

Dos quebraderos de cabeza para los asesores fiscales: los swap y la amnistía fiscal

En este artículo vamos a tratar dos temas que últimamente nos están dando muchos dolores de cabeza en nuestros despachos y que nos convierten en un mar de dudas. Uno, por su complejidad técnica, y el otro, por las inmensas inseguridades jurídicas que nos asaltan.

LOS SWAP: LA VISION DE LA JURISPRUDENCIA ANTE ESTA FIGURA PROBLEMÁTICA

Hace cierto tiempo, cuando nuestros clientes aparecían por nuestros despachos anunciándonos que habían firmado un swap con la entidad bancaria de turno, la mayoría de nosotros poníamos cara de circunstancias mientras seguíamos la corriente al cliente que creía haber hecho el negocio de su vida. En nuestro interior nos carcomíamos pensando que diabólica figura habían inventado los bancos.

Luego supimos la verdad. Cuando nuestro cliente apareció al cabo de los meses, horrorizado por tener que pagar al banco 40.000 euros de intereses –es un caso real, aunque parezca mentira– y diciendo, una y otra vez, que lo que había firmado era un contrato para proteger el tipo de interés de la hipoteca, que por eso se lo recomendó el director de la sucursal, amigo de toda la vida, nos temimos lo peor.

Y claro está, el contrato no lo entiende nadie, ni el director sabía a ciencia cierta que estaba recomendando, ni el cliente era capaz de interpretar aquel galimatías lleno de fórmulas.

Ahora ya todos sabemos lo que es un swap y lo que supone contratarlo sin la debida información.

Un swap no es un seguro que protege al cliente de una posible variación del tipo de interés que tiene contratado (muy claramente nuestro cliente lo que pretendía era pagar siempre la misma cuota de interés, fuera cual fuera la variación que sufriera,

algo totalmente alejado de la realidad). Muy resumidamente podríamos definir el swap como un contrato de permuta financiera que la jurisprudencia ya ha catalogado de alto riesgo, por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés. Así, la entidad bancaria paga al cliente una cantidad si el Euribor está alto y el cliente paga al Banco una cantidad variable en función de la variación de la evolución del Euribor. Como vemos, nada más alejado de la pretensión de los particulares de buscar una figura similar o idéntica a la de una hipoteca a tipo fijo o a tipo variable pero con la misma cuota a pagar.

El escándalo que provocaron los swaps en nuestro país fue tal, que dicho contrato acabó, como era de prever, en los tribunales.

El argumento central de las entidades que defienden a los consumidores era la actitud engañosa y poco transparente de las entidades bancarias frente a sus clientes cuando, en realidad, debían haberles asesorado de la mejor forma posible, y la no idoneidad de esta figura para los particulares; es decir, que siendo un contrato complejo, este debería ser firmado con personas con formación suficiente para entender el mecanismo de funcionamiento de dichos productos.

El swap es un contrato de permuta financiera, que la jurisprudencia ya ha catalogado de alto riesgo, por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras



Cientes y asesores estamos inmersos en un mar de dudas y, por muchas notas aclaratorias que publique Hacienda sobre la amnistía fiscal, andamos con pies de plomo

Y es que la clave a la hora de asesorar a nuestros clientes sobre si es conveniente demandar a la entidad bancaria para resolver el contrato es incidir en la falta de información y el error en el consentimiento. Según fuentes de Ausbanc, 330 sentencias de Juzgados y Tribunales de toda España han resuelto estos contratos, firmados tanto con particulares como con empresas.

Esta tendencia se ha visto reforzada una vez más por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona¹ de fecha 12 de diciembre de 2011 que estima la demanda contra la entidad bancaria por entender que los demandantes *no estaban haciendo una apuesta financiera abstracta, sino que se observa que había un claro interés de estabilidad en el coste del préstamo hipotecario que habían suscrito*. Y más adelante afirma la misma sentencia: *el carácter de excusabilidad del error tiene que conjugarse en este tipo de negocios precisamente con el requerimiento legal de una información rigurosa y así se ha puesto de relieve en sentencias de varias Audiencias Provinciales, entre ellas la de Jaén de 27-3-2009, Badajoz de 17-5-2011 y Valencia de 15-9-2011*.

El juzgado de 1ª Instancia número 3 de Lucena, en su sentencia del 9 de julio de 2012, que también resuelve el contrato, insiste de nuevo en la falta de información de la entidad bancaria hacia su cliente, quien realmente no sabía qué firmaba, y que el cliente no tenía formación sobre este producto ni se había realizado un test de idoneidad adecuado.

Otros indicios que señalan los juzgados y tribunales como causas para resolver estos contratos son la falta de advertencia de las consecuencias negativas del producto para los clientes, el ofrecimiento del producto como un seguro y no como un contrato de permuta financiera, la falta de los test de idoneidad y conveniencia, lo que lleva al convencimiento de que si el cliente hubiera sabido toda la verdad no hubiera firmado el contrato, con lo que se estima la pretensión de resolución por vicio del consentimiento.

Por tanto, a la luz de estas resoluciones judiciales, ya sabremos cómo actuar cuando un cliente nos plantee su problema con la entidad bancaria de turno por el swap que ha firmado. Si realmente nuestro cliente no es una persona experta en contratos financieros, no le explica-

ron bien en qué consistía, no se le hicieron los test de idoneidad y conveniencia y se lo han “colado” como un seguro, podemos animarle a que demande a la entidad bancaria con ciertas probabilidades de salir victoriosos.

