los que la Administración Pública haga un uso indebido del contrato de puesta a disposición responderá solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo porque resulta aplicable al caso el art. 16.3 LETT, tampoco puede dudarse de la aplicación a los contratos de puesta a disposición suscritos por las Administraciones Públicas del párrafo segundo del art. 7 LETT, conforme al cual «si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido». A la hora de aplicar este precepto habrá que tener en cuenta, sin embargo, la construcción del Tribunal Supremo sobre la distinción entre trabajador fijo e indefinido en el ámbito de las Administraciones Públicas, cuya finalidad es garantizar el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública. Los trabajadores cedidos que continúen prestando sus servicios en las Administraciones Públicas concluido el contrato de puesta a disposición deberán considerarse indefinidos (no sometidos a término) pero no fijos de plantilla, razón por la cual la previsión regular del puesto de trabajo será causa lícita para extinguir el contrato [SSTS de 20 de enero de 1998 (LA LEY 5941/1998) y 21 de enero de 1998 (LA LEY 4074/1998) y SSTS 19 de enero de 1999 (LA LEY 4412/1999 y LA LEY 2129/1999)], sin necesidad de aplicar la causa extintiva del art. 52.c) ET [SSTS de 27 de mayo del 2002 (LA LEY 7257/2002), 21 de julio 2008 (LA LEY 132527/2008) o 19 de mayo del 2009 (LA LEY 99387/2009)]. ■

NOTAS

(1) El pacto al que aludo daba la siguiente redacción a la disposición adicional quinta:

«1. Podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacer a través del contrato.

2. En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el art. 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga».

(2) Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión plenaria núm. 271, págs. 14.408 y 14.411.

(3) European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Temporary Agency Work and Colective Bargaining in the EU, Dublín, 2008, págs. 27 y 28.

(4) En este sentido me pronuncié en «La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal», A.L., 2010, núm. 16, pág. 1.892.

(5) M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010», LA LEY 8370/2010, pág. 9; C. CARRERO DOMÍNGUEZ y F. J. BLASCO DE LUNA, «Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo», en I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA, La Reforma Laboral 2010, Lex Nova, 2010, pág. ; J. CALDERÓN PASTOR, «Las empresas de trabajo temporal tras la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2010», Lexnova on line, Doctrina Científica, pág. 16.

(6) M. A. GARCÍA RUBIO y M. LÓPEZ BALAGUER, «Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición: su revisión tras el RDL 10/2010», TOL 2.0009.493.

(7) En el mismo sentido, F. de Miguel PAJUELO, en L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA (dirs.), Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 2.761.

(8) Vid., in extenso, F. J. ESCRIHUELA MORALES, La Contratación del Sector Público. LA LEY, 2.ª ed, Madrid 2009; y J. L. VICENTE IGLESIAS, Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LA LEY, Madrid, 2008.

(9) A. DORREGO DE CARLOS, «La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las ETT», Diario LA LEY, LA LEY 13292/2010.

(10) J. M. GOERLICH PESET, «El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», en AA.VV., La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, TOL 1.965392, pág. 9.

(11) Vid., por ejemplo, S. DEL REY GUANTER (dir.), Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, LA LEY, Madrid, 2008.

(12) M. RAMOS QUINTANA sostiene que en adelante «las Administraciones Públicas y el sector público empresarial podrán hacer uso general de la contratación con dichas empresas de forma alternativa a la contratación directa de personal» (Cfr. «Intermediación laboral y empresas de trabajo temporal en la reforma de 2010: la promoción de la intervención privada en el mercado de trabajo», RR.LL., 2011, núm. 2, pág. 32. Muy crítico con esta perspectiva se muestra J. LÓPEZ GANDÍA en «La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca», Revista de Derecho Social, 2010, núm. 51, págs. 250 y 251.

(13) C. CARRERO DOMÍNGUEZ y F. J. BLASCO DE LUNA, «Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo», en I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA, La Reforma Laboral 2010, Lex Nova, 2010, pág. 288.

