

4. DERECHO BANCARIO

Estudio sobre la problemática de la cláusula de cancelación anticipada de los swaps conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal contenida en las sentencias de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015

Analysis of the legal issue on the anticipatory cancellation clause based on the judgments of the Spanish Supreme Court dated on November 15th 2012, February 17th 2014 and December 3rd 2015

por

DR. HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
*Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley*

RESUMEN: Las permutas financieras suelen tener una cierta duración en el tiempo. La extinción voluntaria antes de su vencimiento, implica la cancelación de una posición que puede generar un coste o un beneficio para la parte que sufre la cancelación. Por ello los *swaps* suelen contener una provisión que regula la resolución anticipada, señalando que la misma se realiza a valor de mercado, pudiendo implicar un coste para la parte que quiere cancelar el contrato. Esto ha generado en los últimos años mucha litigiosidad respecto a los *swaps*, debido a la bajada drástica de la inflación y los tipos de interés.

El presente artículo analiza la doctrina contenida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015, así como otras resoluciones del referido tribunal que han tratado este asunto. Aunque las citadas sentencias no se pronuncian expresamente respecto a la legalidad o validez de estas cláusulas, de las mismas pueden extraerse una serie conclusiones. La primera es que las comentadas provisiones deben identificar claramente los supuestos en los que la entidad financiera puede cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación (STS de 15 de noviembre de 2012).

Además se debe proporcionar una referencia genérica y aproximada que permita al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume (STS de 15 de septiembre de 2015).

En este sentido también se exige que se informe de manera clara y correcta del modo de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015).

La segunda conclusión es que cuando el contrato ha sido elaborado por el banco, (que es el caso más habitual), puede proceder interpretar de forma favo-

rable para el cliente la comentada cláusula, permitiendo una resolución sin coste alguno en virtud del principio interpretativo *contra proferentem* establecido en el artículo 1288 del Código Civil, cuando no está claramente regulado en qué supuestos procede abonar el coste de cancelación (STS de 15 de noviembre de 2012).

La tercera conclusión es que hay pronunciamientos contradictorios respecto a que la estipulación de cancelación anticipada constituya un elemento esencial que faculte declarar un error en la contratación. Así la STS de 17 de febrero de 2014 se pronuncia a favor y la STS de 3 de diciembre de 2015 y otra serie de sentencias estiman lo contrario.

ABSTRACT: Swaps usually have certain duration in time. The voluntary termination before its expiration date involves the cancellation of a position that can cause a cost or benefit to the party who suffers the cancellation. For that reason swaps often contain a provision that sets forth the anticipatory termination, establishing that cancellation is carried out at market value, which may imply a cost for the party who wants to cancel the contract. The current drastic drop in inflation and interest rates has led to much litigation on swaps due to the application of the said clause.

This article analyses the doctrine contained in the judgments of the Spanish Supreme Court of November 15th 2012, February 17th 2014, December 3rd 2015, as well as other judgments rendered on this topic. Although these judgments do not refer to the legality or validity of these provisions, some conclusions can be inferred from them. The first one is that the mentioned clauses should clearly identify the circumstances under which the bank may charge a cancellation fee to the customer, as well as the method to calculate the said fee (Spanish Supreme Court judgment dated November 15th 2012).

Furthermore, it is required to provide a generic approximate reference that may enable the client to have an idea on the cancellation cost and the corresponding risk that is assumed (Spanish Supreme Court judgment issued on September 15th 2015).

By the same token, it is also required to inform clearly and correctly on the method to calculate the cancellation cost (Spanish Supreme Court judgment rendered on November 20th 2015).

*The second conclusion is that when the contract is drafted by the bank, (which is quite frequent), the referred clause can be interpreted favorably to the client, allowing the termination without any charge of a cancellation fee as a consequence of the interpretation principle *contra proferentem* established in article 1288 of the Spanish Civil Code, when it is not clearly specified the cases under which the said fee can be charged (Spanish Supreme Court judgment dated November 15th 2012).*

The third conclusion is that there are inconsistent judgments on the issue whether the provision of anticipatory termination is an essential element that entitles the parties to bring an action for declaring a mistake in the formation of the contract. The judgment rendered on February 17th 2014 deems that it is not an essential element and the judgment issued on December 3rd 2015 and other judgments reach the opposite conclusion.

PALABRAS CLAVE: Permuta financiera. Swap. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Provisión de resolución anticipada. Cláusula de cancelación anticipada. Coste de cancelación.

KEY WORDS: Swap. Case law from the Spanish Supreme Court. Anticipatory termination clause. Anticipatory cancellation clause. Cancellation cost.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA, EL BANCO DE ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA MENOR.—III. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DEL ALTO TRIBUNAL SOBRE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LOS SWAPS: 1. STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012. A) *Origen del pleito y sus antecedentes.* B) *Doctrina de especial interés contenida en esta sentencia.* 2. STS DE 14 DE FEBRERO DE 2014. A) *Hechos y cuestiones procesales importantes.* B) *Pronunciamientos destacados de la resolución.* 3. STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2015. A) *Descripción de los antecedentes.* B) *Principales aspectos de la sentencia.* 4. OTRAS RESOLUCIONES DEL ALTO TRIBUNAL RELEVANTES EN LA MATERIA. CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL CORRESPONDIENTE DEBER INFORMATIVO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años las permutas financieras han pasado de ser un producto de cobertura o inversión prácticamente desconocido para el gran público, sin ser habitualmente tratado por la doctrina jurídica¹, a convertirse en el objeto de una ingente litigiosidad.

Esta masiva litigación ha originado un rico debate y jurisprudencia sobre múltiples elementos de esta clase de negocio jurídico². Y dentro de los mismos se encuentra la validez y esencialidad de las cláusulas de cancelación anticipada, que habitualmente contemplan la posibilidad de resolución anticipada, teniéndose que abonar el valor de mercado del derivado financiero³. Así en esta clase de pleitos se suele alegar un incumplimiento informativo por parte de la entidad financiera respecto a este elemento al no comunicar la fórmula para calcular el coste de cancelación, la invalidez de tener que abonar el valor de mercado, así como la concurrencia de un presunto vicio en el consentimiento sobre este aspecto del contrato⁴.

