



SWAP KONTRATUA: MARKO KONTZEPTUALA, LEGEZKO OINARRIAK ETA JURISPRUDENTZIA-DOKTRINA

GRADU AMAIERAKO LANA
2020-2021 IKASTURTEA
Zuzenbide Fakultatea
Bizkaiko Atala
UPV/EHU

Ikaslea: Ander Barandica Santos
Zuzendaria: Leire Imaz Zubiaur

AURKIBIDEA

Laburdurak
Sarrera

I. SWAP KONTRATUA: KONTZEPTUA, FUNTZIO JURIDIKO-EKONOMIKOA ETA MOTAK.....	(5)
II. SWAP KONTRATUEN JURISPRUDENTZIA-AZTERKETA.....	(14)
1. Auzitegi Gorenaren 5479/2013 eta 354/2013 epaien analisia.....	(14)
2. Auzitegi Gorenaren 387/2014, 549/2015 eta 154/2016 epaien analisia.....	(20)
3. Europako Batasuneko Justizia Auzitegiaren esku-hartzea.....	(30)
III. EUROPAKO ZUZENBIDE KONPARATUA ETA NAZIOARTEKO ARAUDI MARKOA.....	(33)
1. Europar batasuneko herrialdeen zuzenbide konparatua.....	(33)
2. Nazioarteko swap kontratuen jurisdikzioa eta lege aplikagarria.....	(35)
IV. SWAP KONTRATUAREN ETORKIZUNA.....	(38)
V. ONDORIOAK	(39)
VI. BIBLIOGRAFIA.....	(42)
VII. ERANSKINA.....	(45)

LABURDURAK

AG	Auzitegi Gorena
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
ART	Artikulu
EB	Europako Batasuna
EBJA	Europako Batasuneko Justizia Auzitegia
IRS	Interest Rate Swaps
KZ	Kode Zibila
MK	Merkataritza Kodea
MIFID	39/2004 Zuzentaraua
SWAPCEMM	Diru-merkatuaren Ikasketa Batzordeak eginiko finantza-permutaren kontratu markoa

SARRERA

Gai baten inguruan ezagutzarik ez izateak motibatzen zaitu hura lortzera. Are gehiago zerotik hasten zarenean. Finantzak eta zuzenbidea bat datoz eskutik, beharrezkoa baita bigarren hau lehenengoen arteko operazioei segurtasun juridikoa emateko. Azken urteotan zuzenbide zibilak hamaika bat arazori eman dio bide, famatuena ezaguna den zoru klausulen afera izanik. Baina, hain ospetsuak ez diren beste hainbat produktu daude, berez kalte ekonomikoak sortzen dituztenak, hiritar xume eta arruntei galerak sorraraziz.

Lan honetan produktu finantzario konplexu baten inguruan mintzatuko gara. Bere funtzionamendua eta ondorioak ulertzeko doktrina eta jurisprudentziara jo behar izango dugu, haiek inork baino hobeto azaltzen baitute hura. Gainera, graduan zehar ez da horrelako produktu konplexurik aztertzen, hortaz aukera paregabea da hauen inguruan informazioa jaso, landu eta ezagutza handitzeko. Aipatu dugun moduan jurisprudentziak balioa handia izango du, hain zuzen ere honek erantzun baitie sortu diren arazoei. Hala ere, AG-ak doktrina finkatu duen arte hainbat herritar kaltetuak suertatu dira haien dirua nola galtzen zuten ikusita. Lanaren lehenengo zatian ikusiko den moduan, XXI. mendeko lehen hamarkadan hainbat swap kontratu mota desberdin hitzartu zituzten entitate finantzarioek eta beren bezeroek, hauei kalte nabarmena sortuz hainbat kasutan. Are gehiago, 2008. urteko krisiaren ondorioek interes tipoen beherakada nabarmena bultzatu zuten, kontratu mota hau hitzartu zituzten bezeroak kaltetuz.

Irakurleari ohartarazi behar zaio lehenik eta behin swap kontratuen inguruko informazioa jasoko duela: zer den, nola funtzionatzen duen, zeintzuk mota dauden eta nondik datozen. Horretarako gehienbat doktrinan oinarritu gara, eta ulergarriagoa egin dadin hainbat adibide asmatu ditugu, non era argiago batean uler daitekeen funtzionamendua. Behin informazio hori guztiori jaso eta gero adibide praktikoak azalduko dira. Bertan ikusiko da entitate finantzario eta bezero baten arteko kontratuek hainbat gora behera dituztela. Piramide bat izango balitz bezala, lehen instantziatik AG-ra joko dugu, instantzia bakoitzaren ikuspuntua azalduz eta aztertuz. Zer esanik ez, azken honen iritziak jarraitu beharreko bidea argitu duela.

Hala ere, ez gara soilik barne zuzenbidean murgilduko. Gaur egungo sistema dela eta Europako Batasunak erabateko garrantzia du gure legeetan eta jurisprudentzian. Hori dela eta, 39/2004 arautegia eta EBJA-ak eman dion interpretazioa beharrezkotzat jotzen dugu aztergai gisa. Egia da zuzentarau honek merkataritza arlora eramaten gaituela, horregatik lan honetan beharrezkoa izango da merkataritza zuzenbidera hurbiltzea kontratuaren deuseztasuna ematearen arrazoia azaltzeko.

Azkenik, lan honen xedea kontratu konplexuetan murgiltzea da, bezeroei babes juridikoa emateko. Egungo sistema ekonomikoak hainbat abantaila eta inbertsio sistema eskaintzen ditu, hiritar orori aukera emanez inbertsio produktuak kontratatuzko. Baina kasu askotan gutxieneko informaziorik gabe burutzen dira kontratuak, eta bezeroa ahulezia egoeran geratzen da. Eta zehazki, horretarako dago zuzenbidea, babesgabezi egoeran dagoen horri laguntzeko, tresna juridikoak bere eskura jarritz eta babes egoera batean murgilduz.

I. SWAP KONTRATUA: KONTZEPTUA, FUNTZIO JURIDIKO-EKONOMIKOA ETA MOTAK

Lan honetan azaldu beharreko lehen kontzeptua kontratua da, hain zuzen ere, mota zehatz baten inguruan mintzatuko garelako. Gaztelaniaz eman daitezkeen definizioak askotarikoak dira, baina euskaraz topa ditzakegunak eskasagoak ditugu. Hala ere, Zuzenbide Zibileko Hastapenak liburuan definizio ulergarri eta borobil bat topa dezakegu, KARRERA EGIALDEK eskainia¹: “*Borondatez egin eta obligazio erlazioak sortzera, aldatzera edo iraungitzera zuzendutako hitzarmena da kontratua. Esanahirik zabalenean hartuz gero, bi edo gehiagoren borondate adierazpena litzateke, errealitate juridikoa aldatzera zuzentzen dena*”. Legegileak ez du zehaztu zer den kontratu bat. Hala ere, eta autore honen ekarpenekin jarraituz, kontratua zer den Kode zibileko “zenbait artikuluetatik ondorioztatu daiteke: Obligazioak sortzera zuzendutako adostasuna da (1254. art.); hainbatek beren borondate adieraziz, adostasuna ematen dute (1258. art.); lortu nahi den efektu juridikoa obligazioa sortzea da (1809. art.); izaeraz egintza juridikoa da: autonomia pribatuaren printzipioa baliatuz, alderdiek beraien interesak arautzen dituzte erregulazio juridiko pribatua ezarriz (1091. art.); ondasunak eta zerbitzuak elkar trukatzeko baliabide juridikoa da (1254. art.)

Swap kontratua bi alderdien arteko akordioan datza, zeinetan bi alderdi horiek adosten duten fluxu monetarioak aldatzea denbora zehatz batean. ALONSO SOTOk kontratu honen definizio zehatzago batera garamatza²: “*Una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque*”. Baliteke definiziorik argiena Estatu Batuetako Dictionary of Banking Terms-ek emandakoa izatea eta gaztelaniara itzulita honela dioena: *Un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable (Swap de tipos de interés) o una divisa por otra (Swap de divisas) o para intercambiar pagos de intereses calculados a tipo fijo en una divisa por pagos de intereses calculados a tipo variable en otra divisa (Swap mixto)*. Hiztegi honek esandakoari jarraituz ulertzen dugu bi alderdien arteko kontratu edo negozio bat dela swapa eta beti hurrengo produktuak aldatuko dituzte: interes finkoak, interes aldakorrek; dibisa bat beste batengatik; edo tipo iraunkorreko tipoak beste dibisa aldakor batengatik. Produktuetan galdatzen den bakarra finkotasuna eta aldakortasuna dira. Hau da, bietako produktu batek iraunkortasuna mantenduko du kontratuak dirauen bitartean eta bestea aldakorra izango da momentu oro. Definizioaren konplexutasuna nabaria da, horregatik swapa zer den, bere ezaugarriak zeintzuk diren eta zein swap mota dauden aldi berean azaldu behar dugu.

¹ Mikel Mari KARRERA EGIALDE. *Zuzenbide Zibileko Hastapenak III*. UPV-EHU. Donostia. 2018. 238. orr.

² Ricardo ALONSO SOTO.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbF1jTAAAUmJQyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDK6MeONQAAAA==WKE

Kontratu honen konfigurazio juridikoaren inguruan mintzaten bagara hurrengo ezaugarriak dituela esango dugu³:

Sinalagmatikoa

Bi aldeentzat obligazioak sortzen ditu eta obligazio bat beste baten kausa da. Alderdi batek obligazioa dauka besteak ere badaukalako. Elkarrekiko harremana da, alegia, bata besteagatik, 'truke' dimentsioarekin, hain zuzen ere. Alderdiek adostu dezakete noiz has daitezkeen obligazio horiek, beraz perfektua edo ez perfektua izan daiteke. Hala ere, ohikoa da perfektua izatea eta sinatzen den momentutik obligazioak sortzea.

Baina Swap kontratua noiz egiten da perfektua⁴? Kontratu guztietan bezala egungo zuzenbideak soilik onarpena nahikoa dela azaltzen digu. Honen jatorria Alcalako Ordenamenduan aurkitzen dugu eta KZeko 1258. artikuluan jasotzen da. Bi alderdien adostasuna dagoenean kontratuak bizitza juridikoa du. Horregatik beharrezkoa izango da eskaintza eta honen onarpena. Perfekzioan bi fase bereiz ditzakegu: alde batetik eskaintza, non alderdi batek borondatez, pertsona bat edo batzuegana joko du bere proposamena helaraziz eta bestetik, onarpena non borondatez beste alderdiek onartzen duen proposatutakoa. Lehenengoari dagokionez, Auzitegi Gorenak zehaztu zuen ze betekizun izan behar dituen⁵: *“La oferta ha de ser completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de vincularse contractualmente”*. Onarpena nolakoa izan behar den ere argitu zuen AG-ak urte berean⁶: *“Debe ir dirigida a la persona de quién se recibió y debe ser pura y simple y corresponder exactamente a la oferta recibida”*.

Behin gutxieneko obligazio hauek beteta kontratua perfektua izango da eta martxan jarriko dute alderdiek. Esan beharra dugu aurretik azaldutako edozein kontratari aplikagarria zaiola. Swap kontratuetan perfekzio hori etorriko da bi alderdiek hitzarmena sinatzean, horrek lotuko baitie. Gainera, alderdiak entitate handiak izaten direnez eta konplexua dela medio perfekzionamendua erabat argi geratzen da.

Jarraikako traktukoa

Denboran zehar jarraipen bat izango du, eta ez da amaituko alderdiek epe bat ezartzen ez baldin badute. Traktu bakarreko kontratuetan zordunek aldi bakar batean egiten dute ordainketa, momentu zehatz batean bere zorra betez eta hartzekodunaren kreditua erabat asez. Aldiz, jarraikako traktuko kontratuen kasuan zordunek ez dute une bakar batean bere zorra asetzen, hura ezin baita ordaindu kolpe batean. Ezaugarri honek garrantzi handia dauka hipoteka kontratuetan. Era berean, aplikagarria da swap kontratuetan, alderdiek adosten baitute hainbat fluxu eskualdatzea eta horien balioaren arabera zordun izango dira. Beraz, hainbat ordainketa egingo dituzte alderdi batek zein besteak. Alderdiek ezin dute erabaki jarraitutako traktuko kontratua izatea, kontratu

³https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAUMjQyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKg DK6MeONQAAAA==WKE

⁴ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis. *Derecho de contratos*. Bosch. Bartzelona. 2003. 56 eta 57. orrialdeak.

⁵ AGE, 1980ko urriak 10ekoa, ponentea De Castro García, RJ 1980/3623.

⁶ AGE, 1980ko ekainak 19, ponentea De la Vega Benayas, RJ 1980/3300.

motak zehazten baitu bere funtzioa eta betetzeko epearen antolaketa. Hau da, swap kontratuak berak eskatzen du jarraipena, ez alderdien borondateak.

Bankarioa

Esan dezakegu ezaugarririk garrantzitsuena hau dela, swap kontratu batean, izan ere, izaera honek zehazten baitu kontratua bera nork egiten duen. Pertsona fisiko edo pertsona juridiko batekin, entitate finantzarioak aurrera daraman kontratua izango da⁷: *“El contrato bancario es un acuerdo de voluntades que instrumenta operaciones típicas del mercado bancario y añadimos que el acceso de los intermediarios a dicho mercado esta restringido a las entidades que acrediten el cumplimiento de una serie de requisitos de acceso y de ejercicio de las actividades bancarias tipificadas”*. Gogoratu beharra dago bankarioak diren kontratuak Zuzenbide Zibilaz gain Merkataritza Zuzenbideak ere arautzen dituela. Kontratuen forma zibilaren bitartez gauzatzen dira, beraz, merkataritza negozio hauek.

Atipikoa

Espaniar legegileak ez du arau berezirik sortu eta ezarri kontratu honen erregulazioaren inguruan, hortaz, swap kontratua atipikoa dela esan dezakegu. Baina, askotarikoak dira aplikagarriak zaizkion arauak, zeharka bada ere: 4/2015, Urriaren 23ko Errege Dekretu Legegilea zeinak berriztatzen duen Merkatu Baloreen legea, Kode Zibilaren 1255. eta 1273. artikulua edota 217/2008, Otsailak 15eko inbertsio-zerbitzuen enpresen eta inbertsio-zerbitzuak eskaintzen dituzten beste entitateen erregimen juridikoari buruzko Errege Dekretu Legegilearen 62 eta 64. artikulua, besteak beste.

Produktu finantzarioa

Ezaugarri hauetaz gain, esan beharra dugu produktu finantzario deribatua direla Swap kontratuak, euren balioa beste batean oinarria baitute. Oinarri horri *“activo subyacente”* deritzogu eta normalean interes tipoak izango dira. Horregatik, Swap-aren balioa aldatzen da, oinarri horren balioa merkatuaren arabera delako. Ohikoena Euribor indizea erreferentzia bezala hartzea da, beraz oinarri hura indize horren arabera ezarriko da. Honek esan nahi du instrumentu edo tresna deribatua dela Swap kontratua. Definizioa borobiltzeko, Merkataritza Zuzenbidera hurbildu beharko gara, honek emango baitizkigu tresna deribatu hauen informazio osoa. Kanaria Handiko epai baten arabera hiru ezaugarri izan behar ditu produktuak deribatu bat izateko. Hurrengo ezaugarriak izan behar ditu produktu batek deribatua izateko⁸: *“Un instrumento derivado (o un derivado) es un instrumento financiero u otro contrato dentro del alcance de la norma que cumpla las tres características siguientes: a) su valor cambia en respuesta a los cambios en un determinado tipo de interés, en el precio de un instrumento financiero, en el precio de materias primas cotizadas, en el tipo de cambio, en el índice de precios o de tipos de interés, en una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, suponiendo, en caso de que sea una variable no financiera, que no es específica para una de las partes del contrato (a menudo denominada «subyacente»); b) no requiere una inversión inicial neta, o bien obligar a realizar una inversión*

⁷ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*. Barcelona, 2002. 77 eta hurrengo orrialdeak.

⁸ Norma Internacional de Contabilidad 39. zenbakia. Instrumentos financieros. Reconocimiento y valor. <https://www.icjce.es/adjuntos/images/pdfs/tecnica2/nomativaeuropea/nic39.pdf>

inferior a la que se requeriría para otros tipos de contratos, en los que se podría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado, y c) se liquidará en una fecha futura» (Norma Internacional de Contabilidad nº 39, ap. 9)».

Lehenik eta behin azaltzen da balioaren aldaketa emango dela merkatuaren egoeraren arabera. Zehazten den interes tipoaren arabera, balio bat edo beste izango du deribatuak. Europako Batasunean, eta gure ekonomian balore hori neurtzeko Euribor delako indizea erabiltzen dugu, zeinak zehazten dituen prezioen igoerak eta jaitsierak. Bigarrenik, kontsumitzailearentzat onuragarria dela ondorioztatu dezakegu, esaten baita ez dela beharrezkoa aurretiazko inbertsiorik edo, beste kontratuekin alderatuz, inbertsio hori txikiagoa izango dela, bezeroari lagunduz. Azkenik, amaiera izango duela zehazten da, likidatuko baita etorkizunean.

Kontzeptua eta ezaugarriak finkatuta, swap kontratu motak aztertzeraz igaroko gara segidan. Azalduko dugun lehen mota erabat nagusitzen da besteekin alderatuz, bereziki banketxe eta partikularren arteko negozio juridikoetan. Hala ere, badira beste swap mota batzuk, nahiz era beren erabilera eskasa den ohiko merkatuetan.

1. Interes tipodun Swap (*Interest rate swap*): Alderdiek, normalean banketxea eta partikular bat, akordatzen dute trukatzea erreferentziazko kapital nominal baten inguruan, koefiziente desberdin bat aplikatzearen ondorioz ateratzen den zenbatekoa epe zehatz batean. Hau da, banketxeak tipo aldakorreko interesak ordainduko ditu (Euribor) eta partikularrak tipo finko bat.

