

UNA SENTENCIA DE HUELVA QUE COMPENDIA TODA LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS SWAPS

Dra. Karolina Lyczkowska
Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain
Centro de Estudios de Consumo

Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014

La SAP Huelva de 4 junio 2012 (JUR 2013/152785) recoge con un gran grado de detalle la normativa aplicable y la jurisprudencia recaída sobre el problema de las permutas financieras de intereses o "swaps". A diferencia de la mayoría de las resoluciones en esta materia, no se limita a citar los preceptos y fragmentos de otras sentencias, sino que lleva a cabo un análisis jurídico de su aplicabilidad al supuesto de hecho, cuyos pormenores no deja de contar. En las setenta páginas de la sentencia, el Magistrado ponente cuenta todo lo jurídicamente relevante sobre el tema de los swaps. A continuación, resumimos los puntos más importantes que trata la resolución.

1. Qué es un swap

En el swap de tipos de interés las dos partes acuerdan, durante un periodo de tiempo establecido, un intercambio mutuo de pagos periódicos de intereses nominados en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal, pero con tipos de referencia distintos. Normalmente, no hay flujos de pagos en concepto de principal, liquidándose por diferencias los saldos respectivos entre las partes contratantes recurriendo a la compensación. La inmensa mayoría de los swaps objeto de pleitos en España son los swaps de tipos de interés, conocidos también como IRS (interest rate swap). Así, en el supuesto más habitual, una de las partes acostumbra a pagar intereses a tipo variable en función del Euribor, mientras que la otra lo hace a un tipo fijo, aunque también cabe el intercambio de flujos de intereses variables.

Por tanto, el swap es un contrato aleatorio y especulativo, un tipo de "apuesta" que juega con la evolución de un determinado subyacente, como puede ser un tipo de interés determinado o un concreto índice de referencia. Aunque es atípico, su licitud in abstracto no es cuestionable,

pues se enmarca dentro del principio de la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1255 CC.

2. Por qué los swaps se han convertido en un problema

El mayor periodo de expansión de las operaciones de swap se inicia más o menos a partir del año 2000, cuando los tipos de interés experimentan una gran volatilidad y algunos prestatarios se ven expuestos al riesgo de un considerable incremento del tipo aplicable a su contrato. El ejemplo paradigmático de la susceptibilidad a dicho riesgo eran los contratos de préstamos hipotecarios, dada su larga duración y el habitual sometimiento al tipo de interés variable.

Ante esta situación, la Ley 36/2003 impone a las entidades de crédito la obligación de informarle al deudor hipotecario de los productos de cobertura de incremento de tipo de interés que tengan disponibles. Así, las entidades empezaron a comercializar los IRS entre los titulares de créditos hipotecarios y también otros clientes. Cuando comenzó la crisis financiera que obligó a los bancos a recortar drásticamente los tipos de interés, se pusieron de manifiesto los defectos de los contratos celebrados, principalmente informativos, pero también estructurales.

En la mayoría de los casos la razón que impulsaba a los clientes a contratar un swap no era especulativa sino vinculada al ánimo de intercambiar los compromisos financieros asumidos por otros que consideraban más convenientes (operaciones de cobertura). No obstante, para que los IRS pudieran cumplir esta función, debía coincidir el índice de referencia empleado y el importe del crédito con el importe nominal del IRS. De lo contrario, o bien el swap tenía finalidad especulativa, dada su mayor independencia de la operación de crédito, o bien fue contratado mediando el error del cliente o dolo de la entidad comercializadora.

Aunque es en España donde se alcanza mayor nivel de litigiosidad sobre los swaps, la SAP de Huelva comentada da cuenta también de la jurisprudencia relevante de nuestro entorno (Portugal, Francia, Alemania, Reino Unido), si bien señala que en ningún otro país los swaps han provocado tantos pleitos.

3. Aplicación de la LMV a los swaps

La sentencia de la AP de Huelva debate sobre la aplicabilidad de la Ley de Mercado de Valores y sus normas de protección a los contratos de permutas financieras y finalmente llega a la conclusión de que el cliente del swap es merecedor de la aplicación de la normativa protectora de la LMV, en tanto se trata de un instrumento financiero expresamente incluido

en el art. 2 LMV. El magistrado entiende que no procede la excepción contenida en el art. 79 quater LMV, referida a los servicios de inversión ofrecidos como parte de un producto financiero, que no tienen que cumplir con las obligaciones de información al inversor expuestas en la LMV, dado que rechaza la posibilidad de que pueda tratarse de un producto accesorio al préstamo hipotecario. La sentencia de la AP de Huelva cita jurisprudencia nacional a favor de esta tesis, si bien esta afirmación fue definitivamente corroborada por una STJUE posterior, de 30 mayo 2013 (Asunto C-604/11)¹. El TJUE señala a efectos de aplicación de la excepción mentada la necesidad de una vinculación estrecha entre el servicio de asesoramiento y el producto ofrecido que deben estar relacionados en el momento en el que se ofrecen al cliente. Aunque la sentencia deja la resolución de la cuestión al órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal señala que existen indicios de que no se da dicha vinculación, cuando la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepasa la del producto, el mismo instrumento financiero se aplica a distintos productos ofrecidos al cliente y además el instrumento y el producto se ofrecen en contratos distintos. La sentencia de la AP de Huelva destaca que esos indicios se dan en la mayoría de los casos de swap impugnados.