Un rasgo chocante de este tipo de negocio jurídico es que su suscripción sea generalmente gratuita y que sin embargo su cancelación de mutuo acuerdo pueda implicar, como está sucediendo actualmente respecto a los swaps de tipos de interés y de inflación, unos elevados costes de cancelación para el cliente. Esta impresión aumenta cuando se conoce que el coste de cancelación es variable, y que por tanto, no puede saberse con certeza cuál puede ser el mismo en el futuro⁵.

El resultado de este motivo de nulidad sigue siendo incierto dentro de la jurisprudencia menor por los diversos pronunciamientos que se han dictado⁶, pero los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015, así como otras sentencias dictadas recientemente, han establecido una serie de criterios útiles y determinantes para dilucidar la validez de las cláusulas de cancelación anticipada de las permutas financieras.

Por ello la finalidad de este artículo es describir el actual posicionamiento de la doctrina y jurisprudencia menor al respecto, y profundizar en el estudio los criterios fijados por el Alto Tribunal sobre esta clase provisiones en las citadas resoluciones.

II. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA, EL BANCO DE ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA MENOR

En este sentido habría que empezar indicando que estos contratos son de duración determinada⁷ y personalistas⁸, por lo que no prevén un derecho de

desistimiento al que se puedan acoger las partes⁹. Por consiguiente, la única alternativa para dejar sin efecto el contrato es la extinción de mutuo acuerdo, salvo que sea aplicable algún otro mecanismo excepcional contemplado en el ordenamiento o en el propio negocio jurídico¹⁰.

En todo caso se debe tener en cuenta que el abono de un coste de cancelación no constituye (o debería no ser) una penalización, si no que responde (al menos en teoría) a la necesidad de compensar a la otra parte el daño que le provoca el tener que resolver el otro producto con el que cerraba dicha posición (y que generalmente es conocido como operación espejo)¹¹.

Nótese que tal perjuicio se originaría con independencia de que la causa de resolución anticipada provenga de un incumplimiento contractual. Por ello no es infrecuente que incluso en supuestos de infracciones contractuales haya referencias a la obligación de tener que abonar el valor de mercado del derivado financiero (sin perjuicio que puedan preverse otras fórmulas alternativas y/o complementarias)¹².

Por lo expuesto, el criterio del Banco de España a la hora de interpretar este tipo de cláusulas ha sido generalmente entender que no supone una mala práctica bancaria la imposibilidad de desistir gratuitamente del contrato, ni fijar el coste de cancelación en referencia al valor de mercado¹³, ni no proporcionar la fórmula del coste de cancelación¹⁴ cuando finaliza la permuta financiera anticipadamente de forma voluntaria.

A este respecto tiene que resaltarse que las estipulaciones de resolución anticipada no necesariamente implican que los clientes de las entidades financieras tengan que abonar un coste de cancelación, puesto que el valor de mercado oscila en función de la cotización del elemento de referencia de la permuta financiera, habiéndose dado casos en la práctica de cancelaciones con abonos para los clientes. En todos los casos (tanto de abonos como de cargos) el valor de mercado se calcula de la misma forma por expertos financieros, sin que generalmente haya grandes discrepancias sobre el importe del mismo. Lo cual no obsta a que en los últimos años la cancelación de los *swaps* habitualmente implique unos costes elevados para los clientes, que el valor de mercado futuro no pueda conocerse, a que el mismo no pueda determinarse por la inmensa mayoría de los clientes de las entidades financieras (puesto que no disponen de los medios ni del conocimiento para ello) y a que en algún caso, debido precisamente a estas circunstancias, se haya podido producir un abuso en el cálculo de las cuantías del valor de mercado transmitidas a los clientes.

A estos efectos cabe señalar que la doctrina ya había indicado con anterioridad a toda esta litigiosidad que el efecto de la cancelación de un *swap* sería abonar el valor actual del mismo, entendiendo que el mismo es, de forma simplificada, el resultado económico que se espera que genere el contrato¹⁵.

En línea con lo anterior, se han producido una serie de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales¹⁶ que consideran que no hay irregularidad alguna con este tipo de cláusulas. Estas sentencias estiman que no son obscuras estas estipulaciones porque no se puede proporcionar más información que el coste de cancelación puede suponer un abono o cargo del valor de mercado. En este sentido, también se ha argumentado que las referidas provisiones tampoco serían abusivas, ya que únicamente implican el funcionamiento normal del producto, que a estos efectos es similar al de otros contratos bancarios¹⁷. Además, hay que tener en cuenta que según el Banco de España el uso de estas cláusulas de cancelación no es una mala práctica bancaria. Por ello, y por las características previamente mencionadas de las permutes financieras, algún autor ha considera-

do que el establecimiento de este tipo de provisión con la configuración señalada no constituye *per se* una vulneración del ordenamiento¹⁸.

En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013 que señala¹⁹:

«Respecto de la cancelación de la operación lo mismo cabe decir. De sobra se conocía y se conoce que los bancos, cuando se cancela un préstamo normal se cobra comisión en la forma preestablecida. Aquí ocurre lo mismo. En todos los supuestos los Bancos quieren tener la garantía de que sus operaciones en activo y en pasivo van a ser duraderas en el tiempo para sufragar sus gastos fijos y asegura, pese a los riesgos, ciertas ganancias. Siempre ha ocurrido así, y lo mismo cabe decir de la actividad empresarial del recurrente».