Adibide batekin hobeto azalduko dugu: Enekok 2015. urteko abenduan 50.000 euro jaso ditu mailegu gisa banketxe batetik eta interes tipoko swap kontratu bat burutu du, urtero aztertuko dena eta bost urtez dirauena. Banketxeak Euribor gehi 1 ordainduko dio interes bezala eta Enekok ehuneko bateko interesa izango du urtero. Adostutakoaren arabera urteko azken hilabeteko kapital-erreferentzia hartuko da kontutan. 2015. urtean Euriborra -0,205-koa zen. Adostutakoaren arabera puntu bat gehitu behar zion banketxeak zenbaki horri, hortaz, 0.795eko ehunekoa ordaindu behar zion bankuak 50.000 euroak oinarri hartuta. Aldiz, Enekok ehuneko 1 tipo finkoan ordaindu behar zion banketxeari. Kasu honetan, kontsumitzaileak dirua galduko du. Zehazki Enekok 5.000 euro eman beharko dizkiolako eta banketxeak berari 3975 euro.

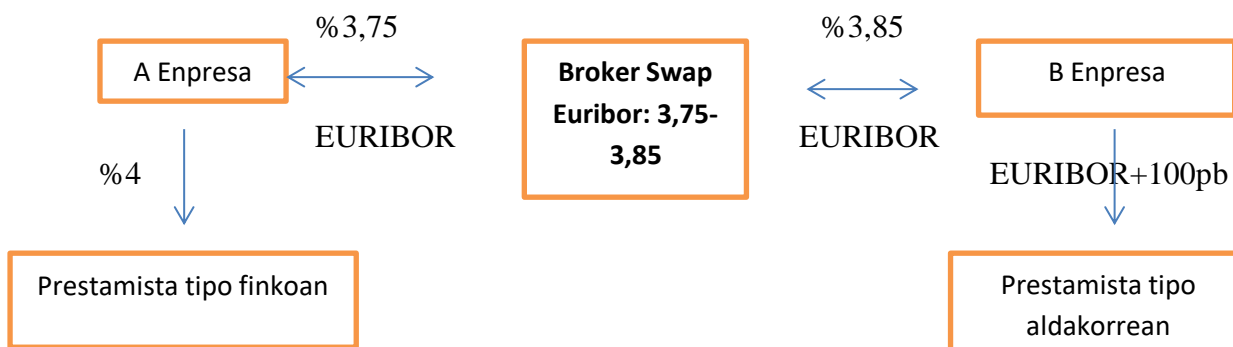
Lan honetan aztertuko dugun moduan jurisprudentziak sententzia dezente eman ditu eta Auzitegi Gorenak hainbat printzipio zehaztu ditu kontratu hauen gauzatzearen inguruan. Mota hau erabiliena da, bereziki banku eta bezeroen artean, zeintzuetan arazo gehienak aurki daitezkeen.

A enpresak uste du interes tipoek tendentzia beherakorra izan dezaketela, eta gustatuko litzaioke zorpetuta egotea tipo aldakorrean⁹. Beste enpresa, B, kezkatuta dago tipoen eboluzioa dela eta nahiago du tipo finkoan zorpetuta egotea. Finantziario baldintzak hurrengoak dira:

⁹ Santander Banku etxea. *Curso de productos derivados. Las operaciones de permuta financiera (Swap)* Madril. 2021.

	Tarte finkoa	Tarte aldakorra	Lehentasuna
A ENPRESA	% 4.0	Euribor+50pb	Aldakorra
B ENPRESA	%5.5	Euribor+100pb	Finkoa

Bitartekari bat dela medio, interesak ordaintzen diren oinarrian aldatzean datza kontratua. Imajina dezagun bitartekariak Euriborra %3,75-ean erosten duela eta %3,85-ean saltzen duela. Bi alderdiek nahi duten swap kontratua izateko hurrengo eskema jarraitu beharko dute:



Esan dugun moduan A enpresak tipo aldakorrea zorpetuta egon nahi du. Horretarako bi aukera ditu: Batetik, zuzenean tipo aldakorrea zorpetu, Euribor + 50 pb ordainduz. Bestetik, tipo finkoan zorpetu eta IRS batera jo, non Euriborra broker swapari salduko dion tipo aldakorrea ordainduz amaitzeko. Aldiz, B enpresak tipo finkoan zorpetuta egon nahi du. Horretarako hurrengo aukerak ditu: zuzenean tipo finkoan zorpetu %5,5 ordainduz, edo tipo aldakorrea zorpetu eta IRS batera jo, non broker swapari erosiko dion Euriborra tipo finkoan ordainduz amaitzeko.

Interes tipodunen swapean bezeroaren helburua merkatuaren fluktuaziotik etor daitezkeen aldaketak murriztea edo kentzea. Honen bitartez aldaketa ekonomiko finantzarioa bilatzen da, tipo aldakorretik finkora pasatuz. Eta zehazki hemen dugu kontratu honen kausa.¹⁰

2. Dibisen Swap (Currency Swap): Alderdiek adosten dute hirugarrenekin dibisa desberdinetan kontratatu dituzten kreditu obligazioak aldatzea, epe zehatz batean.

Adibide batekin azalduko dugu era argi batean: Enekok 10.000 dolar erosten ditu eta Santander Bankuak 10.000 errublo ditu. Enekok dolarraren balioaren arabera aldatuko dio dirua banketxeari eta bankuak modu finko batean ehuneko jakin bat emango dio Enekori hilabete bakoitzeko (%2). Dolarraren balioa igotzen bada Enekok galduko du dirua gehiago eman beharko diolako banketxeari; aldiz, dolarraren balioa mantentzen edo gutxitzen bada irabaziak izango ditu Enekok. Geroago azalduko dugun moduan, 1981. urtean burututako lehen swap kontratu formala mota honetakoa izan zen.

¹⁰ DÍAZ RUIZ, Emilio: “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (SWAPS)”, Arabako Audentzia Probintzialaren 20/2011, urtarrilak 18ko epaiaren iruzkina. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3255/documento/um_art3255.pdf?id=3509

3. Swap mistoa (Cross Swap): Aurreko bien arteko batura da. Bi alderdiek aldatzen dituzte bai printzipala, dibisa desberdinetan, zein adostutako interes tipo finko eta aldakorak, epe zehatz batean.

4. Lehengaien Swap: Interesekoen antzera funtzionatzen du. Lehengai baten prezioaren inguruan ezartzen da. Ohikoena gas, petrolio edo urrearekin egitea da. Honen arabera xedatutakoaren arabera prezioa jaisten bada batek irabaziko du eta igotzen bada besteak irabaziko du. Gure jurisprudentzian ez dugu horrelako kasurik aurkitu.

Adibide gisa petrolioarekin burututako kontratua azalduko dugu. Mirenek eta Repsolek adosten dute hiru urtetan diru eta petrolioaren arteko trukea egingo dutela Swap kontratu baten bitartez. Kontratu honen oinarria petrolioaren prezioan dago, eta ez petrolioan fisikoki. Bi alderdiek zehazten dute litroaren prezio finkoa euro bat izango dela. Beraz, petrolioaren prezioa euro bat litroko baino gutxiago bada Repsolek Enekorri ordainduko dio diferentzia, aldiz, euro bat litroko baino gehiago bada Enekok Repsoli ordainduko dio.

5. Burtsa indizeen Swap: Burtsaren bi aldagaien arabera egiten da, hots, diruaren merkatuaren errendimenduarena eta merkatuaren errendimendu soila. Anek dirua banketxean du eta Imanolek hainbat akzio ditu. Anek diru hori izategatik errendimendua lortzen du, eta Imanoli gauza bera gertatzen zaio akzioak dituelako. Bi alderdiek hurrengo adosten dute: Anek bere errendimenduaren ehuneko 2-a modu finkoan emango dio. Eta, Imanolek merkatuaren balioaren arabera emango dio Aneri. Hau da, Imanolek dituen akzioak ehuneko 2 baino gehiago igotzen badira Aneri dirua emango dio, aldiz, bere akzioak ez badira ehuneko bi horretara ailegatzen Anek dirua emango dio Imanoli.

Swap kontratuaren funtzioari dagokionez, ALONSO SOTO autoreak hurrengo abantailak ikusten ditu: *“Entre las ventajas de los contratos Swap cabe destacar las siguientes: lograr un mejor aprovechamiento de los costes relativos al contratar en diversos mercados; permitir la adaptación de la estructura financiera de la empresa a la dinámica del mercado internacional; ser instrumento de cobertura del riesgo de cambio; diversificar la cartera de deudas en divisas; facilitar a determinadas empresas el acceso a ciertos mercados a los que no podrían concurrir en otras condiciones; impulsar una mayor integración de los mercados financieros, apuntando como inconvenientes su opacidad y una mayor vulnerabilidad del sistema financiero en el futuro”*¹¹. Baina kontratuaren konplexutasuna dela eta bezeroek argi izan behar dute zer den eta nola funtzionatzen duen. Honen harira, Espainiako auzitegiek hainbat sententzia eman behar izan dituzte, swap kontratua sinatu zuten bezero askok banketxea demandatu baitzuten, biziaturiko adostasuna eman zutenaren argudioarekin. Aurreago azalduko dugun moduan era guztietako ebazpenak eman dira honen inguruan, alderdien adostasuna tarteko.

¹¹ Ricardo ALONSO SOTO.

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbF1jTAAAUmJQyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDK6MeONQAAAA==WKE

Ezaugarrietan azaldu den moduan, kontratu atipikoa da ez baita aurreikusten legedian erregulazio propiorik. Hala ere, beste bide batzuk erabilita Espainiako ordenamenduak bere Kode Zibilaren 1255. artikuluan eta Merkataritza Kodearen 50. artikuluetan aurkitu dio oinarria kontratu honi. Izan ere, jatorri anglosaxoia du, eta badakigunez, gure Zuzenbide zibila eta haiena erabat desberdina da. Jakina denez, Kode Zibilaren 1255. artikulua kontratuen izaera xedagarria zehazten du, borondatearen autonomia aldarrikatuz, eta alderdiei erabateko askatasuna ematen die kontratuak, klausulak eta baldintzak dagozkien moduan ezartzeko, betiere legea, morala eta ordena publikoa errespetatzen badute. Alderdiei ia erabateko askatasuna emate horrek ahalbidetzen du swap kontratu horiek burutzea. Esan dugunez, Merkataritza zuzenbidean ere badu bere oinarria.

Horregatik azaldu behar dugu Merkataritza zuzenbidearen eta Zuzenbide zibilaren arteko desberdintasuna. Arazoa plazaratzen da obligazioetan eta merkataritza kontratuetan¹². Bi sistema daude bereizketa aurrera eramateko: sistema subjektiboa, zeinak bereizten duen nork burutzen duen kontratua, hau da ea enpresari batek egin duen edo ez; eta sistema objektiboa, azken honek aztertzen du zein kontratu mota den, nork burutu duen igual duelarik. Azken sistemak, era desberdinak ditu finkatzeko kontratuen merkataritza-izaera. Ordenamendu batzuetan enumerazioa erabiltzen da, zeinetan merkataritza ekintzak zehazten diren; aldiz, beste ordenamenduetan merkataritza ekintzen definizio zehatz baten bila jarduten dute erabateko zehaztasuna emateko. Bata zein bestea ez dira nahikoak, ez dutelako Merkataritza zuzenbidea guztiz barneratzen. Gaur egun Espainiar ordenamenduak sistema objektiboa erabiltzen du. Bi modutan burutzen dute izaeraren finkatzea: batetik, merkataritza legean jasotakoa merkataritza-izaera izango da eta bestetik analogia erabiliko da legean jasota ez daudenean baina legean daudenekin antzekotasuna dutenean. Behin hau jakinda ohartzen gara ez dela erraza zehaztea noiz den merkataritza kontratua eta noiz zibil arloko kontratua. Beraz, zentzu edo izaera bat zein bestea emateko egintza juridikoa eta alderdiak alde batera utzi behar dira eta arreta jarri egintzaren edo kontratuaren eremuari edo egintza eta kontratuen serie organikoari. Hiru adibiderek ulertuko dugu, hiru kasuetan merkataritza-izaera edukiko baitu kontratuak; kontratua aurrera eramaten bada trafiko-egintza gisa, hots, zerbitzuen eta ondasunen merkaturian enpresariak garatzen duen trafiko profesionalean lerrokatzen bada: merkataritza-ekintza (txapinen salmenta), industria-ekintza (autoen produkzioa) edo zerbitzu-ekintza (taberna batean edaria saltzea). Honela dio Merkataritza Kodearen 50. artikulua: *“Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”*. Zuzenbide komunak, Zuzenbide zibilera garamatza. Espainiar zuzenbideak honi aurreikusi baitio gaitasuna ordezkotako ordenamendu gisa aritzeko. Beraz, Merkataritza Kodea edo bestelako merkataritza legeak dagokion egitateari heltzen ez direnean hona joko dugu, Zuzenbide zibilera, ordezkotako araudi orokorra osatzen baitu. Gure kontratu mota honekin lotuz aipatzekoa da FERRANDO VILLALVA irakasleak dioena¹³: *“Sobre las entidades financieras pesa un deber de informar a sus clientes. El cumplimiento de este deber, al margen de las especificaciones de los distintos clausulados contractuales y de las normas de*

¹² MENENDEZ, Aurelio. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Aranzadi. Zizur Behera. 2006. 28 eta 29 orrialdeak.

¹³ FERRANDO VILLALBA Lourdes. *Preferentes y otros instrumentos financieros: deber de información y buena fé*. Aranzadi. Zizur Behera. 2014. 1-2 orrialdeak.

aplicación en cada caso, se ha de efectuar siempre en atención a las necesidades y características de la clientela. En definitiva, de un modo acorde con el principio de buena fe objetiva, consagrado en los arts. 1258 CC y 50 C. co, preceptos que han de ser objeto de una especial interpretación en el sector financiero, por el carácter técnico y por lo general complejo de la información, y la evidente asimetría informativa que conlleva". Kode Zibilaren 1258. eta Merkataritza Kodearen 50. artikuluek behartzen dute entitate fedeez jokatzera. Gogoratu beharra dago Zuzenbide orokorrak behartzen gaituela fedeez jokatzera. Gainera, swap motako edo antzeko kontratuak erabateko garrantzia du bezeroa modu egoki batean informatuta egoteak, bestela bizio-errore baten aurrean aurki gaitzke, kontratua deuseza izatea eragiten duena, aurrerago aztertu eta azalduko dugun moduan.

Izatez, bizio-errorearen inguruan badu Auzitegi Gorenak jurisprudenzia doktrina ezarria. Doktrina honen isla da, adibidez, 2013ko urriak 29ko epaia¹⁴: *Expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea*". Honen inguruan informazioa osatuko dugu doktrinak emandako definizioarekin¹⁵: *"error es el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o en el incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho o de la norma jurídica que lo regula y puede recaer bien sobre la declaración de voluntad, bien sobre la información o sobre el contenido de la misma"*. Baietzapen hau swap kontratuen inguruko sententzia batean topa dezakegu. Beraz, aplikagarria da aztertzen ari garen gai honetan eta erabateko garrantzia du. Hain zuzen ere, kontratuaren konplexutasunak eragin dezake bizio-errore baten aurrean egotea, eta kontratua proposatzen duenak engainuz egitea. Horregatik, beharrezkoa da bereiztea, Auzitegi Gorenaren doktrinak zehazten baitu, zein kasutan emango den bizio-errorea eta, ondorioz, kontratu horren deuseztapena. Galdatzen da, bizio-errorea eman dela ondorioztatzeko, bezeroaren borondatea pentsaera oker batetik sortu izana. Beraz, frogaraz baten aurrean aurki gaitzke. Honi ere erantzun ematen dio aipatutako sententziak: (...) *Para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias*". Behin errorea dagoela frogatzen bada esentziala behar du izan erroreak: *"Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa."*

AG-ak 1902. urtean eman zuen honen inguruko lehen epaia. Bi beharrezko elementu zehaztu zituen: esentziala eta desenkusagarria. Hau da, akatsa kontratuaren objektuan erortzen bada gauzaren substantziarena izan behar du edota berau burutzeko izan diren arrazoien gainean. Aldiz, beste alderdiari egiten badiu erreferentzia erroreak, honi egindako kontsiderazioa izan behar da kontratuaren arrazoia. Esentzialak, negozioaren helburuari egiten dio erreferentzia, alderdiek bilatzen dutenari eta borondatea biziatura dagoela finkatzeko hurrengo ezaugarriak izan behar ditu: *"Sustancial, inimputable,*

¹⁴ AGE, 2013ko urriaren 29koa, ponentea José Ramon Ferrandiz, RJ 5479/2013 epaia.

¹⁵ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ José Luis. *Derecho de Contratos*, zita, 87. orr.

desconocido y de una importancia tal que con una diligencia regular no haya podido ser evitado por la persona que lo sufra”¹⁶.

Desenkusaezintasuna, jurisprudentziak honela definitzen du, halaber: *“Aquel que pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular”*. Bere ez-ohikotasuna dela eta alderdi bakoitzak jaso behar du dituen ondorioak, bestela akatsa ez jakintasunagatik burutzen duenari ematen zaiolako abantaila. Aldiz, alderdietako baten jakintasunarekin ematen dela ulertzen bada, ondorioak hark onartu behar ditu ez baitu jarri beharrezkoa den diligenzia. Hala ere, beste alderdiak doloz jardun badu ez du ondorio hori jaso beharko.

Kontratu mota honen jatorria 1970eko hamarkadaren azken urteetan dago, zehazki, Britainia Handian, non bertako enpresek atzerriko enprekin zorrak eskualdatzeko modua sortu zuten. Swap-en bitartez beren herrialdetik dirua ateratzeko beharrezkoak ziren zergak aurrezten zituzten. Baina 1981 izan zen lehen swap kontratu formala sinatu zen urtea, IBM informatika enpresak eta Nazioarteko Bankuak adostutakoa. Lehenengoak dolarrak behar zituen hauen interes tasa handia zenean eta bigarrenak marko alemaniarrak eta suediar frankoak bere operazioak finantzatzeko, baina bi herrialde hauek debekatuta zuten negozio juridiko hura. Salomon Brothers inbertsio bankuak gomendatu zien bi alderdiei haien dibisak (monetak) aldatzea, horrela haien interesak bermatuko zituzten eta momentuan negozioak egin zitzaizketen. Ondorioztatu dezakegu bi helburu izan zituela hasieran: batetik, zergarik ez ordaintzea, eta bestetik, diru moneta desberdinak aldatzea, nazioarteko merkatuan inbertsio eta negozio bolumena handitzeko.

