

DE LOS CREADORES DE «LOS PRÉSTAMOS MULTIDIVISA SON INSTRUMENTOS FINANCIEROS» LLEGA «LA CLÁUSULA SUELO PUEDE SER UN DERIVADO FINANCIERO»¹

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 14 de diciembre de 2015

Algunos medios de comunicación han anunciado recientemente que un juez de Fuenlabrada considera que la cláusula suelo podría ser un derivado financiero. Así, se han afirmado cosas como que “[L]a sentencia anula la cláusula suelo a la que califica también de derivado financiero”²; que “[E]l juzgado nº 5 de Fuenlabrada ha anulado la cláusula suelo y la hipoteca multidivisa colocadas por el Banco de Galicia, hoy Banco Popular, a una pareja, al considerar que podrían ser un derivado financiero encubierto. (...) [E]l juez cree que la cláusula suelo podría ser considerada como un derivado financiero enmascarado, «pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia»³. Por eso, el fallo considera esencial que se «conozca su existencia, su incorporación y sus posibles consecuencias»; o que “[L]a sentencia es muy relevante porque es la primera vez que una sentencia califica de derivado financiero una cláusula suelo; eso significa que entra en el art. 2.2 de la Ley de Mercado de Valores que establece exigencias reforzadas de información para proteger a los clientes minoristas”⁴.

Pues bien, lo cierto es que el JPI nº 5 de Fuenlabrada, en su sentencia de 25 de noviembre de 2015⁵, anula la cláusula suelo siguiendo los parámetros de la STS de 9 de

¹ Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación Cultura y Deporte (Ref. FPU014/04016), y con la ayuda de financiación a Grupo de Investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM (Ref.: GI20142888).

² “Un juez considera que la cláusula suelo podría ser un derivado financiero” *Negocios.com*, 10 diciembre 2015 <http://www.negocios.com/noticias/juez-considera-clausula-suelo-derivado-financiero-10122015-1542>

³ “Un juez fuenlabreño considera la cláusula suelo como derivado financiero”, *Ser Madrid Sur*, 11 diciembre 2015. http://cadenaser.com/emisora/2015/12/11/ser_madrid_sur/1449842579_517736.html

⁴ Ignacio Navas, socio-director de Navas & Cusí, en *Negocios.com*, op. cit.

⁵ http://www.asufin.com/sentencias/S_151125_BPOPULAR_BGALICIA_JPI5_FUENLABRADA_HMD_SUELO_SIN.pdf

mayo de 2013, por considerar que no supera el examen de incorporación y transparencia, condenando a la entidad a devolver las cantidades percibidas por la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013, en aplicación de la doctrina del TS fijada por el 25 de marzo de 2015, y no porque se trate de un derivado o porque le resultare de aplicación MiFID⁶.

Con todo, el JPI nº 5 de Fuenlabrada afirma, mientras analiza el control de transparencia según la doctrina jurisprudencial fijada por STS de 9 de mayo de 2013, “[E]s más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no”. Si bien la afirmación no es tomada como *ratio decidendi*, ni se ve acompañada de una exigencia de aplicación de la normativa MiFID, ni altera en nada el control de transparencia (cuyo objetivo es precisamente determinar si el cliente pudo conocer su existencia y consecuencias), la afirmación merece realizar algunas reflexiones.

Como ya hemos comentado⁷, ni los préstamos multidivisa son instrumentos financieros⁸, ni un préstamo y su clausulado puede serlo. Fernando ZUNZUNEGUI define al “instrumento financiero” como “todo valor negociable o contrato susceptible de negociación organizada en el mercado de valores”⁹. Asimismo, Susana NAVAS NAVARRO¹⁰ sostiene que “[D]e la lectura detenida de los listados de «instrumentos

⁶ Vid. FJ tercero, págs. 5 a 13 de la sentencia, en el que expone la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 y somete al examen de la transparencia a la cláusula suelo, en tanto que condición general de la contratación (y no como derivado) tras negar su posible abusividad por referir al objeto principal del contrato.

