

## CIRCULAR 4/2018

### –DERECHO PROCESAL–

### “A VUELTAS CON LOS SWAPS Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS: AÚN QUEDA TIEMPO PARA RECLAMAR”

Cuando ya creíamos que los perjudicados por los productos financieros complejos estaban perdiendo sus opciones para reclamar a las entidades financieras, básicamente por cuestiones temporales, el Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) ha vuelto a arrojar luz sobre la materia al conceder más tiempo a los afectados para poder demandar a los Bancos que comercializaron estos productos sin respetar la legislación vigente. Así lo establece la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS 89/2018, de 19 de febrero, que determina que el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento empieza a correr “desde la consumación del contrato”, entendiéndose por tal la conclusión o finalización del mismo, no pudiendo adelantarse a un momento anterior como pudiera ser el conocimiento de las liquidaciones negativas por el cliente, tal y como así era interpretado por algunos tribunales con anterioridad a esta Sentencia.

Pero es más, cuando los Bancos aún se estaban recuperando de este nuevo varapalo judicial, se ha dictado por el TS una nueva Sentencia en contra de sus intereses, en este caso, la número 222/2018 dictada por el Pleno de su Sala Primera el pasado 17 de abril. En ella las entidades bancarias reciben un nuevo tirón de orejas debido al incumplimiento de los deberes de información a los que estaban obligadas por Ley. El TS declara en esta nueva resolución que la práctica del llamado test de conveniencia no exime al Banco del cumplimiento de los deberes de información en la contratación de los productos financieros complejos.

A la luz de esta nueva jurisprudencia, quizás sea este un buen momento para reconsiderar sus opciones de reclamar por estos productos ante situaciones que hasta la fecha dábamos por perdidas.

#### I. BREVE DISTINCIÓN ENTRE PRODUCTOS FINANCIEROS NO COMPLEJOS Y COMPLEJOS

A los efectos de un mayor entendimiento de la presente Circular es necesario empezar por distinguir los productos financieros complejos de los que no lo son, ya que únicamente sobre los primeros se van a poder ejercitar las reclamaciones a las entidades bancarias que han incumplido los deberes de información que les imponía la legislación vigente.

Así, siguiendo la distinción elaborada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) <sup>1</sup>, podemos definir como productos no complejos, aquellos que cumplen todas y cada una de las siguientes características:

1. Se pueden reembolsar de forma frecuente a precios conocidos por el público. En general, siempre es fácil conocer su valor en cualquier momento y hacerlos efectivos.
2. El inversor no puede perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente.
3. Existe información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto.
4. No son productos derivados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Complejos-No-Complejos.aspx>

<sup>2</sup> Según la CNMV un derivado es una contratación a plazo en la que se establecen todos los detalles en el momento del

acuerdo, mientras el intercambio efectivo se produce en un momento futuro. Por lo tanto, al ser productos sujetos al efecto apalancamiento, tienen un riesgo elevado.

Como ejemplos de estos productos no complejos están las acciones cotizadas en mercados regulados, Letras del Tesoro, bonos y obligaciones del Estado, etc.

A sensu contrario, son productos complejos todos aquellos que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores, que suponen un mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez y, en definitiva, es más difícil de entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

Se citan como ejemplos de estos últimos, los derivados, futuros, opciones, swaps, warrants, bonos, depósitos o cualquier producto estructurado que incluya derivados o apalancamiento.

Son estos últimos productos, especulativos y de alto riesgo, sobre los que la Ley 47/2007 de Mercado de Valores, y antes la Ley 24/1988, imponía unos deberes de información a cargo de las entidades financieras.

Dichos deberes han sido interpretados por la doctrina de la Sala Primera del TS, en el sentido de que el cliente debe conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociado con el fin de salvar el desequilibrio de información.

## II. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO CON ANTERIORIDAD A LA SENTENCIA DEL TS 89/2018, DE 19 DE FEBRERO

En relación a estos productos complejos, y más concretamente en cuanto al plazo para reclamar, **la Sentencia del TS 769/2014, de 12 de enero de 2015**, negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección y sentó como doctrina la de que, *“en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener*

*conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”*.