Con criterio similar la SAP Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012 declara²⁰:

«Sobre la suficiencia de la remisión a valor de mercado a los fines de información sobre el coste de cancelación de permutas financieras, esta sala ha afirmado, en la sentencia que puso término al litigio seguido entre CAÑASECA SL y la aquí demandada que:

«Luego, a juicio de este Tribunal, los términos de la cláusula de cancelación anticipada son claros en cuanto que se remiten al precio y condiciones de mercado en el momento de proceder a la cancelación del producto financiero contratado, lo que excluye cualquier posible confusión mediante una lectura medianamente atenta por el contratante, máxime en atención a las condiciones personales que concurren en el representante legal de la actora, que, como ha quedado debidamente acreditado, incluso, había suscrito anteriormente otro contrato de permute financiera, prácticamente idéntico al impugnado, lo que permite suponer la existencia de unos conocimientos previos en relación con el contrato objeto de litigio».

Otro sector doctrinal se ha mostrado particularmente contrario a la validez de esta clase de provisiones, llegando a afirmar:

«Sin embargo ello no es así puesto que incide directamente sobre el resultado económico del contrato, y la jurisprudencia reconoce como suficiente para determinar la nulidad del contrato la ausencia de información sobre el coste de cancelación y su cálculo»²¹.

Como señala el comentado sector doctrinal, la jurisprudencia menor ha estimado mayoritariamente las pretensiones de anulación de los swaps por la concurrencia de un error sobre la cláusula de cancelación (aunque generalmente se declara que el error también se padece sobre otros elementos del contrato), indicando en muchos pronunciamientos el carácter abusivo de la cláusula y la falta de información sobre este aspecto²². Así la SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de febrero de 2011 comenta:

«Finalmente señalar como típico caso de oscuridad que va en contra y transgrede la normativa no solo contractual en general sino la específica en casos como el presente, es la contenida en la cláusula cuarta del contrato (folio 21 de las actuaciones) cuando afirma que el cliente podrá desistir del contrato avisando con antelación (...) y en estos casos el banco procederá a repercutir al cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada, fórmula que hace imposible la determinación del importe de la cancelación aun en supuestos de clientes con mayores conocimientos financieros».

De manera similar la SAP Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014²³:

«A la falta de esta esencial información se le une la absoluta desinformación sobre el cálculo del coste de la cancelación anticipada del swap, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el actor pudiera comprender el previsible cargo que se efectuaría en su cuenta en el caso de que decidiese hacer uso de dicha facultad, que también se considera de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la suscripción del contrato objeto de este procedimiento.

Por ello hemos de subrayar, que el error recae sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas».

Nótese que en todo caso también podría postularse directamente la nulidad de la permuta financiera por el incumplimiento de la normativa bancaria que establece el deber informativo con base en el artículo 6.3 del Código Civil²⁴. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber rechazado tal posibilidad²⁵.

Por lo tanto, puede concluirse que hay dos posicionamientos sobre esta clase de cláusulas, siendo el mayoritario el que postula su nulidad, ya sea con base en la normativa de condiciones generales de la contratación, de consumidores, de regulación bancaria o simplemente por la concurrencia de un error en la contratación que recae sobre este elemento.

En todo caso, parece que podría diferenciarse la invalidez de este tipo de provisiones por vulneración de normativa, del hecho de que el cliente que ha contratado el swap entienda efectivamente este concepto de valor de mercado, que de por sí no es complejo, aunque sí lo sea la manera de calcularlo. Así la fórmula de cálculo generalmente no es comprensible ni puede aplicarse por la mayoría de los clientes. Y tal concurrencia del error, al igual que la oscuridad de la concreta cláusula, nuevamente dependerá de las circunstancias y los hechos de cada caso.

III. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DEL ALTO TRIBUNAL SOBRE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LOS SWAPS

1. STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012

A) Origen del pleito y sus antecedentes

En este caso dos personas físicas suscribieron una permuta financiera con un banco el 22 de octubre de 2007²⁶. En la demanda se solicitaba que se declarase que no se había celebrado el contrato litigioso y que como consecuencia de lo anterior, la entidad financiera debía devolver las cantidades indebidamente cobradas. De forma subsidiaria, se instaba a que se declarara que el banco no

estaba legitimado para cobrar las cantidades indebidamente cargadas por la cancelación del contrato, debiendo devolver los importes cobrados por ese concepto. Finalmente se solicitaba la condena en costas²⁷.

En el escrito rector se sostenía que los demandantes celebraron un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda junto con un contrato regulador del interés generado por el préstamo denominado «intercambio de tipos/cuotas». Dicho contrato tenía por finalidad neutralizar el riesgo que podía implicar la variación del tipo de interés de referencia en el préstamo²⁸.

Se argumentaba que el funcionamiento de la relación contractual se desarrolló sin especiales incidencias hasta que en enero del año 2009 los actores comprobaron que el banco les cargaba unos importes más elevados de los habituales²⁹.

Ante la negativa de la entidad financiera a conceder lo planteado en diversas reclamaciones presentadas por los actores, estos requirieron al banco a que dejara sin efecto el controvertido negocio jurídico³⁰.

La entidad financiera les respondió que debido a su disconformidad lo que procedía era cancelar totalmente el contrato, para lo cual les ofreció un documento donde constaba que se les iba a cargar 3.314,65 euros en concepto de cancelación del instrumento financiero. Este documento según lo sostenido en la demanda no fue aceptado³¹.

A este respecto, conviene recordar que la cancelación anticipada estaba regulada en la cláusula sexta del swap litigioso. En ella³², tras una mención de los supuestos en los que «*las partes podrán resolver el presente contrato anticipadamente* — «*la amortización total del préstamo [...] la reducción del plazo del préstamo por debajo del plazo pactado para el intercambio*»; y la «*resolución voluntaria del intercambio*» por parte del cliente o del banco, se contenía una relación de las cuatro causas por las que la entidad financiera podría resolver unilateralmente el contrato: «*la falta de pago por el cliente [...] el incumplimiento por parte del cliente de cualquiera de las obligaciones contraídas [...] la comprobación de la falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por el cliente*»; y «*la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la formalización de la operación*».

