



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

LOS SWAPS HIPOTECARIOS

THE MORTGAGE SWAPS

Entre los años 2007 y 2008, los bancos ofrecieron a sus clientes contratar, junto a sus hipotecas, un tipo de seguro para cubrirse de los tipos de interés que esta prestación ocasionaba. Esos nuevos seguros son los “swaps” y resultaron un engaño, pues, pasados unos años, esos tipos de interés cayeron a plomo y los clientes comenzaron a recibir en sus cuentas bancarias los recibos con las pérdidas ocasionadas por la contratación de estos productos. Hoy en día, aún se observan numerosos casos en los Tribunales.

In 2007 and 2008, banks offered their clients to take out insurance to protect themselves from the interest rates on their mortgages. These new insurances are the “swaps” and they were a trick because, after a few years, the interest rates fell and the clients began to receive receipts with the losses caused by contracting these products. Today, we can see numerous cases in the Courts.

AUTOR	PALOMA FORONDA ESCUDERO
TUTOR	CRISTINA CANO ORTEGA
TITULACIÓN	GRADO EN DERECHO
CONVOCATORIA	25, 26, 27 Y 30 DE JUNIO DE 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN.....	4
1. Objeto	4
2. Objetivos.....	4
3. Metodología.....	5
<i>SWAPS</i> O CONTRATOS DE PERMUTAS FINANCIERAS DE INTERÉS. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	6
1. Concepto.....	6
2. La naturaleza económica	7
<i>i. Modalidades de los swaps</i>	8
3. La naturaleza jurídica	10
COMERCIALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS <i>SWAPS</i>	14
1. Publicidad y oferta.....	14
2. Captación de clientes en todas las entidades	20
3. Consecuencias para el consumidor.....	21
CLAUSULADO OSCURO Y ABUSIVO EN LOS CONTRATOS <i>SWAPS</i> . ESPECIAL REFERENCIA A LA CLAUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE.....	24
1. Clausulado oscuro.....	24
2. Sumisión al arbitraje.....	27
3. Cláusula suelo en los contratos swaps.....	30
CONCLUSIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA	35

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
AP	Audiencia Provincial
Art. (s)	Artículo (s)
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
Coord.	Coordinado
FJ	Fundamento Jurídico
Euribor	European Interbank Offered Rate
ISDA	International Swap and Derivatives Association
MiFID I	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i> (Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros)
MiFID II	Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros
Nº	Número
OTC	<i>Over the counter</i>
P. (pp)	Página (s)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

1. Objeto

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de los *swaps* o contratos de intercambio o permutas financieras de interés, llamados de múltiples formas por las entidades bancarias o financieras en su publicidad como *clips*, *stockpyme* o seguros de interés entre otros. Son un tipo de contrato mercantil que, como otros productos comerciales bancarios, han tenido un impacto negativo por el abuso del mismo que se ha hecho en la década pasada y que en algunos casos dura hasta el presente. Pese a que este tipo de contrato procede del mundo anglosajón, nos centraremos en la normativa y experiencias producidas en España.

A lo largo de este trabajo trataremos de explicar los vicios e irregularidades que han tenido este tipo de contratos, así como los efectos perjudiciales que han causado a los consumidores. De forma que se tratará de definir lo que se entiende por *swaps*, así como el clausulado nulo del mismo.

2. Objetivos

Los objetivos que nos hemos planteado son los siguientes:

- En primer lugar, conceptualizar lo que son los denominados *swaps*, como subtipo de producto financiero tanto desde un punto de vista jurídico como financiero. Para ello, se analiza el “contrato de permuta financiera de interés”, que es a través del cual se formaliza, concretando su finalidad, objetivo y a quién va o debe ir dirigido.
- En segundo lugar, tras conceptualizar los diferentes elementos del mismo se pretende analizar las distintas lagunas jurídicas e irregularidades de la comercialización de estos productos.
- Por último, dada la polémica en torno a esta figura mercantil, se expondrá el mayor número de cláusulas o elementos que se han considerados nulos a través de la jurisprudencia o la legislación.

3. Metodología

Este enfoque se desarrolla a través de diferentes fases.

– *Fase I. Revisión de la literatura.*

En primer lugar, como en todo trabajo de investigación, se requiere realizar un análisis sobre la literatura existente del área donde versa el objeto de estudio, con la finalidad de poder dotarnos de un conocimiento para desenvolvernos con mayor facilidad.

– *Fase II. Investigación.*

Como hemos mencionado anteriormente, será un requisito esencial la obtención de datos con el objetivo de analizarlos posteriormente. A través de esta fase se pretende obtener toda la información que se considere necesaria para nuestro trabajo.

– *Fase III. Comparativa y análisis.*

Tras la utilización de todas las fuentes principales y la obtención de los datos esenciales, el paso a seguir se centrará en el análisis comparativo de estos para poder realizar unas conclusiones. En ellas se tratará de hacer una aportación personal, valorando toda la información obtenida de fuentes especializadas en dicho campo.

SWAPS O CONTRATOS DE PERMUTAS FINANCIERAS DE INTERÉS. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

1. Concepto

Los *swaps* se han comercializado a veces como un producto que sirve para estructurar la situación financiera y otras para evitar los efectos nocivos que la economía podía generar en el Euribor¹. La doctrina ha definido los *swaps* de diferentes formas y maneras, a modo de ejemplo encontramos a ZAMORANO ROLDÁN para el cual: “el swap es un contrato bilateral en virtud del cual cada una de las partes se obliga a entregar a otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinadas o determinables según unos parámetros objetivos, y calculadas sobre un capital de referencia invariable; cantidades que ora se hacen depender de las que cada una de las partes debe, a su vez, a un tercero (deuda jurídicamente independiente de swap), ora provienen de créditos de los que cada una de las partes es titular (y en este supuesto no existen deudas con terceros que motivan la conclusión del swap)”².

Mientras que para VEGA VEGA: “conceptúa la permuta financiera como un contrato mercantil en virtud del cual dos partes, denominadas usuarios finales, se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas convenidas, en la misma o distintas monedas, estableciéndose las cantidades que mutuamente han de abonarse de forma cierta o en base a módulos objetivos”³.

Por su parte FERRANDO VILLALBA lo define como “como aquel contrato bilateral por el que cada una de las partes asume la obligación de entregar a la otra, conforme a los términos del contrato celebrado, unas sumas de dinero determinadas o determinables, de acuerdo con parámetros objetivos, que a su vez se calculan sobre una cantidad invariable que se denomina nocional y que no es objeto de entrega en el

¹ JUAN SANJOSÉ, R. J., *Los contratos de permuta financiera (swaps)*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, *pássim*.

² ZAMORANO ROLDÁN, S., *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*. Ed. Cometa, Zaragoza, 2003, p. 104.

³ VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 45 y 46.

momento inicial, sino que funciona simplemente como referencia para el cálculo de los intercambios entre las partes”⁴.

Para FORTEA GORBE, y CASTILLO MARTÍNEZ, el contrato de *swap* es “el también llamado en España de permuta financiera, puede definirse como aquel en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado”⁵.

2. La naturaleza económica

De acuerdo a su naturaleza económica, el contrato de *swaps* es una operación de permuta financiera entre dos partes en virtud de la cual ambas intercambian por un periodo de tiempo y entre sí, flujos de caja futuros en la mismas o distinta moneda de acuerdo a una regla prefijada de forma previa⁶.

El contrato debe definir las fechas en que los flujos de efectivo deben de pagarse y el modo en que se van a calcular. En la mayoría de los casos, este cálculo de los flujos de efectivo implica que se tome de referencia una tasa de interés, valor futuro, tipo de cambio u otra variable del mercado o referencia.

En el momento de la contratación deben de tenerse en cuenta lo siguiente:

- No existe un intercambio efectivo de fondos.
- Existe un compromiso de permuta financiera futura.
- Se establecen valores teóricos de los importes sobre los que versan los intercambios de flujos futuros.
- Se establece y determina un calendario de pagos y la forma de cuantificar los mismos.

⁴ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación del contrato”, *Diario La Ley*, N° 7523, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-372, LA LEY 14039/2010. *Pássim*.

⁵ FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *pássim*.