Recordemos que, tal y como dispone el artículo 1.301 del Código Civil, *“la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”*. Por lo tanto, la clave estaba en fijar cuál era el momento temporal en que el cliente tenía conocimiento de su error o dolo al contratar, pues era a partir de entonces, cuando empezaba a correr el plazo de cuatro años que establecía el Código Civil.

Esta doctrina dio lugar a que las defensas de las entidades financieras interpretaran que ese momento coincidía con la firma del contrato o, en todo caso, con la percepción de la primera liquidación negativa en el caso de los swaps, lo cual acertaba considerablemente el plazo de los perjudicados para reclamar en las acciones de nulidad de estos productos.

## III. ACLARACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS SOBRE EL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD (SENTENCIA DEL TS 89/2018, DE 19 DE FEBRERO)

Ha sido la reciente **Sentencia del TS 89/2018, de 19 de febrero**, la que ha declarado con rotundidad que el plazo de cuatro años para reclamar a las entidades financieras por la colocación abusiva de estos productos complejos empieza a contar a partir de la finalización del contrato, y no por tanto, desde su firma o desde que el cliente haya podido tener conocimiento del error padecido como, por ejemplo, con la percepción de las liquidaciones negativas.

Sirva como ejemplo el propio contrato de swap debatido en el recurso de casación expuesto en la referida Sentencia que determina:

*“En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto*

que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto”.

Más claro, agua.

Si bien es cierto que esta Sentencia está referida a un determinado producto complejo como es el swap, entendemos que la misma podría aplicarse con éxito a cualesquiera otros productos similares, tales como bonos convertibles, deuda subordinada, ..., en los que el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato.

#### IV. MI CONTRATO FINALIZÓ HACE MÁS DE CUATRO AÑOS, ¿PODRÍA AÚN RECLAMAR A LA ENTIDAD FINANCIERA?

Para contestar a esta pregunta, debemos recordar que en todos estos casos de “colocación” de productos financieros complejos a clientes no profesionales, el error causado por estos últimos venía dado, generalmente, por la vulneración de los deberes de información en los que incurría la entidad financiera.

No olvidemos, igualmente, que nuestro Código Civil, al amparo de lo dispuesto en su artículo 1.101, impone una indemnización de daños y perjuicios a “[...] los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad [...]”.

Por lo tanto, y respondiendo a la pregunta enunciada en el titular, no cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información de la entidad financiera con respecto a sus clientes, pueda constituir el título jurídico de imputación que dé lugar a la responsabilidad por los daños sufridos por éstos como consecuencia de la pérdida de sus inversiones. Así lo ha entendido el TS en sus recientes Sentencias de 20 de julio, 13 de septiembre y 16 de noviembre, todas

ellas de 2017, doctrina seguida también por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2017.

Y decimos que aún sería posible reclamar dentro de plazo, ya que, aunque el ejercicio de esta acción indemnizatoria sea ahora de cinco años<sup>3</sup> por la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en virtud de lo previsto en la disposición transitoria quinta de dicha Ley, que se remite al artículo 1.939 del Código Civil,<sup>4</sup> debe entenderse que la prescripción iniciada antes de su entrada en vigor, es decir, el 7 de octubre de 2015, se regirá por el plazo de prescripción anterior que estaba fijado en quince años.

Y el cómputo de inicio del plazo, tal y como dispone el artículo 1.969 del Código Civil se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse”, que como sabemos por la reciente interpretación jurisprudencial del TS, comenzará desde la finalización o consumación del contrato.

Resumiendo, podríamos afirmar sin miedo a equivocarnos que la acción de daños y perjuicios derivada de la contratación de esta clase de productos complejos que finalizaron hace más de cuatro años estaría viva hasta cuando se alcance antes: (i) bien el 7 de octubre de 2020, es decir, cinco años desde la entrada en vigor de la reforma del Código Civil, o; (ii) bien la fecha en la que finalice el plazo de quince años desde su consumación.