Tribuna

Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero

LA LEY 2680/2011

Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero: la opción *put* o *worst of* sobre cierta cesta de acciones, acompañada de SWAP

Pablo RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA
Responsable del Departamento de Derecho Procesal
MANUBENS Abogados

En buena medida como consecuencia de la crisis financiera, hace ya años que diversos productos financieros vienen siendo objeto de especial estudio por nuestros Tribunales. Así ha sucedido con los denominados clips *hipotecarios y, muy especialmente, las permutas financieras o SWAP. Analizamos aquí una sentencia recaída en relación con un producto que no había merecido previo pronunciamiento judicial: las opciones de venta* put *o* worst of, *en las que se concede al SWAP un papel meramente secundario.*

I. INTRODUCCIÓN

Mediante sentencia notificada en enero de este año, el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona ha declarado la nulidad radical de un producto financiero sobre el que, hasta donde conocemos, no habían recaído previos pronunciamientos judiciales, y que presenta una complejidad enormemente superior a la de los conocidísimos SWAPS.

Nos referimos al contrato que, denominado «Confirmación de permuta financiera de tipo de interés con opción sobre una cesta de acciones», en realidad abarca dos negocios nítidamente diferenciados:

a) Con carácter principal, el otorgamiento a la entidad financiera (BBVA) de una opción de venta sobre cierto paquete accionarial —compuesto por acciones de Iberdrola, Banco Santander y Telefónica— por un precio fijado en el 70% de la cotización que aquéllas presentaban en cierto momento (que era de 1.000.000 euros).

De acuerdo con ello, el ejercicio de esa opción por parte del banco le sería favorable si el valor de la mencionada cesta de acciones sufría un descenso de proporción superior al 30%.

No obstante, el correcto entendimiento de ese derecho de opción exige hacer mención a dos de sus características esenciales:

i) Es una opción *put*, de modo que su ejercicio dependía de la exclusiva voluntad del banco, que obviamente solo lo instaría en caso de que las acciones hubieran sufrido el descenso de valor indicado.

Frente a ese ejercicio, el cliente (una sociedad dedicada a la fabricación e instalación de césped artificial) no podía sino aceptar la compra de las acciones.

ii) Asimismo, la opción aparece catalogada como *worst of* («el peor de entre», literalmente), lo que determinaba que el valor alcanzado por grupo de acciones de peor comportamiento afectaría también al resto. En consecuencia, si, por ejemplo, las acciones de Iberdrola experimentaban la crítica bajada del 30%, se entendería que también habían sufrido el mismo descenso las de Banco

Santander y Telefónica, aunque ello no se correspondiera con la realidad.

b) Ligado a ese derecho de opción aparecía una permuta financiera o SWAP, sobre un nominal de 1.000.000 euros y con liquidación trimestral de cantidades (en ambos casos, de acuerdo con intereses variables).

Dado que la posible repercusión económica de esta permuta —establecida en un máximo de 27.000 euros, en favor del cliente: el interés asumido por el banco era superior— no era comparable a la que la que podía derivar del derecho de opción —recuérdese que su ejercicio era potestativo para el BBVA, de modo que solo lo instaría si el valor de las acciones caía el 30%—, en el procedimiento se ha considerado que la permuta financiera constituía, desde el punto de vista económico, el precio por el que el cliente autorizó al banco a adquirir ese derecho de opción.

El documento se firmó en febrero de 2008, y tenía una duración prevista de dos años. Llegado en primer vencimiento (febrero de 2009), el valor de al menos uno de los grupos de acciones contemplados había sufrido el mencionado descenso del 30%.

Obviamente, el BBVA requirió la compra de las acciones, lo que para el cliente implicaba —únicamente por el primer año de vigencia del contrato— unas pérdidas de más de 357.000 euros. Rechazado el pago por el cliente, éste instó un procedimiento judicial, solicitando, con carácter principal (como veremos, el caso presenta otras notables peculiaridades), la nulidad del producto financiero.

II. LA CONTROVERSIA JUDICIAL

En síntesis, el demandante solicitaba lo siguiente: a) La nulidad del contrato, alegando que, trufado de términos incomprensibles para cualquiera no experto en productos derivados de la mayor complejidad, carecía de información esencial; y b) en su defecto, la ineficacia del contrato frente a la empresa, pues había sido firmado por una persona sin poderes de la sociedad.

a) La primera petición se fundaba principalmente (al margen de otros motivos, como la infracción del art. 1256 CC, ya que el propio BBVA aparecía como agente de cálculo) en el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad financiera, así como en otro extremo íntimamente vinculado con el anterior: la falta de entrega del Contrato Marco a que la «Confirmación» se remitía, documento que se afirmaba estaba publicado por la Asociación Española de la Banca Privada.