⁶ VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)...*, *op. cit.*, pp. 30-33.

i. Modalidades de los swaps

Pese a que se trata de un contrato atípico⁷, la doctrina ha agrupado en diferentes modalidades las formas más típicas de *swaps*, entre las que se encuentran los siguientes:

- *Swaps* de tipos de intereses o *interest rate swaps*⁸. Este tipo de *swaps* es un contrato entre dos agentes económicos en que se intercambian de forma periódica y en un periodo establecido flujos de interés que son calculados sobre un mismo principal teórico conforme a una manera y un tipo de interés fijo o variable⁹. En esta modalidad ambas partes están obligadas por lo que el notional o principal no se intercambia en ningún momento, por lo que debe de ser constante a lo largo de todo el acuerdo, siendo los flujos a intercambiar tanto inciertos como inciertos¹⁰. Esta es la modalidad más común que ha existido en España¹¹.
- *Swaps* de divisas¹². Esta modalidad contractual financiera entre dos agentes económicos en los que medie o no un intermediario, por el que se intercambian

⁷ Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español”, *Derecho de los negocios*, año 23, 257, 2012, pp. 23-52 y JUAN SANJOSÉ, R. J., *Los contratos de permuta financiera...*, op. cit., *passim*.

⁸ Subtipos de esta modalidad de swap son:

- Swap tipo fijo o *fixed to fixed swap*.
- Swap de cupón cero o *zero coupon swap*.
- Swap suelo techo o *floor ceiling swap*.
- Swap diferido o *deferred swap*.
- Swap estacional o *seasonal swap*.
- Swap con warrant o *warrant swap*.
- Swap montaña rusa o *roller coaster swap*.
- Swap de activos o *asset based swap*.
- Swap amortizable o *amortizable swap*.
- Swaps de flujo de caja o *cash flow swap*.
- Swap cruzado de interés o divisas o *cocktail swap*.
- *Swaptions* u opciones sobre *swap*.

⁹ Vid. KNOP, R., “Interest rate swaps” exóticos”, *Análisis financiero internacional*, nº 121, 2005, pp. 29-42, VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)...*, op. cit., pp. 36 y ss. y RIBELLES ARELLANO, J. M., “El contrato de “swaps” de tipos de interés”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 13, 2010, pp. 337-340.

¹⁰ VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)...*, op. cit., p. 36.

¹¹ Vid. FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *passim* y KNOP, R., “Interest rate swaps” exóticos”, *Análisis financiero internacional*, nº 121, 2005, pp. 29-42.

¹² Subtipos de esta modalidad son:

- *Amortizable swap* o swap amortizable.
- *Asset based swap* o swap de activos.
- *Cocktail swap* o swap de cocktail.
- *Currency option swap* o swap de divisas con opción.
- *Currency unwind swap* o swap de divisas de reversión.
- *Cross currency fixed to fixed swap* o swap de divisas fijo-fijo.

entre si determinadas cantidades en una divisa previamente establecida en una fecha de cumplimiento posterior de acuerdo a unas cláusulas previamente establecidas que incluyen los abonos de intereses más la amortización del principal. En el vencimiento, el principal de cada préstamo es devuelto al tipo de cambio al contado inicial vigente en el momento en que se materializó el *swap*.¹³

El objetivo de estos intercambios es disponer de divisas extranjeras para realizar pagos o compras sin tener que hacer frente a cargos supletorios. Este tipo de permuta puede hacerse a un capital fijo o variable.

- *Swaps* de crédito. Este *swap* sirve para cubrir un riesgo de crédito por cualquiera de los agentes. Este es un instrumento de cobertura de incumplimiento crediticio que sirve para la transferencia del riesgo de impago de un instrumento entre dos partes. Estos contratos se llevan a cabo a través de la negociación establecida en los mercados no regulados. En la práctica esta modalidad contractual equivale a una fianza¹⁴.
- Existen otros tipos menores recogidos por la doctrina o por la jurisprudencia entre los que encontraríamos los siguientes:
 - *Swaps* de activos¹⁵
 - *Swaps* de deuda¹⁶.
 - *Swaps* de mercancías.
 - *Swaps* sobre el coste de las materias primas o mercancías¹⁷.

-
- *Cross currency fixed to floating swap* o *swap* de divisas fijo-variable.
 - *Straight currency swap* o *swap* directo de divisas.
 - *Dual currency swap* o *swap* en dos divisas distintas.

¹³ Vid. DE LA TORRE GALLEGOS, A., “Como cubrir el riesgo de cambio con *swaps* de divisas”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, nº. 15 (ENE-FEB), 1997, pp. 50-53 y FERRUZ AGUDO, L. y HERNANDO MOLINER, G., “Criterio y decisión financiera en los *swaps* de divisas”, *Técnica contable*, vol. 42, nº 498, 1990, pp. 279-286.

¹⁴ ROSELL I PIEDRAFITA, C., “Cuestiones de calificación de los *swaps* de crédito”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, año nº 19, nº 80, 2000, pp. 203-224.

¹⁵ Subtipos de esta modalidad son los siguientes:

- *Synthetic assets based swap* o *swap* de activos sintéticos.
- *Equity swap* o *swap* de acciones.

¹⁶ Subtipos de este *swap* son:

- *Debet for equity swap* o por capital.
- *Debet for debet swap* o por deuda.

¹⁷ V.gr. STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección, nº 79/2015 de 3 de noviembre, que expresa lo siguiente en su FJ PRIMERO: “(...) TJJG es una empresa con sede en Aranda de Duero dedicada a la actividad del transporte de mercancías por carretera y agencia de transportes y, como tal, su principal gasto a afrontar es el coste del combustible, por lo que podría serle de interés contratar un producto financiero

3. La naturaleza jurídica

La permuta de tipos de interés es un contrato atípico, no se encuentra regulado de forma específica en ninguna norma con carácter general¹⁸, son varias las disposiciones legales y normativas que sirven para determinar y regular algunos de los aspectos del contrato *swaps*¹⁹. Esto se deba a que, como hemos visto en el punto anterior, los *swaps*

que le proporcionara cobertura ante el riesgo de las subidas del precio del combustible, estabilizando así sus costes”.

¹⁸ Hay que indicar que los diferentes proyectos de ley sobre códigos de comercio y leyes mercantiles sí que lo han contemplado de diferentes formas, como puede ser el Anteproyecto de Código Mercantil elaborado por la Comisión General de Codificación.

Como son el art. 582-1 en el que se incluye dentro de las variedades de instrumentos financieros la permuta definiéndolo de la siguiente forma:

“Artículo 582-1. Noción:

Tienen la consideración de instrumentos financieros, además de los valores, aquellos contratos de opción, futuro o permuta cuyo subyacente sea financiero, o no siéndolo, se liquiden en efectivo, o siendo su liquidación en especie, se negocien en un sistema multilateral de negociación o se liquiden a través de cámaras de compensación reconocidas o sean objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía. También tienen tal consideración los contratos para la transferencia de riesgo de crédito y los contratos financieros por diferencias”.

La atipicidad del *swap* y su subordinación a otros contratos también se encontraba presente en esta norma non nata como se puede ver en el siguiente artículo:

“Artículo 582-2. Régimen jurídico:

1. Los instrumentos financieros, cualquiera que sea su concreta configuración y estructura, se regirán por las normas sobre contratos del presente Código, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos que correspondan de la legislación especial en razón de la forma en que sean emitidos y de su negociación en mercados secundarios.

2. A los instrumentos financieros distintos de los valores les serán de aplicación las disposiciones previstas en este Código y en las leyes especiales para los valores negociables, sin perjuicio de las adaptaciones que, en su caso, sean necesarias”.

¹⁹ Entre estas normas encontramos las siguientes:

- Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. Actualmente derogada por la recientemente aprobada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. (Vigente hasta el 17 de febrero de 2008)
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.
- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Actualmente derogada por la recientemente aprobada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Actualmente derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Circular del Banco de España nº 6/2001, de 29 de octubre, sobre titulares de establecimientos de cambio de moneda, modificada por la Circular del Banco de España nº 3/2009, de 18 de diciembre.
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, modificada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.
- Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.
- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.
- Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. Actualmente derogado por la Ley 2/2011, de 4 de

contienen muchos elementos y una estructura jurídica diferente, así como ser una figura trasladada desde el mundo anglosajón, lo que incrementa su disparidad al ser definida en distintas formas por las diferentes regulaciones²⁰ o por los propios operadores comerciales que lo ofertan atendiendo a sus propias especialidades y aprovechando las oportunidades²¹.