4. La importancia de la información precontractual

La principal consecuencia de la aplicabilidad de la normativa del Mercado de Valores a los contratos de swap es la obligación de las entidades de crédito de informar del contenido del contrato y de sus riesgos a los clientes, obligación que desde la transposición de la Directiva MIFID se ha desarrollado y se ha ampliado notablemente, especialmente cuando se califica al inversor como minorista. Las normas de información del "Protocolo MIFID" constituyen un entramado complicado que tratamos de aclarar y acercar al lector en otro de los trabajos publicados en CESCO².

En la sentencia de la AP Huelva se trae a colación también la normativa de consumo, en especial la relacionada con las obligaciones de información, las cláusulas abusivas o falta de transparencia de las condiciones generales, situaciones en las que la normativa protege al consumidor. El juez analiza quién puede ser considerado consumidor y señala que en determinados casos un empresario también puede calificarse como consumidor a efectos de un determinado contrato, cuando actúa fuera de su esfera profesional. Con todo, la normativa protectora de los clientes bancarios tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues se aplica

¹ Véase el trabajo de LYCZKOWSKA, *Responsabilidad del gestor de la cartera de valores por las pérdidas derivadas de la evolución de los productos financieros adquiridos*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/27.pdf>

² CARRASCO, LYCZKOWSKA, *Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf>

independientemente de si el cliente reúne también la condición de consumidor o no. La única distinción que se establece a efectos de la obligación de la información es la de los clientes minoristas y los clientes profesionales, que no se corresponde con la distinción de los consumidores y los no consumidores. Esta normativa bancaria opera como límite al principio de la autonomía de la voluntad, imponiendo obligaciones específicas que no pueden ser derogadas por la entidad.

Por tanto, la información contractual suministrada al cliente de un swap debe ser adecuada y bastante, en vista a la complejidad del contrato y los rasgos particulares del inversor (véase la Guía MIFID³). A estos efectos, la jurisprudencia citada por la sentencia AP Huelva recuerda que es de crucial importancia proporcionar al cliente una simulación o proyección de la evolución de los tipos de interés, con la correspondiente simulación de liquidaciones. No basta con informar de las posibles consecuencias del contrato, sino que también el cliente debe ser informado de la probable evolución *con racionalidad*, pues aunque no puede pretenderse que la entidad de crédito acierte con sus previsiones, sí debe hacer llegar las conclusiones de sus estudios al cliente para que cuente con más elementos de decisión. Así, en algunas sentencias citadas por la AP Huelva se insiste en la obligación del banco de haber informado a sus clientes de la previsión de la bajada de tipos de interés en los años 2007 y 2008. En cualquier caso, la inclusión en el contrato de una advertencia genérica sobre los riesgos y las consecuencias negativas que puede comportar el descenso de los tipos de interés para el cliente no es suficiente, según la jurisprudencia. Y cuando consta que los propios directores de las oficinas comercializadoras no comprendían correctamente la mecánica del producto que vendían, desconociendo incluso el significado de algunos de los términos clave del contrato, se facilita mucho la prueba de que no se ofreció suficiente información precontractual.

Es imprescindible que la información se proporcione en un lenguaje sencillo, dado que recurrir al lenguaje técnico financiero puede provocar la falta de la transparencia del contrato. De acuerdo con la SAP de Huelva, debe explicarse perfectamente cuándo el cliente tiene derecho a cobrar y cuándo deberá pagar, no siendo suficiente vincularlo a las condiciones del mercado.

La última sentencia del TS sobre la importancia de la información precontractual en la contratación del swap (STS de 20 enero 2014, JUR 2014\46494⁴) indicó que no se requiere

³ CARRASCO, LYCZKOWSKA, *Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf>

⁴ LYCZKOWSKA, *Vuelta atrás en la doctrina del TS sobre el error contractual en un swap especulativo*, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Vuelta-atr%C3%A1s-en-la-doctrina-del-TS-sobre-el-error-contractual-en-un-swap-especulativo.pdf>

ninguna formalidad respecto de los tests de idoneidad o conveniencia, y que no tienen que constar por escrito, siempre que se pueda probar su realización por otros medios.

