

CONTRATO DE INTERCAMBIO DE TIPOS/CUOTAS: ¿UN PRODUCTO COMPLEJO (SWAP) O DE “SENCILLEZ MERIDIANA”?

LOS DISTINTOS CRITERIOS DE LA AP DE MADRID

Alicia Agüero Ortiz

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 16 de marzo de 2015

La problemática surgida de la contratación de productos financieros y las impugnaciones por vicios del consentimiento ha producido una aplicación heterogénea y, en muchos casos, incongruente de la normativa en materia de protección del inversor minorista (Directiva MIFID). Particular es el caso de la Audiencia Provincial de Madrid en la que, no sólo existe una aplicación heterogénea de dicha normativa, sino en la calificación de los contratos. Así, un mismo contrato puede ser considerado en sus diferentes secciones (e incluso dentro de una misma sección, como es el caso de la sección 18ª) como un contrato complejo o como un contrato de “sencillez meridiana” (hablamos del “contrato de intercambio de tipos/cuotas” de una conocida entidad de crédito).

Con la finalidad de analizar apropiadamente el problema, expondremos en primer lugar las cláusulas contractuales, comparando posteriormente varias sentencias de la AP madrileña, para permitir que el lector pueda apreciar la gravedad de la inseguridad jurídica creada.

1. Las cláusulas del contrato de intercambio de tipos/cuota

El contrato controvertido consiste en un contrato derivado de un contrato de préstamo con interés variable (contrato principal). El objetivo de este contrato es “convertir” –durante el plazo pactado- al préstamo con interés variable ligado al Euribor, en un préstamo con una cuota fija. De esta forma, se pacta que la cantidad a pagar en cada liquidación será una cuota fija (pongamos por caso 1.000 €); si el índice de referencia (Euribor) subiera y, en las condiciones originales del préstamo, así lo hiciera la cuota del prestatario (por ejemplo, a 1.500 €), la entidad tendría que efectuar una liquidación positiva en la cuenta del cliente, en nuestro ejemplo,

tendría que ingresarle 500 € (diferencia entre los 1.500 € que habría tenido que pagar si se aplicara el interés variable del préstamo, y los 1.000 € pactados en el swap como cuota fija). Ahora bien, si el índice de referencia bajara, y la cuota resultante de las condiciones originales del préstamo fuera inferior a la cuota fija pactada (por ej. bajara a 500 €), se efectuaría una liquidación negativa, es decir, el cliente tendría que abonar 500 € a la entidad de crédito (diferencia entre la cuota de 500 € que habría tenido que pagar si el préstamo “continuara” siendo variable, y los 1.000 € que se ha obligado a pagar como cuota fija).

En esencia, este contrato convierte -durante un determinado periodo de tiempo- al préstamo en un préstamo a interés fijo, por lo que el cliente no se verá beneficiado de las bajadas de los tipos, pero tampoco se verá perjudicado por las subidas de los mismos. Se obliga, pues, a abonar una cuota fija durante un tiempo determinado.

La única peculiaridad respecto a un préstamo con interés fijo es que se hacen liquidaciones separadas, es decir, el cliente pagará las cuotas que resulten del préstamo con interés variable ordinariamente, y después, se realizará un ingreso o un cargo en su cuenta en función de que los dicha cuota “variable” estuviera por encima o por debajo de la cuota fija pactada.

En particular, las cláusulas esenciales del contrato establecían lo siguiente:

“El presente contrato tiene por objeto la contratación entre el CLIENTE y BANKINTER de un derivado financiero, el intercambio, que produce el efecto económico de intercambiar tipos de interés/cuotas, generando pagos por parte del CLIENTE, coincidentes con el abono de las cuotas del PRÉSTAMO, sin que por ello se modifiquen las condiciones del PRÉSTAMO.

El presente contrato es un contrato financiero, autónomo del PRÉSTAMO , que toma como subyacentes las cuotas y tipos de interés de éste. (...)

Con dicho intercambio, el CLIENTE podrá cubrir su riesgo en caso de producirse una subida de tipos de interés. En caso de no producirse dicha subida de tipos de interés, el CLIENTE pagará el nominal del PRÉSTAMO o cuota fija, sin que esto suponga necesariamente un beneficio para el CLIENTE. (...)