Hay que indicar que, a la hora de definir este tipo de contrato, se toman como referencian las definiciones económicas. Pudiendo definirse como: “acuerdo por el que las contrapartes establecen abonarse de forma recíproca corrientes liquidas, bien de pagos (cargas financieras) o cobros (activos), en la misma o diferente moneda del acuerdo o estableciéndose las bases sobre los que serán calculados” o “un contrato mercantil en virtud del cual dos partes, denominados usuarios finales, se obligan a hacerse pagos recíprocos en fechas convenidas, en la misma o distintas monedas, estableciéndose las

marzo, de economía sostenible, aunque se encuentran transitoriamente en vigor, hasta el correspondiente desarrollo reglamentario, los artículos 7 al 15.

- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo de 2004, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada normativa tributaria.
- Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.
- Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.
- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.
- Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Reglamento (UE) nº 260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, por el que se establecen requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros, y se modifica el Reglamento (CE) nº 924/2009.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

²⁰ JUAN SANJOSÉ, R. J., *Los contratos de permuta financiera...*, op. cit., *passim*.

²¹ Lo que ha hecho que esta figura tenga tan mala fama para los usuarios generales.

cantidades que mutuamente han de abonarse de forma cierta o en base a módulos objetivos”.

En cuanto a los elementos personales de este contrato, podemos hablar de dos intervinientes, los que contratan o usuarios finales y los agentes mediadores intermediarios²². Los usuarios finales o partes contratantes son los partícipes en el contrato que toman la parte activa en las operaciones, ya sean compañías de seguros, grandes empresas, bancos, etc. Esta parte del contrato formalizan el mismo con el objetivo de intercambiar la exposición que puedan tener al riesgo por oscilaciones en el interés en los índices prestablecidos o en base a alguna motivación financiera o económica.

En cuanto a los agentes mediadores o intermediarios financieros, son una figura que está presente en todos los contratos, pero que no son necesarios. Sin embargo, dada la complejidad de los contratos y el riesgo de que la otra parte pueda incumplir el contrato su participación es conveniente. Los intermediarios son entidades bancarias o financieras que pueden hacerlo:

- a) como *brokers* o mediadores cuando no asumen riesgos;
- b) como mandatarios o comisiones en nombre de terceros o propio en los que la entidad asume cierto riesgo;
- c) como contraparte principal o *dealers*, sin que tenga ninguna motivación económica en la operación, ya que actúa como creador de mercado o como usuario final o contraparte, es decir, como parte directa del *swap*.

El objeto del contrato varía según la clase de permuta financiera y el tipo de contrato que se establezca, pero de forma general el objeto es la corriente monetaria que se transfieren de forma recíproca las partes en la forma que hayan establecido²³.

La causa del contrato está en el hecho de que el negocio contiene tanto la mera promesa de cumplir los compromisos y como las responsabilidades futuras. Esta sirve para reestructurar la deuda y también para hacerse contraprestaciones entre las partes²⁴.

Dada la atipicidad del contrato no existe una forma expresa de cómo o que debe de contener el mismo²⁵. No obstante, dado el carácter *over the counter* (en adelante OTC)

²² LARA GONZALEZ, R., “La Problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, Nº. 9 (enero), 2013, pp. 69-84.

²³ VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)...*, op. cit., p.109.

²⁴ *Ib.* p. 110.

²⁵ VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)...*, op. cit., pp. 116-125.

del mismo²⁶ se suelen utilizar modelos de contratos prerredactados que son inamovibles y aceptados por todas las partes intervinientes. En la mayoría de los casos se suele utilizar el contrato *International Swap and Derivatives Association* (en adelante ISDA)²⁷.

²⁶ FANEGO RODRIGUEZ, M., “Aspectos internacionales de los contratos de cobertura del riesgo cambiario en los mercados OTC”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 32, 2015, pp. 127-153.

²⁷ *Ídem*.

COMERCIALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS *SWAPS*

1. Publicidad y oferta

Como se comentaba a principio de este trabajo los *swaps* en España han sido denominados y ofrecidos por las diferentes entidades de crédito de distintas formas, ya sea como clips²⁸, permutas de crédito, *stockpyme*²⁹ o seguros de tipos de interés atendiendo a las propias estrategias de marketing³⁰. Esta disparidad terminológica creó confusión en los diferentes clientes, puesto que las ofertas de esta modalidad contractual, en muchos casos, hacía creer que en realidad se trataba de una especie de seguro y no de un contrato de permuta de riesgos³¹.

La publicidad de este tipo de contrato debe de ser, aun contenida en un formato normalizado, comprensible para el cliente³². Esta obligación corresponde a las empresas de inversión y no a los que son sus clientes, es decir, que no son clientes profesionales del mercado financiero y de inversión³³. La entidad en su oferta, en relación con estos productos, no puede obviar el análisis de la situación de la situación del cliente y de la conveniencia de contratar el producto para la entidad mercantil demandante, puesto que por lo general, es consciente del nivel de conocimientos y experiencia financiera del cliente³⁴. Como la STS, nº 321/2017, de 23 de mayo, en su FJ 7º expresa:

“(…) quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que

²⁸ V.gr. STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 609/2017 de 15 de noviembre.

²⁹ V.gr. SAP de Jaén Sección 1ª, nº 301/2014 de 9 de julio.

³⁰ PINO ABAD, M., “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 151/2018 parte Crónicas. *pássim*

³¹ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación del contrato”. *Diario La Ley*, Nº 7523, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-372, Editorial LA. LEY. LA LEY 14039/2010. *Pássim*.

³² *Id.*

³³ *Vid:* las sentencias nº 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 676/2015, de 30 de noviembre.

³⁴ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación...” *op. cit. pássim*.

tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (...).”

En cuanto a la oferta hay que hacer una diferenciación en el momento en que se realizó la misma y se formalizó el contrato, existiendo diferencias entre la etapa previa a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (*Markets in Financial Instruments Directive*, en adelante MiFID I) y la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II)³⁵.

En la primera no era necesario realizar el test de idoneidad³⁶ para saber si un cliente está capacitado para asumir riesgos, estos se corresponderían con los *swaps* o *clicks* firmados antes de diciembre de 2007.³⁷ Aunque si existía la obligación de que la información fuera clara, imparcial y no engañosa. Si la empresa prestaba servicios de asesoramiento financiero debía obtener información sobre los conocimientos y experiencia de los clientes además de hacerle las advertencias oportunas. Hay que indicar que desde un punto de vista práctico³⁸ es irrelevante que se apliquen las normas del MiFID I, o no puesto que la normativa anterior vigente en España era más protectora que la normativa europea conforme al art.79.1 y 79 bis de la LMV de 1988³⁹.

³⁵ FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *pássim*.

³⁶ FARRANDO MIGUEL, I., “Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (222/2018)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 10, 2018, pp. 299-320.

³⁷ SANZ, E., “Los afectados por “swaps” hipotecarias se imponen en los tribunales: así se defienden”. Documento en formato electrónico. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/vivienda/2011-12-19/los-afectados-por-swaps-hipotecarios-se-imponen-en-los-tribunales-asi-se-defienden_212822/ [Última consulta el 2 de abril de 2020].

³⁸ *Vid.* FJ1º de la STS nº 651/2015 de 20 de noviembre.

³⁹ El contenido de estos artículos previos a la transposición del MiFID a España era el siguiente:

“Artículo 79:

1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros”.

“Artículo 79 bis. Obligaciones de información.

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita 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. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

En cuanto a la etapa MiFID I, esta comienza en 2007, e introdujo la diferenciación de categorías de clientes entre profesionales, minoristas y contrapartes elegibles. Al mismo tiempo se establece un régimen en función de si los servicios de mera ejecución de las órdenes de inversión recibidas por el cliente estarán obligado a realizar un test de conveniencia⁴⁰.

La tercera parte es la actual tras la entrada en vigor de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros, y por la aplicación del Reglamento (UE) 600/2014, de 15 de mayo, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012; proceso que se inició por medio del RD Ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la UE en materia del mercado de valores, denominada como MiFID II, y que esta vigente salvo pequeñas excepciones que han sido modificadas desde 2018. Esta

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurren las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter.1.d.)”

⁴⁰ FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas...*, op. cit. *passim*.

normativa busca la protección de los clientes minoristas⁴¹, ampliando los deberes de información y conducta de las entidades de inversión⁴².