Hala ere, 1960ko hamarkadan antzeko kontratuak egin ziren. Amerikako Estatu Batuetako gobernuak eta bere erreserba federalak hainbat herrialdeekin negozio juridikoak hitzartu zituzten beren monetan fluxuak aldatzeko asmoz.

Aurrezkoaz gain, aipatzekoa da 2008. urteko krisian Credit Default Swap motak izan zuen garrantzia. Urte horretan albiste ekonomikoak jarraitu izanez gero oso entzuna zen “zabor hipoteka” terminoa edo hizkuntza ekonomikoan Collateral Debt Obligation. Produktu honek aukera ematen zuen edozein bezerok hipoteka bat kontratatzeraz baina higiezin edo higigarria den oinarri gabe. Hasieran, mugimendu ekonomiko handia eragin zuen, baina pixkanaka konturatu ziren jendeak ezin zituela ordaindu eta produktu honek eztanda egingo zuela. Momentu horretan, Credit Default Swap delakoak asmatu ziren, arrisku hori gutxitzeko asmoarekin eta hipotekak salbatu nahian. Adibide baten bitartez ulertuko dugu honen funtzionamendua: Mikelek etxe seguru bat kontratatzen du CDS baten bitartez eta CDO edo “zabor hipoteka” izan gabe. Honetaz gain ez du etxerik. Beraz, CDS hauek kontratatu ahal ziren higigarri edo higiezin bat izan gabe baina aseguratuzko asmoz eginga. Horrek eraman zituen produktuak espekulazio bortitza batera eta denborarekin lehertu ziren, krisi ekonomikoaren zati bat eraginez hainbat ondasun aseguratu baitziren hauen jabetza izan gabe. Fenomeno hau soilik Estatu Batuetan eman zen, gure Estatuan ez zen horrelakorik gertatu. Hala ere, burbuila hipotekarioa zela eta, hainbat hipoteken interes tasen zehaztapena swap kontratuen bitartez burutu ziren eta kasu askotan, ikusiko dugun moduan, bezeroek hauen funtzionamendua eta eraginak ez zituzten ulertzen. Nabaria da produktu ekonomiko

¹⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ José Luis. *Derecho de Contratos*, zita, 88-90 orrialdeak.

konplexua dela eta bere egitura juridikoa erabat argi ez dagoela, are gehiago mendearen lehenengo hamarkadan.

Espainiako kasuan nahiko swap kontratu egin ziren 2000. urteko lehen hamarkadan, bereziki krisiak eztanda egin baino lehen. Euriborrak gora jotzen zuen etengabe, hortaz hipoteken interesak gero eta gehiago igotzen ziren. Hori ikusita hainbat kreditu entitateek swap produktua kokatzeko aukera paregabea ikusi zuten. Bezeroei aseguru moduan salduz, eta Euriborraren etengabeko igoeren aurrean aseguru bat emateko asmoz. Fede txarrez edo fede onez produktu horiek saldu zituzten eta Euriborraren jaitsiera emanez gero entitateek dirua irabaziko zuten, ordea goruntz jarraituz gero bezeroek aseguru moduan ikusiko zuten, tipoaren interesak gutxiago izango baitziren. Tamalez, krisiak eztanda egin zuen eta Europako Banku Zentralak tipoak jaitea erabaki zuenean bezeroak dirua galtzen hasi ziren. Aseguru bezala ikusten zuten, amets gaizto bihurtu zen, haien entitateekin zorra handituz eta handituz zioan bitartean. Momentu horretan lehenengo demandak tarteratu ziren, eta lan honetan azalduko dugu zein izan zen auzitegien erantzuna, bai barne zuzenbidean zein EB-ean¹⁷.

II. SWAP KONTRATUEN JURISPRUDENTZIA-AZTERKETA

1. Auzitegi Gorenaren 5479/2013 eta 354/2013 epaien analisisa

Lan honen lehenengo atalean, swap kontratua zer den eta nola funtzionatzen duen azaldu dugu, bere ezaugarriei eta betetzen duten funtzioari arreta jarritz. Bigarren honetan, berriz, Espainiako auzitegien jurisprudentzia-doktrinaren azterketa burutuko dugu, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak emandako interpretazioa jarraituz. Lehen instantziako sententziekin hasita eta Auzitegi Gorenaren doktrinarekin amaituz.

Lehenik eta behin, testuinguruan kokatu behar ditugu egitateak. Gure jurisprudentziak aztertu dituen kasu gehienak 2008. urteko krisiaren eztandaren aurrekoak dira; hala ere, krisia baliatuz hainbat banku entitateek produktu hau eskaintzen jarraitu zuten, baina gehienbat mendearen lehenengo hamarkadako egitateak dira. Garai horretan ere zoru klausulen fenomeno gailendu zen eta banketxeen praktikak antzekoak ziren swap kontratuekin. Hau da, bezeroek sinatutakoa ez zuten ulertzen eta euren bankuak esaten zienaz fidatzen ziren.

Urte batzuen buruan, beren dirua galtzen ari zirela ohartaraztean eta jakitean entitatearekin ezin zutela kontratua apurtu, auzitegiara jotzen zuten. Argudio hauen oinarri juridikoa biziaturiko adostasuna zen, hau da, bezeroak ez zuela ulertzen sinatutako kontratua eta engainua egon zela beste alderdiaren aldetik adostasun hura lortzeko asmoz. Baina ikusiko dugunez jurisprudentziak hainbat betekizun jarriko ditu mahai gainean kontratua eteteko eta bertan behera uzteko adostasunaren bizio-errorea dela eta.

Bigarren atal honen muina, beraz, Auzitegi Gorenaren bi sententziaren azterketan datza: alde batetik, 5479/2013 2013ko urriaren 23koa eta 354/2014 2014ko urtarrilaren 20koa.

¹⁷ <https://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/25/suivienda/1243270906.html>
<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10632-error-vicio-en-la-contratacion-de-swap-sts-pleno-sala-1ordf;-491-2015-15-septiembre/>

Ia urte berean emandako sententziak izanda, argi ikus dezakegu jurisprudenzia-ildoak. Bi swap mota desberdin ikusiko ditugu, eta hauen arazoei zein bide ematen dion Auzitegi Gorenak. Litis-aren mamia kontratuaren ulermenean eta emandako adostasunean egongo da, azken hau biziaturikoa den edo ez aztertuz. Auzitegi Gorenaren lehenengo salak emandako sententziak dira, hain zuzen ere zibil arlokoa. Hala ere, Merkataritza zuzenbidea ezin dugu alde batera utzi, hainbatetan erabiltzen baita.

Azter ditzagun, hortaz, 2013ko eta 2014ko aipatutako epaiak.

1.1. Egitate juridikoak eta prozedura judizialen bidea: azterketaren abiapuntua

Mallorkako Probintzia Auzitegiak Santander S.A-ren errekurtoa onartzen du (hemendik aurrera Santander), lehenengo instantzian kondenatua izan baitzen Santander swap kontratutik eratorritako gastuak itzultzera. Gainera, kontratua bertan behera utzi zen. Alderdien arteko erlazio juridikoa 2006. urtean eratutakoa zen, zehazki azaroaren 28an. Egun hartan Santanderrek eta M. Polo S.A-k (hemendik aurrera Polo), Interest Rate Swap kontratua adostu zuten. 1990. urteaz geroztik Polok Santander banku etxearekin hainbat negozio juridiko burutu zituen, hain zuzen ere, enpresa arrunt batek bere entitatearekin ohikotasunez burutzen dituenak: kredituak, errendamenduak eta horrelakoak. Baina 2006. urtean swap kontratua burutzea eskaini zioten Polori, eta honen ustetan, ez zuten behar bezala informatu kontratua sinatu baino lehen, txosten txiki bat jaso zuen soilik informazio gisa. Poloren ustetan, kontratuaren konplexutasunak azalpen sakonagoa behar zuen eta aseguru gisa sinatu zuela argudiatu zuen. Behin kontratua martxan jarrita, hurrengo emaitzak eman zituen 4.000.000 euro oinarri hartuta: lehenengo urtean, 2006ko abenduaren 4tik 2007ko abenduaren 4ra, Polok 13.117,44 euroko irabazia lortu zuen Euriborrek urte horretan 1,2 puntuko igoera izan baitzuen %4-ean amaituz; bigarren urtean, 2007ko abenduaren 5etik 2008ko abenduaren 5era, 30,17 euroko galera izan zuen Polok eta Euriborra 0,4 igo zen, %4,4-ean bukatuz.

Hirugarren eta laugarren urteetan arazoak etorri ziren. Bi urte horietan Euriborrek 3,2 puntuko jaitsiera izan zuen, %1,2-an amaituz. Esate baterako, 2009. urtean banku entitatearen irabazia 71.600,23 eurokoa izan zen. Hurrengo bi urteak batuz, jakanarazi zioten Polori bere zorra 300.000 eurokoa zela. Behin hori jakinda, zorra berregituratzeko akordioa proposatu zion Santanderrek baina ukatu zuen Polok. Gainera, jakinarazi zitzaion Polori kontratuaren kantzelaioak 160.000 euroko penalizazioa zuela. Momentu horretan demanda aurkeztu zuen Polok hurrengo eskaerarekin: 2006. urtean adostu zen kontratuaren deuseztapena eta izandako irabazi eta galera guztien itzulera. Santanderrek demandaren erantzunean argudiatu zuen Polo ez zela kontsumitzaile ohi bat, eraikuntza enpresa zela eta administrazio publikoarekin hainbat kontratu burutu zituela. Gainera, 62 langile zeudela enpresan eta merkatuaren ezagutza eta esperientzia zuela. Hortaz, demandatuaren ustetan Polok jakintza maila nabaria zuen eta gai zen ulertzeko sinatzen zuena, bizio-errorea eman ez zelarik. Azken argudiaketan Santanderrek ez zuen ulertzen zergatik Polok kontratua hautsi nahi izan zuen hirugarren urtean, galera etorri zenean.

Behin bien argudioak entzunda Mahoneko hirugarren instantziako epaitegiak erabat onartu zuen demandatzailearen eskaera eta Santander kondenatu zuen. Swap kontratua deusez aitortu zuen, beraz, irabazi eta galeren itzulketa egin behar zuen bankuak, baita Polok ere. Demandatuak, Santanderrek, kondenaren aurrean, errekurtsioa tarteratu zuen eta aztertuko dugun lehenengo sententzia horren ondorioa da. Mallorkako audientzia probintzialak, Polo-ren demanda aintzat hartu zuten eta honi arrazoia eman zioten¹⁸: *1. Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes litigantes el día 28 de noviembre de 2006. 2. Declarar nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap.* Bigarren instantziak ere ikuspuntu berdina izan zuen: *“Confirmar la totalidad de pronunciamientos que la resolución impugnada contiene”*. Baina Auzitegi Gorenak ez zuen era berean ikusi eta honela mintzatu zen ebazpenean¹⁹: *“Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Santander S.A. (...) desestimamos la demanda interpuesta por M. Polo. S.L. contra Banco Santander S.A.”*.

Bigarrena Gironan kokatzen da, urte pare bat beranduago. Hala, 2008ko ekainaren 13an Marbres Togi S.L.-k (hemendik aurrera Togi) eta La Caixa D' Estalvis de Penedes-ek (hemendik aurrera Caixa), swap kontratu bat adostu zuten, aurretik haien artean negozio juridikorik eman ez zelarik. Inflazio swap bat zen, non 400.000 euroko erreferentzia jaso zen eta %3,85eko interes finkoa. Baina 2009ko maiatzaren 1ean lehen likidazioa burutzean Togik jada 12.343,10 euro zor zizkion Caixari. Momentu horretan, kontratua hautsi ezin zela ikusita demanda tarteratu zuen Togik kontratuaren deuseztapena eskatuz, ulertzen baitzuen biziaturiko adostasun eman zuela eta doloa egon zela banku etxearen aldetik. Gainera, argudiatzen zuen minorista zela eta MIFID arauketa aplikatu behar zitzaiola, hau da, 2004/39 zuzentaraua²⁰. Baina zertan datza zuzentarau hori? Prozedura judizial hauen azterketarekin jarraitu baino lehen Europari begiratuko diogu, zehazki, EBJA-ak 2013. urtean emandako sententzia bati, non arazo prejudizial baten konponketa topatzen dugun.

Aztertuko dugun bigarren prozesuan, lehen instantziako auzitegitik Auzitegi Gorenera arte, Togi-ren argudioek bat egiten dute epaileen argudioekin: Auzitegi Gorenak honela eman zion amaiera prozesuari²¹: *“Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación de Caixa”*. Era berean, lehen instantziako auzitegiaren epaia hurrengo izan zen²²: *“Estimando la demanda interpuesta por Mabres Togi S.L. (...) declaro la nulidad del contrato de instrumento financiero derivado por existencia de error invalidant”*.

1.2. Oinarri juridikoak

Behin jakinda nola bukatu zuten bi prozesuek, hauen oinarri juridikoei ekingo diegu. Aipatzekoa da, bi epaiak hiru hilabeteko tarte batekin eman zirela. Beraz, oso egokiak dira aztertzeko nolakoa den AG-aren jurisprudentzia eta interpretazioa bizio-errorearen existentziaren inguruan, swap kontratu bati aplikatuta. Hala ere, probintzia auzitegien oinarri juridikoak aztertuko ditugu alderatzeko.

¹⁸ Mallorkako Probintzia Auzitegiaren epaia, 2011ko ekainaren 20koa, RJ 216/11.

¹⁹ AGE, 2013ko urriaren 29koa, ponentea José Ramón Ferrándiz, RJ 5479/2013.

²⁰ <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>

²¹ AGE, 2014ko urtarrilaren 20koa, ponentea Ignacio Sancho Gargallo, RJ 354/2013.

²² Gironako Probintzia Auzitegiaren epaia, 2011ko abenduaren 12koa, RJ 494/11.

PALMA. Sententzia honen hasiera gure lanaren lehenengo atalarekin parekatu dezakegu, hain zuzen ere, swap kontratua zer den, nola funtzionatzen duen eta zeintzuk diren bere ezaugarriak agertzen baitira. Era berean epaiak azaltzen du zeintzuk diren aplikagarriak diren legeak, eta hurrengoak zerrendatzen ditu: Kode Zibila, 26/1988 Uztailaren 29ko legea; 26/1984 Uztailaren 19ko legea; 7/1995 Martxoaren 23ko legea; 2/1994 Martxoaren 30eko legea; 44/2002 Azaroaren 22ko legea eta beste hainbat agindu ministerialak.

Bigarren instantziako epai honen bitartez swap kontratuen oinarri juridikoetan murgiltzen hasiko gara. Behin epaileek argitzen dutenean zer den kontratu mota hau eta nola funtzionatzen duen, aztertuko dituzte alde batetik merkataritza arauak eta bestetik arau zibilak. Lehenengoa, ez zaigu guri egokitzen lan honetan. Hala ere, horren inguruan zertzelada batzuk ematea beharrezkoa da, aurrerago MIFID epaia azalduko dugula kontuan hartuta. Epaiak bi alderdien arteko akordioa deribatu finantziario moduan kalifikatzen du, hala esaten diolako legeak: *“De conformidad con la ley de mercado de valores son instrumentos financieros derivados los contratos a plazo, los contratos de opción, los acuerdos de interés a tipo plazo, LOS CONTRATOS DE PERMUTA y otros contratos de instrumentos derivados financieros. (...) La ley ha ido más allá y también considera instrumentos financieros tanto a los contratos de derivados financieros que no son objeto de negociación en un mercado secundario (por ejemplo Fraps y SWAPS)”*. Hortaz, instrumentu finantzario deribatuen aurrean aurkitzen gara eta horrek hurrengo ondorioak ditu, sententzian jasotzen direnak: *“El cliente puede calificarse, como profesional o minorista”*. Aurrerago azalduko dugu kalifikazio bakoitzak dituen ezaugarriak. Azken ondorioa entitateak ematen duen informazioaren ingurukoa da. Epaiak hurrengo izenondoak ezartzen dizkio eman beharreko informazioari: *“Veraz, clara, completa, de manera que no induzca a confusión o equivocación”*. Merkataritza arlotik lehen azalpenak eman ditugu, eta hauek euskarri izango dira bai epai honetan zein aztertuko dugun beste epaietan.

Santander bankuak ezartzen duen kasazio errekurtsioan bakarrik bizio-errorea eztabaidatzen da, alde batera utziz merkataritza arloa. Horregatik, Auzitegi Gorenaren lehenengo salak 2013ko urriak 29ko 626/2013 epaian bakarrik aztertzen du Kode Zibileko 1266. artikulua interpretazio desegokia eta doktrinaren batasuna eskatzen du. Hala ere, aztertuko dugun bigarren sententzian magistratuen lana sakonagoa da eta modu hobeko batean azaltzen du bizio-errorea swap kontratuen interpretazioan. Doktrinaren batasuna dela eta bi epaietan argudio berak ematen ditu, hala ere, epaia ez da bera.

Auzitegi Gorenak aztertzen ari garen beste sententzian akatsen inguruan jurisprudentzia eta testu berak erabiltzen ditu. Kode Zibileko 1266. artikuluari egiten zaio erreferentzia berriro, eta aurretik azaldu ditugun argudio guztiak errepikatzen ditu. Hala ere, are gehiago argitzen du sententzia honetan bere ikuspuntua: *“El error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por las contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia”*. Gogoratuko dugu puntu honetan 1902. urtetik

auzitegiaren ikuspuntua berdina dela. Gaur egungo sententzia aztertuta, ezingo da kontratu hori deuseza adierazi alderdi kaltetuak baldin badaki negozio juridiko horren mamia arriskutsua dela eta irabaziak edo galerak ekar ditzakeela. Hori dela eta akatsak “segurua” behar du izan.