A continuación la permuta financiera disponía que «*en estos casos, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente, en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución*». Asimismo se indicaba que la resolución anticipada del contrato conlleva gastos para el banco que podían ser repercutidos al cliente.

El banco contestó a la demanda alegando (entre otras cuestiones) que cuando los demandantes optaron por el intercambio de tipos por cuotas, sabían anticipadamente qué es lo que debían pagar cada mes, asumiendo el riesgo de que los intereses bajasen. En consonancia con lo anterior, se sostuvo que el contrato estaba debidamente perfeccionado y que los actores habían sido convenientemente informados sobre el producto litigioso³³.

La sentencia de primera instancia fue favorable para el demandado y la de segunda instancia para los actores³⁴.

Frente a la mencionada resolución de segunda instancia, la entidad financiera planteó el recurso de casación al amparo del artículo 477.2 de la LEC³⁵ con base en las vulneraciones de los artículos 1281, 1285, 1286, 1287 y 1288 del Código Civil³⁶. Los motivos referidos se centraban en la interpretación de las cláusulas reguladoras de la cancelación anticipada del swap³⁷.

B) Doctrina de especial interés contenida en esta sentencia

El Tribunal Supremo desestimó todos los motivos planteados por la entidad financiera por entender que la interpretación realizada por el Tribunal de apelación de la cláusula sexta no era contraria a la legalidad. En concreto señala que³⁸:

«la cláusula sexta no es clara, que en los “datos particulares del presente intercambio” —cláusula decimocuarta— no se menciona el litigioso cargo y que cualquier posibilidad de integración al alcance de los adherentes hay que entenderla limitada por la falta de identificación mínima de la causa de la deuda y —como se dice en la sentencia recurrida— por la omisión en la redacción del documento de una referencia específica de cálculo del coste asociado a dicha operación.

(...)

En tal situación la compleja redacción del documento en que se consignó el contrato no justifica afirmar que los prestatarios aceptaron pagar un “cargo por cancelación”, pese a no venir establecido claramente en la cláusula sexta ni aparecer mencionado, en la decimocuarta, entre los datos de identificación de la operación, por el hecho de que, con ocasión de regular otros supuestos, las cláusulas tercera y quinta contemplaran la posibilidad de repercutir en la cuenta del cliente los gastos adicionales o la de efectuar una liquidación, positiva o negativa, en la misma, en función de lo que aconteciera en el mercado de tipos de interés.

(...)

No se explica en que resulta disconforme con la naturaleza y efectos del contrato entender que, producida su extinción, los prestatarios no deban un poco expresivo cargo por cancelación que no aparece claramente pactado; ni se justifica la existencia de unos usos que, en tal concreta circunstancia y de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los respectivos contratantes, hagan recaer en el cliente el discutido cargo».

Por consiguiente, de los extractos reproducidos se puede inferir que:

- El Alto Tribunal no se pronuncia sobre la validez de la cláusula del coste de cancelación, puesto que solo confirma como «legal» la interpretación efectuada en la instancia, en el sentido de entender que dentro de los supuestos en los que la entidad financiera podía cargar el coste de cancelación en virtud de la estipulación examinada no se encontraba el de la resolución unilateral o de mutuo disenso. Lo cual, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo expresamente indicó en esta resolución que se debía aplicar toda la normativa que fuera aplicable aunque no se hubiera alegado en el recurso de casación, parece que podría llegar a considerarse como que el Alto Tribunal tácitamente admite tal configuración contractual de la cancelación anticipada. Y es que teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre su potencial ilicitud a la luz de la normativa de consumidores, condiciones generales de la contratación y de contratación de instrumentos financieros, no lo hizo ni mencionó ninguna potencial irregularidad de la referida cláusula. Nótese que en ese sentido es ilógico analizar los criterios de interpretación de una cláusula que debe ser considerada nula por la potencial infracción de la citada normativa.
- La provisión que contempla la resolución anticipada debe identificar claramente los supuestos en los que el banco está facultado a cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación³⁹.

- El hecho de que se prevea expresamente en la permuta financiera la posibilidad de cargar un coste de cancelación en otros supuestos, no implica que deba interpretarse que la regulación contractual del coste de cancelación conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil obliga al cliente a abonar tal coste cuando se resuelve el *swap* unilateralmente o por mutuo disenso.
- Parece admisible justificar la interpretación del necesario cargo del coste de cancelación con base en la acreditación de unos usos del comercio. A este respecto conviene indicar que la doctrina con anterioridad a toda la litigiosidad que han generado las permutes financieras ya había indicado que en el caso de cancelación anticipada de un *swap* había que abonar el valor actual del mismo⁴⁰. No obstante, a pesar de ese margen que parece dejar el pronunciamiento *obiter dicta* reproducido de esta sentencia, parece cuestionable que en casos en los que se contrata la permuta financiera por un consumidor minorista pueda entenderse válida la interpretación y el cargo por el mero hecho de probar que existe un uso bancario que el cliente probablemente desconoce.
- La regla *contra proferentem* contemplada en el precepto 1288 del Código Civil se puede aplicar cuando la cláusula es oscura, como se entiende que sucede en el caso enjuiciado respecto a la estipulación de cancelación anticipada.

2. STS DE 14 DE FEBRERO DE 2014

A) *Hechos y cuestiones procesales importantes*

En este pleito la parte demandante era una empresa que había celebrado una permuta financiera de tipo de interés el 15 de noviembre de 2006 con motivo de la obtención de un préstamo hipotecario para comprar una nave y modernizar su explotación fabril⁴¹.

Para ello entró en contacto con el banco demandado, que le ofreció el *swap* junto a la posibilidad de suscribir el referido préstamo a tipo de interés variable.