En cada una de las fechas en que se haga efectiva la liquidación del PRÉSTAMO, se producirá un cargo o un abono en la cuenta de liquidación indicada en el presente contrato en función del resultado neto que se derive de la aplicación del

intercambio de tipos/cuotas que se haya pactado para cada momento de la vigencia del contrato. De este modo se produce un cargo en dicha cuenta si la cuantía a pagar por el CLIENTE es mayor que la cuantía a pagar por BANKINTER, produciéndose un abono en caso contrario”.

2. SAP de Madrid (Sección 13ª) de 14 mayo de 2014 (AC\2014\1225): El contrato es un swap, un contrato complejo, y la ausencia de información conforme a las exigencias de la normativa MIFID comporta la apreciación de error en el consentimiento

La primera valoración jurídica que efectúa la AP en esta sentencia es la naturaleza del contrato, el cual califica sin ninguna duda en su FJ. 3. como contrato de “permuta financiera” o swap, afirmando que “*los contratos denominados 'de permuta financiera', 'de intercambio de tipos' o 'de intercambio de cuotas' (swap) son modalidades negociales desprovistas de regulación normativa, esto es, atípicas, de productos conocidos como 'derivados financieros'*”. Por lo tanto, considera que se trata de un producto complejo de conformidad con el art. 79 bis. 8. a) ii), en relación con el art. 2.2 de la LMV.

De conformidad con la naturaleza compleja del contrato, riesgos que comporta y difícil comprensión de alguna de sus cláusulas, sostiene la AP que la perfección del contrato está sujeta a un específico deber de información por parte de la entidad, que deberá permitir “*comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa*” (art. 79 bis. 3 LMV). Asimismo, se deberá evaluar la conveniencia del producto mediante la realización del test de conveniencia (art. 79 bis.6 LMV). Con todo, la AP reconoce que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo la nulidad del contrato “*pero sí tiene sustancial transcendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía*”.

En particular, el órgano juzgador considera determinante el hecho de que la entidad sólo facilitara escenarios ejemplificativos de la actuación del producto en casos en que el tipo de referencia (Euribor) subiera, es decir, casos en que el cliente no se vería perjudicado por estas subidas y recibiría ingresos por las diferencias entre la cuota fija pactada y la cuota variable (sustancialmente superior). Reprocha la AP que la entidad no entregó escenarios alternativos de bajada de los tipos de interés,

aquellos en los que el cliente tendría que abonar la diferencia a la entidad financiera, aun cuando tenía datos suficientes como para prever una inminente bajada del tipo de referencia.

Por todo ello, considera que el cliente contrató sin información esencial sobre el objeto del contrato (riesgo de bajada de los tipos, que la entidad como profesional sí conocía) y sin capacidad, pues, para ponderar los riesgos que asumía, declarando la nulidad del contrato por error en el consentimiento.

**3. SAP de Madrid (Sección 18ª) de 23 julio de 2014 (JUR\2014\238020).
Existencia de error en el consentimiento, sin calificación del contrato.**

La AP se pronuncia en este caso sobre la excepción de caducidad de la acción planteada por entidad financiera y sobre la impugnación de la consideración del juez de instancia de la concurrencia de error en el consentimiento del demandante.

Respecto a la caducidad de la acción, determina que el plazo de caducidad de la acción de nulidad en casos de error comienza a correr desde la consumación del contrato, produciéndose ésta cuando estén completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Tratándose de un producto de tracto sucesivo de duración de 4 años, ha de entenderse que la consumación del contrato se produce al término de esos 4 años (o en el momento de vencerse anticipadamente), y no en el momento de perfección del contrato como entiende la entidad apelante, por lo que la acción no había caducado.

Con relación a la apreciación de error en el consentimiento, tras quejarse de la extensión de los escritos de ambas partes y su excelsa literatura jurídica respecto a la normativa bancaria y la naturaleza del contrato, afirma que la cuestión a determinar es mucho más simple: si existió o no información suficiente para la válida prestación del consentimiento. Consecuentemente, omitiendo cualquier consideración sobre la naturaleza del contrato, la normativa de protección de inversores minoristas, etc. decide que existió error en el consentimiento puesto que sólo se ofreció a los clientes ejemplos sobre el comportamiento del producto en casos de subida del Euribor, presentándoles como remota la posibilidad de bajada, lo que permitió que creyeran que estaban contratando una suerte de seguro de protección contra las subidas del tipo de referencia.

