



Las permutas o instrumentos derivados denominados SWAPS

VICENT BELLIDO CAMBRON
(IberForo-Castellón)

I. INTRODUCCIÓN

Por desgracia para gran número de PYMES, durante el pasado año 2008, se suscribieron infinidad de Permutas Financieras o SWAPS con las entidades financieras.

El motivo no es otro, que el alarmante índice del Euribor y otros tipos referentes, que sufrimos durante el segundo semestre del pasado año, alcanzando el máximo del 5,5, desde que dicho tipo de referencia iniciara sus andaduras.

La mencionada alarma generada por el índice máximo del Euribor, motivó pánico en sociedades y autónomos, por las elevadas cuotas que debían sufragar al mes, por sus respectivas posiciones deudoras bancarias. Además las entidades bancarias contribuyeron a ello, exhortando y en muchos casos exigiendo su contratación para no proceder a la cancelación de Líneas de Descuento de Títulos Valores, Líneas de Crédito, etc.

Durante el año 2009, los efectos de la contratación masiva de permutas financieras o Swaps, están siendo devastadores para las maltrechas economías de las PYMES. En nuestro despacho hemos estudiado contratos que han supuesto durante este año Liquidaciones trimestrales a favor de la entidad bancaria de hasta 20.000 euros.

Por ello, por la preocupación generada por este producto financiero, que en la mayoría de ocasiones fue contratado como si de un seguro de cobertura de aumentos de tipos de interés se tratara, es por lo que considero que resulta imprescindible un análisis.

II. NATURALEZA DEL CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA O SWAP

Contrato denominado de Instrumento Financiero Derivado o SWAP o

Permuta Financiera. Se trata de un complejo producto financiero, llamado Permuta Financiera, que parte de un Tipo Variable, que puede ser el EURIBOR, el I.P.C. español, etc., y cuya base de cálculo son los 360 días del año.

Aunque existen contratos por tiempo indefinido, susceptibles de ser cancelados por las partes, la gran mayoría de los contratos suscritos tienen prevista una fecha de vencimiento. Además como base del cálculo también existe un nominal pactado entre las partes. Las liquidaciones por lo general son trimestrales.

III. CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA MÁS COMÚN

Existen diversos tipos de contratos de permuta financiera, con diversas formas de cálculo, pero por lo general el más común es el siguiente.

El contrato se fundamenta en un tipo de interés fijo de referencia, que aplicado sobre el nominal pactado, resulta una cantidad que debe pagar la entidad bancaria al cliente. A su vez, el cliente pagará a la entidad bancaria, el resultado de aplicar el tipo de referencia pactado (Euribor, I.P.C., etc.) al nominal pactado, conforme a una fórmula aritmética.

En la práctica, se resume en que si el tipo variable pactado es inferior al tipo fijo también pactado, el cliente deberá asumir el pago de la correspondiente liquidación a favor de la entidad bancaria, en cambio si ocurre al revés, será la entidad bancaria la que deberá abonar el correspondiente importe resultante de la liquidación al cliente.

En el último semestre del año 2008, los tipos alcanzaron cotas máximas por la inflación, y la previsión era de posi-

bles mayores subidas, por lo que muchos clientes de entidades bancarias optaron por suscribir estos aparentes «seguros» que cubrían tales contingencias. Sin embargo, por la crisis internacional, los tipos y demás referentes de cálculo han disminuido drásticamente y los perjuicios económicos son incalculables.

IV. CANCELACIÓN ANTICIPADA

Además el contrato también contempla la supuesta posibilidad de CANCELACIÓN ANTICIPADA. Sin embargo, dicha cancelación es absolutamente imprecisa, indeterminada, y con un sistema de cálculo que queda al arbitrio de una de las partes. Por ejemplo Literalmente establecen:

«Si durante la vigencia del instrumento financiero de cobertura, el titular decidiese cancelar el Contrato, podrá hacerlo exclusivamente por su totalidad y notificándolo de forma irrevocable e incondicional a _____, con una antelación de dos días hábiles. En este caso _____ valorará el instrumento financiero de cobertura a precio de mercado y determinará el importe a liquidar entre las partes. Se advierte que el valor de cancelación anticipada del presente instrumento financiero estará determinado por las condiciones de mercado en ese momento, lo cual podrá suponer, en su caso, que el titular soporte el coste correspondiente.»