Dentro del clausulado de la permuta financiera se especificaba que el vencimiento tendría lugar el 21 de noviembre de 2011 (más de 5 años después de su celebración). En concreto en la cláusula sexta de las condiciones generales se facultaba al cliente para «cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares (...) En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación «o, en su caso, "en el de la solicitud"»⁴².

La compañía actora finalmente no suscribió el contrato de financiación con la entidad financiera demandada, pero sí concertó la permuta financiera. Por esa razón el *swap* empezó a operar autónomamente, aunque el préstamo finalmente se formalizó con otro banco⁴³.

El *swap* empezó a generar liquidaciones negativas para el cliente, por lo que este presentó una reclamación ante el servicio de atención del banco. El señalado servicio le contestó que podía proceder a resolver anticipadamente el contrato con un coste de cancelación de 92.675,16 euros⁴⁴.

Ante esta situación la empresa presentó demanda solicitando la anulación del *swap* por falta de causa y concurrencia de error o dolo⁴⁵.

La entidad financiera contestó a la demanda señalando la inexistencia de error o dolo, debido a que el contenido del contrato resultaba suficientemente descriptivo y a que la actora contaba con asesores fiscales y financieros⁴⁶.

La demanda se estimó en primera instancia⁴⁷. Tal sentencia se recurrió sin éxito por el banco⁴⁸. Frente a esta resolución la entidad financiera interpuso un recurso de casación por infracción de los artículos 78 bis) y 79 bis) de la Ley 24/1988⁴⁹ y los preceptos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008⁵⁰, así como la vulneración de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el precepto 1281 del mismo Código⁵¹.

B) Pronunciamientos destacados de la resolución

En la sentencia se aborda la cuestión de si la resolución de segunda instancia había infringido los preceptos citados al aplicar una regulación que no estaba en vigor en el momento de la suscripción del contrato. Este motivo se desestima por entender que la resolución recurrida realmente no los aplica, sino que simplemente los menciona sin que constituyan la *ratio* de la decisión⁵².

A efectos de este artículo lo que verdaderamente interesa es su pronunciamiento sobre la ausencia de esencialidad del error que planteaba el banco. Este motivo sí es estimado, declarando el Alto Tribunal:

«En este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato.

Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con medios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos»⁵³.

Consecuentemente, según esta sentencia analizada no procede declarar la concurrencia de error en el consentimiento por falta de información sobre la cancelación anticipada debido a su falta de esencialidad y la existencia de otros mecanismos dentro del ordenamiento jurídico para depurar el potencial defecto informativo de la cláusula.

3. STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2015

A) Descripción de los antecedentes

En este litigio el supuesto de hecho se basa en que una mercantil suscribió en octubre de 2008 un contrato de *swap* de tipo de interés con un banco a tres años.

Una particularidad del caso consiste en que la permuta financiera se contrató a través de una conversación telefónica. En la conversación se especificó el nociional, la fecha de inicio (10 de octubre de 2008), la periodicidad de las revisiones y liquidaciones, los tipos fijo y variable, así como que en 20 días se remitiría a la mercantil demandante la confirmación del contrato, siendo la orden irrevocable y sin posibilidad de desistimiento. Todos estos extremos fueron confirmados por el administrador único de la compañía demandada⁵⁴. El coste de cancelación anticipada no fue mencionado en la conversación telefónica, constando en uno

de los e-mails intercambiados la siguiente información (el banco) «ofrece al cliente la posibilidad de cancelación anticipada de la presente operación. La cancelación anticipada de esta operación se realizará a valor de mercado y puede ocasionar al cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento»⁵⁵.

Como continuación de la conversación telefónica, el 27 de octubre de 2008 la compañía demandada recibió el documento de confirmación del contrato, al que contestó que no aceptaba la contratación. La entidad financiera respondió que el coste de cancelación anticipada era de aproximadamente 665.000 euros que no fueron abonados, continuando la vigencia del swap⁵⁶.

Ante esta tesisura, el banco interpuso demanda contra la mercantil ejercitando una acción de cumplimiento contractual en la que pedía que se condenara a aquella a abonar 1.194.618,34 euros correspondientes a las liquidaciones negativas acumuladas. La empresa demandada formuló reconvenCIÓN instando la declaración de inexistencia del contrato de permuto financiero por no haber sido objeto de confirmación por parte de ellos. Asimismo, se pedía subsidiariamente la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento del banco de su deber de información⁵⁷.

La resolución de primera instancia declaró la nulidad por no haber constancia de la confirmación de la demandada de la contratación y por concurrir error en el consentimiento por la ausencia de información concreta sobre el coste de cancelación⁵⁸.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la entidad financiera y confirmó el pronunciamiento de primera instancia⁵⁹.

B) Principales aspectos de la sentencia

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por el banco con base en los artículos 1261, 1262 y 1278 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, argumentando que el swap había quedado perfeccionado mediante la conversación telefónica en la que concurrió oferta y aceptación y que no se había producido un error en la contratación⁶⁰.

Respecto a la primera de las cuestiones, (que no es objeto de estudio en este artículo), el Alto Tribunal estimó el motivo, al entender que la permuto financiera se había perfeccionado, ya que la ausencia de confirmación escrita no es un requisito de forma *ad solemnitatem*, ni existe una facultad de desistimiento en estos productos financieros⁶¹.

En cuanto al segundo argumento de la entidad financiera, el Tribunal Supremo lo desestima apreciando la concurrencia de error en el consentimiento al no haberse facilitado información sobre los costes aproximados de la cancelación anticipada, considerando que tal información recae sobre un elemento esencial del contrato y, en particular, sobre los concretos riesgos del producto financiero. A este respecto en la sentencia se señala⁶²:

«[L]a ausencia de esta información, cuando se ofrece expresamente la posibilidad de cancelación anticipada, en una operación financiera que durante un periodo largo de tiempo (3 años) se somete a las fluctuaciones del mercado, podemos entender que afecta a un elemento esencial y es susceptible de propiciar el error en el cliente sobre este aspecto. Este error, además de ser sustancial, en cuanto que bajo el conocimiento de las condiciones de cancelación no hubiera concertado el

producto, era excusable en atención a los especiales deberes de información que el artículo 79 bis 3 LMV impone al banco al comercializar este tipo de productos financieros complejos».