4. SAP de Madrid (Sección 18ª) de 24 noviembre de 2014 (JUR\2015\38584). El contrato es de sencillez meridiana por lo que no puede hablarse de error en el consentimiento

La Sección 18ª cambia radicalmente su criterio, como podemos observar en la sentencia que ahora comentamos y en otras¹, respecto al *dies a quo* de la acción de caducidad y respecto al estudio de la eventual concurrencia de error en el consentimiento, que si anteriormente se realizaba sin necesidad de calificar el contrato, ahora omite directamente la valoración del error asumiendo que el contrato es claro por sí mismo.

Respecto a la excepción de caducidad, considera ahora que podría entenderse que la consumación del contrato se produce con su finalización si se establecieran obligaciones periódicas “*que pueden ser modificadas en cualquier momento (...) [entendiendo] que el plazo de inicio del cómputo de la caducidad (...) [se produce cuando] se ha alterado el régimen inicialmente pactado (...) puesto que solo en ese momento puede entenderse por consumado el contrato y por conocido por parte del suscriptor del mismo la existencia de una serie de obligaciones distintas de las que inicialmente creía haber pactado*”. Sin embargo, en este contrato no puede entenderse que el momento de consumación se inicie cuando el contrato se haya cumplido por completo, sino que el plazo inicial de caducidad empieza a contar desde que se gira la primera cuota de naturaleza fija conforme a lo pactado en contrato. En suma, afirma la AP que como la obligación asumida por el cliente es invariable (abono de una cuota fija, con independencia de que le puedan afectar más o menos las subidas y bajadas del Euribor), el contrato se debe entender consumado desde el abono de la primera liquidación pues no habrá en el futuro ninguna modificación significativa de las obligaciones que pueda “hacerle caer en su error” (si se me permite la expresión) a diferencia de lo que sucede con las participaciones preferentes, en opinión de la AP. Por lo tanto, acoge la excepción de caducidad aducida por la entidad, declarando caducada la acción de nulidad.

En relación con el error en el consentimiento, la letra de la sentencia es suficientemente clara al afirmar que “*aunque es cierto que existen supuestos de contratos de swaps hipotecarios o de clips hipotecarios o de intercambios de tipo de interés que son de naturaleza compleja y de difícil entendimiento (...) en el presente caso el contrato es de una sencillez meridiana* en cuanto que lo que se

¹ Entre otras, SAP de Madrid (Sección 18ª) de 21 octubre de 2014 (JUR 2015\16263) y SAP de Madrid (Sección 18ª) de 14 octubre de 2014 (JUR 2014\298297).

pacta es el intercambio de los tipos de interés variable por una cuota de carácter fijo (...) por lo que no se entiende que se alegue la existencia de un error en el consentimiento". Parece que la AP (i) esté realizando una pseudo-negación del carácter de permuta financiera del contrato, de corto recorrido, pues acto seguido afirma que se trata de un "intercambio" (swap); o (ii) que esté haciendo una distinción entre swaps complejos y no complejos, distinción no recocida en la LMV (vid. art. 79 bis. 8. a) ii), en relación con el art. 2.2).

No existiría ningún problema en sostener la ausencia de error en el consentimiento porque de la prueba practicada se desprendería que el cliente comprendió el producto, con independencia de la prueba relativa a la información precontractual entregada. Ahora bien, en aras a salvaguardar la seguridad jurídica sería necesario justificar por qué un mismo contrato en unos casos es considerado un producto complejo (que según la normativa lo es), y en otros casos es un producto de sencillez meridiana (que tampoco dudo que en este caso lo sea), sin importar que la normativa lo considere complejo. Más aún, parecería pertinente estudiar por qué la normativa considera "complejos" contratos de "sencillez meridiana", o ¿puede quedar esta consideración al arbitrio del juzgador?