En este sentido viene a ser clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona² de 26 de enero de 2012 donde no resuelve los contratos de swaps denunciados por el cliente, cuyo administrador es economista de formación, por entender que siendo el administrador economista era perfectamente conocedor del instrumento financiero que contrataba (no pudo acreditar lo contrario) y por tanto no cabe admitir la resolución. Es más, la sentencia establece que incluso el incumplimiento por la entidad bancaria de ciertas obligaciones impuestas por la normativa MIFID (Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros) carece de entidad para resolver estos contratos y todo ello porque el demandante era perfectamente consciente de lo que estaba contratando, se hubiese cumplido o no la normativa MIFID (incumplimiento no relevante para la Audiencia Provincial.)

Como vemos, dos caras de la misma moneda.

Podemos, por tanto, concluir diciendo que todas estas resoluciones judiciales nos marcan una hoja de ruta a la hora de aconsejar a nuestros clientes que tengan la desgracia de haber formalizado un swap:

- Aconsejaremos que demande a la entidad bancaria para resolver el contrato siempre y cuando tengamos la certeza de que el cliente no es una persona con formación financiera y lo puede acreditar, no obtuvo toda la información necesaria para decidir en consecuencia, se le planteó la operación como un seguro, encubriendo la finalidad verdadera del swap, y no pasó los test de idoneidad y conveniencia y todo ello con independencia que sea una persona física o una empresa.
- Por el contrario, todos aquellos clientes que demuestren una cultura financiera lo suficientemente amplia para ser conscientes de lo que firmaban y que además eran conocedores de la realidad del instrumento financiero que contrataban, puede ser que tengan muy difícil que prospere su reclamación.

¹ SAP B 11913/2011, de 12 de diciembre. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

² SAP B 1/2012, de 26 de enero.

LA AMNISTIA FISCAL O EL PARADIGMA DE LA INSEGURIDAD JURIDICA

Una de mis frases favoritas es que España es el paraíso de la inseguridad jurídica (los ejemplos serían inacabables); por desgracia, con la segunda patata caliente que tenemos estos días los asesores encima de la mesa, la amnistía fiscal, pasa lo mismo.

Consideraciones éticas al margen, los problemas deben afrontarse cogiendo el toro por los cuernos y aprobar una amnistía fiscal es sencillamente eso: amnistía y punto.

En cambio, el Gobierno ha pretendido hacer algo imposible, una amnistía *light* que contentara a todos y el resultado es situar a los asesores en un mar de dudas que se antoja en estos momentos de difícil solución y encima con la fecha límite del 30 de noviembre en el horizonte.

La pregunta es la siguiente, ¿Qué consejo damos a nuestros clientes con el panorama actual?

Primero debemos hacer entender a los clientes lo siguiente:

1. Hay pendiente un recurso de inconstitucionalidad sobre la ley que aprobó la amnistía. Si prosperase, podría tener consecuencias devastadoras para los que se hubieran acogido a dicha amnistía.
2. Hay indicios más que evidentes que la Administración se ha extralimitado al regular vía orden ministerial materia reservada a la ley, entre otras cosas para corregir lagunas legislativas. Todo ello conlleva que se haya solicitado la suspensión de dicha orden, suspensión que ha sido admitida a trámite y no sabemos qué futuro nos depara.
3. Los propios Inspectores de Hacienda han anunciado que no piensan acatar la normativa y se consideran legitimados para actuar cuando y donde quieran. Amenaza que los contribuyentes se tomarán muy en serio por la cuenta que les trae.

4. La amnistía se reduce a los impuestos sobre Sociedades y el IRPF y deja fuera el patrimonio y el IVA, lo que genera más dudas e incertidumbre que otra cosa.

5. La Dirección General del Tesoro añade más leña al fuego: primero dice que la amnistía no afecta a la normativa del blanqueo de capitales y que, por lo tanto, se debe cumplir dicha normativa a rajatabla y luego emite otra nota diciendo que sí, que todo queda amparado. Bien, para los asesores este punto es crucial, ya que asesorar que alguien se acoja a la amnistía en casos de bienes provenientes delito fiscal puede conllevarnos problemas si nos imputan como colaboradores en el blanqueo de capitales o bien nos sancionan por incumplir la norma de delación a la que estamos obligados.

Y personalmente dos notas del Tesoro contradictorias entre ellas no son garantía jurídica ninguna si alguien lleva a los asesores frente a los tribunales.

6. Voces especializadas en la materia alertan de lagunas legislativas entre la amnistía y el Código Penal que debería resolverse mediante la modificación de este último.

Bien, ante este panorama no es de extrañar el escaso éxito que tiene en estos momentos la amnistía fiscal. Clientes y asesores estamos inmersos en un mar de dudas que por muchas notas aclaratorias que publique Hacienda (se espera otra antes de la fecha límite del 30 de noviembre para incentivar la regularización) nos hacen ir con pies de plomo.

En segundo lugar también es cierto que al cliente hay que decirle que debemos tener en cuenta la reforma que pretende el Gobierno en materia de lucha contra el fraude fiscal que prevé un aumento considerable de las sanciones por defraudación y una reforma del código penal en materia de delito fiscal.

Todo ello nos lleva a exigir prudencia a los asesores en esta materia, y me atrevo a aconsejar que los que pretendan acogerse a esta amnistía se esperen hasta el último momento, a ver si con un poco de suerte logramos tener un panorama más despejado.