

Disparidad de criterios sobre los préstamos multidivisa

POR ANA MARÍA RODRÍGUEZ CONDE Abogada de Derecho Administrativo y Regulatorio de Pérez-Llorca

En los últimos meses hemos asistido a un extenso debate acerca del grado de complejidad financiera de las hipotecas multidivisa y de la consecuente aplicabilidad a las mismas de la normativa de mercado de valores, el cual ha venido alimentado por la disparidad de posiciones mantenidas por distintas instituciones y órganos judiciales a este respecto. Las primeras sentencias que se dictaron en esta materia respondieron negativamente a esta cuestión y entendieron que las hipotecas multidivisa no constituyen un producto complejo.

En los últimos meses hemos asistido a un extenso debate acerca del grado de complejidad financiera de las hipotecas multidivisa y de la consecuente aplicabilidad a las mismas de la normativa de mercado de valores, el cual ha venido alimentado por la disparidad de posiciones mantenidas por distintas instituciones y órganos judiciales a este respecto.

Las primeras sentencias que se dictaron en esta materia respondieron negativamente a esta cuestión y entendieron que las hipotecas multidivisa no constituyen un producto complejo, apoyándose para ello fundamentalmente en las directrices adoptadas en este sentido por el Banco

de España. Esta misma posición se mantuvo también posteriormente por diversas instituciones europeas, y, entre ellas, por la Comisión Europea.

Sin embargo, la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales cambió radicalmente tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de junio de 2015, en la que se concluyó que las hipotecas multidivisa son instrumentos financieros derivados. La consecuencia primordial de esta consideración es la aplicación de la normativa de mercado de valores, que contempla obligaciones de información más exigentes que la normativa bancaria general, como es la obligación de realizar al prestatario un test de idoneidad o incluso, según los casos, un test de conveniencia, antes de contratar el producto.

Como es de sobra conocido, cuando parecía que el Tribunal Supremo había zanjado el debate con este pronunciamiento, el 3 de diciembre de 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia en el asunto *Banif Plus Bank* (C-312/14). Dicho Tribunal declaró que no constituyen un servicio o una actividad de inversión las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas, consistentes en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad. Por el contrario, señaló que dichas operaciones tienen un carácter puramente accesorio respecto de la concesión y el reembolso del préstamo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también indicó que los préstamos denominados en divisas no podían considerarse como un contrato de futuros puesto que no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas,

El TJUE concluyó que las operaciones de cambio no pueden calificarse de inversión

Ante esta disparidad de criterios, resultaría aconsejable que los tribunales planteasen una cuestión prejudicial

ya que el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato –pago del capital y de los vencimientos del préstamo– y que, en consecuencia, una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero.

Con base en estos razonamientos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, no pueden calificarse de servicios de inversión, de

manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en la normativa MIFID.

Dejando a un lado el hecho de que la doctrina sentada en el asunto *Banif Plus Bank* es directamente aplicable y que supone que en la mayor parte de los casos no resulte de aplicación a los préstamos multidivisa la normativa de mercado de valores, –por ser esta precisamente la regulación que, entre otras cosas, incorpora la normativa MIFID al ordenamiento jurídico español–, lo cierto es que a día de hoy son mayoritarios los órganos judiciales que continúan manteniendo la tesis contraria remitiéndose para ello a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 y sin hacer referencia alguna a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con todo, ya comienza a haber Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia, como los de Madrid y Sevilla, que aplican los razonamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este contexto de disparidad de criterios, resultaría aconsejable que, antes de inaplicar sin más la doctrina de este Tribunal, los órganos judiciales nacionales le planteasen una cuestión prejudicial acerca de la adecuación

de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 al Derecho de la Unión Europea, particularmente a la vista de la sentencia *Banif Plus Bank*. No obstante, la posición que vienen manteniendo muchos tribunales españoles parece indicar que el único modo para poner punto y final a este debate de manera coherente y sistemática en todo el territorio nacional pasaría por que el Tribunal Supremo tenga la ocasión de pronunciarse nuevamente sobre esta cuestión, lo que le brindaría la oportunidad de adecuar su doctrina a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o incluso de matizarla a la vista de las circunstancias de cada caso, si ello fuese preciso. Hasta ese momento, seguirá habiendo disparidad de criterios.

La posición que vienen manteniendo muchos tribunales parece indicar que el único modo para poner punto y final a este debate de manera coherente y sistemática en todo el territorio nacional pasaría por que el Tribunal Supremo tenga la ocasión de pronunciarse nuevamente sobre esta cuestión, lo que le brindaría la oportunidad de adecuar su doctrina a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o incluso de matizarla a la vista de las circunstancias de cada caso, si ello fuese preciso. Hasta ese momento, seguirá habiendo disparidad de criterios.