En esta nueva fase conlleva entre otras medidas la prohibición de las siguientes prácticas de remuneración como son las políticas de remuneración basadas en porcentajes sobre el volumen de ventas diferentes por producto o tipo de producto, dado el alto riesgo de que las mismas propicien las ventas de los productos a los que se aplique una remuneración más elevada y no las de los que mejor respondan a los intereses de los clientes; sistema de retribución basados en fijar un mismo porcentaje sobre los ingresos generados por cada producto o tipo de producto o sobre las comisiones de adquisición o venta de cada producto o tipo de producto, puesto que incentivan la venta de los productos con mayor margen para la entidad y no las de los que mejor respondan a los intereses de los cliente; y sistemas de retribución basados en fijar un porcentaje sobre el total ingresado por el agente, o en función del perfil de inversor, puesto que incentivan la venta del producto o tipo de producto que genera al agente un mayor ingreso⁴³.

La oferta de este tipo de producto al tratarse de un contrato de riesgos debe de ser clara y comprensible, por lo que no es suficiente con que se cumplan con las obligaciones que ya preveía el art. 79 bis 3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (Etapa previa MiFID I y MiFID I propiamente dichos). En la actualidad esta norma se encuentra derogada siendo la norma actual el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (Etapa MIFID II). Dicho articulado se corresponde con el art.210, que expresa:

“Artículo 210. Orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros y las estrategias de inversión.

1. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión prevista en el artículo 209.3.b) deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

2. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional

⁴¹ Minorista como representantes legales no expertos.

⁴² FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas...*, op. cit. *passim*.

⁴³ *Id.*

para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez.

El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

3. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios”.

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la forma en que debe de hacerse la oferta. En este sentido, encontramos la STS, nº 321/2017, de 23 de mayo, en su FJ 7º que afirma que en el caso de que hubiera incumplimiento sobre el riesgo económico en caso de que los intereses sean inferiores al Euribor y sobre los riesgos patrimoniales que son asociados al coste de cancelación puede condicionar la prestación del consentimiento. Así como impedir la apreciación del error por vicio⁴⁴.

Las entidades bancarias o de crédito que ofrezcan estos servicios deben de explicar con claridad cómo se van a realizar las liquidaciones y los riesgos que pueda asumir el cliente de lo contrario estaríamos ante un caso de dolo reticente, que consiste en la omisión de información relevante para la formación del consentimiento de la parte engañada⁴⁵. No se trata de que una entidad bancaria pueda adivinar la evolución futura de tipos de interés, sino que ofreciera al cliente una información completa, comprensible y suficiente de las posibles consecuencias de la fluctuación a la baja o al alza de los tipos de interés y de los elevados de la cancelación anticipada⁴⁶.

⁴⁴ El error de consentimiento no se excluye, aunque hubiera intervenido un asesor fiscal en la contratación de los *swaps* si se pueden apreciar los elementos anteriores, o no se llevó a cabo los test oportunos al cliente minorista. En ROLDAN AGUIRRE, I., “La intervención del asesor fiscal en la contratación de “swaps” no excluye la posibilidad de error en el consentimiento: STS, de 13 enero 2017 (RJ 2017, 21)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 4, 2017, pp. 189-191.

⁴⁵ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación del contrato”. *Diario La Ley*, Nº 7523, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-372, LA LEY 14039/2010. *pássim*

⁴⁶ *Vid.* STS, nº 321/2017, de 23 de mayo en su FJ 7º.

Solo el error de información es achacable al cliente como expresa la STS, nº 321/2017, de 23 de mayo, en su FJ 7º cuando “el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada”.

2. Captación de clientes en todas las entidades

La captación de clientes no siempre se ha llevado a cabo a través de un producto de publicidad emitida por una entidad bancaria, sino que son los propios empleados de dicha entidad los que ofrecen el *swap*, con independencia de la denominación que tenga, a los clientes⁴⁷. A lo largo de los años, pero especialmente en los años de pre-crisis, la mecánica fue muy similar en la práctica, donde un empleado se aprovecha de la situación o relación con el cliente ofreciéndole un producto seguro que protegería a los usuarios de futuras subidas de interés. De esta forma se ofrecieron mediante reclamo para frenar las cuotas resultantes a pagar los contratos hipotecarios de crédito, que como consecuencia de las subidas de interés llegó a 5,38%.

Como expresa MARTINEZ MURIEL “en efecto se ofreció el *swap* como una imagen interesadamente edulcorada, pero igualmente distorsionada de un producto financiero altamente especulativo ofertado como un seguro, cuando precisamente un elemento esencial de su naturaleza es la concurrencia del riesgo”⁴⁸.

⁴⁷ Vid. FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “Anulación de los contratos de swap por defectuosa información al cliente”. En *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* / coord. por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Durá, 2010, pp. 373-396; GALLARDO OLMEDO, F., y TAMARGO MENÉNDEZ, M., “Clientes bancarios minoristas y comisiones implícitas: una especial referencia a los "swaps" de tipos de interés”, *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero* / coord. por Marcos R. Torres Carlos; Ángel Fernández Albor Baltar (dir.), Elena F. Pérez Carrillo (dir.), 2018, pp. 589-599 y COLINO MEDAIVILLA, J. L., “Anulación del contrato de permuta financiera de intereses (swap), con fundamento en la existencia de error vicio del consentimiento por falta de conocimiento de los concretos riesgos asociados al producto contratado. Obligación de la entidad prestadora de servicios de inversión de informar y evaluar al cliente minorista, e incidencia de su incumplimiento en la apreciación o presunción del error: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 354/2014”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 6, 2016 (2013-2014), pp. 459-476.

⁴⁸ MARTINEZ MURIEL, A., “Problemática de la comercialización de productos bancarios complejos para gente corriente. Especial referencia a los contratos de permuta de interés”. *Revista abogacía*, nº 8, 2011, pp. 1-13.

En muchas ocasiones esta modalidad contractual y el abuso que se ha hecho de la misma, hizo que el ofertante que buscaba la captación de clientes no dejara observar o analizar el contrato hasta el mismo momento de la firma del contrato⁴⁹. No obstante, el mayor abuso en este sentido por parte de las entidades bancarias era la información errónea⁵⁰ que se mostraba a los clientes, especialmente sobre la subida de los intereses cuando se conocía que los mismos iban a bajar.

En otras ocasiones, estos productos se ofrecían junto a otros productos que era el verdadero objeto de deseo del consumidor y no este contrato de seguro, denominación o la forma que tuviera el *swap*⁵¹, llegando en ocasiones a imponer como condición para poder dar créditos a familias o empresas el suscribir contratos *swaps*⁵².

Hubo ocasiones en las que incluso se instaba a los clientes a cancelar el primer producto derivado y optar por otro porque se prevía un cambio radical de tendencia de comportamiento de los tipos de interés pasado 2008⁵³. Por lo que la mala fe y abuso de los gestores de las entidades de crédito no tenía límites.

3. Consecuencias para el consumidor

Las consecuencias para el consumidor de este producto en la pasada década ha sido la desconfianza en los bancos y entidades crediticias al ofrecerle unos productos con una

⁴⁹ *V.gr.* SAP de Madrid nº501/2013, de 23 de diciembre de 2013 o la SAP de Alicante, nº 443, de 28 de diciembre de 2013.

⁵⁰ *V.gr.* FJ. 4º de la SAP de Barcelona, nº 31/2015 de 4 de febrero que expresa:

“(…) Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada”.

⁵¹ SANZ, E., “Los afectados por los “swaps” en las hipotecas consiguen tiempo extra para poder reclamar”. *Elconfidencial*. Documento en formato electrónico. Disponible en:

https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-04-09/clausulas-abusivas-hipotecas-swaps_1545838/

[Última consulta el 2 de abril de 2020].

⁵² De esta forma viene recogido en la Sentencia del Juzgado nº 2 de Pozoblanco nº 240/2012, de 28 de mayo de 2012, que expresa:

“La propia parte actora señalaba en su demanda en su demanda que, por parte de la entidad demandada se les presentó el producto como un seguro, siendo condición sine qua non para obtener el préstamo ICO que había solicitado”.

⁵³ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “*SWAPS: vicios del consentimiento y anulación...*” *op. cit. pássim*.

información negativa y falsa, en la que solo buscaban transmitir los riesgos a un tercero⁵⁴. La inobservancia de los deberes de información en principio no permite sustentar la acción de resolución contractual del art.1124 CC o del incumplimiento de la nulidad absoluta del negocio por alegarse causa ilícita o dolo omisivo para dejar sin efecto el contrato y los efectos de los swaps⁵⁵ o por la falta de causa porque los contratos no cumplen la función de cobertura en el caso de que se hubieran ofrecido como seguros o una nomenclatura parecida⁵⁶.