#### V. SOBRE LA INCIDENCIA QUE TIENE EN EL ERROR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN

No viene mal recordar la doctrina jurisprudencial seguida por nuestro TS, en cuanto a la incidencia del error al contratar por el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria, y que nos va a ayudar a afrontar con éxito una reclamación frente a esta última, ya sea por causa de la acción de nulidad como por la

<sup>3</sup> En su nueva redacción el artículo 1964 del Código Civil determina en su punto 2 que: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”.

<sup>4</sup> A su vez, el artículo 1939 del Código Civil dispone que: “La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo”

indemnizatoria de daños y perjuicios. En este sentido hay que tener en cuenta:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error, fundamentalmente en cuanto a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía y el elevado coste de cancelación. (Sentencia del TS 10/2017, de 13 de enero).

b) Que la obligación de informar de las entidades bancarias es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesor externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error. (Sentencia del TS 10/2017, de 13 de enero).

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

Como razona la Sentencia del TS 727/2016, de 19 de diciembre, “no se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de cancelación anticipada”, y en el mismo sentido se pronuncia la posterior Sentencia 7/2017, de 12 de enero.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos, conocimientos que a priori únicamente ostentan el profesional del mercado de valores o el cliente experimentado en este tipo de productos y no un simple empresario. (Sentencia del TS 11/2017, de 13 de enero)

e) Que el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap, con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. (Sentencia del TS 243/2017, de 20 de abril)

Por lo tanto, es evidente que, si se dan cualquiera de estas circunstancias, estaríamos legitimados para iniciar con bastantes probabilidades de éxito una acción de nulidad del producto financiero complejo contratado con la entidad bancaria a causa del error por incumplimiento de los deberes informativos a los que legalmente estaba obligada.

## VI. Y AÚN HAY MÁS: LA PRÁCTICA DEL TEST DE CONVENIENCIA NO EXIME AL BANCO DE CUMPLIR CON SUS DEBERES DE INFORMACIÓN (SENTENCIA DEL TS 222/2018, DE 17 DE ABRIL)

### 1. Distinción entre test de conveniencia y test de idoneidad

Antes de entrar en el análisis de la mencionada Sentencia no está de más aclarar en qué consisten los llamados test de conveniencia e idoneidad que las entidades financieras estaban obligadas a realizar en la contratación de los mencionados productos.<sup>5</sup>

#### a) Test de conveniencia

Según el artículo 79 bis. 7 de la Ley del Mercado de Valores, las entidades financieras deben realizar al cliente el llamado test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, es decir, cuando el Banco es un simple ejecutante de la voluntad del cliente.

Dicho test valora los conocimientos (estudio y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de las operaciones del cliente) con la

*con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad”*

<sup>5</sup> La Sentencia del TS de 20 de enero de 2014 ya estableció que: “las entidades deben valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación

finalidad de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de las competencias de ese cliente en materia financiera. Así, este test determinará si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

## **b) Test de idoneidad**

Este test opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento<sup>6</sup> en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada.

Mediante dicho test el Banco debe analizar la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

## **2. ¿Y qué dice el Tribunal Supremo respecto a esta cuestión?**

La reciente Sentencia del TS 222/2018, de 17 de abril, analiza la cuestión de si el error en el consentimiento queda o no excluido por la práctica del test de conveniencia y la firma de un documento en el que se dice que el cliente ha sido informado de que la operación no es conveniente y, pese a ello, decide formalizarla.

La sentencia recurrida por el cliente descarta el error en el consentimiento prestado por este último porque el Banco le había practicado el test de conveniencia y le había advertido del resultado negativo de dicha valoración. Todo ello a pesar de que había resultado probado que la celebración del contrato de permuta financiera había sido propuesto por el Banco, y que éste no había cumplido los deberes legales de información sobre las características y riesgos de la operación.