Kasu batzuetan bizio errorea eman dela ezingo da argudiatu. Kasu berezi horiek Merkataritza zuzenbidean jasota daude eta aurretik azaldu den moduan bezero motekin dute lotura salbuespenak. Bezeroa profesionala edo minorista baldin bada epaileek oso modu desberdinean aztertu beharko dituzte egitateak. Lehen epaiketan egindako frogak aintzat hartuta AG-ak erabakitzen du Polo bezero profesionala dela. Beraz, bizio-errore baten aurrean aurkitzea zaila izango da baldin eta bezero hori profesionala bada eta esperientzia badu, kasu honetan gertatzen den moduan. Hortaz, bizio-errorean erortzea zaila da horrelako enpresa batentzat: *“Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades banacarias, padeciera un error como el declarado en instancia”*. Gero eta enpresaren maila, jakintza eta esperientzia altuagoa, orduan eta zailagoa izango da argudiatzea engainu edo errore baten aurrean gaudela. Gainera, kontratuaren saldoa positiboa den heinean alderdiek ez dute kontratu hori deuseztatu nahi, aldiz, saldoa negatiboa denean hura kantzelatze mekanismo guztiak martxan jartzen dituzte. Honen inguruan doktrinak eztabaidatu du. Dirua galtzen duenean ohartarazten da bezeroa produktu hori konplexua eta arriskutsua dela. Bizio errorea soilik baliogabetzearen inguruan erortzen bada, planteatu behar dugu akordio osagarri baten edo nahitaezko elementu baten aurrean aurkitzen garen zeina swap kontratatze erabateko garrantzia izan duen. Jurisprudentziak ulertzen ohi du elementu esentziala dela, kontratuaren emaitza ekonomikoa eragina duena, eta hortaz kontratua deuseza dela. Hala ere, doktrinaren zati batek uste du likidazioek ez dutela berebiziko garrantzia, eta elementu osagarri bat direla. Beraz, kontratua ezin da deuseza izan bizio errorea dela eta, ezin da ezeztatu. Baina klausula penal bezala ulertzen badugu auzitegiek bere moderazioa ezarri dezakete KZeko 1154. artikulua arabera.²³

GIRONA. Gironako prozesuan magistratuak merkataritzako ikuspuntu batetik aztertu zituzten egitateak. Aipatzen dituzte 217/2008 Otsailaren 15eko Errege Dekretuaren 73. artikulua; 47/2007 abenduaren 19ko Legea, 2004/39/CE/Zuzentaraua (MIFID), eta Merkatu Baloreen Legearen 78 eta 79 bis artikulua. Gironako Audientzia Probintzialak argi ikusten du demandatzailea bezero minorista zela, eta horrek ahulezia egoera bat ekarri ziola, banku entitate handi batekiko. Horrelako egoerak direla medio esan dezakegu MIFID direktibak erabateko garrantzia duela. Zuzentarau horren 19. artikuluan, zein Merkatu Baloreen Legearen 79 bis. artikuluan zehazten zen **TEST DE IDONEIDAD** edo **EGOKITASUN GALDETEGIA** delakoa egin behar dela, egokitasun galdetegia delakoa, alegia (lanaren eranskinean atxikitzen da eredu bat eta horri egindako iruzkina). Aurretik azaldu dugu zertan datzan, baina gogoratuko dugu baliabide honen bitartez bezeroaren produktua eskuratzeko gaitasuna eta aurrera eramango duen negozioa gauzatzeko ulermen maila zein den jakingo dugula. Hala ere, sententzia honek arlo merkantilari egiten dio erreferentzia uneoro, eta emandako

²³ NAVAS NAVARRO Susana. “Contrato de Leasing y derivado financiero. Deberes de información previstos en el art. 79 de LMV”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. Thomson-Aranzadi. Zizur Behera. 2017. II. Atala.

adostasuna biziatur zegoen edo ez argitzera ez da sartzen. Hori dela eta, Auzitegi Gorenak zehaztu behar izan zuen atal horri zegokion ebazpena eta zergatia.

Aurretik azaldutako argudioez gain, gehienak merkantil arlokoak izanda, auzitegi honek hamaikagarren oinarri juridikoan zehaztu zuen baimenean izandako akatsa. Emandako baimena egokia den edo ez jakiteko Kode Zibileko 1265, 1226 eta 1300. artikulua aztertu behar ditugu. Lehenengo artikulua horretan legegileak erabat argi uzten du ez dela baimena ontzat hartuko akatsik, dolurik, indarkeriarik edo larderiarik balego hura ematerakoan. Egitateen kasua akats baten aurrean gaudela argudiatu du alderdi demandatzaileak.

Eskertzekoa da Auzitegi Gorenak era oso argi eta ulergarri batean azaltzen duela zein den bere ikuspuntua gai honen inguruan, 354/2014 epaian, urtarrilaren 1ekoa: *“Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”*. Baina segurtasun juridikoak erabateko garrantzia du, horregatik errespetatu behar da *pacta sunt servanda*, hau da, emandako hitzak erabateko balioa izatea. Kontratua burutzen duten alderdiek beren askatasuna baliatzen dute *lex privata* sortzeko. Bi printzipio hauek direla eta, ezin da edonola kontratu bat deuseza dela adierazi. Lehenik eta behin baieztatu ahal izateko akats hori egon dela beharrezkoa da errakuntzaren usteak kontsiderazio hori izatea. Aktoreari eskatu behar zaio zalantzarik gabe frogatzea pentsaera akastuna zela eta ez aukera bat bezala azaltzea. Erabateko ziurtasuna eskatzen du jurisprudentziak.

Era berean, Kode Zibileko 1266. artikulua akatsaren inguruan mintzatzen da eta honela dio: *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”*. Artikulu honen inguruan aztertzen ari garen epaiak honela dio²⁴: *“Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa”*. Beraz, akatsak kalte egin behar dio alderdi bati, kasu honetan Togi, eta kontratuaren funtsari. Gainera, Auzitegi Gorenak beharrezko edo funtsezko hitza erabiltzen du, akatsaren garrantzia azpimarratzeko.

Aurrekoaz gain, alderdiek kontratuak egiterako unean adosten dute arrisku bat egongo dela, are gehiago horrelako inbertsio edo aseguru kontratu bat egitean. Ulertzen da arrisku hori ontzat hartu zuela demandatzaileak, baina kontratua perfekzionatzerako momentuan adostasunean akatsa egon zela. Gaizki ulertutako inguruabarrak iraganekoak, oraingoak edo etorkizunekoak izan daitezke, baina esan dugun moduan beharrezkoa izango da kontratua egiten den momentuan, akats hori kontutan hartu izana. Sententziak azaltzen digun moduan, behin kontratua egiten eta gero izandako

emaitzek ezin dute kontra esan, negozio juridiko horren mamia. Hala izaten ez bada, alderdi bakoitzak hartutako arrisku bezala ulertuko da.

Auzitegi Gorenaren jurisprudentziarekin jarraitzeko aipatzekoa da sententziak hurrengo puntuan esaten duena: *“El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad”*. Hortaz, bezeroak baldin badaki negozio juridikoa aleatorioa eta arriskutsua dela, emaitzaren uste desegokiak ez du kontratua deuseztatzen. Baieztapen hau kontratua burutzerako unean hartzen den arriskuarekin lotu dezakegu. Bezeroak jakitekotan arrisku bat dagoela eta hura onartzen badu, ez da entitatearen engainurik egongo negozio horretatik ateratako emaitzak galerak badira bezeroarentzako.

Azken betekizun moduan eskatzen da akatsa desenkusagarria izatea baina Auzitegi Gorenak hainbat epaietan elementu gisa gehitu du, hala nola 756/1996 Irailaren 28koa edo 315/2009 Maiatzaren 13koa. Kontzeptu honetan jurisprudentziak balioztatzen du akastunaren edo ez-jakitunaren jarrera. Beste alderdiak diligentziaz jardun badu negozio juridikoa babestuko da, nahiz eta bezeroak jakin ez sinatzen zuena. Arazoa egonez gero kontratatzen duen alderdia babesten du, kontratu horren itxura egokia dela eta.

Bi kasuetan ez ziren test horiek egin, beraz, bi epaietan zalantzan jartzen da bezeroek zuten informazioa eta hura izanda hartu ahal zituzten erabakiak. Europako Batasuneko Justizia Auzitegiaren epaian ikusi dugunez, swap kontratuak konplexuak direla aitortzen dute eta horrek eragiten du bezeroekiko kontsiderazio berezia izan behar duela entitateak.

Bi kasuak oso parekoak izanda Auzitegi berak erantzun desberdinak eman zituen: alde batetik, ulertzen du CAIXAK ez zekiela zer zen kontratatu zuen produktua, eta horrek eragina du mamian, negozio juridikoaren kausari eragiten baitio. Auzitegiak honela dio: *“El error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado”*. Kontratuaren jatorrian dago akatsa, berak ez baitzekien sinatzen zuen produktuak zituen arriskuak, askotarikoak zirela. Gainera, EBJA-aren definizioa jarraituz konplexutasun nabariko negozioa zen. Hala ere, Auzitegi Gorenak argi utzi nahi du kontratua deuseza izango dela bezeroak ez zuelako informazio nahikorik horren inguruan eta ez informazioa ez jasotzeagatik: *“Lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de información previsto en el art 79 bis3 LMV”*.

Bestetik, Auzitegi Gorenak aztertzen ari garen bigarren epaian ulertzen du Polok bazekiela eta esperientzia zuela merkatuetan murgiltzeko, hortaz swap kontratu batek zituen arriskuak ezagutu behar zituen. Burutu zuten kontratua merkatuen gorabeherei

lotuta zegoen eta epaileen ustetan enpresak onartu zuen dirua galtzeko aukera: *“Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como Polo, padeciera un error como el declarado en instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos, y en último caso que fuera excusable.”* Honetaz gain Auzitegiak ulertzen du ezin dela salatu akatsa behin dirua galtzen hastean: *“Polo entendió válido y vinculado el contrato cuando, en la primera de las liquidaciones anuales, los resultados le fueron favorables o, en la segunda, cuando no le fueron perjudiciales.”* Egitateetan azaldu dugu nola lehenengo urtean irabaziak izan zituen enpresak eta bigarrean ez zuen ia ezer galdu, eta behin hirugarren urtean dirua galtzean salatu zuen bere egoera. Argudio honen bitartez ere argudiatzen du Auzitegi Gorenak errekurtsioa onartu behar dela. Ordea, aztertu dugun beste epaian hasieratik jakinarazi zion MAGRESEk Caixari bere egoera ez zela uste zuena eta biziaturiko akatsa zegoela negozio juridiko horren mamian.

Esanguratsuak dira ere AG-ak 2014, 2015. eta 2016. urteetan emandako epaiak swap kontratuen inguruan. Hauek ere azterketa sakon bat merezi dute eta berau hurrengo atalean garatuko egingo dugu.

2. Auzitegi Gorenaren 387/2014, 549/2015 eta 154/2016 epaien analisisia

2014ko Uztailaren 8an Caixa bankuak berriro bere burua demandatuta ikusi zuen, kasu honetan ere swap kontratu bat burutzeagatik, zehazki 2008. urtean. Lehenengo demanda 2010. urtean tarteratu zuten bi bezeroek, kontratuaren deuseztasuna eskatuz. Lehen Instantziako Vilarrealgo epaitegiak demandaren eskakizunak guztiz onartu zituen eta kontratua deuseztatu zen. Gainera, likidazioak itzultzeko obligazioa ezarri zion banku entitateari. Castellongo Audientzia Probintzialak bankuaren errekurtsioa ikusi zuen baina aurreko epaia erabat berretsi zuen, hortaz ordaintzeko obligazioa mantentzen zen. Azken pausu bezala Caixak AG-ra jo zuen, doktrinaren bateratzea eskatuz eta kontratua ez deuseztatzeko eskaria eginez.

Egitateak ohikoak eta ezagunak ditugu: 2008. urtean alderdiek mailegu baten bitartez beren etxea erosi zuten hau hipotekatuz banketxearen aldeko eskubidea dela medio, eta horren barruan swap kontratu bat hitzartu zuten *“collar bonificado de tipos de interes”* ezizenarekin. Momentu horretan tipoek gora egiten zuten, euriborrek ere, eta hauetatik babesteko sukurtsalaren zuzendariak gomendatu zien kontratua hitzartzea, honek babestuko baitzituen igoeren aurrean. Egitateetan jasotzen da ez ziela azaldu zertan zetzan kontratua, edo zergatik indize bat edo beste hartzen zen erreferentzia gisa, hortaz, akatsean erortzeko aukerak handiak ziren demandatzaileen partetik. Lehenengo eta bigarren instantziako epaiak jasotzen dituzte Kode Zibila zein MIFID zuzentaraua, beste arau batzuekin batera, kontratuaren deuseztasuna aldarrikatzeke. Hala ere, banku entitateak argudiatu zuen demandatzaileak enpresa gisa aritu zirela eta ez kontsumitzaile bezala, eta demanda tarteratu zela kontratuaren saldoa negatiboa izan zenean, aldiz irabaziak izan zituztenean ez zutela oztoporik ipini.

Bere aldetik, 549/2015eko epaian egitateak hurrengoak dira: 2008. urtean Manuart S.A-ak Santander entitatearekin Swap kontratu bat burutu zuen, 600.000 euroko nominalarekin. Manuartek tipo finkoan %3,6-a ematen zion, eta Santanderrek nominalaren gorabeheren arabera bat edo beste. Hala, 2010. urtean, galerak izan ondoren demanda tarteratu zuen Manuartek lehen instantziako epaitegian, kontratuaren deuseztasuna eskatuz eta galdutako dirua berritzultzeko asmoz. Epaitegiak demandatzailearen tesia desestimatu zuen, baina errekursoan kontratua deuseztatu zen eta entitatea behartu zen dirua itzultzera.

154/2016ko kasua gertutik tokatzen zaigu, zehazki Gasteizko epaitegiak epaitu baitzuten Ass Alpress S.L. eta Santanderren arteko liskarra. Kasu honetan alderdiek bi swap kontratu hitzartu zituzten, 2006 eta 2007. Urteetan, hurrenez hurren. Bigarrenak lehenengoa bertan behera uzten zuen, eta baliozko negozio juridikoa egindako bigarrena zen. Lan honetan aztertu diren sententzia guztiak ez bezala, merkataritza-epaitegiak eskudun izan ziren lehen eta bigarren instantzian. Bi epaietan demandaren eskaera onartzen da, banku entitateak ez ziolako bezeroari era argi, zehatz eta egoki batean informatu produktuen ondorio eta arriskuez.

Auzitegi Gorenak ildo berdinak erabiltzen ditu swap kontratuen inguruko sententzia orotan. Logikoa den heinean doktrina finkatzen da eta horretaz baliatzen dira hurrengo epaiak emateko, kasu hauetan gertatzen den moduan. Aurreko atalean azaldu ditugun bi sententzietan auzitegiaren jurisprudentzia eta doktrina argitu ditugu. Hain zuzen ere, 2016ko azken epai honetan magistratuek erreferentzia egiten diote 244/2013 sententziari, zeinean aztertu ziren zeintzuk diren entitateen informatzeko betebeharrak eta, ondorioz, entitateen jarrera juridikoki egokia ala desegokia inbertsiiodunarekiko.

Hala, 549/2015 sententzian auzitegiak gogoratzen du hainbat epai eman dituela bizio-errorearen inguruan, eta gehitzen du swap hauen deuseztasuna hainbatetan erabaki dutela informatzeko obligazioaren urrapena eman delako kasu horietan eta, hortaz, sinatutako negozio juridikoa biziaturik dagoelako. Hala ere, magistratuek beharrezkoa ikusten dute kasu bakoitza bere inguruabarrekin aztertzea, doktrina zabalagoa edo murriztuagoa egoteak ez du esan nahi arazo bakoitzak miaketa sakon bat behar ez duenik. Auzitegiak adierazten du alderdien arteko indarrak erabat desorekatuak direla, are gehiago nazioarteko banku entitateak direnean, enpresa txiki edo bezero arrunten aurrean. Horregatik bezeroa informatu behar da, kontratua perfektionatu baino lehen espekulazio operazioak dituen arriskuez, KZeko 7. artikulua²⁵ fede onez jarduteko beharra jasotzen duela kontuan hartuta. Honetaz gain ez du soilik balio informazioa “inpartziala, argia eta engainurik gabekoa” izatea, modu ulergarri batean produktuaren eta dagokion inbertsio mailaren informazioa jaso beharko du. Aurrerago azalduko den moduan eta lan honetan zehar hainbat aldiz errepikatu den bezala, bezeroak behar duenari lotuta dago entitatea eta hark jakin behar du guztia bere negozio juridikoaz, are gehiago konplexua denean. Horretarako, Mifid zuzentarauak jasotzen ditu egokitasun eta moldagarritasun galdetegiak deritzotenak. Behin baieztatuta galdetegi hauek kasu

²⁵ <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-7/>

guztietan ez zirela egin, jakin beharko da ea bizio errorea dagoen edo ez. AG-aren jurisprudenzia argia eta errepikakorra izan da puntu honetan: 840/2013 epaian jasotakoa oinarritzat hartuta, ondorioztatu dezakegu informatzeko obligazioa urratzeak ez dakarrela automatikoki akatsaren existentzia. Akatsa objektuaren gainean erori behar da, honek arrisku zehatzei egiten baitio erreferentzia. Informazioa beharrezkoa da bezeroak bere onspena emateko, eta akatsa eman dela baieztatzeko produktuaren gaineko jakintasun eza izan behar du, hala ere informaziorik ez izateak ez du akatsa sortzen. Produktuari buruz jakintasun eza edo informazio eskasa izatea ezin da bezeroaren erantzukizunean kokatu, legeak zehazten duen moduan entitateari baitagokio hura eskaintzea eta jakinaraztea. Informatzeko obligazioa urratzen bada, men egin behar diogu bezeroaren jakintsunari eta ez produktu horren beharrari. Hortaz, aztertu behar da kasu bakoitzean bezero zehatzak kontratuaren perfekzio unean ea jakintsunik duen, ez ordea produktu jakin hori behar duen ala beste produktu batekin bere negozio nahiak ase geratzen diren²⁶.