Sin perjuicio que pueda sorprender la falta de alusión a la experiencia y conocimientos en materia de inversión que tenía el administrador único de la sociedad al evaluar la excusabilidad del error, de la doctrina contenida en este pronunciamiento se tiene que destacar que se considera que las condiciones de cancelación constituyen un elemento esencial sobre el que puede recaer el error en el consentimiento, contraviniendo lo declarado anteriormente en la STS de 17 de febrero de 2014.

4. OTRAS RESOLUCIONES DEL ALTO TRIBUNAL RELEVANTES EN LA MATERIA. CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL CORRESPONDIENTE DEBER INFORMATIVO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

A pesar del criterio inicial establecido en la STS de 17 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo parece haberse decantado claramente por el posicionamiento reflejado en la STS de 3 de diciembre de 2015, que ha sido también sostenido en otros pronunciamientos anteriores y posteriores.

Así en la STS de 15 de septiembre de 2015⁶³ de una manera muy detallada y completa indica:

«Más sentido tiene, en este caso, el error en relación con el coste de la cancelación. Consta que del propio contrato no cabía deducir cuánto podía costarle al cliente cancelar anticipadamente el swap. De hecho, el tribunal de instancia, al valorar la prueba, refiere que ni siquiera los empleados del banco que comercializaban el producto sabían cómo operaba la regla para el cálculo del coste de cancelación. Y lo acaecido con los tres primeros contratos de swap justificaba que la demandante, al concertar el cuarto swap, no pudiera representarse un coste de cancelación tan oneroso como el que le liquidó el banco cuando decidió resolver el contrato de forma anticipada.

Cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración

del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume.

(...)

No podemos negar que el conocimiento de este eventual coste de cancelación fuera relevante a la hora de concertar el swap. Formaba parte de los riesgos de la contratación del producto, máxime cuando las dos primeras cancelaciones no habían generado ningún coste, y el coste de la tercera cancelación (56.116,41 euros) era una suma proporcionada con las liquidaciones que había arrojado para una y otra parte ese tercer swap (134.200 euros a favor del banco y 145.446 euros a favor del cliente). Es comprensible que al cliente le sorprendiera el importe de esta penalización, que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato.

Por eso, en este caso, y referido únicamente al cuarto contrato de swap, podemos concluir que existió error vicio en su contratación. A la vista de los previos contratos y de la parquedad al respecto del contrato de swap, el desconocimiento de que la cancelación anticipada del swap podía reportarle un coste como el que le liquidó el banco, muestra que el cliente no pudo representarse que pudiera llegar a ser tan onerosa la cancelación. Esta circunstancia que afecta a un elemento esencial del negocio, los riesgos de la cancelación anticipada, incide en la relevancia del error, que además es excusable, porque no informaba de ello el contrato, ni tampoco consta que lo hiciera el banco antes de la contratación, y a tenor de cómo se habían desarrollado las cancelaciones de los anteriores, está justificado que no pudiera imaginarse un coste tan oneroso».

Por su parte la STS de 22 de octubre de 2015 comenta⁶⁴:

«También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso».

Con un sentido similar la STS de 10 de noviembre de 2015 dice:

«Con estas limitaciones, no cabe apreciar que la resolución de la Audiencia (sentencia y auto complementario) haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con parca pero suficiente explicación argumental, que la cláusula de vencimiento anticipado no contenía realmente las reglas que regirían la determinación del coste de cancelación anticipada del contrato y que ello quedaba al arbitrio de una de las partes, el banco recurrente».

De forma similar en la STS de 20 de noviembre de 2015⁶⁵ se indica:

«Hemos declarado también en anteriores sentencias que el banco debe suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Esta información tiene carácter esencial por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap y de hecho se prevé expresamente la liquidación de la cantidad a pagar en tal caso.

La Sala considera incorrecta la valoración jurídica que la Audiencia Provincial ha realizado sobre la suficiencia de la información facilitada acerca del coste de

cancelación, pues carece de una mínima concreción la fórmula consistente en que el banco determinará la cantidad a abonar por el cliente o por la entidad bancaria “de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento, para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la Operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la Operación”.

En esa misma línea la STS de 29 de diciembre de 2015 sostiene que⁶⁶:

«Aunque la entidad recurrente lleve razón al afirmar que el contrato litigioso («collar») tuvo su antecedente en otro contrato previo de swap, al que novó extintivamente, y de ahí provenga la coincidencia del nocional; e incluso compartiendo también que la prueba practicada en la instancia, revisada conforme al artículo 456.1 LEC (EDL 2000/77463), no permite afirmar la existencia de dolo, lo cierto es que dicha prueba pone de manifiesto, como se desprende del análisis antes realizado, que la entidad financiera incumplió palmariamente sus obligaciones legales de información y ello indujo a error al cliente sobre dos extremos esenciales: los verdaderos riesgos del producto en caso de bajada de los tipos de interés y el riesgo inherente a un alto coste de cancelación.

(...)

En consecuencia, dado el completo déficit de información al cliente y la total ausencia de comprobaciones por parte de la entidad financiera sobre la adecuación del producto a su perfil, así como la omisión de una información suficiente sobre los riesgos de que los tipos de interés bajaran por debajo del límite inferior pactado («floor») y sobre el coste de cancelación del producto, existió un error en el consentimiento de «22 Arroba San Cugat, S.L.», que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia».

Por consiguiente, el Tribunal Supremo está asentando un criterio jurisprudencial claro de que las cláusulas de resolución anticipada tienen que proporcionar más información que una simple remisión al valor de mercado, pudiendo originar tal deficiencia informativa un error en un elemento sustancial del contrato que permite anular la totalidad la permuta financiera.