5. Cuándo se incurre en error en la contratación del swap

La sentencia de la AP de Huelva recuerda los requisitos de la anulabilidad del contrato por error: éste debe ser esencial y excusable, debe existir un nexo causal entre el error y la finalidad perseguida, y finalmente, el error debe ser simultáneo a la declaración de la voluntad, trayendo a colación la jurisprudencia correspondiente. Asimismo, recuerda que la carga de la prueba de la suficiencia de la información facilitada al cliente corresponde a la entidad bancaria e insiste en la responsabilidad de la entidad bancaria por creación y comercialización del IRS, también con una cita abundante de sentencias. Véase al respecto la STS de 20 enero 2014 (JUR 2014\46494) que también hace hincapié en la carga de la prueba de haber provisto al cliente de la suficiente información - de no probarse este extremo, se presume la concurrencia de un error excusable en el inversor⁵.

Para valorar si el cliente ha incurrido en error debe conocerse su nivel de estudios, la profesión actual y las anteriores del cliente que puedan resultar relevantes, sin que corresponda al cliente la prueba negativa de demostrar que carece de conocimientos financieros. Así, se citan los casos jurisprudenciales de un ama de casa, un camionero, un carnicero, el vendedor minorista de instrumentos musicales, un zapatero, un jubilado o un taxista, habiendo todos ellos incurrido en error en la contratación de swap. Según la SAP Huelva, no es relevante que el cliente haya cursado estudios superiores (incluso si es médico, ingeniero o abogado), aunque tratándose de una carrera económica la solución jurisprudencial a veces puede ser distinta, si tal información viene acompañada de otros datos relevantes (por ejemplo, la experiencia en gestión empresarial). No es determinante que el contratante sea persona jurídica o persona física a efectos del error y no se presume del administrador o gerente de sociedades cultura financiera suficiente, por el solo hecho del cargo que ostenta.

Asimismo, la sentencia señala que no deben confundirse los conocimientos bancarios con la contratación de derivados. Incluso aunque un cliente manejase un cifra de negocios ingente y estuviera familiarizado con las cuentas de crédito, cuentas corrientes, descuentos y avales, no se presumen por ello conocimientos sobre instrumentos financieros complejos. Ni siquiera la previa adquisición de valores negociables no complejos es per se indicativa de que el cliente disponía de suficientes conocimientos para entender y contratar un swap, ni tampoco la previa contratación de un swap prueba tal extremo, sobre todo cuando se trata de una rápida

⁵ LYCZKOWSKA, *Vuelta atrás en la doctrina del TS sobre el error contractual en un swap especulativo*, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Vuelta-atr%C3%A1s-en-la-doctrina-del-TS-sobre-el-error-contractual-en-un-swap-especulativo.pdf>

renovación.

No obstante, no incurre en error el cliente que cuenta con un asesoramiento externo o cuando pudiendo disponer del mismo lo hubiera rechazado expresamente.

6. El dolo

La contratación del swap puede verse afectada por el dolo de la entidad bancaria, dado que este concepto incluye también la reticencia de quien calla o no advierte debidamente a la otra parte, y la sentencia comentada cita abundante jurisprudencia en este sentido. La desinformación, las maquinaciones consistentes en la ocultación de determinados aspectos importantes y relativos a las condiciones del contrato y la incorrección de la información suministrada pueden ser calificadas como conductas dolosas en el ámbito de la contratación de swaps. En relación con este último aspecto, destaca sobre todo la comercialización de los swaps como *seguros*, cuando en realidad se ofrecía el producto con una finalidad totalmente diferente.

7. El caso de la sentencia

En el caso de la sentencia, el cliente del banco fue una sociedad que forma parte de un grupo, con relaciones comerciales con Reino Unido y Japón, así como una facturación anual alrededor de 300.000 euros. Se le ofreció la contratación del swap como un seguro contra las posibles subidas del Euribor en relación con el préstamo hipotecario que se había contratado anteriormente. No consta que se hayan practicado los test de conveniencia e idoneidad, exigidos por el art. 79 bis LMV, dado que la actora no puede calificarse como un inversor profesional, ni que se haya entregado información por escrito sobre el producto, extremo que debería ser probado por la entidad de crédito demandada. La contratación del swap fue precedida por conversaciones telefónicas y se realizó mediante el cruce de correos electrónicos, en los que el producto contratado se denominaba como "seguro de tipo". Por tanto, la sentencia entiende que el consentimiento del actor quedó viciado no solo por error, sino también por dolo de la entidad que ofreció el producto como un seguro, cuando éste en modo alguno puede calificarse de tal forma.