Baina gerta daiteke test edo galdetegi horiek, bezeroek bete behar dituzten horiek, entitateak egin izana eta, hala ere, bizio errore baten aurrean aurkitzea. Doktrinak eztabaidatu du ea galdetegia egiteak baztertzen duen bezeroaren akatsa honek emandako adostasunean, jasotzen baldin bada dokumentu batean bezeroaren sinadura non esaten den informatua izan dela produktuaren inguruan entitatearen aldetik eta, nahiz eta azken honentzat produktua egokia ez izan bezeroarentzat, borondatez eta ezagutzaz onartzea erabaki duela. Egitate hauek 2018. urtean epaitu zituen AG-ak. Bezeroek dokumentu bat sinatu zuten non esaten zen produktua ez zela egokia eurentzat eta informazio osoa jaso zutela horren inguruan. Lehenik eta behin, epaileek bezero minoristak kontsideratzen ditu aipatu bezeroak, Merkatu eta Baloreen legearen 79. artikulua²⁷ arabera. Auzitegiak ezarri duen jurisprudenzian oinarritzen dira epaileok argudiatzeko bankuak ez zuela informazio guztia eta zehatza eman. Egitate frogatuetan zehazten bada banku entitateak informazio nahikoa eman duela, eta legezko obligazioak burutu dituela ezin da baieztatu bizio errorerik eman denik²⁸. Egitate frogatuak aztertu eta gero epaileek ondorioztatzen dute legezko obligazioak ez direla bete sala honek galdatu dituen moduan, eta ez duela entitateak informazio ulergarria eta egokia eman, dagokion aurrerapenik gabe eta agerikoa dena baino haratago ez joanez²⁹. Azkenik, argudiatzen da ez dela nahikoa kontratu orokor bat sinatzearekin, are gehiago banku entitateek egindako formatuan denean eta egun berean informazio guztia jasotzen bada eta sinatzen bada. Epai honen azterketatik uler dezakegu oso kasu gutxitan ez dela egongo bizio errorea. Hau da, galdetegia egiteak ez duela automatikoki suposatzen bezeroa ez dela akatsean erori. Beraz, jurisprudenziak bigarren salbuesle bat ezarri du doktrina honen bitartez³⁰.

²⁷ https://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/124-1988.t7.html

²⁸ AGE, 2014ko urtarrilaren 20koa, ponentea Ignacio Sancho Gargallo, RJ 354/2013.

²⁹ AGE, 2018ko Apirilaren 17koa, ponentea Francisco Marín Castán, RJ 1283/2018.

³⁰ TORRANO RUBIO Enrique. *Alcance del test de connivencia en las operaciones financieras*. Aranzadi. Zizur Behera. 2018

AG-ak 2013. urtean swap kontratua ontzat eman zuen: argudioetako bat alderdiak soilik dirua galtzerako orduan protesta egin zuela izan zen. Hau da, etekinak izan zituen heinean ez zuen erregurik egin, aldiz galerak etorri zirenean kontratua hausteko nahia agertu zuen. Honen inguruan betekizun berriak ezarri dituzte, egoerak mugatzeko asmoz. Akatsa kontratua burutzerakoan emango da, alderdi kaltetuak momentu horretan sinatu nahi ez duen negozioa egiten baitu, hau da kontratuzko balioespena ematerakoan. Nabaria da akatsaren jakintasuna, kontratua burutu eta gero eman behar dela eta ohikoa edo normala da jakinaren gainean jartzea likidazio negatiboak datozenean³¹.

Hiru sententzietan, epaileek bat egiten dute merkatu eta baloreen araudiak erabateko garrantzia duela erabakitzeke akatsa eman den edo ez eta, egotekotan, hura funtsezkoa eta desenkusagarria den. Arau hauen egitura dela eta, entitateek informazio zehatza eta argia eman behar dute, hala nola produktuaren izaera, arriskugarritasuna eta sor daitezkeen interes-gatazkak. Hortaz, bezeroak horren inguruko jakintasunik ez badu eta eman behar zionak ez badio eman, pentsa daiteke akatsa funtsezkoa eta desenkusagarria dela.

Akatsean erori denak ordenamendu juridikoaren babesa merezi du, bere konfiantza negozio zehatz batean ipini baitu eta gainera, eskaini dionak informazio argia eta zehatza emateko obligazioa baitzuen. Swap kontratuen klausula orokorrek, ordea, kontra egiten diote magistratuek argudiatutakoari. Kontratuen irakurtze soila ez da nahikoa eta bestelako egiteak eskatzen ditu entitatearen aldetik, kontratuaren objektua, likidazioak egiteko moduak, negozioak dituen arriskuak, etor daitezkeen galerak eta kantzeldarioaren kostua azalduz, besteak beste³². Ohartarazpen orokor edo huts batek ez du bezeroa akatsetik aldentzen, eta kasu horietan ere kontratua deuseztatzeko aukera egongo da³³. Jurisprudentziak behin eta berriz errepikatzen du finantza entitateek duten informatzeko obligazioa ez dela asetzen soilik nabariak diren datuak emanez, hau da, tipo aldakorra zein den esanez edo euriborrrak urtea nola hasi eta amaituko duen azaltzen. Zer esanik ez, bezeroari produktua aseguru moduan azaltzen zaionean, baina galerak egon daitezkeela ahaztuz³⁴.

Lan honetan aztertu den beste sententzia batean esaten den bezala (AGE 840/2013), informatzeko behar hauek akatsaren desenkusagarritasunean erortzen dira; bezeroa minorista bada informazioa behar zuen eta entitatea behartuta zegoen hura modu adierazgarria eta ulergarri batean ematera. Ordea, kontratatu den produktu finantzario konplexuaren arriskuen gaineko biziaturiko jakintasuna bezeroari barkagarria zaio³⁵.

Behin bizio errorea azalduta eta jakinda informatzeko obligazioa dagoela, jakin behar dugu nondik datorren betebeharrak hori eta zein ondorio dituen akatsean jakintasun ezak. Merkatu eta baloreen araudiak alderdi bat behartzen du informazioa ematera, merkatu

³¹ AGE, 2015eko Urriaren 22koa, ponentea Rafael Saraza Jimena, RJ 4617/2015.

³² AGE, 2018eko Urriaren 3koa, ponentea Francisco Javier Arroyo Fiestas, RJ 4256/2018.

³³ AGE, 2018eko Urtarrilaren 24koa, ponentea Eduardo Baena Ruiz, RJ 137/2018.

³⁴ AGE, 2018eko Abenduaren 12koa, ponentea Juan María Díaz Fraile RJ 632/2018.

³⁵ AGE, 2014ko Uratrilaren 20koa, ponentea Ignacio Sancho Gargallo RJ 354/2014.

honetan burutzen diren kontratuak konplexuak direlako. *Konplexu* kontzeptua sententziek erabiltzen dute eta gehitzen dute zaila dela ulertzea bere funtzionamendua aditua ez den bezero batentzat, egitateetan gertatzen den bezala. Horregatik, perfektionamendua baino lehen, alderdia gai izan behar da hura ulertzeko, bereziki dituen arriskuak. Informatzeko obligaziorik ez badago, kontratu mota askotan gertatzen den bezala, akatsa sinatzaileei leporatuko zaie eta ezingo da kontratua deuseztatu. Baina balore eta merkatuen kontratazioan beharrezkoa da informazioa ematea, hori dela eta alderdietako bat behartzen du legeriak hura ematera, kasu hauetan banku entitatea. Beste alderdiak, bezeroak, kontratuaren alde positiboak eta negatiboak aztertuko ditu eta dagokion erantzuna emango du, berari komeni zaiona hausnartuz. Entitateak dagokion bezala ez badu bere arauaren parte bete bezeroaren akatsa desenkusagarria izango da, alderdi honek behar baitu ordenamendu juridikoaren babesa. Kontratuaren irakurketa soilarekin ezinezkoa da bezero arrunt batek funtzionamendua eta arrisku guztiak barneratzea. Honetaz gain, banku entitateek argudiatzen dute bezeroek beren kabuz informazioa eskuratzeko aukera dutela, ematen zaien informazioa gehitzeko edo osatzeko. Azken argudio hau AG-ak bertan behera uzten du: balore eta merkatuaren legediak ezartzen duen informatzeko beharra aktiboa da, eta ez erabilgarritasun hutsekoa. Bezeroak ez du inolako ahaleginik egin behar informaziorik jasotzeko, beste alderdiari baitagokio. Gainera, inolako jakintasunik gabe bezeroak ezin ditu honen edo horren inguruko galderarik egin, esaten zaionaren inguruan konfiantza guztia ezarri behar du³⁶.

Lau ezaugarri ditu entitateak eman behar duen informazioak: a) informazioa ulergarria, osoa eta egokia izatea; b) entitateak modu aktiboan lagundu behar du informatzera; c) kontratazioa egin baino lehen eman behar da; d) betebeharraren azterketa ez da formala izan behar baizik eta substantziala³⁷.

Auzitegi Gorenak ere aztertu zuen informazio betebeharraren eta bizio-errorearen arteko lotura. Honen aburuz ez da akatsa emango soilik informazioa ez emateagatik, baina produktu hauetan bezeroa modu berezi batean babestu beharko da. Babes hori ematen ez denean akatsa eman denaren azterna utz dezake. Akatsa, kontratuaren funtsean egon behar da, eta zer gertatzen da kontratuaren funtsaren informaziorik jaso ez bada edo informazio hori osatua ez bada?

Galdera honi 2013. urtean erantzuna eman zion Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak, MIFID delako epai famatuan. 39/2004. urteko zuzentarauak hainbat zerbitzu finantzarioen aurrean bezeroei babesa emateko helburua zuen. Urte horietan, hamaika produktu berri zeuden merkatuan, hauen artean aztertzen ari garenak, eta

³⁶ AGE, 2015eko Urriaren 22koa, ponentea Rafael Saraza Jimena, RJ 4617/2012.

³⁷ FERRANDO MIGUEL, Ignacio. *Comentario a la sentencia del TS 222/2018*. Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps. https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-21 *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps*

bezeroentzat ulertezinak edo ulertzeko zailtasun handiak zituztenez, hauek babesteko nahian arauketa berria egin zuten Europar Batasuneko estatuek. Guri dagokigunez aipatzekoa da, bere 19. artikuluan behartzen diela inbertsio enpresei hurrengo printzipioak jarraitzea: zintzotasuna, inpartzialitatea eta profesionaltasuna. Era berean bezero motak sailkatzen ditu profesional eta partikularren artean, bakoitzari eman behar zaion babesa azalduz. Baina, doktrinak eta jurisprudentziak eztabaidatu dute ea aplikagarria den swap kontratuetan. Alde batetik, banku etxe eta entitateek babestu dute ezin dela aplikatu ez delako inbertsio produktu bat, baizik eta kobertura produktu bat. Hurrengo definizioa ematen dio BBVA-ak kobeturari³⁸: *“Hedging o cobertura es la realización de una actividad financiera para reducir o eliminar las posibles pérdidas que pueden causar las inversiones financieras”*³⁹. Produktu honen bitartez bezeroaren inbertsioari aseguru bat ezartzen zaio, izan ditzakeen galerak murriztuz. Gainera, arauak merkatu sekundario bati egiten dio erreferentzia, hau da, transakzio edo titulu finantzarioak negoziatzen eta eskualdatzen diren merkatua, errenta finko zein aldakorrean. Azkenik, argudiatzen dute kontratu hutsak direla eta ez baloreak. Honetaz gain, entitateen funtzioa bi modutara uler daiteke: finantziario zerbitzu bezala edo bezeroaren finantzari gisa. Argudioa hauek emanda merkatu eta baloreen legean aplikatu beharreko artikulua aldatzen da. Hauen ustetan 79 quater artikulua aplikagarria da eta ez 78 bis.

Bizio erroretik babesteko AG-ak oinarri juridikoetan aldarrikatzen du egokitasun eta moldagarritasun galdetgia egiteko beharra duela entitateak (AGE 840/2013): *“La necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los contratos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, par salvar la simetría informativa que podía viciar el consentimiento por error”*. Plazaratzen du kontratuaren konplexutasuna dela eta bezeroek babes berezia dutela hauek sinatzeko unean. Baina alde aurretik legeak bi bezero mota desberdintzen ditu (78. bis) profesionala eta minoristak. Lehenengoak izenak esaten duen moduan jakitun izango dira bai produktu beraz, bai honen inguruan hartzen diren erabakiez. Gainera, artikuluan zehazten dira irizpide objektibo batzuk profesional gisa kalifikatu ahal izateko: *“Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”*. Profesional hauek nahiko esperientzia, jakintza eta kualifikazioa izan behar dute beren erabaki propioak hartu ahal izateko. Legegileak ezaugarri orokor gisa finkatu ditu aurreko kontzeptuak, baina zehaztasun handiagoa ematen du legearen hurrengo puntuetan. Eta, bigarrenak ohiko bezeroak izango dira, hain zuzen ere profesionalak ez diren guztiak. Honen arabera, harremana entitatearekiko desberdina izango da. Lege berean 79 bis. artikuluan informatzeko obligazioa jasotzen da: *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*

³⁸ <https://www.bbva.com/es/que-es-el-hedging-o-cobertura/>

³⁹ RODRÍGUEZ ACHUTEGUI Edmundo. *Revista Aranzadi Doctrinal* 6/2013. Zizur Behera.

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". Entitateen betebeharrak eta bezeroen eskubideak jasotzen dira artikulua horretan eta hurrengoak azpimarratu ditzakegu: uneoro bezeroa informatzeko obligazioa, bezeroei ematen zaien informazioak benetakoa, argia eta ez engainuzkoa behar du izan; entitatearen informazio orokorra eta bere jardueraren ingurukoa edo bezeroak entitatearen eskutik txostenak maiz jaso beharko ditu. Bi artikulua hauek betetzen direla baieztatzen aipatu ditugun test horiek daude.

Baina noiz gaude zerbitzu baten aurrean edo aholkularitza baten aurrean? AG-ak zehaztu du aztertu behar dela nola eskaini zaion bezeroari produktua⁴⁰. Balorazioa 2006/73 zuzentarauaren 52. artikulua araberan egin behar da. Puntu hau EBJA-ak garatu zuen ezaguna zaigun 2013ko Maiatzaren 30eko epaian non hurrengoak zehaztu baitzen: *"Tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público "*⁴¹.

Jurisprudentziak artikulua hauen azalpena eta garapena burutu du. Bezeroa sozietate merkantila bada eta kontratazioan kontabilitatearen arduradunak parte hartzeak ez du informatzeko beharra bertan behera uzten, Mifid kalifikazioaren arabera bezero minorista baita. Enpresen edo finantzen inguruko jakintasuna ez da nahikoa, produktuaren gaineko ezagutza zehatza behar da akatsik ez dela eman argudiatzeko edo hau desenkusagarria dela esateko⁴².

Behin galdetegi horiek eginda bi emaitza eman ditzakete: mesedegarria edo ez mesedegarria. Lehenengo kasuan operazioa aurrera eramanez daitezke eta bigarren kasuan bezeroari ohartarazi behar zaio ezin dela inbertsioa burutu. Aztertu ditugun sententzietan ez zenez horrelakorik egin, ezin da hauekin alderatu⁴³. Baina, test honen bitartez bezeroaren babesa erabatekoa da. Alde batetik emaitza onuragarria bada, gai da horrelako produktuetan inbertitzeko eta, bestetik, emaitza onuragarria ez bada ezingo du inbertitu kontrolatzen ez duen gai baten inguruan, sententzia horien egitateetan gertatu zen moduan.

Jurisprudentziak bi egoera desberdintzen ditu eta bakoitzaren arabera bata edo bestea erabiliko da. Batetik, bezeroaren borondatearen exekutatzailerik bezala aritzen denean, eta bestetik aholkularitza finantzarioa burutzen duenean. Lehenengo kasuan entitateak balioztatu behar du bezeroaren jakintasuna eta esperientzia, eta hori oinarri izanda produktuaren arriskugarritasuna ulertzeko gai den edo ez. *Si la Entidad realiza actividades de Comercialización de Productos Financieros, es decir, solo ofrece productos financieros que considere adecuados, están obligados a la realización de un*

⁴⁰ AGE, 2014ko Urtarrilaren 20koa, ponentea José Antonio Seijas Quintana, RJ 387/2014.

⁴¹ EBJA 2013ko Maiatzaren 30ekoa, ponentea U. Lhomus, C-604/11.

⁴² AGE, 2015eko Urriaren 22ekoa, ponentea Rafael Saraza Jimena, RJ 4617/2015.

⁴³ <https://wkfinancialeducation.com/test-de-idoneidad/>

Test de Conveniencia. Mediante la realización de este Test de Conveniencia se pretende conocer si el Cliente es capaz de comprender la naturaleza y riesgos de los productos que la Entidad comercializa. Este Test de Conveniencia por tanto trata de valorar los conocimientos y experiencia del cliente, realizándole cuestiones referentes a: La Tipología de Productos, y Servicios que haya contratado con anterioridad, su volumen, frecuencia y naturaleza y a su vez cuestiones formativas, académicas y profesionales del Cliente potencial (nivel de estudios, profesión actual...). Honetan bezeroaren gaitasuna jakiteko tresna erabiltzen du entitateak. Iraganen izan dituen negozio juridikoak aztertzen dira, zein produktu mota nahi duen eta horrek duen arriskua. Aldiz, bigarren kasuan, AG-aren sententziaren kasuan halaber, ez du entitateak soilik jakin behar zertan datzan swap kontratua edo horrek dituen arriskuak. Honetaz gain bezeroaren egoera finantzario eta helburuen arabera ebaluazioa egin beharko du, gehien komeni zaiona jakinaraziz. Horretarako tresna bazuen banku etxeak⁴⁴: *En el Test de Idoneidad se recogen cuestiones referentes a la situación financiera del potencial inversor, los objetivos de inversión y los conocimientos, y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente a un determinado tipo de producto o servicio.* Ikus dezakegu bezeroaren potentziala ikertzen dela test honetan, bere helburuak, ezagutzak eta esperientzia produktu zehatz horrekiko. Beraz, entitateak jakingo du nola jokatu behar duen eta zein arrisku har ditzakeen pertsona horrek.