Desde un punto de vista jurisprudencial se ha indicado que salvo en excepciones puntuales los contratos deben de declararse nulos al haber vulnerado la buena fe de los usuarios. Si se declara nulo las entidades de crédito deben de abonar a sus clientes las indemnizaciones por la pérdida sufrida, es decir, abonar los daños y perjuicios correspondientes.

Al darse cuenta de la gravedad de los abusos cometidos por las entidades bancarias y de los riesgos y pérdidas que conllevaba su publicación en prensa de las sentencias desfavorecedoras, algunas empresas de crédito y bancarias que habían abusado de esta figura comenzaron una política de subsanación o admisión de errores, mientras que otras entidades obligaron a interponer demandas o laudos en base a las condiciones generales de la contratación o una incorrecta comercialización del *swap* fundada en vicio o error en el consentimiento del usuario o cliente⁵⁷. Esta acción, hasta el pronunciamiento del TS en la STS de 19 de febrero de 2018, caducaba a los cuatro años de forma que el cliente podría haber perdido ya el litigio por la demora del tiempo y producirse la crisis económica con posterioridad y darse cuenta la mayoría de la población de eso. Por ello, el TS en su resolución modifica la doctrina sobre la prescripción de este tipo de acciones para pasar

⁵⁴ Vid. PINO ABAD, M., “El derecho de información del usuario inversor de “swap””. En *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino* / coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, 2015, pp. 303-314; MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M del P., “Nulidad contractual de los contratos de permuta financiera de tipos de interes (swap)”. *Práctica de Tribunales*, N.º 93, mayo 2012, Editorial WOLTERS KLUWER, *passim*; MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre swaps de tipos de interés comercializados por entidades de crédito”. *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 190, 2013, pp. 37-42 y BOLDÓ RODA, C., “Nulidad de los contratos de swap”. En *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*/coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, 2015, pp. 291-302

⁵⁵ FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas...*, *op. cit. passim*.

⁵⁶ Vid. FJ1º de la STS, Caso Banco Santander S. A, nº 385/2017 de 19 de junio.

⁵⁷ SACRISTÁN BERGIA, F., “Los problemas más frecuentes en la contratación de swaps”, *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma* / coord. por Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Varona, Javier Martínez Rosado, 2018, pp. 1283-1303.

a interpretarse la prescripción de 4 años, no desde que se prestó el consentimiento, sino desde que se consuma el contrato⁵⁸.

De este forma, se reconoce a los usuarios de dichos contratos un nuevo plazo que abarca más o menos hasta octubre de 2020⁵⁹, dado que la mayoría de estos contratos tiene una duración de 4 a 5 años y los mismos se empezaron a usar en España a partir de 2007⁶⁰.

⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿un salto en el vacío?”, *Diario La Ley*, N° 9079, 2017, *pássim* y SANZ, E., “Los afectados por los “swaps” en las hipotecas consiguen tiempo extra para poder reclamar”. Elconfidencial. Documento en formato electrónico. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-04-09/clausulas-abusivas-hipotecas-swaps_1545838/ [Última consulta el 2 de abril de 2020].

⁵⁹ Actualmente con el estado de alarma en vigor, los plazos procesales y de las acciones legales se han suspendido por lo que dicho plazo se amplía mientras dure el estado de alarma o lo establezca de otra forma el ejecutivo en un Real Decreto.

⁶⁰ SANZ, E., “*Los afectados por los “swaps...”*”, *op. cit. pássim*.

CLAUSULADO OSCURO Y ABUSIVO EN LOS CONTRATOS *SWAPS*. ESPECIAL REFERENCIA A LA CLAUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

1. Clausulado oscuro

Los contratos objeto de este trabajo son en su mayoría contratos de adhesión, en los que pese a su concepción teórica de la bilateralidad de obligaciones entre las partes, en la práctica al ofrecerlos un intermediarios el usuario o consumidor del mismo no podía establecer elementos en el mismo⁶¹. Como ha expresado la doctrina: “La proliferación de sentencias en esta materia es un claro indicio de cómo se está vulnerando el derecho de información del cliente de servicios financieros, así como de la necesidad de un mayor control sobre la comercialización de determinados productos financieros. Asimismo, la función de los supervisores a la hora de controlar la publicidad de las entidades debe erigirse en una función esencial para salvaguardar los derechos de los clientes. El mercado debería establecer controles más rígidos a la publicidad y comercialización de determinados instrumentos financieros (sobre todo aquellos que, como el SWAP tienen una naturaleza especulativa) que desde una perspectiva general no se muestran adecuados para los conocimientos, experiencia y situación patrimonial de la mayor parte de los clientes minoristas”⁶².

Es por ello que cobra especial importancia la calificación del cliente bancario como un consumidor o no consumidor⁶³. De forma que, si no se considera como consumidor,

⁶¹ Vid. FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación del contrato”. *Diario La Ley*, Nº 7523, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-372, LA LEY 14039/2010. *pássim*; FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del. C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *pássim*; PINO ABAD, M., “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 151/2018 parte Crónicas. *Pássim* y BOLDÓ RODA, C., “Nulidad de los contratos de swap”. En *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino* / coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, 2015, pp. 291-302.

⁶² FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación...” *op. cit. pássim*

⁶³ De acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, consumidor es según lo expresado en el art.3:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

sino que era un profesional de la actividad o que pudiera tener conocimientos en la materia suficientes deberá de acudir a una fundamentación diferente para considerar el clausulado como nulo⁶⁴.

Siguiendo lo expresado por FERRANDO VILLALBA: “la litigiosidad existente en el mercado financiero español denota la insuficiencia de la normativa de los mercados de valores para filtrar la comercialización de productos financieros complejos no adecuados por regla general para los clientes minoristas, que se caracterizan precisamente por su falta de conocimientos y experiencia en materia financiera. Es necesario insistir, por tanto, en la necesidad de aumentar los controles a la colocación de este tipo de productos, así como en la advertencia generalizada al cliente minorista, desde las instituciones, las asociaciones de consumidores y usuarios y de defensa del cliente de servicios financieros, así como los profesionales del sector, de que se trata de productos de alto riesgo financiero, complejos y que dados los nocionales que se incorporan al contrato no son meros instrumentos de cobertura del riesgo de subida de los tipos de interés, sino que se han convertido en la práctica española en verdaderos contratos especulativos, profundamente desequilibrados en perjuicio del cliente de servicios financieros”⁶⁵.

Conforme al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU, se considera como cláusulas abusivas todas aquellas que no sean negociadas de forma individual y no consentidas de forma expresa, que en contra de las exigencias de la buena fe de las partes, produzcan un desequilibrio importante de las obligaciones y derechos de las partes derivadas del contrato y en perjuicio del consumidor⁶⁶. Hay que indicar que a esta modalidad de defensa sobre los abusos de las entidades bancarias no pueden acogerse en principio las personas jurídicas⁶⁷, y las personas físicas dependiendo de sus conocimientos y otras características, por lo que la abusividad solo podrá alegarse en

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Diferenciado a su vez las figuras de empresario y productor.

⁶⁴ PINO ABAD, M., “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 151/2018 parte Crónicas. *pássim*

⁶⁵ FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación...” *op. cit. pássim*

⁶⁶ GALVEZ PASCUAL, J., “La Protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, Nº. 9 (enero), 2013, pp. 101-143.

⁶⁷ Si se trata de Pymes por ejemplo deberán de prestar una defensa en base a la oferta y a la prestación del consentimiento, siempre que tengan una facturación inferior a los 8 millones de euros, puesto a partir de ahí se consideran que tienen medios para asesorarse de forma adecuada sobre los riesgos.

principio por las personas físicas. La LCGC rechaza las cláusulas que ocasionen un perjuicio al adherente del contrato y el TRLGDCU expresa en su art.82.1 que serán abusivas todas aquellas cláusulas que sean estipulaciones no negociadas de forma individual y las prácticas que no sean consentidas de forma expresas que en contra de las exigencias de la buena fe produzcan un perjuicio al consumidor y al usuario, un desequilibrio trascendente de los derechos y deberes de las partes del contrato se deriven.

