

¿Está preparado el ordenamiento jurídico para los intereses negativos?

*Fernando Zunzunegui, Abogado,
Profesor Doctor de Derecho del Mercado Financiero,
Universidad Carlos III de Madrid*

El ordenamiento jurídico es un sistema que permite dar respuesta a todas las situaciones por muy novedosas que puedan parecernos. La existencia de intereses negativos en las operaciones bancarias constituye una de esas situaciones imprevistas que debe ser analizada para considerar su régimen jurídico. Aunque no es del todo una situación financiera nueva. El Banco Nacional de Suiza los aplica periódicamente desde los años sesenta del siglo pasado como medida de política monetaria. A su vez, en 2003 el Tesoro de los Estados Unidos aplicó intereses negativos. Pero estos precedentes no dieron lugar a una suficiente reflexión jurídica. Ha sido con la generalización de los intereses negativos derivada de las medidas del cambio de política monetaria del Banco Central Europeo de junio de 2014 cuando los juristas comienzan a considerar su régimen jurídico.

Los intereses negativos afectan tanto a las operaciones pasivas como a las activas de la banca en las que la contraprestación se ha pactado mediante la inclusión en el contrato de una fórmula diferencial. La aplicación de esta fórmula puede dar lugar a que el acreedor tenga que pagar al deudor que disfruta del capital. Hay casos de depositantes que pagan por mantener el dinero en el banco o prestamistas que tienen que liquidar cantidades a la persona que ha recibido la financiación. Lo habitual en este tipo de contratos es fijar la contraprestación con un diferencial sobre el Euribor u otro índice de referencia. Por ejemplo, se puede pactar que el depósito o el préstamo tengan una contraprestación del Euribor +0,10. En tal caso con un Euribor negativo del -0,15, de aplicar la fórmula resulta que el acreedor, ya sea depositante o prestamista, en lugar de recibir una suma en concepto de intereses, debe pagar a la contraparte un 0,05 de «interés negativo».

En estos casos, la solución jurídica que apliquemos a las operaciones pasivas y activas no puede ser muy distinta. Hay un principio de neutralidad en las operaciones financieras. Debe haber un tratamiento «simétrico», incluso en los casos en los que sea el banco quien deba hacer frente a los intereses negativos (según recoge el art. 9.4, párrafo final, de la Ley 41/2007, para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés). Sería contrario a este principio de neutralidad admitir que los bancos pueden cobrar a los clientes el interés negativo de los depósitos y negar al mismo tiempo que el cliente tenga derecho a cobrar el interés negativo de su hipoteca referenciada al Euribor. Estamos ante operaciones estructuradas en las que se pacta, según la oferta predispuesta por el banco, pagar un diferencial sobre un tipo de referencia. Son productos financieros complejos, que requieren utilizar una fórmula para calcular las liquidaciones periódicas. El hecho de que por la situación del mercado

estuviéramos acostumbrados a diferenciales positivos no afecta a la estructura financiera del contrato.

Los depósitos de tipo variable cuya rentabilidad esté directamente vinculada a un índice de tipos de interés como el Euribor son productos estructurados, aunque todavía queden excluidos de la noción de instrumentos financieros a efectos de la protección del inversor (vid. art. 4.1.43 *a*) de MiFID II). Así mismo los préstamos hipotecarios a tipo variable referenciados al Euribor son productos estructurados. Tanto los depósitos como los préstamos a interés variable dan lugar al pago periódico de unas sumas calculadas con una fórmula diferencial. Son productos que tienen similitud con las permutas financieras (swaps). Se encuadran en las finanzas derivadas. De tal modo que tan peligroso resulta cuestionar un swap por el cambio de circunstancias económicas como la vigencia de un depósito bancario o de un préstamo por el existencia de intereses negativos. Si consideramos que los intereses negativos no eran algo previsible a la firma del préstamo a interés variable y que por esta razón el banco no tiene que pagarlos al cliente, por esta misma razón podríamos poner en cuestión el resto de las finanzas derivadas, pues nadie podía prever que los tipos de interés iban a ser negativos.

Se alega por la industria bancaria con apoyo del Banco de España que el banco no tiene que pagar al cliente prestatario intereses negativos. Según esta postura los interés negativos desnaturalizan el préstamo como contrato oneroso y por esta razón si el interés es negativo el tipo de interés pasa a ser cero y el banco nada tiene que pagar. Este argumento carece de lógica. El tipo de interés cero también desnaturaliza el préstamo bancario como contrato oneroso pues con tipo cero deja de ser un contrato remunerado.

Por la misma razón que se admite que el banco pueda cobrar intereses negativos por un depósito a interés variable, el cliente de un préstamo hipotecario a interés variable también tiene derecho a cobrar intereses negativos. Dejemos al margen la prestación de servicios de pagos asociadas a las cuentas corrientes bancarias. Vamos a situarnos en el depósito bancario como operación de crédito. En tal caso, la causa del depósito bancario a interés variable es financiera. Las razones para contratarlo pueden ser diversos. Puede ser la mejor alternativa dada la situación del mercado financiero, por motivos de seguridad o de protección. Son los motivos de las partes que no afectan a la causa del contrato. Si el banco, profesional del mercado financiero, ha predispuesto una fórmula diferencial para calcular de forma periódica las sumas a recibir o pagar por tener dinero prestado, no puede cuestionar esta fórmula cuando la evolución del tipo de referencia e resulta desfavorable. Lo contrario sería cuestionar todas las finanzas derivadas.

En resumen, el ordenamiento jurídico está preparado para los intereses negativos. Los contratos de crédito, ya sean depósitos bancarios o préstamos hipotecarios, mantienen su vigencia ante los intereses negativos. La cantidad a pagar en cada liquidación será la que resulte de la fórmula pactada. Ni los depósitos bancarios a interés variable son simples depósitos ni los préstamos hipotecarios a interés variable son simples préstamos. Son productos estructurados con liquidaciones periódicas cuya vigencia no puede ser cuestionada por el profesional que ha predispuesto la fórmula de cálculo. No puede el banco rechazar el contrato cuando le perjudica y admitirlo cuando le beneficia.