De acuerdo con ello, se alegaba incumplimiento del deber de información por parte del banco, con consiguiente infracción de los arts. 5.1 («No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas») y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, así como de los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores.

Asimismo, se invocaba, como causa de nulidad y para el caso de considerarse que el firmante del documento es consumidor en relación con el producto analizado, la existencia de desequilibrio de prestaciones: a cambio de la modesta cantidad que la empresa podía obtener a través de la permuta financiera (como hemos dicho, un máximo de 27.000 euros, de los que finalmente resultaron 24.000), aquélla podía verse obligada a abonar hasta 700.000 euros —en el caso extremo—, resultando finalmente unos daños de 357.000 euros, equivalentes al 14% de los fondos propios de la sociedad.

Al margen de manifestar que ni el firmante del documento ni la sociedad podían considerarse consumidores, el BBVA sostenía que el Contrato Marco podía obtenerse con facilidad de Internet y que, incluso prescindiendo de él, la información recogida en el documento de confirmación era suficiente. A mayor abundamiento, alegaba que el firmante del contrato había sido informado por teléfono sobre las características del contrato.

b) Por lo que respecta a la segunda petición, no se ha discutido en el proceso que quien firmó el contrato no era representante de la sociedad.

Así las cosas, dado que el no apoderado también puede obligar a aquélla si celebra operaciones que pueden considerarse comprendidas en la actividad ordinaria de la sociedad (art. 286 del Código de Comercio, que contempla la conocida figura del «factor notorio»), el debate se ha centrado en si el cliente había contratado con anterioridad productos financieros de mayor o menor complejidad.

La sociedad negaba la firma de operaciones comparables con la analizada, de carácter altamente especulativo. Sin embargo, el BBVA alegaba que la empresa tenía trato habitual con diversas entidades financieras, y que incluso había contratado con anterioridad algún producto estructurado.

III. LA SENTENCIA

Sin perjuicio del resultado que arrojen los recursos, como se ha adelantado, el Juzgado declara la nulidad total del contrato, con base en uno de los argumentos antes expuestos: el Contrato Marco nunca fue entregado ni a la sociedad ni al firmante del documento de confirmación, de modo que el consentimiento no pudo derivar de una voluntad suficientemente formada. Dice la sentencia, en su fundamento de derecho segundo: «(...) El contrato marco que había de regular la relación negocial entre las partes, como consecuencia de la realización de las operaciones de permutas financieras de tipos de interés y de la realización de las operaciones de opciones, y por medio del cual se había de establecer el desarrollo del objeto del contrato, nunca fue suscrito por la demandante, pese a que se manifestó en el documento de confirmación que se haría todo lo posible para negociarlo y firmarlo».

Ciertamente, la sentencia no entra a analizar otras muchas cuestiones surgidas durante el proceso y cuya resolución hubiera resultado de gran interés: principalmente, si el firmante del documento podía ser considerado factor notorio. No obstante, el pronunciamiento sí se presenta relevante en relación con la tensión entre los preceptos invocados por la demandante acerca de la necesidad de entrega de la documentación predispuesta —de un lado—, y el art. 3 RD 217/2008, que permite a las entidades financieras facilitar información en soporte distinto a papel y, en particular, mediante remisión a una web —de otro lado—.

Si bien la sentencia no argumenta al respecto, debe entenderse que su rechazo a tomar en consideración dicho Real Decreto está fundado en la falta de concurrencia de los requisitos a los que la admisión de ese alternativo modo de facilitar la información aparece supeditado: por ejemplo, que sea adecuado para las partes, que el cliente lo haya aceptado, o que se comunique la dirección del sitio web en que consta dicha información. ■

laleydigitallaboral.es
exactamente lo que busca en materia laboral

NUEVO
LA LEY grupo Wolters Kluwer
Un paso por delante
Más información en nuestro Servicio de Atención al Cliente: 902 250 500 tel • clientes@laley.es
laleydigital.es exactamente lo que necesita.