

"MULTICUPÓN" DE BBVA Y EL ERROR CONTRACTUAL. RETORNA MIFID, Y AHORA PARA DEPÓSITOS ESTRUCTURADOS

Dra. Karolina Lyczkowska
Investigadora CESCO
Professional Support Lawyer en DLA Piper, Madrid

Fecha de publicación: 1 de septiembre de 2014

La sentencia de la AP de Asturias, Sección 4ª, de 23 junio 2014 (JUR 2014\198681) declara la nulidad de un contrato financiero "Multicupón" por error sufrido por el cliente del banco debido a la falta de información precisa.

1. Los hechos y la sentencia

Se trata de un contrato ofrecido por BBVA y formado por "un depósito a plazo y un derivado financiero", según el Expositivo II del propio contrato. Transcurridos cinco años, el cliente recibiría la liquidación que correspondiese según la fórmula anunciada. En el cuerpo del contrato se avisa al contratante que es una operación de riesgo elevado que puede generar rentabilidad positiva, pero también pérdida del importe invertido. De acuerdo con el documento, esto último sucedería en supuesto de cancelación anticipada o cuando al vencimiento del plazo cualquiera de los dos activos de referencia (que son las acciones de BBVA y de Royal Bank of Scotland) no superase el 70% de su valor inicial. En cualquier caso, la liquidación final se determina de acuerdo con esta fórmula:

"El Titular recibirá la cantidad en efectivo que resulte de multiplicar el Importe Invertido, por el resultado de dividir el Valor Final del Peor Activo Referencia en la Fecha de Referencia 5 entre el 70% del Precio de Ejercicio de dicho Activo Referencia. El Peor Activo Referencia en la Fecha Referencia 5, es aquel que tenga la menor rentabilidad de entre las rentabilidades de todos los Activos Referencia. La rentabilidad -expresada en tanto por ciento- de cada Activo de Referencia se determinará restando al Valor Inicial del Activo de Referencia de su Valor Final en la fecha de Referencia 5 y dividiendo el resultado entre dicho Valor Inicial, teniendo en cuenta que entre las rentabilidades negativas son menores la más lejana a cero. Como consecuencia de lo anterior el TITULAR podría llegar a perder el 100% del Importe Invertido".

Según la sentencia, la fórmula es oscura, compleja y confusa, condicionándose el resultado de

la liquidación a un complejo cúmulo de operaciones matemáticas, en vez de "algo tan simple como cotización en bolsa". Esta complejidad del producto obligaba a BBVA a proporcionar más información, en forma de simulaciones explicativas de todas las posibilidades existentes, incluidas las más perjudiciales para el cliente, no siendo suficiente una mera referencia genérica a la posibilidad de perder la totalidad de la inversión. La resolución apunta también que no se ha realizado el correspondiente test de conveniencia/idoneidad de forma apropiada, dado que el documento aportado sólo recoge que el cliente no tenía experiencia con contratos financieros sin garantía y/o renta fija con derivados sin garantía de capital, con lo cual se concluye que no debía haberse ofrecido el producto o, de hacerlo, extremar el deber de información. Es este caso, la AP estima que la entidad bancaria no proporcionó información suficiente y comprensible, propiciando la aparición del error en el consentimiento, lo cual conlleva la nulidad del contrato.

2. Comentario

El contrato fue firmado por las partes en marzo de 2008 y la demanda de anulación por error fue interpuesta por el actor en el año 2013. Aunque no se especifica el mes, sí se alude implícitamente a que el demandante acudió al juicio una vez cumplido el plazo quinquenal de vencimiento del contrato, por tanto, insatisfecho con la liquidación resultante y consciente de la predisposición que muestran los tribunales en los últimos años a anular los contratos financieros por error, a pesar de que es casi seguro que dicho error no fue decisivo para emitir consentimiento o fue "confirmado" por una práctica de cumplimiento continuado. Es curioso que no se haya dado cuenta del error en el que incurrió antes de que conociera finalmente el resultado nefasto de la inversión. Incluso podemos sospechar que no era el Multicupón un producto financiero perverso, sino que el resultado final se debió a que el RBS pasó por el trámite de la quiebra, que son cosas distintas.