Egiten den frogaren arabera bezeroak ez du errepikatu beharko edo beharrezkoa izango zaio berriz egitea: alde batetik, produktua indibidualizatzen denean, test horrek soilik balio du produktu zehatz batekiko, eta inbertsio berri bat egin nahi duen bakoitzean hura pasatu beharko du. Edo bestetik, test orokorra edo bakarra, non entitatearen produktu guztiak jasotzen dituen eta behin eginda edozein inbertsiorako baliozkoa izango da.

2017. urtean AG-ak bere jurisprudentzia berretsi zuen, hau da, banku edo inbertsio entitateen informatzeko beharra berretsi zuten eta hau ez egitekotan bizio errorean eroriko ginateke. Hala ere, gaizki informatzeak ez du esan nahi zuzenean biziaturiko adostasuna eman dela, baizik eta bide ematen zaiola auzitegiari hau horrela izan dela interpretatzeko. Aipatzekoa da sententzia honetan AG-ak gogoratzen duela MIFID zuzentarau baino lehen legediak behartzen zuela egoki informatzera: *“Antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.”* Zuzentarau honek ez du soilik informatzeko beharra jasotzen, momentu oro bezeroaren jarraipena egin behar da gehien komeni zaiona azalduz. Egokitzapen hau indartzen da aholkularitza edo karteren gestioa dagoenean. Gainera, produktuen gobernantza dago zeinak finantza produktuen diseinua eta banaketa arautzen dituen. Horrela produktuaren jarraipena egiten da, produktiotik komertzializaziora arte. Eskaintza ez egokirik ez emateko, iragazki bikoitza dugu. Lehenak produktuaren diseinua baldintzatzen du, bezeroari gehien dagokionaren produkzioa aintzat hartuz. Bigarrenak

⁴⁴ Iturria: 47/2007 Legea, abenduaren 18koa (EAO abenduak 20koa). Ikus, www.ceaccu.org/component – *I Jornadas de Educación Financiera del Consumidor – CEACCU 12 y 13 de noviembre de 2009.*

eskaintza baldintzatzen du, bezero horri gehien komeni zaion produktua emateko edo bere helburu eta egoera ekonomikoaren arabera. Ez da berdina izango enpresa txiki edo multinazional bat. Modu honetan informazioaren paradoxa gainditzen da bezeroa babesteko era bezala eta merkatuaren funtzionamendua ziurtatzen da⁴⁵.

Lan honetan zehar hainbatetan aipatu dugun moduan ez da soilik aholkatu behar, bezeroari gehien komeni zaion inbertsioa proposatu behar zaio ere. Baina aztertu ditugun bi epaiekin badago alderaketa txiki bat. Azkeneko sententzia honetan, magistratuek argudiatzen dute trafiko merkantilean garrantzitsua izatea edo aurretik horrelako produktu bat kontratatu izanak ez duela entitatea absolbitzen informatzeko beharraz. Horretarako banku entitateak hurrengo azalpenak eman behar ditu: ze ondorio ditu Euriborraren jaitsierak, interes gatazka eman daitekeela eta kontratuaren kanzelazioak duen kostua eta ondorioak. Amaitzeko, epai honek azaltzen du judizioz kanpoko akordio bat egin eta gero aukera dagoela kontratuaren deuseztasuna eskatzeko. Normalean akordio horiek burutzen dira dirua galtzen ez jarraitzeko aurretik galerak egon direlako; eta bezeroa “pozik” aterako da egoera horrekin. Baina froga tinkoak izanez gero aukera du aurretiazko galeren deuseztasuna eskatzeko KZeko 1255. artikuluan oinarrituta⁴⁶.

2014. urtean Kodifikazio Batzorde Orokorrek Merkataritza Kode berri baten proposamena egin zuen, baina horretan ere permuta aldakorreko kontratuak ez zituen arautzen, atipikotasunean mantenduz. MK berri baten aurre proiektua martxan dago, eta bere helburuetako bat oraindik legeztatu ez diren arazoak arautzea da, modernizazioa bilatuz. Ematen du proiektua abian dagoela eta noizbait argia ikusiko duela. Hala ere, permuta aldakorreko kontratuen inguruan ez da zehazki mintzatzen⁴⁷. Kode Zibilaren berrikuntza ere martxan dago. Izatez, 2016 eta 2017. urteetan APDC-ek, Estatuko Zuzenbide Zibileko Irakasleen Elkarteak, bere proposamena aurrera eramanez⁴⁸. Proposamen horren bosgarren liburuan obligazioak eta kontratuak arautzen ditu. Hauen barruan ikus dezakegu modu oso argi eta antolatuan noiz emango den errorea kontratua deuseztatzeko. AG-aren doktrina jasotzen dela ikus dezakegu, hitz berdinak erabiltzen baititu, are gehiago aztertu ditugun sententziekin antzekotasun nabaria dauka. Kode berri honen proposamenaren 527. artikulutik aurrera kokatuko genuke⁴⁹. Ez da erabateko berrikuntza, jurisprudentziak “adierazgarritasuna”, “desenkusagarritasuna” eta “esentzialtasuna” kontzeptuak jaso egiten baititu. Ez da ideia txarra hauek kode berrian jasotzea, baina ezin dugu esan berrikuntza direnik, baizik eta auzitegiek argitutakoa legean islatu.

Adierazgarritasunari dagokionez, elkarteak eginiko testuan proposatutako lau egoeren bat ematearekin nahikoa izango da akatsa horrela definitzeko (527-5 art.) Hau da, I) akatsa beste alderdiak emandako informazio okerragatik eman da; II) Alderdietako batek akatsa zegoela bazekien eta ez du hura jakinarazi; III) Beste alderdia akatsa berean erori da; IV) Akordatutakoaren arabera, beste alderdiak akatsaren arriskua onartu behar du. Egoera hauetan doluzko errorea zein zeharkako dolua ikus dezakegu, aukera guztiak jasotzen ditu.

⁴⁵ ZUNZUNEGUI Fernando. “Remedios a la mala conducta banacaria”. *Revista de derecho del Sistema Financiero Bancario*. Zizur Behera. 2021. I. Planteamendua.

⁴⁶ AGE, 2017ko Otsailaren 15ekoa, ponentea Pedro José Vela Torres, RJ 97/2017.

⁴⁷ file:///C:/Users/usuario/Downloads/IE2014523_2_0001.pdf

⁴⁸ <https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>

⁴⁹ https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

Desenkusak eskatzen duen subjektuak diligentziaz jokatu behar du. Hala, 527-6 puntuak jasotzen du ez dela errorerik emango jaso duenak diligentziaz jokatu izan balu edo informatu izan balitz.

Azkenik, esentzialtasuna borondatezko adierazpenean ikusi behar da. Indarrean dagoen Kodearen 1266. artikulua kopia da. Beraz, lehen ezaugarrian egongo litzateke proposamen berri honetan aldaketarik nabarmena⁵⁰.

Bizio-erretetik at, aztertu beharra dago ere ea banku entitateak Euriborraren gorabeheren inguruan informatzeko obligazioa duen edo ez. Kontratua egiterako orduan bezeroak badaki zertarako egiten duen, gehienetan Euriborraren edo beste indikadore baten aldakuntzei aurre egiteko. 2011. urtean Arabako Audientziak galdera hura planteatu zuen epai batean. Entitateak behartuta al daude adierazle baten aldaketen inguruan informatzera? Oviedoko Audientzia Probintzialak argitu zuen eragiketaren arriskuari buruzko informazio garrantzitsua etorkizuneko jokabideen aurreikuspen arrazoitu eta arrazoituari buruzkoa dela tasa aldakor erreferentziala. Horrela bezeroak jakin dezake negozio horren benetako arriskua eta entitatearen eskaintza ea egokia den bere nahi eta beharretarako⁵¹. Doktrinaren zati baten ustetan Euriborraren aldaketaren inguruan informaziorik ez izateak ez du kontratua deuseztatzen, ez da nahikoa bertan behera uzteko negozio juridikoa. Inork ezin du jakin nola mugituko diren markadoreak, ez Europan ez inon, hainbat faktoreek parte hartzen baitute; hala nola gerrak, fenomeno meteorologikoak, pandemiak edo politika monetarioak. Gainera, ez dago araurik non behartzen den entitatea horrelako datuak ematera. Elementu aldakorra den heinean ezinezkoa da horren inguruan informazio zehatz eta egokia ematea, beraz ez daude behartuta egitera. Entitateak informazio ez egoki bat ematen badu ez dago bizio errorerik, salbu doloz emandako datuak badira. Zorizko erreferentziak mugitzen dira merkatuan eta ziurtasuna horrelako produktuetan ezinezkoa da, hori dela eta Euribor bezala indikadore baten inguruko informazioa ematera ezin da behartu entitatea, behin eta berriro akatsak egongo direlako eta okerragoa izango da ezer ez esatea baino.⁵²

3. Europako Batasuneko Justizia Auzitegiaren esku-hartzea

2011. urtean Madrilgo Audientzia Probintzialak arazo prejudiziala ebazteko eskatu zion Europako Batasuneko Justizia Auzitegiari. Espainiako auzitegiak jakin nahi zuen nola aplikatu behar zen 2004/39 zuzentaratua swap kontratuen kasuan. Bi litis zeuden gainean, Genil 48 S.L. eta Bankinter S.A. eta Comercial Hostalera de Grandes Vinos S.L. eta BBVA S.A.-ren artean. Bi gatazka desberdin, baina berdintasun askorekin. Bi enpresek swap kontratuak hitzartu zituzten Euriborraren aldaketei aurre egiteko asmoz, entitate horiekin zeuzkaten inbertsioak babestu nahian. Frogatutzat eman zen 2004/39 zuzentaruaren 19.4 eta 5 artikuluko eta 24/1988 transposizio legearen 79 bis 6 eta 7. artikuluko betebeharrak ez zirela burutu. Zuzentaruak artikuluko horietan hurrengo eskatzen du: *“4. Al prestar asesoramiento en materia de inversiones o realizar gestión de carteras, la empresa de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente, con el fin de que la empresa pueda recomendarle los servicios de*

⁵⁰ <https://idibe.org/tribuna/algunas-consideraciones-regimen-personal-del-matrimonio-la-propuesta-codigo-civil-la-apdc/>

⁵¹ Oviedoko Audientzia Probintzialaren Epaia, 2010eko Urtarrilaren 27koa, RJ 508/2009.

⁵² RUIZ DÍAZ Emilio eta IGLESIAS RODRÍGUEZ José Luis. “A propósito de...”, zita. 11 eta 12. orrialdeak.

inversión e instrumentos financieros que más le convengan. 5. Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 4, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente.” Era berean, Merkatu eta Baloreen legearen 79 bis artikulua entitateen obligazioetaz mintzatzen da eta guri dagokigu bosgarren eta seigarren artikulua aipatzea: *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; y 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. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor”.*

Espainiako Auzitegi Gorenak hiru galdera planteatu zizkion Europarrari: zeintzuk ziren entitatearen informazio obligazioak instrumentu hau erabiltzerako orduan, ea kasu horretan errespetatuak izan ziren informatzeko obligazioa eta zeintzuk ziren ez betetzearen ondorioak.

Lehenik eta behin EBJA-ak swap kontratuak konplexu gisa kalifikatu zituen, eta entitateen argudioak bertan behera bota zituen⁵³: *“Los contratos de permuta financiera relacionados con los tipos de interés.... figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el art. 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos”.*

Bigarrenik, Auzitegiak ondorioztatzen du beharrezkoa dela informazioaren eta arriskuaren balorazioa egitea. Hala ere, zehazten da auzitegi nazionaleri dagokiela balorazio hau burutzea, eta ez Europarrei. Egia da ere, hurrengoa esaten duela: *“El hecho de que la duración del instrumento financiero al que se refiere dicho servicio sobrepase la del citado producto, de que un instrumento financiero único se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente o de que el instrumento y el producto se ofrezcan en contratos diferentes son indicios de que ese mismo servicio no forma parte intrínseca del producto financiero en cuestión”.* Era berean, desberdintzen ditu produktu finantzieroak eta inbertsio produktuak eta zuzentaraua bi eratan interpretatu daitekeela argudiatzen du: *“Un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, 2) que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto «debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer*

⁵³ EBJA 2013ko Maiatzaren 30ekoa, ponentea U. Lhomus, C-604/11.

requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19”.

Hirugarrenik, Auzitegiak baieztatzen du swap indibidualizatu bat eskaintzeak aholkularitza suposatzen duela eta beharrezkoa egiten du egokitasun test delako hori aurrera eramatea. Honela argudiatzen du: *“Debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”.*

Azkenik, ez betetze kasuen ondorioak zehazten dira. EBJA-ren aburuz herrialde bakoitzaren barne zuzenbideari dagokio zehaztea kontratuaren deuseztapena emango den edo ez MIFID bete ez bada. Hala ere, baliokidetasun eta eraginkortasun printzipioak errespetatu beharko dira beti.

Ondorio orokor gisa doktrinak sententziaren iruzkinean hiru hauek azaltzen ditu⁵⁴: *1.- Estos contratos Swap o Permuta financiera de tipos de interés, tienen la consideración de complejos. No son un producto sencillo ni de fácil comprensión. 2.- Es necesaria una valoración del riesgo de los clientes e información suficiente cuando un servicio de inversión forma parte intrínseca del producto financiero. 3.- La comercialización de un Swap es una labor de asesoramiento sometida a evaluación de conveniencia e idoneidad.* Entitateek sententzia honen ondorioz hiru baieztapen hauek errespetatzeko obligazioa dute, eta 2013. urtetik zalantzarik gabe baieztatu dezakegu swap kontratua konplexua dela, horrek dakartzan ondorioekin. Ondorio horien artean aipatzekoa da zuzentarauak esan bezala eta espainiar zuzenbideak jaso duen moduan egokitasun test delakoa egiteko obligazioa dutela entitateek. Goazen aztertzer bere kokapena legean.

Baloreen Merkatuaren legea 2015. urtean aldatu zen, eta MIFID zuzentarauaren azken transposizioa eginda 2019ko Urtarrilaren 19an sartu zen indarrean azkenean erabat osatuta. Baina gure egitateak aztertzeke 2015. urtea baino lehen zegoen legea aztertu beharko dugu. Kontratuaren konplexutasuna dela eta bezeroek babes berezia dute hauek sinatzeko unean. Baina alde zuzenetik legeak bi bezero mota desberdintzen ditu (78. bis) profesionala eta minoristak. Lehenengoak izenak esaten duen moduan jakitun izango dira bai produktu beraz, bai honen inguruan hartzen diren erabakiez. Gainera, artikuluan zehazten dira irizpide objektibo batzuk profesional gisa kalifikatu ahal izateko: *“Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.”* Profesional hauek nahiko esperientzia, jakintza eta kualifikazioa izan behar dute beren erabaki propioak hartu ahal izateko. Legegileak ezaugarri orokor gisa finkatu ditu aurreko kontzeptuak, baina zehaztasun handiagoa ematen du legearen hurrengo puntuetan. Eta, bigarrenak ohiko bezeroak izango dira, hain zuzen ere profesionalak ez diren guztiak. Honen arabera, harremana entitatearekiko desberdina izango da. Lege berean 79 bis. artikuluan informatzeko obligazioa jasotzen da: *1. Las entidades que presten servicios de inversión*

⁵⁴ Edmundo RODRIGUEZ ACHÚTEGUI. *Revista Aranzadi Doctrinal* 6/2013.

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.” Entitateen betebeharrak eta bezeroen eskubideak jasotzen dira artikulu horretan eta hurrengoak azpimarratu ditzakegu: uneoro bezeroa informatzeko obligazioa, bezeroei ematen zaien informazioa benetakoa, argia eta ez engainuzkoa behar du izan, entitatearen informazio orokorra eta bere jardueraren ingurukoa edo bezeroak entitatearen eskutik txostenak maiz jaso beharko ditu. Bi artikulu hauek betetzen direla baieztatzeko aipatu ditugun test horiek daude.

Informatzeko obligazioari 39/2004 zuzentarauaren arabera sententzian salbuespen bat aurreikusten da. Salbuespen hau modu murriztailean interpretatu behar da. Swap kontratua eskaintzen duenak beste produktu baten barne-barneko bezala azaldu behar du, eta beste produktuak swaparekiko lotura zuzena izan behar du. Lotura horren ikuspena egiteko EBJA-aren magistratuek pausuk azaltzen dituzte: instrumentu finantzieroaren iraupena produktua baino luzeagoa izatea, instrumentu finantziero bakarrak beste bezeroei eskaintzea edo instrumentua eta produktua kontratu desberdinetan eman daitezen. Hala ere, EBJA-ak ez du bere burua eskudun ikusten gai honetan eta barne auzitegiek erabakitzeke eskumena dutela baieztatzen du⁵⁵.

Hala ere, nahiz eta horrelako egoera baten aurrean egon, ez du esan nahi entitateak informatzeko obligazioa urratu dezakeenik. Gerta daiteke EB-eko beste arauak aplikatu ahal izatea, baina hauek ere jasoko dute aholkularitza egoki baten obligazioa.

Zuzentarau horren garrantzia erabatekoa da gure prozesuetan, alderdiek aldarrikatzen baitute ez dela bete eta horren harira biziaturiko adostasuna eman dela⁵⁶.

III. EUROPAKO ZUZENBIDE KONPARATUA ETA NAZIOARTEKO ARAUDI MARKOA

Gaur egungo globalizazioa dela eta herrialde guztiak lotuta daude. Are gehiago, zuzenbidea partekatzen dutenean, Europar Batasunaren kasuan bezala non hogeita zazpi herrialdeek zuzentarau berdinak ezarri behar dituzten. Gure gaiari dagokionez, nazioarteko eta europar zuzenbidearekin lotura estua daukagu lanean zehar azalduta geratu den moduan. Hori dela eta lanaren zati honetan gure inguruko beste herrialdeekin alderatuko gara, eta hauek izandako arazoak azalduko ditugu.

⁵⁵ EBJAaren epaia, 2013ko Maiatzaren 30ekoa, ponentea U. Lhomus, C-604/11.