A este respecto el Alto Tribunal ha precisado que la entidad financiera debe informar de manera clara y correcta de la forma de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015), suministrando al cliente una referencia genérica y aproximada del mismo (STS de 15 de septiembre de 2015). Lo cual es aparentemente coherente con lo establecido en el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios que expresamente establece que hay que informar sobre *«la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia»*. Aunque conviene resaltar que dicha normativa no resulta de aplicación en la mayoría de los casos comentados y los enjuiciados, puesto que entró en vigor el 29 de abril de 2012 (y los swaps litigiosos suelen haberse celebrado antes).

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que puede resultar algo contradictorio tener que informar de una fórmula de cálculo que debido a su complejidad y los elementos que precisa su aplicación, no es entendible ni aplicable por un amplio sector de los clientes bancarios.

IV. CONCLUSIONES

Según lo explicado previamente, de las sentencias del Alto Tribunal analizadas, así como de la jurisprudencia menor y la doctrina que se ha pronunciado sobre las cláusulas de cancelación anticipada de las permutas financieras, pueden inferirse las siguientes conclusiones:

I. Una de las cuestiones recurrentemente alegadas en las controversias sobre *swaps* es la validez o concurrencia de error en la contratación respecto a las estipulaciones de terminación anticipada. En este sentido suele alegarse la existencia de un incumplimiento informativo sobre este elemento del contrato que provoca el error en quien contrata el derivado financiero.

II. La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales y algunos autores estiman que, por regla general, este tipo de provisiones contractuales en las que habitualmente solo se informa que se puede cancelar a valor de mercado, incurren en una infracción de la obligación informativa de la entidad comercializadora que, o bien genera directamente la nulidad del contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, o bien causa la anulación del derivado financiero por la concurrencia de un error en el consentimiento sobre un elemento esencial del negocio jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, hay un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario que postula que tal configuración de las cláusulas de cancelación anticipada no conlleva *per se* una vulneración normativa o la concurrencia de un error en el consentimiento.

III. Conforme a la STS de 15 de noviembre de 2012 las cláusulas de resolución anticipada deben identificar claramente los supuestos en los que el banco está facultado a cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación. Además esta sentencia indica que el hecho de que se prevea expresamente en el *swap* la posibilidad de cargar un coste de cancelación en otros supuestos, no implica que deba interpretarse que la regulación contractual del coste de cancelación conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil obliga al cliente a abonar un coste de cancelación cuando se resuelve el *swap* unilateralmente o por mutuo disenso. En este sentido operaría la regla *contra proferentem* establecida en el artículo 1288 del Código Civil cuando se considera que la referida cláusula es oscura.

IV. La STS de 17 de febrero de 2014 señala que la provisión que regula la terminación anticipada del contrato no constituye un elemento esencial del mismo sobre el que pueda recaer un error. No obstante, varios pronunciamientos posteriores como las SSTS de 15 de septiembre de 2015, de 22 de octubre de 2015, de 10 de noviembre de 2015, de 20 de noviembre de 2015, de 3 de diciembre de 2015 y de 29 de diciembre de 2015 alcanzan la conclusión contraria en supuestos relativamente similares. Por lo tanto, puede entenderse que hay un posicionamiento claro y unívoco del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la remisión al abono del valor de mercado en caso de resolución anticipada, así como respecto al carácter esencial de las cláusulas de cancelación anticipada de los *swaps* a efectos de declarar un posible error en la contratación.

V. El Alto Tribunal ha precisado que se debe informar al cliente de manera clara y correcta del modo de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015), debiendo proporcionar una referencia genérica y aproximada del mismo (STS de 15 de septiembre de 2015).

V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Mercantil*, vol. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- MANSO OLIVAR, R. (1996). *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid.
- MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GALVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona.
- MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. y VALENZUELA GARACH, J. (2013). Las operaciones bancarias neutras o de gestión. En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.^º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
- VEGA VEGA, J. A. (2002), *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor.
- ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (direc.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bur-sátil*, Colex, Madrid.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 20 de mayo de 1985.
- STS de 17 de octubre de 1987.
- STS de 22 de diciembre de 2009.
- STS de 15 de noviembre de 2012.
- STS de 17 de febrero de 2014.
- STS de 15 de diciembre de 2014.
- STS de 15 de septiembre de 2015.
- STS de 22 de octubre de 2015.
- STS de 10 de noviembre de 2015.
- STS de 20 de noviembre de 2015.
- STS de 3 de diciembre de 2015.
- STS de 29 de diciembre de 2015.
- STS de 3 de junio de 2016.

PRONUNCIAMIENTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2011.
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 24 de mayo de 2011.
- SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 31 de mayo de 2011.
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011.
- SAP de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011.
- SAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011.
- SAP de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012.
- SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012.
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 21 de diciembre de 2012.
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.
- SAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013.
- SAP de Baleares, Sec. 4.^a, de 18 de febrero de 2014.
- SAP de Oviedo, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014.
- SAP de Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014.
- SAP de Las Palmas, Sec. 4.^a, de 27 de octubre de 2014.

NOTAS

¹ Vid. PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid; Zunzunegui Pastor, F. (dir.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

² Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas; MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737; JUAN GÓMEZ, M., Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII; REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MiFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.

³ Cfr. MARÍN NARROS, H. D., «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps», *op. cit.*; GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, 117 y sigs.

MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, 153.

⁴ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, 117 y sigs.; MARÍN NARROS, H. D., Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *op. cit.*

⁵ Así, la STS de 15 de septiembre de 2015 y SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012, que comenta que la «(Confirmación de la Permuta Financiera de Tipos de Interés («Swap Bonificado Reversible Media»), confirmación de los efectos establecidos en el anterior, referida a “permuta financiera de los tipos de interés” (f. 49 y sigs., 162 y sigs.), en cuyos anexos de funcionamiento se informa de los riesgos del producto, así como los costes —lógicamente, imposibles de cuantificar “de futuro”, al perfeccionarse el contrato, aunque constando los parámetros para dicha cuantificación en el Contrato Marco— que pueden producirse en caso de cancelación anticipada».