De forma expresa se pueden decir que son abusivas las cláusulas que:

- “a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.”

Pero la experiencia española ha demostrado que existen muchas más cláusulas abusivas de las mostradas hasta ahora⁶⁸. En la mayoría de los casos los swaps contienen y cometen irregularidades en la comercialización al exponer cláusulas ambiguas, incomprensibles y oscuras. La abusividad de los *swaps* ha sido reconocida en múltiples ocasiones por la jurisprudencia⁶⁹. En este sentido podemos mostrar otras cláusulas abusivas reconocidas por la jurisprudencia para los *swaps*, como es la de obligación de indemnizar por daños y perjuicios en caso de solicitar la cancelación anticipada del producto, al ser una facultad de resolución sin perjuicio para una de las partes y no de forma bilateral⁷⁰.

Relacionado con esto también encontramos como el TS se ha pronunciado sobre tres temas que son consideradas o no como cláusulas oscuras, como son las cláusulas de que existe información suficiente para que sea comprendido por el cliente minorista sin

⁶⁸ V.gr. STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 609/2017 de 15 de noviembre que contiene información confusa que no comporta una auténtica renuncia de derechos.

⁶⁹ V.gr. STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, nº 609/2017; STS nº 549/2016 de 20 de septiembre; STS nº 651/2015 de 20 de enero; STS, Caso Banco Santander S. A, nº 385/2017 de 19 de junio

⁷⁰ STS nº 549/2016 de 20 de septiembre.

que necesite información adicional; si la cláusula relativa a la cancelación anticipada de los *swaps* es suficientemente clara o pueden quedar indeterminadas por las consecuencias económicas negativas que podía suponer la cancelación o si la información facilitada por el banco al cliente debe de ser aprobada por la entidad bancaria o por el demandante⁷¹.

Otro pronunciamiento como la STS del caso del Banco Santander, lo ha hecho sobre los contratos de *swaps* por incumplir las normas de conducta del mercado de valores o contravenir el orden público y la integridad del mercado porque el banco contrato en su exclusivo beneficio⁷².

También se consideran nulos los productos de opción “*put*” o “*worst*” sobre cierta cesta de acciones que venga acompañada de *swap*. Esto se debe a que este producto tiene una mayor complejidad que la de los propios *swaps*, de forma que deben de aplicarse todas las precauciones precontractuales o contractuales que se aplican al *swap*⁷³.

Recientemente se está debatiendo en el TS, sin haberse pronunciado, si el propio *swap* puede considerarse como una cláusula abusiva dado que la mayoría de los mismos se ofrecían junto a otros contratos que eran la verdadera intención del usuario o se ofrecían estos mismos contratos como seguros contra las alzas o bajadas de los intereses, en momentos en que se sabía por parte de las entidades bancarias y crediticias que eso iba a suceder, siendo dicha información ocultada al usuario⁷⁴.

2. Sumisión al arbitraje

Una de las cláusulas abusivas contemplada en los contratos de *swaps* por las entidades bancarias es la de sometimiento a arbitraje privado⁷⁵. El arbitraje es una de las

⁷¹ Vid. FJ 2º STS nº 651/2015 de 20 de enero.

⁷² Vid. STS, Caso Banco Santander S. A, nº 385/2017 de 19 de junio

⁷³ RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero: la opción “*put*” o “*wors of*” sobre cierta cesta de acciones, acompañada de SWAP”. *Diario La Ley*, N.º 7588, Año XXXII, 14 de marzo de 2011, Ref. D-117, Editorial LA LEY.

⁷⁴ CONFILEGAL, “El Supremo decidirá sobre la nulidad de los seguros ‘*swaps*’ de las hipotecas, lo que podría beneficiar a más de 200.000 afectados”. *Elconfi legal*. Documento en formato electrónico. Disponible en:

<https://confi legal.com/20200128-el-supremo-decidira-sobre-la-nulidad-de-los-seguros-swaps-de-las-hipotecas-lo-que-podria-beneficiar-a-mas-de-200-000-afectados/> [Última consulta el 2 de abril de 2020].

⁷⁵ *V.gr.* cláusula de sumisión al arbitraje privado en un contrato de *stockpume* del BBVA: “Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverán mediante arbitraje de Derecho, por un único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a la que se le encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo a su reglamento y estatutos, sin más excepciones o derogaciones

formas más utilizada para resolver problemas en el ámbito mercantil como alternativa a la vía judicial tanto a nivel nacional como internacional por las múltiples ventajas que puede ofrecer a las partes frente a la vía judicial. El régimen jurídico básico del arbitraje se encuentra regulado en la Ley 60/2003 de arbitraje, siendo utilizadas otras normas como el propio CC o las procesales como supletorias de la misma⁷⁶.

En principio una cláusula de acudir al arbitraje no tiene por qué ser declarada abusiva o nula, no obstante, la misma debe de cumplir con una serie de requisitos. Esta cláusula en la mayoría de los casos⁷⁷, fue impuesta de forma unilateral por la entidad bancaria que ofrece el contrato prevaleciéndose de su situación de superioridad y colocando al cliente la siguiente situación⁷⁸:

que las contempladas en la presente clausula arbitral. El lugar del arbitraje será Madrid y el idioma castellano. Con derogación exclusión expresa de los dispuesto en el art.15.1. de la Ley 60/2003 y en el artículo 21 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, por virtud del presente acuerdo expreso de las partes en contrario el arbitrio único deberá ser persona con un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, no precisándose, pues, la condición de abogado en ejercicio”.

Otros pronunciamientos acerca de esta cláusula son:

STSJ de Madrid, nº 79/2915 de 3 de noviembre; SAP de Barcelona, nº 58/2015 de 19 de febrero; SAP de Madrid, Auto nº 31/2008 de 7 de febrero. STJUE (Gran Sala), de 22 enero 2014, Caso Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

⁷⁶ PERALES VISCASILLAS, M^a del P., “Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 17, Segundo semestre de 2015, Editorial la Ley, *pássim*.

⁷⁷ Según expresa PERALES VISCASILLAS, pese a que los contratos swaps son diferentes entre sí que han reunido unas ciertas características sobre la sumisión al arbitraje y su nulidad, que quedan reflejados de la siguiente forma:

“En el ámbito de las disputas financieras sobre SWAP no es infrecuente que el convenio arbitral se haya pactado de forma independiente del propio contrato de permuta financiera, el cual podría haberse perfeccionado verbalmente. A estos efectos deben distinguirse diversos escenarios ya que el análisis de la jurisprudencia revela que cada contrato SWAP es diferente:

a) Perfección oral del contrato SWAP, siguiendo una confirmación por escrito que contiene un convenio arbitral. En este caso, resulta indiferente si existe o no el llamado CMOF, o Contrato Marco de Operaciones Financieras, celebrado entre las partes y, consiguientemente, un pacto sobre arbitraje al hilo de éste, pues el convenio arbitral que resultará vinculante para las partes es el que deriva del pacto específico contenido en la confirmación.

b) Perfección oral del contrato SWAP, siguiendo una confirmación por escrito que no contiene convenio arbitral, pero existe un CMOF con pacto de arbitraje, que puede haber sido celebrado anteriormente.

c) Perfección por escrito del contrato SWAP, la denominada confirmación, que ahora perfecciona el contrato, existiendo un CMOF con pacto de arbitraje.

La práctica demuestra que cuando el contrato se perfecciona verbalmente, el contrato se dirige a precisar los elementos esenciales de tipo sustantivo sin que se haya detectado un solo caso en el que la perfección oral contuviera referencias al pacto arbitral”. En PERALES VISCASILLAS, M del P., “Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 17, Segundo semestre de 2015, Editorial la Ley, *pássim*.

⁷⁸ GALVEZ PASCUAL, J., “La Protección de consumidores y usuarios en...”, *op. cit.*, p.102.

- Por un lado, expresa que el árbitro debe de decidir sobre las discrepancias de las partes acerca del contrato y quien resuelva no tiene por qué ser jurista, aunque debe de tener conocimientos en la materia. Negándosele al usuario la posibilidad de acudir a los juzgados para que en el procedimiento resuelva sobre los problemas que pudiera haber.
- En segundo lugar, el fuero territorial que obliga a desplazarse a la parte más débil del contrato.
- Por último, el laudo arbitral no puede ser recurrido, por lo que se limita de nuevo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁷⁹.