⁵⁶ <https://eprints.ucm.es/id/eprint/22814/1/T34726.pdf>

Kontratu honen historia azaldu dugunean sorrera gure mugetatik at kokatu dugu. Negozio juridiko berri hauetan ohikoa den moduan mundu anglosaxoia aurreratu zen eta ustekabean harrapatu gintuen. Baina XX. mendeko lehen hamarkadan Europar Batasuneko hainbat herrialdeen banku entitateek produktua maneiatzen zuten eta hura eskaini ere. Gure inguruko herrialde garrantzitsuenetarikoak duten jokoera eta izan dituzten arazoak argituko ditugu, beharrezkoa baita zuzenbide konparatua barne zuzenbidean gertatzen dena ulertzeko.

Graduan zehar ikusten den moduan, nazioarteko zuzenbide pribatua izugarritzko hazkundera izaten ari da. Negozio juridiko zein kontratuak etengabe egiten dira herrialde desberdinetako subjektuekin, eta horrek beti bi elementu ezezagun jartzen ditu mahai gainean: alde batetik, ze estatuko auzitegiek dute eskumena gatazka ebazteko eta bestetik, ze estatuko barne zuzenbidea erabiliko den hura ebazteko edo errazago esanda zein den jurisdikzioa eta aplikagarria den legea.

1. Europar Batasuneko herrialdeen zuzenbide konparatua

Aurretik esan dugun moduan nazioarteko zuzenbideak beste dimentsio bat lortu du azken urteotan. Europar Batasuneko zuzenbideak lehen mailako garrantzia du, halaber, gure ordenamenduaren piramidean, bere zuzenbidea zein auzitegien ebazpenak maila gorenean baitaude, haren legearen interpretazioa aplikatu beharrezkoa izanik. Hortaz, barne zuzenbidea, nazioarteko zuzenbidepean kokatzen dugu gaur egun, eta horregatik, beste herrialdeen eta EB-aren erantzuna aztertu behar dugu arazoari bide emateko.

EB-eko estatuen helburua bezero edo inbertsiodunaren babesa da, MIFID zuzentarauan ikusi dugun moduan. Aztertzea goaz gertu dauden herrialdeen zuzenbidea produktu hauekiko.

ALEMANIA: Alemanian, 2011ko apirilaren 5ean “Inbertsioduna babesteko eta Kapitalen Merkatuaren funtzionamendua hobetzeko Legea” arau berria ezarri zen inbertsiodunen posizioa babesteko eta indartzeko. Arau honen arabera, Alemaniako autoritate arautzaileak kontrolatzen ditu instrumentu finantzarioei buruzko kontratuak, ordeko merkatuan, hots negozioazio eta transakzio merkatua dena, non edozein titulu finantzario negoziatzen den, bai tipo finkoan zein aldakorrean. Hauetaz gain, merkatu monetarioan dirua erreztasunez bihurtzeko mixto eta aktiboak⁵⁷, egiten badira eta inbertituko den kapitalaren ehuneko 5 edo gehiago arriskuan badago. Swap kontratu baten egikaritzaren notifikazioa egiterako orduan, berdin du zein kontratu mota den: swap, CFD edo bestelako produktu konplexuak. Garrantzitsua da aipatzea Alemaniak gogor zigortzen duela bere autoritateei jakinarazpenik ez egitea, milioi bat euroko isunekin kasu larrietan⁵⁸. Alemaniar erakunde honen helburua merkatu eta produktu finantzarioen ikuskaritza da. Honen bitartez bezeroa babesten da eta merkatua profesionalizatzen da. Baimendu ez diren transakzioak bilatzea eta zigortzea du xede ere, swap kontratuetan gertatu izan den bezala herri horretan⁵⁹.

⁵⁷ AGE, 2020eko Abenduaren 11koa, ponentea Pedro José Vela Torres, 3633/2020.

⁵⁸ MINGOT AZNAR, Manuel María. Tesis Doctoral. *Caracterización Jurídica del contrato de permuta financiera sobre acciones o índices bursátiles*. Universidad Complutense de Madrid, 2017. 368. orr.

⁵⁹ https://www.bafin.de/EN/DieBaFin/AufgabenGeschichte/aufgabengeschichte_node_en.html

FRANTZIA: Herrialde honen kasuan Frantziar Autoritate Finantzarioa da kontratuak kontrolatzen dituen entitate publikoa. Swap kontratuak kontrolatzen ditu, eta bere eskuetatik pasatzen da hauen kontrola. Administrazio publiko honen garrantzia eta zigortzeko gaitasuna ulertzeko Wendel S.A. enpresari ezarritako isuna aipagarria da. Sozietate honek Saint-Gobain S.A.-ren erosketa burutu zuen “equity swap” batzuen bitartez, hau da, burtsa-swap kontratuen bitartez. Ez zion AMF-ari jakinarazi eta behin enpresa berea egin zuenean autoritateak ohartarazi ziren honetaz. Ikerketa amaitu eta gero ondorioztatu zen hasieratik beste enpresaren zati nabari bat hartu nahi zuela, autoritateei jakinarazi gabe. Herrialde honetan swap kontratuekin eskandalu handi batek eztanda egin zuen krisi garaian. Hainbat udaletxeek obra publikoak finantzatzeko nahian eta hauek babesteko helburuarekin, banku entitate handiekin swap kontratuak hitzartu zituzten. Esan dugun moduan horrek eztanda egin zuen eta 2010. urtean Deutsch Bankek Saint-Etieneko udaletxeari 1,18 milioi euroko zorra zuela jakinarazi zion. Hiritarrek jakin gabe, euren administrazioaren dirua kolokan zegoen suitzar frankoaren eta dolarraren arteko aldaketan arabera 2042. urtera arte. Gainera, kontratuaren kantzelazioak 100 milioi euroko kostua zuen. Le Monde aldizkariaren arabera obra publikoetarako erreserbatuta zeuden 26.000 euro lotuta zeuden swap kontratuak zirela medio⁶⁰.

Logikoa den moduan, epaitegietan amaitu zuten kontratu hauek, administrazioek itun haiek deusezak aitortzeko nahiarekin jo baitzuten botere judizialera. Baina emaitzak askotarikoak izan dira, gainera, Londres auzi askotan eskuduna izan da, horrela xedatu baitzen kontratuetan. Hurrengo puntuan ikusiko dugu nola eta zergatik eman daitekeen horrelako egoera.

ITALIA: Italiaren kasuan, legegilea ez da hain zorrotza kontrol sisteman eta ez dira jakinarazi behar egindako inbertsio edo operazio garrantzitsuenak. Espainiako zuzenbidearekin nahiko antzekotasun aurkezten ditu.

Herrialde honetan ere administrazio publikoek hainbat swap kontratu hitzartu zituzten obra publikoen dirua aseguratzeke nahian. Galerak etorri zirenean, arazoak eman ziren ere. Baina Milango udaletxeak banku entitateekin judizioz kanpoko akordio bat lortu zuen swap kontratuak bertan behera utziz. Gainera, Prato hiriak 2015. urtean auzitegietan irabaztea lortu zuen. Hortaz, herrialde honen administrazioak ez ditu hainbesteko galerak izan.

PORTUGAL: 2013. urtean Portugalek erabaki zuen alde bakarrez swap kontratu garrantzitsuak bertan behera uztea, Santander bankuarekin negoziatu eta gero, zehazki Totta delako matrizearekin. 2005 eta 2007. urteetan zehar Portugaleko hirietako hainbat entitate publikok, Oporto eta Lisboako garraio zerbitzuko enpresak, swap kontratuak hitzartu zituzten, galerak egonez gero hauek babesteko asmoz. Kontratu horietatik 3.000 milioi euroko galerak izan dituzte administrazioek. Gainera, Londreseko auzitegiak eskudunak izan dira gatazka ebazteko. Hauen ebazpenean argitzen dute Portugaleko administrazioak dagokion moduan informatuak izan zirela arriskuez eta hala ere, aurrera egin zutela. Lehenengo instantzian entitate pribatuari arrazoia eman zioten, hots, Santander Bankuari⁶¹. Nahiz eta lehenengo sententziaren aurrean errekurtsioa

⁶⁰https://www.eldiario.es/economia/swap-preferentes-ayuntamientos-estalla-escandalo_1_4262772.html

⁶¹https://www.finanzas.com/mercados/portugal-debera-indemnizar-al-santander-por-suspender-contratos-de-swap_13361179_102.html

tarteratzeko aukera egon eta hori baliatu, azken instantzian ebazpena baieztatu da eta 1500 milioi euroko indemnizazioa ematera kondenatu dituzte lau enpresa publikoak⁶².

2. Nazioarteko swap kontratuen jurisdikzioa eta lege aplikagarria

Globalizazioa dela eta gero eta nazioarteko kontratu gehiago burutzen dira. Ohikoa da herrialde desberdinetako entitate eta bezeroek haien artean hainbat negozio juridiko burutzea, eta aztertzen ari garen kontratua ez da salbuespen bat. Are gehiago, bere konplexutasunagatik ezagutza asko duten inbertsiogileek hitzartzen dituzte horrelako kontratuak; horrek eragiten du nazioarte mailan murgiltzea. Baina, herrialde desberdinetako alderdiak parte direnean zaila da zehaztea zein estatuk du eskumena epaitzeko liskarra arazoak izanez gero, eta zein den aplikatu beharreko legea. Horretarako alderdiek aukera dezakete xedapen gehigarrietan hura finkatzea. Hala ere, askotan ez da horrela izaten eta ez argitze horrek arazoak sortzen ditu.

Herrialde desberdineko entitate eta bezeroek kontratuak burutzen dituztenean aukera dezakete kontratuaren xedapen gehigarrietan nork ebatziko duen epaia eta zein lege aplikatuko zaion gatazka juridikoari⁶³. Honetaz gain, bitartekaritza ere aurreikusita dago, eta alderdien borondate askatasuna dela eta aukera dezakete nahi duten arbitroa sortu daitezkeen arazoak ebatz ditzan. Hala ere, ohikoa da alderdiek horrelako xedapenak ez gehitzea kontratuan eta une horretan nazioarteko zuzenbidera jo behar dugu jakiteko zein auzitegi duen eskumena ebazteko eta zein lege aplikatu beharko den.

Lehenik eta behin aztertuko dugu noiz izan daitezkeen Espainiako auzitegiak eskudun arazoak sortzen direnean. Baina alde aurretik⁶⁴, nazioarteko arauetatik at International Swap and Derivates Association delakoa aurkitzen dugu. Profesional izaera duen elkarte da eta honetan nazioarteko merkatuetan topa daitezkeen entitate nagusiak dira parte. Hala, 1985. urtean sortu zen, bere helburu nagusia erreferentzia esparru bat eratzea izanik, kontratu eredu bitartez, swap eta beste eratorri batzuk negoziatzeko. Elkarte honek finkatzen dituen barne arauetara lotzea borondatezkoa da, baina ohikoa da alderdiek lotura hori hitzartzea, errazten baitu xedapen gehigarrien egitura, soilik beharrezkoa baita xedapen bakarra beren arauetara lotuta geratzeko. Horrela, alderdiek ez dituzte puntu guztiak negoziatu behar, barne arauak xedapen guztiak jasotzen baititu. ISDA-aren formularioaren hamahirugarren xedapenean “Legea eta aplikagarria den jurisdikzioa” azaltzen da. Aurretik azaldu dugun moduan alderdiek xedapen batean aukera dezakete beren borondatez zein arauetara lotzen diren. Amerikako Estatu Batuetako elkarte den heinean aurreikusten da New Yorkeko Estatuaren auzitegiak izango direla eskudunak. Hala ere, alderdiek beste herrialde bateko auzitegiak aukera ditzakete edo beste herrialde batzuetan demandak tarteratu, betiere lege ingelesa ez bada aukeratu. Hau da, lege anglosaxoia aukeratzeak behartzen ditu alderdiak demanda Erresuma Batuan edo Amerikako Estatu Batuetan tarteratzera. da.

⁶² https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/empresas/portugal-londres-contratos-santander-millones_0_980603298.html

⁶³ VEGA VEGA, Jose Antonio. “El contrato internacional de swaps: reflexiones críticas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 34 (2018). 270 eta hurrengo orrialdeak.

⁶⁴ VEGA VEGA, Jose Antonio. *El contrato de permuta financiera (swap)*. Aranzadi. Zizur Behera. 2002. 15 eta 16. orrialdeak.

Honen harira, EB-eko ikuspuntu soil batetik kontuan hartu beharko dugu 566/2013, 2013ko Uztailaren 18ko jurisdikzio eskumena, errekonozimendua, eta erabaki judizialen exekuzioa zibil eta merkataritza arloko zuzentaraua⁶⁵. Arautegi honetaz gain, Lugano II-ko hitzarmena, hau da 2007ko Urriaren 15eko Merkataritza eta Zibil arloko eskumen judizial, aitorpen eta ebazpenen betearazpenari buruzko hitzarmena⁶⁶ garrantzitsua da, zehazki, bere bosgarren artikuluan jasotzen delako alderdien egoitzetan edo parte den estatu batean tarteratu daitekeela demanda nahiz eta alderdiek herrialde horrekin zerikusirik ez izan. Hortaz, EB-ak bide bat badu, baina Lugano II-ko hitzarmenak beste bide bat irekitzen dio demandatzaileari.

Amaitzeko, barne zuzenbidetik ikusita, Espainiako esparru akordioei buruzko ereduak ez dira aurrekoak bezala, aldaketa txikiak baitituzte. Lehenik eta behin, SWAPCEMM-ren formularioari atxikitzen da, eta honetan bitartekaritza saiatu beharreko pausoa da Abenduaren 23ko 60/2003 Arbitrai legearen bitartez⁶⁷. Baina nazioarteko entitate eta bezeroekin murgilduta gaudenez ez da maiz erabiltzen, sistema anglosaxoiak ez baitu usadio bezala arbitrajea, bere kostua dela eta. Formulario honen 15.2. puntuan jasotzen da arbitrajeak kale egiten duenean, alderdiek, beren foruari uko egingo diotela eta Madrilgo auzitegiak izango direla eskudunak.

Espainia mailan ere Espainiar Banketxeen Elkarteak (AEB) aurreikusten du arbitrajea alderdiek negoziatu dezaketen puntu bat bezala. Beren foruari uko egingo diote eta lehenengo xedapenaren, 23. estipulazioan aukera ematen zaie alderdiei nahi duten auzitegia aukeratzeko, ez soilik Madrilgo epaitegiak aurreko kasuan gertatzen zen bezala.

Aplikagarri den legearen inguruan aurretik hartutako eskema berbera jarraituko dugu. ISDA-ak aipatutako hamahirugarren xedapenak laugarrenera garamatza. Horretan, Lege Ingelesa edo New Yorkeko estatuaren arauak aplikatuko direla zehazten da.

Europar Batasuneko esparruan 1980. urteko Erromako hitzarmena erreferentzia da. Honetan aukera dago bai esanbidez zehaztea zein den aplikagarria den legea, zein isilbidez, kontratuaren testuingurua kontuan hartuz. Gainera, kontratuak dirauen bitartean aldatu daiteke edozein momentutan aplikagarri den legea, alderdien adostasuna egonez gero. EB-ean borondate autonomia ez da erabatekoa eta murrizketak ditu. Lehenik eta behin eskatzen da lege gatazka egotea, eta bigarrenik aukera dago estatu bateko barne ordenamenduari egitea atxikipena. Bi galdakizun hauek betetzen ez direnean, kontratuak erlazio gehien duen estatuaren legea aplikatuko zaio. Printzipio hau 4.2. artikuluan jasotzen da eta hurrengo ezaugarriak hartzen ditu kontuan: prestazioa burutu behar duenak non duen egoitza, pertsona fisikoa bada, edo bere administrazio zentrala pertsona juridikoa bada.

Erromako arautegiak eskatzen dituen ezaugarri horietan erraza egingo da banku entitate batekin burutzen denean negozio juridikoa, normalean ordainketa periodikoak egiten baitira, eta horrek errazten du jakitea non egiten diren eta hortaz zein lege aplikatu behar den. Baina beste kasu askotan ez da horrelakorik gertatzen eta presuntzio horrek ez digu

⁶⁵ https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/507868-regl-566-2013-ue-de-18-jun-modificacion-anexo-i-del-regl-44-2001-relativo.html

⁶⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2007-82413>

⁶⁷ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>

balio. Puntu horretan erregela orokorretara jo beharko dugu, lotura estuenak bilatuz ordenamendu desberdinekin⁶⁸.

AEB-ren modeloak espainiar ordenamenduari aurreikusten dio eskumena bere 22. estipulazioan, era berean SWAPCEMM espainiar foruari soilik lotuko da. Ez denean aurreikusi aplikagarri den legea, KZ-ari erreparatu diezaiokegu. Bere 10. 5. artikulua eskatzen du askatasun printzipioa egotea, alderdiek kontratuko obligazioetarako aukeratutako legeari men egiteko eskubidea, dena delako negozioarekin lotura izateko baldintzarekin. Honen ordezeko arau gisa, alderdien lege nazional komuna ezarriko da, bestela alderdien komuneko egoitza eta azken errekurtsu bezala kontratua burutu zen lekuaren legea. Baina gaur egungo abantaila teknologikoak direla medio, hamaika kontratu online egiten dira. Beraz, azken irizpide horrek ez du balio. Kasu horietarako KZeko 1262.2 artikulura⁶⁹ edo MKeko 54.⁷⁰ artikulura joko dugu, non esaten den eskaintza egin zen tokiaren legea aplikatuko dela azken irizpide bezala.

Gai honen inguruan garrantzitsua da esatea Erromako 1980. urteko hitzarmenak bere 10. artikuluan hurrengo ondorioak jasotzen dituela: *lex contractus*aren interpretazioa, obligazioen betetzea eta ez betetzea, kontratua exekutatzeko moduak eta deuseztasunaren ondorioak. Bestalde, hurrengo puntuak ez dira jasotzen: alderdien gaitasuna, forma, kontratutik eratorritako eskubide errealak, froga eta prozesuaren inguruan sortutako ondorioak, kontratuaren lagapena eta subrogazioa, borondatezko ordezkartza eta obligazioak exekutatzeko moduak.