Sin embargo, y he aquí la novedad, la Sala Primera del TS declara la nulidad del swap porque la sentencia recurrida no tiene en cuenta

<sup>6</sup> Recordemos que la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 afirma que: "la cuestión de si un servicio constituye asesoramiento

la importancia crucial de la información previa sobre los concretos riesgos de los swaps para, en cambio, poner el acento en la práctica del test de conveniencia y la firma prácticamente simultánea de un documento estereotipado y predispuesto por el Banco que daba por facilitada la información.

En definitiva, la Sala tiene en cuenta para anular este producto: (i) que el contenido del contrato de permuta financiera no pudo suplir la falta de información; (ii) que se omitió la práctica del test de idoneidad, aplicable cuando el Banco presta un servicio de asesoramiento financiero y, (iii) que el test de conveniencia dejó claro que el cliente no tenía experiencia previa ni conocimientos específicos en productos financieros complejos.

Podemos decir, sin ningún género de dudas, que la obligación de cumplimiento de los deberes informativos por parte de la entidad bancaria le exige advertir al cliente de los riesgos asociados al producto y asegurarse que éste ha comprendido mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa el conocimiento real y no meramente formal de estos productos. Y no pueden entenderse cumplidas dichas obligaciones informativas con solo la práctica del llamado test de conveniencia.

## **VII. CONCLUSIONES**

Ante este nuevo panorama jurisprudencial, los afectados por la suscripción de productos financieros complejos tienen dos vías para reclamar a las entidades financieras como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información al que están obligadas por Ley, en función de la fecha de vencimiento de sus contratos. Así:

### **1. Contratos de productos financieros complejos no vencidos o finalizados hace menos de cuatro años**

En primer lugar, recordemos que el plazo para solicitar la nulidad de contratos financieros complejos es de cuatro años a partir de su finalización, tal y como ha aclarado el TS a

*en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente"*

partir de su Sentencia del pasado 19 de febrero de 2018.

Este hecho implica que todas aquellas sociedades y particulares que suscribieron estos productos y que aún no han vencido o que tienen vencimiento hace menos de cuatro años, estarían a tiempo para reclamar la nulidad de sus contratos a causa del error por vicio en el consentimiento.

Adicionalmente a la anterior acción o subsidiariamente a la misma, los perjudicados por la vulneración de los deberes de información a cargo de los Bancos podrían interponer ante los Tribunales una acción de reclamación por los daños y perjuicios ocasionados a causa de este incumplimiento, acción que no se encontraría caducada y que podría ejercitarse hasta el 7 de octubre de 2020, como hemos visto por el efecto de la reforma del Código Civil a través de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

## 2. **Contratos de productos financieros complejos finalizados hace más de cuatro años**

En este caso, la acción de nulidad se encontraría caducada por el transcurso de cuatro años desde la fecha de su vencimiento.

Sin embargo, como hemos examinado en la presente Circular y así lo entiende la jurisprudencia reciente del TS, se ha abierto una nueva puerta para reclamar por la acción de los daños y perjuicios que estaría viva, por el efecto de la reforma del Código Civil, hasta cuando se alcance antes: (i) bien el 7 de octubre de 2020 o, (ii) bien la fecha en la que finalice el plazo de quince años desde su consumación, que permitiría a los afectados por las suscripción de estos productos conseguir las indemnizaciones que en derecho les correspondiera.

Sin duda alguna, la **ayuda de un buen asesoramiento jurídico** que analice los distintos productos financieros suscritos por los perjudicados y la documentación adicional entregada por las entidades financieras, es fundamental para determinar cuál es la vía más adecuada y con mayores posibilidades de éxito para conseguir la reintegración del perjuicio

económico en el patrimonio de los clientes afectados.

El contenido de esta Circular es meramente informativo y no pretende constituir asesoramiento jurídico alguno. Si pretende recibir tal asesoramiento, póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico [alenta@alenta.com](mailto:alenta@alenta.com). Si no desea recibir más circulares de nuestro Despacho envíe un mensaje en tal sentido a la dirección de correo electrónico indicada.