Al respecto, ya no hay ni en el resto de las condiciones particulares ni en las condiciones generales de los contratos, ninguna referencia a la forma de cálculo de dicha cancelación anticipada, adoleciendo el contrato de un defecto esencial, que anula el consentimiento prestado, que por su parte estaba además viciado.

En la práctica tal posibilidad de cancelación anticipada, es una quimera, puesto que implica para el cliente el pago de una elevada indemnización que es calculada por la entidad banca-

ria conforme a su único arbitrio. Sin embargo, como luego veremos, este ha sido precisamente el *Talón de Aquiles* del contrato denominado SWAP.

V. CONSENTIMIENTO VICIADO POR PARTE DE LOS CLIENTES. NULIDAD DEL CONTRATO SWAP

Ya se han dictado dos resoluciones judiciales por Audiencias Provinciales de España, que declaran nulos de pleno derecho los contratos de Permuta Financiera o SWAPS.

En concreto se trata de la Sentencia núm. 143/2009, de 7 de abril, Referencia Aranzadi 2009\231859, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), y la Sentencia núm. 80/2009, de 27 de marzo, referencia Aranzadi 2009\274086 dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3.ª).

Ambas resoluciones declaran nulos los contratos suscritos de SWAP, sobre la base de que no ha existido la preceptiva información previa al cliente conforme a su perfil inversor que en todo caso por aplicación de la normativa europea MIFID debe ser catalogado como minorista, puesto que a pesar de tratarse de una mercantil, carecen sus socios y representantes legales y su propio objeto social, de experiencia inversora. Además consideran que las cláusulas de cancelación anticipada son imprecisas, y dejan al arbitrio de una de las partes, la cantidad con la que debe indemnizarse a la propia entidad bancaria, y vician el consentimiento por error obstativo.

Por otra parte el Banco de España por medio de su Resolución de fecha 24 de junio de 2009, Expediente R-200901046, analizó un SWAP de la entidad BANKINTER, y concluyó de forma genérica respecto a este tipo de contratos lo siguiente:

*«El contrato intercambio tipos/cuota es una permuta financiera de tipos de interés. **Se trata de un derivado financiero, esto es, de un producto cuya configuración alcanza un cierto***

grado de complejidad». «En todo caso, para su comprensión y correcta valoración y en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, este producto debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario. En este sentido, este Servicio de Reclamaciones estima que las entidades financieras deben estar en condiciones de acreditar que, **con anterioridad a la formalización de la operación**, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, **considerándose en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros.**»

VI. VULNERACIÓN DE NORMAS

Además considero que los contratos SWAPS firmados con las PYMES, en su gran mayoría, vulneran las siguientes normas:

1.º Vulneración de los **Artículos 5, 7 y 8, especialmente, entre otros muchos, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación**, dado que no se ha dado la información exigida, condiciones todas ellas exigidas por el **artículo 5 de la mencionada ley**, so pena de nulidad, y dada la importancia de las condiciones generales de este contrato.

2.º Vulneración de los **artículos 26 y siguientes de la Ley 23/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores** relativos a la contratación de estos productos financieros, en este aspecto es fundamental tener en cuenta que dicha norma exige como requisito ineludible la **entrega previa a la firma del contrato de un folleto informativo** (lo que no ha tenido lugar); así como en general, todas las especificaciones de dicha Ley del Mercado de Valores acerca de los

deberes en materia de **información, transparencia y publicidad** (Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública).

3.º Vulneración de los **Principios de Imparcialidad, Diligencia, Transparencia y Buena Fe**, contenidos tanto en el ya derogado **Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios**, como ya actualmente, por el vigente **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**.

4.º Vulneración del **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**.

Entre otras.

VII. CONCLUSIÓN

Los contratos de Permuta financiera o Swap, han sido suscritos por las PYMES durante el año 2008, en su gran mayoría, por las presiones realizadas por las entidades bancarias, y de forma masiva como si se trataran de pólizas de seguros o créditos al consumo, cuando en realidad, deben quedar circunscritos al ámbito de sociedades patrimoniales o sociedades de inversión, cuya experiencia inversora y expectativas de negocio, conllevan asumir riesgos.

En las permutas financieras o SWAPS *sólo puede haber un vencedor*, la entidad bancaria o la PYME, ¿Por quién apostaría?, yo lo tengo claro. ■