IV. SWAP KONTRATUAREN ETORKIZUNA

Lan honetan zehar argi geratu da Estatu mailan, legegileak ez diela biderik eman modu antolatu batean kontsumitzaileei eta inbertsiodunei. Jurisprudentzia eta zehazki A.G. gai izan dira arazo honi erantzun bat ematen, baina ez da nahikoa erabateko segurtasun juridikoa lortzeko. Hori dela eta, bezeroa ez dago guztiz babestua gaur egun dagoen legediarekin, zibil zein merkataritza arloan. Horregatik, beharrezkoa da irteera bat ematea ditugun tresna juridikoak erabilita. Azterketa ez da soilik barne zuzenbidetik egin behar, EB zuzenbidea maila hierarkikoan garrantzitsuagoa baita.

2004. urtean egindako Erregelamendua bezeroa babesten hasi zen eta egun, bere aldaketekin ere, berdin dirau. Baina ez da nahikoa, lan honen bigarren atalean bi sententzia alderatu ditugu, oso antzekoak eta ia egitate berdinekin, baina bi ondorio edo emaitza oso desberdinekin. Hala ere, bizio-errorearen inguruan interpretazioa iguala da, baina kasu batzuetan ulertzen da bezeroa engainatu dela eta beste batzuetan ulertzen da bezero horrek nahiko informazio duela akatsetan ez erortzeko. Zuzenbide zibiletik soilik ikusita ez zaio swap kontratuei erantzun bat ematen, eta beharrezkoa da Merkataritza zuzenbidearen aplikazioa. Bizio-errorea dagoen edo ez jakiteko, ezin diogu bakarrik Zuzenbide zibilarri men egin. Hori dela eta, Merkataritza zuzenbidea beharrezkoa egiten zaigu, bereziki azaldutako bi test-ak. Baina aurkitu beharko da bideren bat non bakarrik zuzenbide adar batetik abiatuta erantzuna eman ahal zaien horrelako arazoei.

⁶⁸ CALVO CARAVACA Alfonso Luis eta CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier. *Compendio de Derecho Internacional Privado* 2018 Granada. 101-102 orrialdeak.

⁶⁹ <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-1262/>

⁷⁰ https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/ccom.11t4.html

Ezaugarrietan azaldu dugun moduan kontratu atipikoa da swap kontratua. Honek esan nahi du ordenamendu juridikotik at burutzen direla eta ez direla lotzen zuzenbideak aurreikusitako egitura eta arauetara. Hala ere, honek ez du esan nahi alderdiek nahi duten moduan gauzatu dezaketela. KZ-aren 1255. artikulua zehazten du kontratu orok ordena publikoa eta fede ona errespetatu behar duela. Lanaren aurreko atalean azaldu dugun moduan, nahiz eta arauak propiorik ez izan, hainbat legegile mugatzen dute bere funtzionamendua eta beti izango dugu jurisprudentzia azken salbuesle bezala. Behin aztertzen ari garen hau kontratu atipikoa dela ulertuta, baina bere arauak eta mugak badituela barneratua, egin dezakegun galdera hurrengoa da: beharrezkoa al da swap kontratua tipikoa izatea, hau da, legegileak arau propioa sortzea?

Negozio juridiko guztiak, egoera ekonomikora lotuta daude. Zenbat eta hazkunde oparagoa orduan eta kontratu gehiago egingo dira alderdien artean, logika ekonomikoak esaten digun moduan. Egungo egoera ekonomikoak eramaten gaitu pentsatzera Swap kontratuek EB-ean ez dutela etorkizunik, behintzat hurrengo urteetan. Urte honetan zein hurrengoan Euriborrak negatiboan jarraituko du, zehazki espero da urte hau %-0,5-ean bukatzea eta hurrengoan %-0,49-an.⁷¹ Baina analasi ekonomikoak egin eta gero espero da indizeak negatiboan jarraitzea, behintzat, 2030. urtera arte. Aitu askoren ustetan anomalia ekonomikoak zena, normaltasun estrukturala bihurtzen ari da. 2031. urtera arte ez da espero berriro Euriborra positiboan egotea, hau da, hamar urte pasa beharko dira berriro markadore hau goranzko joeran ikusteko. Hala ere, datuak ezin dira zehatzak izan hainbat aldakuntza ekonomiko zein sozialek parte hartzen dutelako. Gainera, pandemiak eta honek eragin duen krisi ekonomikoak areagotu du egoera hau.⁷² Lan honetan azaldu den moduan permuta aldakorrek kontratuek indize baten igoerei aurre egiteko balio dute, bezeroak babestuz igoera bortitzak daudenean. Ikusgai dauden datu ekonomikoek esaten digute hamar urtetan ez dela horrelako egoerarik izango. XX. mendearen lehenengo hamarkadarekin alderatuz gero, erabateko desberdintasunak daude ekonomia arloan. Garai horretan hazkundera handia zen eta euriborrak gora eta gora egiten zuen.⁷³ Horregatik garai horretan swap kontratuak hitzartu ziren, honen igoerari aurre egiteko. Baina argitu den bezala krisi ekonomikoak prespektiba aldatu zuen, tipoak jaitsi ziren eta bezeroak dirua galtzen hasi ziren.

Egungo egoera ekonomikoak, EBJA-ak zein AG-ak emandako jurisprudentzia eta bezeroak dituen bermeekin esan dezakegu nahikoa dela Swap kontratua juridikoki dagoen bezala usteko. Hurrengo hamar urteetan ez du zentsurik izango horrelako kontratuak burutzea, behintzat hipoteka arloan non bezeroa arruntagoa den. Beraz, nahiko tresna juridiko daude etorri daitezkeen arazoei aurre egiteko.

<https://www.bankinter.com/blog/mercados/previsiones-euribor>

⁷² https://www.elconfidencial.com/mercados/2020-10-20/euribor-banca-hipotecas-bce-crisis-coronavirus_2796396/

⁷³ <https://www.bbva.es/finanzas-vistazo/ef/hipotecas/evolucion-euribor.html>

V. ONDORIOAK

Urteetan zehar banku etxe zein inbertsio entitate handiek bezeroaren ez jakintasuna baliatuz hainbat trikimailu erabili dituzte haien poltsikoak handitzeko eta bezeroena ustiatzeko. Lan honetan zehar aztertu den kontratua beste adibide bat da, agian ez dena hainbeste entzun, baina hamaika bat kasu izanikoa. Interesgarri edo baliagarri diren negozio juridikoak engainu hutsean amaitzen dut kasu askotan. Horrelako produktu finantzarioak inbertsiogile eta elite ekonomikoetarako bideratuta egon beharrean kaleko herritarrei eskaintzen zaizkie, beren ezjakintasuna baliatuz negozio ekonomiko biribila eginez. Zorionez, gizarteak justiziari tresnak eman dizkio horrelako abusuzko egoerak bertan behera uzteko. Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia eta ezarritako doktrina honen adibide dira, baina hauek legeetatik edaten dute, eta aipatzekoa da, berriro ere, 2004. urtean Europar Batasuneko herrialdeek hartu zuten konpromisoa bezeroak behingoz defendatzeko.

XX. mendeko lehenengo hamarkadaren hazkunde ekonomikoak kontratu mota ezberdin askoren hazkundera ekarri zuen, eta herritar asko ez zeuden prest horrelako negozioetan murgiltzeko. Entitateek horren jakitun izanik hortaz baliatu ziren. Bezeroek banketxeetako langileengan erabateko konfiantza zuten eta haien esaten zutena onuragarria izango zela pentsatuz konplexuak ziren kontratuak hitzartu zituzten. Urteak pasa ahala eta krisiak ito gintuenean, sinatutako aseguru kontratu hori amets gaizto bihurtu zen. Askok kantzelaio kuotak ordainduko zituzten, besteek ordea auzitegietara joatea erabaki zuten. Azken aukera hau egokiena izan zela argi geratu da, baina zenbat bezerok beren dirua galdu zuten nahiz eta bizio errore argi baten aurrean aurkitu? Ez da erraza jakitea Kode Zibilak 1266. artikuluan debekatzen duela engainuz negozio juridikorik hitzartzea, edo zuzentarau bat dagoela non bezeroa babesten den eta test bat egitera behartzen zaituen. Horrelako datuak ez dira kalean maneiatzen eta horrelakoak baliatzea negozioa egiteko zakar hutsa da. Aurretik esan dudana moduan, mekanismoak ditugu egoera hauek gelditzeko eta hauek baliatu behar ditugu ehuneko ehunetan. Legegilearen bitartez mekanismoak eman behar dira arazo hauei aurre egiteko, eta kasu honetan ez da erabat argi ikusten tresna erabilgarriak ditugunik; soilik jurisprudentzia izan delako irtenbidea eman diona, nahiz eta pisuzko legeen falta nabaritu den.

Aztertu dugun moduan EB-eko zuzenbideak erabateko garrantzia du, gure iturri nagusia izanik herrialdeen artean posizio bateratua adostu dute: inbertsiogilearen defentsa entitateekiko. Gaur egungo sistema ekonomikoak edonon inbertsiogile izatera laguntzen eta bultzatzen du, oso erraza izanik edozein produktuetan kapital pertsonala arriskuan jartzea. Erraztasun horiek bere abantailak eta desabantailak ditu: alde batetik edonork nazioarteko merkatu lehiakorretan era askotako negozioak burutu ditzake, bere irabaziak maximizatuz, baina aldi berean ezjakintasun egoera askotan ikus dezake bere burua murgilduta. Swap kontratuak bi alderdi hauen adibide dira, inbertsio ekonomiko interesgarria suposatuz dezakete, indizeen merkatu aldakor batean, edo galerak ekar ditzake indikadoreak behera edo gora jotzen duelako. Hori dela eta sinatzaileak erabateko segurtasuna izan behar du produktu horrekiko, eta legegileak segurtasun hori bermatu behar du. Esan dezakegu gaur egun pausuak eman direla bide horretan, baina asko dago egiteke, gaur egungo sistema ekonomikoari jarraipena emateko segurtasun juridikoa inoiz baino garrantzitsuagoa da, jai daukagu kontsumitzaileen konfiantza ezarekin.

Hainbat jakintza berri lortzen dira horrelako lan bat egin eta gero, bereziki gai berri batean murgiltzen goaz heinean. Edozein lanak merezi du jakintasuna handitzen bada,

nahiz eta hura praktikan jartzea zaila den arren. Ezin da jakin etorkizunean swap kontratuei buruz zeozer entzungo dugun edo ez, lanean eman diren datuen arabera hurrengo urteetan kontratu honek ez du etorkizun askorik. Hala ere, badaude beste produktu batzuk, lehengaiak, beren prezioa egunero aldatuta ikusten dutenak. Agian, permuta aldakorreko kontratuak mundu horretara jo behar dute, merkatuak eta finantzak alde batera utziz espero baita tipoen egonkortasuna erabateko izatea. Beraz, haien bukaeraren aurrean aurkitu gaitezke edo beste ikasle batek hamabost urte barru berriro gai honen inguruan lan bat jorratu beharko du. Ezin dugu jakin ekonomiak zer aldakuntza izango dituen, baina zuzenbidea prest egon behar da sortzen diren arazo guztiei bide ematera.

BIBLIOGRAFIA

Doktrina

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis eta CARRASCOSA GONZÁLEZ Javier. *Compendio de Derecho Internacional Privado*. Granada. 2018.

CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis. *Derecho de contratos*. Bosch. Bartzelona. 2003.

DÍAZ RUIZ, Emilio. “A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (SWAPS)”, *Arabako Audientzia Probintzialaren 20/2011, urtarrilak 18ko epaiaren iruzkina*.

FERRANDO VILLALBA, Lourdes. *Preferentes y otros instrumentos financieros: deber de información y buena fé*. Aranzadi. Zizur Behera. 2014.

FERRANDO MIGUEL, Ignacio. *Comentario a la sentencia del TS 222/2018*. Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps.

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari. *Zuzenbide Zibileko Hastapenak III*. UPV-EHU. Donostia. 2018.

MENENDEZ, Aurelio. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Aranzadi. Zizur Behera. 2006.

MINGOT AZNAR, Manuel María. Tesis Doctoral. *Caracterización Jurídica del contrato de permuta financiera sobre acciones o índices bursátiles*. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

NAVAS NAVARRO, Susana. “Contrato de Leasing y derivado financiero. Deberes de información previstos en el art. 79 de LMV”. *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*. Thomson-Aranzadi. Zizur Behera. 2017.

RODRIGUEZ ACHUTEGUI, Edmundo. *Revista Aranzadi Doctrinal* 6/2013. Aranzadi. Zizur Behera. 2013.

SANTANDER Banku etxea. *Curso de productos derivados. Las operaciones de permuta financiera (Swap)* Madril. 2021.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*. Bartzelona, 2002.

TORRANO RUBIO, Enrique. *Alcance del test de connivencia en las operaciones financieras*. Aranzadi. Zizur Behera. 2018.

VEGA VEGA, Jose Antonio. “El contrato internacional de swaps: reflexiones críticas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 34, 2018.

VEGA VEGA, Jose Antonio. *El contrato de permuta financiera (swap)*. Aranzadi. Zizur Behera. 2002.

ZUNZUNEGUI, Fernando. “Remedios a la mala conducta banacaria”. *Revista de derecho del Sistema Financiero Bancario*. Zizur Behera. 2021.

Jurisprudentzia

AGE, 1980ko urriak 10ekoa, ponentea De Castro García, RJ 1980/3623

AGE, 1980ko ekainak 19, ponentea De la Vega Benayas, RJ 1980/3300

AGE 2013ko urriaren 29koa ponentea José Ramon Ferrandiz, RJ 5479/2013

AGE 2014ko urtarrilaren 20koa, ponentea Ignacio Sanchez Gargallo RJ 354/2013

AGE 2015eko Urriaren 22koa, ponentea Rafael Saraza Jimena, RJ 4617/2015

AGE 2017ko Otsailaren 15ekoa, ponentea Pedro José Vela Torres, RJ 97/2017

AGE 2018ko Apirilaren 17koa, ponentea Francisco Marín Castán, RJ 1283/2018

AGE 2018ko Urriaren 3koa, ponentea Francisco Javier Arroyo Fiestas, RJ 4256/2018

AGE 2018ko Urtarrilaren 24koa., Eduardo Baena Ruíz, RJ 137/2018

AGE 2018ko Abenduaren 12koa, ponentea Juan María Díaz Fraile, RJ 632/2018

EBJAren epaia, 2013ko Maiatzaren 30ekoa, ponentea U. Lhomus, C-604/11

Gironako Probintzia Auzitegiaren epaia, 2011ko abenduaren 12koa, RJ 494/11

Mallorkako Probintzia Auzitegiaren epaia, 2011ko ekainaren 20koa, RJ 216/11

Oviedoko Audientzia Probintzialaren epaia, 2010eko Urtarrilaren 27koa, RJ 508/2009

Lege testuak

Merkataritza Kodea (1885)

Kode Zibila (1889)

MIFID (2004)

Baloreen Merkatuari buruzko Legea (2015)

Dokumentu elektronikoak

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbF1jTAAAUMjQyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDK6MeONQAAAA==WKE

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbF1jTAAAUMjQyMLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDK6MeONQAAAA==WKE

<https://www.icjce.es/adjuntos/images/pdfs/tecnica2/nomativaeuropea/nic39.pdf>

https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3255/documento/um_art3255.pdf?id=3509

<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMjQyMLtbLUouLM DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKg DK6MeONQAAAA==WKE>

<https://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/25/suvienda/1243270906.html>

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10632-error-vicio-en-la-contratacion-de-swap-sts-pleno-sala-1ordf;-491-2015-15-septiembre/>

<https://www.bbva.com/es/que-es-el-hedging-o-cobertura/>

<https://wkfinancialeducation.com/test-de-idoneidad/>

file:///C:/Users/usuario/Downloads/IE2014523_2_0001.pdf

<https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>

https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

<https://idibe.org/tribuna/algunas-consideraciones-regimen-personal-del-matrimonio-la-propuesta-codigo-civil-la-apdc/>

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/22814/1/T34726.pdf>

https://www.bafin.de/EN/DieBaFin/AufgabenGeschichte/aufgabengeschichte_node_en.html

https://www.eldiario.es/economia/swap-preferentes-ayuntamientos-estalla-escandalo_1_4262772.html

https://www.finanzas.com/mercados/portugal-debera-indemnizar-al-santander-por-suspender-contratos-de-swap_13361179_102.html

https://www.vozpopuli.com/economia_y_finanzas/empresas/portugal-londres-contratos-santander-millones_0_980603298.html

<https://www.bankinter.com/blog/mercados/previsiones-euribor>

https://www.elconfidencial.com/mercados/2020-10-20/euribor-banca-hipotecas-bce-crisis-coronavirus_2796396/

<https://www.bbva.es/finanzas-vistazo/ef/hipotecas/evolucion-euribor.html>

ERANSKINA

Egokitasun Testaren adibidea

<file:///C:/Users/usuario/Downloads/Test.pdf>

Egokitasun testaren inguruan hainbeste mintzatu eta gero erantsi moduan egokia da horrelako baten adibidea txertatzea. Kasu honetan Barclays banku etxeak bere bezeroekin hitzartutako adibidea da. Lehenengo orrian irakurleak ikusiko du nola entitateak bere bezeroa informatzen duen eta betekizunen berri ematen dion. Bertan aipatzen den legediaren arabera edozein inbertsio kontratu burutzeko, inbertsiogileak hurrengo orrialdeetan egin beharreko galderak erantzun behar ditu.

Hiru zatitan banatzen dira galdera sortak: lehenengoan bezeroak bere finantza egoerari buruzko informazioa eman behar du, besteak beste, bere diru sarrerak, gastuak, bere gain dituen karga familiarak eta bere ehunekoen inbertsioak. Bigarrenak inbertsioaren helburuak finkatzen ditu. Bezeroak onar ditzakeen galerak azalduko ditu eta espero dituen irabaziak ere. Azken puntuan inbertsiodunaren esperientzia eta jakintasuna balioztatzen dira. Bere ikasketak edo adina azaldu behar du eta dagokion galdera zehatzei erantzun beharko du. Esate baterako, ea desberdin dezakeen tipo finko eta aldakor baten artean edo aurretik egindako inbertsioak zehaztu behar ditu. Behin entitateak informazio guztia jasota erabakiko du gai den edo ez inbertsioa aurrera eramateko.

Erantsi honek lanaren irakurleari informazioa eskuragarri jartzea du xede, eta behin ikusita lanaren nondik norakoak hobeto ulertzea.