La sumisión al arbitraje elimina algunas de las formas que tienen los consumidores y usuarios de acudir a otras vías administrativas, arbitrales o jurisdiccionales⁸⁰. Una de las vías que pueden acogerse los consumidores y usuarios es la de acudir al Banco de España para ver si le da la razón o no, y en el caso de que se ponga de parte del banco o de la entidad de crédito, al acudir a la vía judicial se obtiene un informe pericial, cualificado y gratuito que permite una mejor de defensa de los fallos y errores que puede haber cometido la entidad⁸¹. También vulnera el art. 90 de la TRLGDCU puesto que dicho artículo establece como cláusula abusiva la sumisión a arbitrajes diferentes a los arbitrajes de consumo salvo que se trate de arbitraje institucionales creados por leyes para un sector o supuesto específico⁸². En resumen, la cláusula de sumisión al arbitraje de la forma en que se establecía en la mayoría de los contratos *swaps*⁸³ es considerable como nula y abusiva por vulnerar derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la CE.

⁷⁹ Vid: STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, nº 79/2015 de 3 de noviembre que en su FJ QUINTO, expresa:

“(…) Sobre la "infracción del orden público" y el "control de fondo" en la acción de anulación.

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces se ha dicho -recientemente, en nuestras Sentencias 13/2015, 27/2015, 30/2015, 31/2015 y 74/2015 -, la acción de anulación no configura una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar”.

⁸⁰ Vid. PERALES VISCASILLAS, Mª del P., “Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 17, Segundo semestre de 2015, Editorial la Ley, *pássim*; PERALES VISCASILLAS, Mª del P., “Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011-2015)”. *Diario La Ley*, N.º 8700, 11 de febrero de 2016, Ref. D-62, Editorial LA LEY y SANZ, E., “Los afectados por “swaps” hipotecarias se imponen en los tribunales: así se defienden”. Documento en formato electrónico. Disponible en:

https://www.elconfidencial.com/vivienda/2011-12-19/los-afectados-por-swaps-hipotecarios-se-imponen-en-los-tribunales-asi-se-defienden_212822/ [Última consulta el 2 de abril de 2020].

⁸¹ SANZ, E., “Los afectados por “swaps”, *op.cit.*

⁸² Vid. FJ 7º STSJ Madrid, nº 79/2015 de 3 de noviembre.

⁸³ *V.gr.* STSJ de Madrid, nº 79/2015 de 3 de noviembre; SAP de Barcelona, nº 58/2015 de 19 de febrero; SAP de Madrid, Auto nº 31/2008 de 7 de febrero.

3. Cláusula suelo en los contratos swaps

Pese a que las cláusulas suelo han sido objeto de la prensa sobre todo en hipotecas y en préstamos crediticios, como ya se ha enumerado en diferentes partes de este trabajo, los contratos *swaps*, no fueron indiferentes a las cláusulas suelo, al limitar a favor de las entidades de crédito el que los intereses bajaran más de un determinado porcentaje incluso sabiendo que eso iba a suceder en un periodo de tiempo breve⁸⁴. Como expresan MARTÍNEZ OREJAS y RUIZ DE LARA, la cláusula suelo es: “es la denominación de una cláusula contractual que establece un límite mínimo al interés que se aplicará en la cuota, aunque el tipo de interés baje. Es una cláusula que beneficia a la entidad bancaria y perjudica al particular que ha solicitado el préstamo ya que cuando los tipos bajan o el interés es negativo la cláusula impide que se traslade a la cuota mensual. Dependiendo de la normativa del país, las condiciones del contrato y su transparencia y claridad, puede considerarse una cláusula abusiva, ilegal o nula, por tanto, puede considerarse un fraude bancario”⁸⁵.

En este sentido dependiendo del momento en que se hubiera producido la firma del contrato se debería haber realizado los test oportunos al consumidor minorista sobre la capacidad económica y de entendimiento de las implicaciones que conllevaba dicha cláusulas. Esto puede generar un error determinante del vicio de consentimiento que no es vencible conforme a las características del sujeto firmante. En la mayoría de los casos dada la relación de confianza entre las partes y la información suministrada por parte de la entidad financiera, el sujeto firmante ni siquiera leía lo que estaba firmando⁸⁶.

En estos casos la jurisprudencia muestra como las entidades al oponerse a este tipo de cláusulas, y todas las anteriores expresadas en los puntos previos, pero

⁸⁴ Vid. MARÍN NARROS, H, D., “Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los swaps en los productos financieros”. En *La hipoteca en el desarrollo del modelo económico* / coord. por Guillermo José Velasco Fabra; Carlos Cuadrado Pérez (dir.), Marcos Almeida Cerredá (dir.), 2017, pp. 225-256 y SACRISTÁN BERGIA, F., “Los problemas más frecuentes en la contratación de swaps”, *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma* / coord. por Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Varona, Javier Martínez Rosado, 2018, pp. 1283-1303.

⁸⁵ MARTÍNEZ OREJAS, L, y RUIZ DE LARA, M., “Cláusula suelo”, *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* / coord. por José Luis Fortea Gorbe; Carolina del Carmen Castillo Martínez (dir.), 2019, pp. 419-438.

⁸⁶ MARÍN NARROS, H, D., “Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los swaps en los productos financieros”. *La hipoteca en el desarrollo del modelo económico* / coord. por Guillermo José Velasco Fabra; Carlos Cuadrado Pérez (dir.), Marcos Almeida Cerredá (dir.), 2017, pp. 225-256.

especialmente esta, en lo relativo a la extensión y contenido de la información suministrada se limita a generalizaciones simples sobre la corrección de los intereses y cálculo de los mismos, pero nada sobre la información al suscribir la información o el perjuicio que puede o ha generado en la otra parte⁸⁷.

⁸⁷ *Id.*

CONCLUSIONES

La enorme tipología de *swaps* hace que no se pueda definir de una sola forma derivado de su atipicidad. No obstante, si nos centrásemos en los requisitos comunes podría definirse el contrato como un contrato atípico, de naturaleza mercantil, único, bilateral, consensual, oneroso, aleatorio, de duración continua entre las partes que están obligadas a intercambiarse en un determinado momento futuro ciertas cantidades de dinero, o acciones, denominadas en el contrato que ha sido determinado de cierta forma en base a criterios objetivos. Es debido a todas estas características por lo que jurídicamente se puede expresar como un contrato autónomo que goza de causa única por lo que tiene sustantividad propia y no como un contrato de permuta, en el sentido de permuta financiera, aunque la permuta sea la característica principal, ya que es la que obliga a la bilateralidad, consensualidad y determinación de las características de la entrega posterior.

La atipicidad no excluye a esta modalidad contractual del sometimiento a ciertas normas que deben de aplicarse a todas las modalidades contractuales. El contrato de *swaps* produce obligaciones sinalagmáticas o recíprocas y bilaterales que además son interdependientes, cada parte debe de haberse obligado en consideración con la primera toma de contacto y la información suministrada. Es por ello, que la jurisprudencia y la doctrina se ha centrado casi siempre en el momento inicial en que los usuarios prestan su consentimiento.

La oferta y la información suministrada es importante, puesto que son los principales momentos en los que se han basado los jueces para condenar a las entidades bancarias y financieras.

Son muchos los casos en los que las entidades bancarias y de crédito, en la pasada década ofrecieron *swaps* bajo diferentes denominaciones, pero ha llamado especialmente la atención a la jurisprudencia, en el sentido negativo, la de seguros ante la subida de los tipos de interés o similares, puesto que en ningún caso se trataba de un seguro sino de un contrato de naturaleza mercantil con riesgos para las dos partes que no quedaban cubiertos.

La falta de información previa que es una obligación preceptiva de las entidades de crédito y bancarias a los clientes, en cuanto a los elementos y características del producto las consecuencias y riesgos aparejados, así como el coste de cancelación entre

otras, ha sido considerada por parte de la jurisprudencia como motivos suficientes para cancelar estos contratos. Otro motivo ha sido la falta de información clara sobre lo que ocurre sobre las reglas aplicables en caso de previsión de bajada de los tipos de interés, que en muchos casos había sido el reclamo de las entidades ante la subida del Euribor para disminuir sus propias reglas, de forma que los usuarios estarían participando en una especie de sociedad leonina, en la que solo participan de las pérdidas, pero no de los beneficios.

Otra de las principales causas de anulación de los contratos es la falta de idoneidad del cliente. Este se produce cuando se incumple la normativa MIFID I y MIFID II, respecto al deber de evaluar si los clientes son aptos a través de los test de idoneidad y conveniencia de forma previa a la contratación del *swap*.

