento
Banco de España	Publica la indicación en el preámbulo y la tabla de valores, junto con la fórmula, en el Anexo IX de la Circular 5/1994
Asociación de Banca Privada	Manifiesta dudas sobre el aspecto imperativo. Solicita que el Anexo sea sólo informativo.
Asociación Hipotecaria Española	Manifiesta dudas sobre el aspecto imperativo. Solicita que el Anexo se suprima.
Instituto Nacional de Consumo	No manifiesta dudas sobre el aspecto imperativo
Confederación Española de Cajas de Ahorro	No manifiesta dudas sobre el aspecto imperativo
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Resuelve que el diferencial negativo en los préstamos IRPH es necesario porque el párrafo de la Circular 5/1994 es imperativo

Como se ha señalado, respecto a las dudas y solicitudes de supresión de la Asociación de Banca Privada y la Asociación Hipotecaria Española, el Banco de España:

- a) No responde a dichas dudas. Hace caso omiso de ellas.
- b) Publica el Anexo IX mejorado, con una fórmula de cálculo de los diferenciales negativos.

Sobre la TAE, la tabla es más simple:

Entidad	Pronunciamiento
Banco de España	Establece que los índices IRPH se calculan considerando TAEs
Asociación Hipotecaria Española	Propone un cálculo diferente de la TAE. Indica que los clientes no entienden la TAE.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Indica que el consumidor debe entender cómo se construye el IRPH

6.2 Lecturas financieramente erróneas de la Sentencia TJUE 13/07/2023

Dado lo polémico, bajo el punto de vista jurídico, de los contratos IRPH, pasamos a detallar unas puntualizaciones necesarias sobre la sentencia del TJUE de 13/07/2023.

Dichas puntualizaciones son de tipo financiero, pero aclaran las lecturas jurídicas de la sentencia.

6.2.1 La sentencia no se refiere a una corrección del tipo anual/mensual

No hay que confundir la aplicación del diferencial negativo, que es una corrección a la baja porque el préstamo paga sus propias comisiones, con la corrección financiera anual/mensual.

Dado que el contrato de préstamo pacta un tipo de interés revisable anualmente, al aplicar este nuevo parámetro a las fórmulas financieras del préstamo, debe realizarse una corrección financiera de tipo exponencial (no una resta del diferencial) que ha sido tratada reiteradamente por el Banco de España.

El Banco de España señala que no aplicar la corrección anual/mensual es una mala práctica en las siguientes resoluciones:

RR. 542/98, 2161/95, 998/94, 1304/94, 1272/91, 148/90, 289/90, 514/90, 352/90, 635/90, 1065/90, 153/90, 735/90, 1174/90, 1251/90, 1644/90, 2126/90, 1424/90, 186/90, 1087/90, 1111/90, 1528/90, 1726/90, 270/89, 329/98, 368/89, 475/89, 500/89, 617/89, 1058/89, 1288/89, 1486/89, 1791/89, 2411/89, 2415/89, 95/89, 477/89, 725/89, 1109/89, 1282/89, 2385/89, 132/89, 249/89, 1245/89, 2044/89, 2172/89, 2339/89, 154/89, 1678/89, 1789/89, 2881/89, 36/89, 1139/89, 1368/89, 1543/89, 1567/89, 2212/89, 2271/89, 1546/89 y 1181/89

Este listado ha sido extraído del documento *Criterios del servicio de reclamaciones del banco de España en materia de prácticas bancarias* (2001), elaborado por el Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Girona y Catedrático (E.U.) de Derecho mercantil de la Universitat de Girona, Doctor Ignacio Farrando.

Dicha corrección aplica tanto a préstamos IRPH como a cualquier préstamo referenciado a otro índice, con interés variable anual pero de devengo mensual de intereses. No debe confundirse, por tanto, con la corrección del diferencial negativo de la Circular 5/1994.

6.2.2 La corrección del diferencial negativo no se refiere a las TAE remitidas al Banco de España sino al tipo de interés aplicado en las revisiones del préstamo

Es claro que el Anteproyecto se refiere a la “simple utilización directa” en los préstamos y no a la comunicación al Banco de España. Pero, por si quedara alguna duda en un lector no experto en finanzas, este aspecto queda ratificado por la respuesta de las entidades.

Baste tomar como ejemplo las indicaciones de la Asociación Hipotecaria Española de fecha 21/07/1994, la cual propone cambios en la TAE, en el marco de las correcciones que propone el Banco de España.