⁶ Cfr. a favor de su nulidad SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010, de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011,

de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2011, de Valladolid, Sec. 3.^a, de 24 de mayo de 2011, de Navarra, Sec. 3.^a, de 31 de mayo de 2011 y de Alicante, Sec. 8.^a, de 21 de diciembre de 2012. En contra SSAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012, de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

⁷ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 77 y 78, PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. y VALENZUELA GARACH, J. (2013). Las operaciones bancarias neutras o de gestión. En: J. Jiménez Sánchez, G. y Díaz Moreno, A. (coords.), *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.^o, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 173, y GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pp. 780 y sigs., que considera que son contratos sometidos a término esencial.

⁸ Cfr. GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, p. 789. En contra, VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, p. 78.

⁹ Cfr. STS de 3 de diciembre de 2015.

¹⁰ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 147 y sigs., GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, *Tratado de Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, p. 789, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 12.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, pp. 148 y sigs.

¹¹ Cfr. Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009 del Banco de España, en la que se dice «desde un punto de vista técnico-financiero es admisible la argumentación de la entidad cuando justifica que la cancelación anticipada de la permuta financiera tiene un coste: el coste que la propia entidad asumiría, en su caso, por cancelar el instrumento de cobertura que hubiera utilizado con el objeto de cubrir su posición».

¹² Cfr. STS de 15 de noviembre de 2012.

¹³ Cfr. Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009 del Banco de España.

¹⁴ Cfr. Resolución del expediente R-201000335 en la que se comenta: «dada la fluctuación de los mercados, no se cuantifica el coste de cancelación, ni se ofrece fórmula de cálculo de la misma, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria». Aunque actualmente sí parece que hay que suministrar parte de dicha información, puesto que el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (que no es aplicable a los swaps suscritos antes de su entrada en vigor) expresamente dispone que hay que informar sobre «la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia».

¹⁵ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 153 y sigs., MANSO OLIVAR, R. (1996). *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, pp. 87 y sigs.

¹⁶ Cfr. SSAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012, de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

¹⁷ Cfr. SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

¹⁸ Cfr. MARÍN NARROS, H. D., Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *op. cit.*

¹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

²¹ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 117.

²² Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010, de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011, de Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014, de Las Palmas, Sec. 4.^a, de 27 de octubre de 2014, SJPI de Vilanova i la Geltrú de 11 de enero de 2016. De hecho alguna de esas sentencias y la doctrina entiende que la nulidad de dicha cláusula implica la nulidad de todo el negocio jurídico. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 117 y sigs. Lo cual es controvertido, puesto que puede resultar contrario con el tradicional principio del ordenamiento de la nulidad parcial

(«*favor contractus*» o el antiguo aforismo «*utile per inutile non vitiatur*») defendido por los autores y establecido expresamente en diversos preceptos, como el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Cfr. SSTS de 20 de mayo de 1985, de 17 de octubre de 1987, ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, p. 115. Por ello, algunas sentencias de Audiencias Provinciales han anulado únicamente la cláusula de cancelación y no todo el contrato. Cfr. SSAP Navarra, Sec. 3.^a, de 31 de mayo de 2011 y de Alicante, Sec. 8.^a, de 21 de diciembre de 2012.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

²⁴ Así lo han postulado algunos autores como REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723 y ha sido estimado por algunas sentencias en casos similares como las SSAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013 y de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014. Aunque parece que mayoritariamente tienden a desestimar esta pretensión siguiendo los postulados de la STS de 22 de diciembre de 2009. En este sentido pueden citarse las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012 y de Oviedo, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014. Particularmente sobre permutas financieras cfr. SSTS de 15 de diciembre de 2014 y de 3 de junio de 2016.

²⁵ Cfr. SSTS de 25 de diciembre de 2014 y de 3 junio de 2016.

²⁶ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁷ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁸ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³⁰ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³¹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³² Cfr. Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³³ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

³⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

³⁶ Una descripción más extensa de los mismos se encuentra en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Primero de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

³⁹ Aunque la literalidad del texto reproducido de esta resolución es clara, hay que destacar que esta conclusión podría entenderse que no es del todo acorde con la siguiente manifestación contenida en la resolución comentada: «en el último de los motivos se afirma también que la duda de que se trata la localizó el Tribunal de apelación no tanto en el sentido jurídicamente relevante de la cláusula sexta del contrato, cuanto en la omisión de una referencia a la causa del cargo y al método de su determinación. Lo cual no es exacto, al menos en el sentido excluyente con que el motivo parece haber sido redactado» (Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 15 de noviembre de 2015). En cualquier caso, la afirmación reproducida permite entrever la ausencia de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la validez de la causa del cargo y la determinación del mismo.

⁴⁰ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 153 y sigs., MANSO OLIVAR, R., *op. cit.*, pp. 87 y sigs. En esa línea hay que señalar que el Banco de España también se pronunció favorablemente sobre la licitud de este tipo de cláusulas (Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009). Este hecho también podría contribuir a demostrar el uso al que alude el Tribunal Supremo.

⁴¹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴² Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴³ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁴ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁵ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁶ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁷ Cfr. Antecedente de Hecho Tercero.

⁴⁸ Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto.

⁴⁹ Ley 24/1988, de 28 de julio de, del mercado de valores. Actualmente derogado y sustituido por 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.

⁵⁰ 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

⁵¹ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁵² Cfr. Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁵⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

⁶¹ Cfr. Fundamentos de Derecho Octavo y sigs.

⁶² Cfr. Fundamento de Derecho Decimotercero.

⁶³ Cfr. Fundamento de Derecho Undécimo.

⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

⁶⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁶⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.