En general, este contrato es un contrato de riesgos entre las partes sobre un futuro incierto e indeterminado, que en la mayoría de los casos las entidades bancarias han usado para eliminar sus propios riesgos internos de liquidez o de deuda a costa de la inocencia de muchos ciudadanos.

En la práctica para su anulación se ha recurrido a todo tipo de cláusulas abusivas contempladas en los mismos, ya sean de las generales aplicables para cualquier contrato de adhesión o algunas específicas que se han dado a esta modalidad contractual. Entre las que se encuentran: las cláusulas de que existe información suficiente para que sea comprendido por el cliente minorista sin que necesite información adicional; si la cláusula relativa a la cancelación anticipada de los *swaps* es suficientemente clara o pueden quedar indeterminadas por las consecuencias económicas negativas que podía suponer la cancelación o si la información facilitada por el banco al cliente debe de ser aprobada por la entidad bancaria o por el demandante.

De forma específica nosotros nos hemos centrado en el análisis de las cláusulas abusivas de sumisión al arbitraje y también las cláusulas suelo que pudieran contener los *swaps*. Respecto a la primera hay que indicar que esta cláusula se establece en beneficio de la entidad crediticia y no en favor de ambos, dado que uno establece el fuero competente, obligándole a la parte más débil a desplazarse hasta dicho lugar. En segundo lugar, por vulnerar el art. 24 de la CE dado que prohíbe acudir a cualquier otra forma resolver los conflictos o a la vía judicial en si misma. En cuanto a la segunda esta es una

situación gravosa doblemente puesto que afecta tanto a las bajadas del Euribor, como a los intereses que tuviera que pagar.

Es por todas estas razones por las que el TS ha ampliado los plazos para que la gente pueda reclamar el objeto de contrato y los daños y perjuicios sufridos. No se sabe que pasará tras acabar el coronavirus, si habrá un *boom* informativo sobre las últimas posibilidades que tienen los signatarios minoritarios de poder reclamar a las entidades de crédito, pero el que se esté planteando el TS el declarar como cláusula abusiva en sí misma esta modalidad contractual ya es un avance. Esto seguramente implicará el establecer una definición clara sobre lo que debe de entenderse por *swap* e integrar dicha prohibición tanto en la LMV, la normativa civil y mercantil aplicable y también en el RLGDCU.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLDÓ RODA, C., “Nulidad de los contratos de swap”. En *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*/coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, 2015, pp. 291-302.
- COLINO MEDAIVILLA, J, L., “Anulación del contrato de permuta financiera de intereses (swap), con fundamento en la existencia de error vicio del consentimiento por falta de conocimiento de los concretos riesgos asociados al producto contratado. Obligación de la entidad prestadora de servicios de inversión de informar y evaluar al cliente minorista, e incidencia de su incumplimiento en la apreciación o presunción del error: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 354/2014)”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 6, 2016 (2013-2014), pp. 459-476.
- DE LA TORRE GALLEGOS, A., “Como cubrir el riesgo de cambio con swaps de divisas”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, nº. 15 (ENE-FEB), 1997, pp. 50-53.
- FARRANDO MIGUEL, I., “Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (222/2018)”. En *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 10, 2018, pp. 299-320.
- FANEGO RODRIGUEZ, M., “Aspectos internacionales de los contratos de cobertura del riesgo cambiario en los mercados OTC”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 32, 2015, pp. 127-153.
- FERRANDO VILLALBA, M. D. L., “Anulación de los contratos de swap por defectuosa información al cliente”. En *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo* / coord. por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Durá, 2010, pp. 373-396.

- “SWAPS: vicios del consentimiento y anulación del contrato”, *Diario La Ley*, N° 7523, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-372, LA LEY 14039/2010.
- FERRUZ AGUDO, L. y HERNANDO MOLINER, G., “Criterio y decisión financiera en los swaps de divisas”, *Técnica contable*, vol. 42, N° 498, 1990, pp. 279-286.
 - FORTEA GORBE, J. L., “Medidas cautelares en procesos de nulidad de contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap’s) y contratos marco de operaciones financieras. Jurisprudencia reciente de las Audiencias Provinciales”, *Práctica de Tribunales*, N.º 93, mayo 2012.
 - FORTEA GORBE, J. L. y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
 - GALLARDO OLMEDO, F., y TAMARGO MENÉNDEZ, M., “Clientes bancarios minoristas y comisiones implícitas: una especial referencia a los "swaps" de tipos de interés”. En *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero* / coord. por Marcos R. Torres Carlos; Ángel Fernández Albor Baltar (dir.), Elena F. Pérez Carrillo (dir.), 2018, pp. 589-599.
 - GALVEZ PASCUAL, J., “La Protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, N° 9 (enero), 2013, pp. 101-143.
 - JUAN SANJOSÉ, R. J., *Los contratos de permuta financiera (swaps)*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
 - KNOP, R., “Interest rate swaps” exóticos”, *Análisis financiero internacional*, N° 121, 2005, pp. 29-42.
 - LARA GONZALEZ, R., “La Problemática jurídica actual de las líneas de crédito: swaps y concurso de acreedores”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, N° 9 (enero), 2013, pp. 69-84.

- MARÍN NARROS, H, D., “Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los swaps en los productos financieros”. En *La hipoteca en el desarrollo del modelo económico* / coord. por Guillermo José Velasco Fabra; Carlos Cuadrado Pérez (dir.), Marcos Almeida Cerredá (dir.), 2017, pp. 225-256
- MARTÍNEZ OREJAS, L, y RUÍZ DE LARA, M., “Cláusula suelo”. En *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura* / coord. por José Luis Fortea Gorbe; Carolina del Carmen Castillo Martínez (dir.), 2019, pp. 419-438.
- MARTINEZ MURIEL, A., “Problemática de la comercialización de productos bancarios complejos para gente corriente. Especial referencia a los contratos de permuta de interés”, *Revista abogacía*, Nº 8, 2011, pp. 1-13.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J. I., “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: ¿un salto en el vacío?”, *Diario La Ley*, Nº 9079, 2017.
- MERCADAL VIDAL, F., y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre swaps de tipos de interés comercializados por entidades de crédito”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 190, 2013, pp. 37-42.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M del P., “Nulidad contractual de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap)”, *Práctica de Tribunales*, Nº 93, mayo 2012.
- PAGADOR LÓPEZ, J., “Los swaps en el sistema contractual español”, *Derecho de los negocios*, año 23, Nº 257, 2012, pp. 23-52.
- PERALES VISCASILLAS, Mª del P., “Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 17, Segundo semestre de 2015, Editorial la Ley.
- “Los laudos sobre swaps en la jurisprudencia del TSJ de Madrid (2011-2015)”, *Diario La Ley*, N.º 8700, 11 de febrero de 2016.
- PINO ABAD, M., “El derecho de información del usuario inversor de “swap””. En *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones*

del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino / coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, Manuel Pino Abad, 2015.

- “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 151/2018, parte Crónicas.
- RIBELLES ARELLANO, J. M., “El contrato de “swaps” de tipos de interés”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº 13, 2010, pp. 337-340.
 - ROLDAN AGUIRRE, I., “La intervención del asesor fiscal en la contratación de "swaps" no excluye la posibilidad de error en el consentimiento: STS, de 13 enero 2017 (RJ 2017, 21)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº. 4, 2017, pp. 189-191
 - RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., “Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero: la opción “put” o “wors of” sobre cierta cesta de acciones, acompañada de SWAP”, *Diario La Ley*, N.º 7588, Año XXXII, 14 de marzo de 2011.
 - ROSELL I PIEDRAFITA, C., “Cuestiones de calificación de los swaps de crédito”. *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año Nº 19, Nº 80, 2000, pp. 203-224.
 - SACRISTÁN BERGIA, F., “Los problemas más frecuentes en la contratación de swaps”. En *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma / coord. por Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Varona, Javier Martínez Rosado, 2018, pp. 1283-1303*
 - SANZ ACOSTA, L., “La evolución de la jurisprudencia del TS en materia de swaps y su culminación en la Sentencia de 20 de enero de 2014”, *LA LEY mercantil*, N.º 2, mayo 2014.
 - VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (SWAP)*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
 - ZAMORANO ROLDÁN, S., *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*. Ed. Cometa, Zaragoza, 2003.