En dicha respuesta, apreciamos que la discusión sobre la TAE y el TIN que mantienen las entidades con el Banco de España **no se refiere a los tipos comunicados sino a los efectivamente utilizados en el contrato**, puesto que habla de la **problemática de los recibos**:

“Como consecuencia de ello, cuando se produce una revisión del tipo de interés, la TAE que debe hacerse constar **en el recibo** no se corresponde con el nuevo tipo de interés nominal lo que, en épocas de descenso de los tipos de interés, da origen al descontento de la clientela que advierte una rebaja de la TAE inferior a la que considera debería producirse...”

Es decir, no hay más que leer el presente documento detenidamente para entender que no cabe considerar la opción que la Circular 5/1994 se refiriera a la comunicación de TAEs sino a la aplicación de un diferencial negativo en la cláusula de revisión de intereses.

Por otra parte, hay que considerar, tal como prueban las comunicaciones entre la Dirección General de Consumo y el Banco de España realizadas para la confección de los diferentes informes sobre contratos hipotecarios (periodo 2022-2023) que las entidades comunicaron las TAEs de los préstamos sin ningún tipo de rebaja. Considerar que la norma del diferencial negativo es de aplicación a las TAEs comunicadas nos llevaría, inmediatamente, a la invalidez total de los IRPH publicados desde que se creó.

6.2.3 El TJUE no recibió información errónea por parte del Juzgado nº 17 de Palma de Mallorca

Nos consta que, para emitir su pronunciamiento, fueron remitidas al TJUE por el juzgado nº 17 de Palma de Mallorca, en la cuestión prejudicial, diversos extractos del documento *Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH*, publicado por la Dirección General de Consumo del Gobierno Balear en febrero de 2022.

Dicho documento expone de manera extensa y detallada las particularidades del índice IRPH, de su construcción y contratación y, en particular, de la necesidad de incorporar un diferencial negativo. Ha sido elaborado por tres profesores de universidad (de economía y matemáticas) en colaboración con los técnicos de consumo, con consultas directas al Banco de España y con consultas a diversos juristas (letrados de la administración y privados).

Pues bien, al combinar la información de dicho informe y las comunicaciones oficiales entre el Banco de España y las entidades, observamos que la información suministrada al TJUE es financieramente correcta en los aspectos referidos al diferencial negativo.

La sentencia del TJUE de fecha 13/07/2023 se basa, por tanto, en información financiera correcta.

6.2.4 El razonamiento de los diferenciales menores en los contratos IRPH se basa en un bulo financiero

Ha sido reconocido por la propia Asociación Hipotecaria Española que el IRPH y el Euribor no mantienen un comportamiento paralelo, por tratarse de indicadores financieros basados en conceptos y cantidades diferentes.

La “falacia del paralelismo” fue reconocida por la propia Asociación Hipotecaria Española en el año 2017, después de una década de diversos comunicados insistiendo en que IRPH y Euribor eran paralelos.

En consecuencia, el argumento esgrimido frecuentemente que el diferencial del IRPH es menor que el Euribor, no tiene ninguna validez matemática al referirse a dos fenómenos no paralelos.

La falacia del paralelismo y sus consecuencias han sido ampliamente expuestas en estos informes:

- a) Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH, Dirección General de Consumo del Gobierno Balear, marzo de 2022.
- b) Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativa, Ministerio de Consumo, noviembre de 2022.

Por tanto, no es lo mismo un préstamo referenciado a IRPH (con un diferencial menor) que un préstamo referenciado a Euribor (con un diferencial mayor), puesto que al bajar el Euribor considerablemente el IRPH nunca baja con la misma intensidad, de manera que es más caro el índice IRPH (aun con un diferencial menor) que el índice Euribor (con un diferencial mayor).

Dicho de otro modo: el IRPH, aún con un diferencial menor, evita las bajadas de tipos europeos (bajadas el Euribor) y dicho diferencial menor por lo general no compensa, ni mucho menos, el diferencial mayor del Euribor.

El razonamiento del diferencial menor sólo sería correcto si IRPH y Euribor fueran paralelos, cosa falaz.

Por tanto, una de las fuentes de abusividad (entre otras) señaladas por los referidos informes es que el IRPH hace de “cláusula freno”, es decir, por su confección se convierte en un índice que no puede bajar tanto como los préstamos referenciados a Euribor, ni aun cuando se acompañe de diferenciales menores. La abusividad del IRPH consiste, por tanto, en el mismo mecanismo que las cláusulas suelo: evitar que el consumidor se beneficie de las bajadas de tipos. Este hecho financiero, propio de la estructura del IRPH, es desconocido por los prestatarios en el momento de la firma.