⁷ Vid. “Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirma que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MiFID” <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/12/Fin-del-debate-tras-el-CESR-y-la-Comisi%C3%B3n-Europea-ahora-es-el-TJUE-quien-confirma-que-los-pr%C3%A9stamos-multidivisa-no-son-instrumentos-financieros-ni-est%C3%A1n-sujetos-a-MiFID.pdf>; y “Incorrección del Tribunal Supremo sobre hipotecas multidivisa: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CESR y la Comisión Europea” <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/Incorrecci%C3%B3n-del-Tribunal-Supremo-sobre-hipotecas-multidivisa-no-son-instrumentos-financieros-complejos-como-han-reiterado-el-CESR-y-la-Comisi%C3%B3n-Europea.pdf>

⁸ Como han aclarado: (i) el CESR en el documento “Your questions on MiFID”, pregunta 188; (ii) la Comisión Europea en el documento “Your questions on Legislation” pregunta 118; y (iii) el TJUE en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14).

⁹ ZUNZUNEGUI, F.: “Derecho del mercado financiero”, 3ª. edic., Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2005, pp. 169 ss

¹⁰ NAVAS NAVARRO, S.: “Comentario a la Sentencia de 30 junio 2015 (RJ 2015, 2662). Hipoteca multidivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente”, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 99, Septiembre - Diciembre 2015.

financieros» de las normas comunitarias, así como del art. 2 LMV, se desprende que un contrato de préstamo no es un «instrumento financiero» (...) La conclusión, pues, nos parece nítida: el préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera, hoy por hoy, NO es un instrumento financiero, a los efectos de resultar de aplicación la LMV. Se trata de un contrato que pertenece al mercado del crédito y no al de valores». La misma autora explica claramente en concepto de derivado financiero como sigue “[E]xpuesto de forma sencilla un «instrumento financiero derivado» es un contrato por el que una parte se compromete a comprar y otra a vender un determinado bien en una fecha fija futura o a ejercitar un derecho de opción a comprar un determinado bien en una fecha fija futura o a realizar un intercambio de determinados bienes en una fecha fija futura. El rasgo que caracteriza a este tipo de contratos es que el bien objeto del mismo es un bien cuyo valor fluctúa en algún mercado financiero (de valores, de divisas, de seguros, de materias primas) y, por tanto, existe un riesgo asociado de ganancia o de pérdida”¹¹.

Por tanto, ni los préstamos (ya sea porque se estén denominados en divisa extranjera, ya sea porque tengan una cláusula suelo, ya por su complejidad, ya por su onerosidad) son instrumentos financieros, ni las cláusulas suelo pueden ser un derivado financiero.

Nótese la diferencia con un swap (que sí es un instrumento financiero derivado y complejo), en el que las partes convienen abonarse recíprocamente determinadas intereses ligados a una cifra nominal, siendo corriente que una parte asuma el pago de intereses a un tipo variable, y su contraparte a un tipo fijo. Es decir, se fija un capital sobre el que se girarán las correspondientes liquidaciones periódicas por compensación, según el resultado que proceda en virtud de la evolución real de los tipos de interés —es decir, una de las partes compensaría a la otra la diferencia negativa de los intereses asumidos según su evolución—. De esta forma, en una estructura básica de swap de tipo de interés, la parte que haya optado por el interés fijo resultará beneficiada si el tipo variable de referencia resulta superior en el período pactado; y la parte que haya optado por el interés variable obtendrá beneficios cuando el tipo de referencia baje siendo inferior al fijo asumido por la contraparte.

Nada de esto ocurre con la cláusula suelo, no se producen liquidaciones para ninguna de las partes. Simplemente cuando el índice de referencia se sitúa por debajo del suelo el tipo de interés se convierte en fijo, y ya no variable, para el prestatario. Pero éste no tiene que realizar un pago adicional respecto a su cuota de amortización en abono de ningún producto financiero derivado, ni cuando el índice de referencia se sitúa por encima del suelo recibe el prestatario ningún abono por parte de la entidad de

¹¹ NAVAS NAVARRO, S.: op. cit.

prestamista (como sí ocurriría en un swap de tipos de interés). En fin, la cláusula suelo establece que el préstamo será variable salvo que el índice de referencia caiga por debajo de un valor determinado, o más sencillamente, la cláusula suelo determina que el préstamo es variable pero que está sujeto a una cuota mínima fija. Considerar que la cláusula suelo constituye un derivado financiero sería tanto como considerar que un préstamo a tipo fijo o mixto lo es.