A principios del año 2008 cuando se firmaba el contrato de autos, la normativa MiFID se acababa de transponer e incorporar en la LMV. No existía todavía ninguna de las Guías de la CNMV que posteriormente se publicaron para facilitar a las entidades la correcta comprensión de sus obligaciones, ni desde luego el acopio de la jurisprudencia sobre los preceptos en cuestión. Hacía escasas semanas que había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 febrero que aclaraba algunas cuestiones del deber de información impuesto a las entidades de servicios de inversión del nuevo art. 79bis LMV.

A diferencia de lo que ocurre ahora en MiFID II (aprobada justo este año), en MiFID I no eran instrumentos financieros los "depósitos estructurados", como el Multicupón del presente caso. Obsérvese que nuestro producto no se encontraba ni siquiera en la excepción del art. 79 bis 8 a), por más que incorporara un "derivado implícito".

Bien es verdad que por aquel entonces la entidad estaba obligada a realizar el test de conveniencia o idoneidad, según los casos, pero no estaba claro ni qué formato debería tener, ni qué consecuencias tendría su incorrecta realización. El art. 79 bis LMV solamente obligaba a la entidad a que solicitase al cliente la información sobre sus conocimientos y experiencia y que tomase la decisión sobre si el producto es adecuado para el cliente o no en base a esta información. No se exigía ni la entrega de una copia de la evaluación al cliente, ni la expresión manuscrita del cliente de ningún tipo (actual art. 79 bis.7 LMV), ni la advertencia sobre el resultado negativo del test (Circular CNMV 3/2013), ni la exposición de los diversos escenarios y simulaciones de todos los resultados posibles de la inversión.

Ciertamente, la entidad está obligada a incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros o estrategias de inversión y la información entregada debía ser clara, imparcial y no engañosa, de acuerdo con el art. 79 bis.2 LMV. No obstante, obsérvese que el art. 60 del Real Decreto 217/2008 no contiene el requisito de incluir simulaciones de diversos escenarios posibles para que el deber de información pueda considerarse adecuadamente cumplido. Sólo en el caso de que la ESI *decidiese* incluir datos sobre los resultados futuros, el art. 60.5 RD imponía que se basaran en datos objetivos, que se incluyeran las comisiones aplicables y una advertencia de que las previsiones no son indicador fidedigno de los resultados futuros. Pero ni antes, ni ahora existe obligación de realizar simulaciones, si del resto del texto del contrato se desprende claramente la advertencia sobre los riesgos de la inversión, pese al empeño de la jurisprudencia en este sentido. Y tal advertencia era manifiesta en el contrato analizado, pues expresamente se llamaba la atención del titular a que podía perder el 100% de la inversión.

Finalmente, no se entiende por qué la Audiencia considera que la fórmula de liquidación es oscura e incomprensible. El hecho de que requiera algunos cálculos matemáticos no la convierte automáticamente en inalcanzable para un ciudadano que todos los años tiene que enfrentarse a su declaración de IRPF, muchas veces infinitamente más compleja de rellenar y entender.

En cualquier caso, bueno es tener ya una sentencia sobre “depósitos estructurados” justo en el momento en que MiFID II adquiere su carta de naturaleza. El resultado es predecible. El BBVA y cualquier entidad financiera “too big to fail” deben evitar ofrecer estos productos a los inversores minoristas, sin más, sin esforzarse en darles los esclarecimientos educativos que impone MiFID II. De nada servirá cualquier esfuerzo. El inversor minorista – al menos aquel que no tenga la suerte de poder “renunciar” a esta condición- verá reducido su menú inversor al depósito ordinario con rentabilidad cero o negativa, en todo caso sin nada de “complejidad”.