6.2.5 La suposición que el consumidor medio entiende el IRPH es falsa

Un descubrimiento no previsto del examen de la documentación, a la hora de elaborar este anexo, ha sido que las propias entidades manifiestan que los clientes no entienden qué es una TAE.

Es llamativo, por tanto, la cantidad de sentencias falladas por nuestro sistema judicial que dan por sentado que el consumidor entendía perfectamente la confección del IRPH. Pongamos un ejemplo divulgativo para captar la magnitud del error en dicho razonamiento jurídico: ¿Es posible que alguien entienda de fútbol sin saber qué es un futbolista? Obviamente, no. Entonces, ¿cómo va a entender un consumidor qué significa (y que conlleva, a qué le compromete) una media de TAEs si no sabe qué es una TAE?

Por otra parte, hay que señalar que, frecuentemente, tampoco jueces y magistrados entienden qué son las TAEs y, por tanto, los índices IRPH. En el referido informe del Ministerio de Consumo sobre el IRPH se analizan algunas sentencias y se detecta en ellas, de manera objetiva, dicho desconocimiento.

Sirva de muestra un botón a la hora de escribir el presente anexo: la Sentencia 601/2023 de la Audiencia de Baleares. Supuestamente, como indica el TJUE, cada expediente debe estudiarse caso por caso, y así han obrado los magistrados. Sin embargo, en dicha sentencia leemos que se ha admitido como prueba la oferta vinculante, y obviamente dicha prueba ha sido utilizada para emitir la sentencia.

Pues bien, analizada la oferta vinculante, observamos que las TAEs de la misma coinciden con el préstamo. Algo imposible porque la oferta vinculante, según fecha del contrato, se firmó en noviembre y el contrato se firmó en enero. En medio está el índice IRPH publicado en diciembre, que es el que la TAE que el contrato usa y el que la oferta vinculante no puede usar, dado que se desconocía en noviembre.

Un error mayúsculo como este, imperdonable financieramente, impresentable a la sociedad, no pasa desapercibido para quién entiende qué es una TAE. Sin embargo, como vemos, la Audiencia de Baleares ha usado un documento erróneo (posiblemente, falsificado) para valorar la buena fe y el buen hacer de la entidad financiera. ¿Confiarán los ciudadanos en los encargados de detectar la abusividad de los contratos si, ni ellos mismos, tal como refleja lo que escriben, no los entienden?

Es obvio que urge una formación financiera de los jueces que tomen parte en temas complicados, como es el caso del IRPH. Ahora bien, la necesidad constatada (por la referida sentencia) de dicha formación es la prueba palpable que el consumidor no entiende el IRPH, tal como ya manifestaron las entidades en 1994 al indicar que no entendían las TAEs.

6.3 Puntualización final

Tanto la administración de consumo autonómica (Gobierno de Baleares) como la central (Gobierno de España) manifestaron su preocupación por la problemática de los contratos IRPH y, obrando en consecuencia, encargaron diferentes informes, que han sido completados con publicaciones anexas como la presente.

Tal como hemos señalado, son públicos dos documentos clave:

- a) Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH, Dirección General de Consumo del Gobierno Balear, marzo de 2022.

- b) Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativa, Ministerio de Consumo, noviembre de 2022.

Además, dichos documentos están redactados en lenguaje divulgativo, de manera que puedan ser entendidos por personas no financieras. Por otra parte, dichos informes de tipo financiero fueron complementados con sendos informes jurídicos. La información sobre el IRPH que ha elaborado la administración de consumo es harto rigurosa y completa.

En dichos documentos se detallan todos los aspectos abusivos financieramente de los contratos IRPH. Es paradójico que un índice que se creó en aras de la transparencia contractual y, básicamente, para proteger a la clase media en el acceso a la vivienda, se haya convertido es una fuente de contratos a sobreprecio.

El presente anexo se limita al diferencial negativo y a la obligatoriedad de aplicarlo en contratos IRPH, tal como ha sentenciado el TJUE y tal como entendieron las organizaciones (públicas y privadas) que participaron en su creación. Obviamente, hay muchos otros motivos (y, en cierto modo, sentimos tener que decir esto) que conllevan la nulidad de la contratación, que no se han tratado aquí.

Corregir la degeneración de un instrumento financiero, que costó su tiempo y recursos al Banco de España, es una tarea urgente en la que todos los agentes implicados deberían estar interesados, empezando por las propias entidades y pasando por la administración, tanto la financiera como la de justicia.

Todos los documentos citados en este informe son de acceso público. Los documentos son conocidos por el Banco de España y por las entidades.