



LAUDO ARBITRAL

EXpte.NÚM: 130423

NÚMERO DE SOLICITUD:

000072

RECLAMANTE/S:

Don:

ENTIDADES RECLAMADAS:

BANKIA S.A. y BANCAJA EUROCAPITAL FINANCE

ÁRBITRO ÚNICO:

Don/Doña:

En la sede de la Junta Arbitral Nacional de Consumo a 13 de junio de 2013, se dicta un Laudo en el procedimiento arbitral de referencia.

LAUDO ARBITRAL

ANTECEDENTES DEL HECHO

PRIMERO

Consta previamente al inicio del procedimiento de formalización del convenio arbitral válido entre las partes, que ha adoptado la forma de acuerdo independiente de las partes. En el convenio arbitral, ambas partes expresan la voluntad de resolver la controversia planteada ante la Junta Arbitral Nacional de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Las partes han acordado la resolución del arbitraje en derecho y con intervención de árbitro único.

Las entidades reclamadas han entregado alegaciones a el/los reclamante/s en el momento de la formalización del convenio arbitral. Por su parte el/los reclamante/s en el momento en que suscribió/suscribieron la solicitud de invitación al arbitraje dirigida a las entidades reclamadas, hizo/hicieron constar sus alegaciones. Ambas partes aportan al expediente cuantas pruebas y documentos han considerado necesarias para hacer valer sus derechos.

De conformidad con el artículo 40 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que establece el Sistema Arbitral de Consumo, que regula el procedimiento abreviado aplicable en este supuesto, se ha comunicado a las partes el inicio del procedimiento arbitral, la designación de árbitro único y la citación a



audiencia en forma escrita, con el fin de que aportaran nuevas alegaciones o documentación que no hubieran puesto de manifiesto y consideraran relevantes para la solución del conflicto.

SEGUNDO

En el convenio arbitral, las partes manifiestan que el objeto del arbitraje es determinar si en la suscripción o adquisición de las participaciones preferente u obligaciones subordinadas que se señalan a continuación, se produjeron deficiencias potencialmente invalidantes del consentimiento prestado por el/los reclamante/s, y por tanto pudiera proceder la restitución de la cantidad invertida, con el límite aceptado por ambas partes en el referido convenio arbitral. Igualmente se indica la relación de Acciones del banco entregadas en virtud de las operaciones de recompra llevadas a cabo.

Nombre de la emisión: PProf. BFA BCJA Serie A MEUR12M+20pb Perpetuo
Número de ISIN: KYG0727Q1073
Cuenta de Valores: 203806050000f
Nº Títulos: 7
Importe Nominal: 4200.0
Nº de Acciones: 921

TERCERO

El/los reclamante/s en su solicitud de arbitraje alega/n que en la contratación de la inversión a la que se refiere el convenio arbitral, han concurrido circunstancias o hechos relativos a:

- Ausencia de información proporcionada sobre el producto o, existiendo información, ésta fue proporcionada de manera incorrecta.

Asimismo el reclamante ha puesto de manifiesto que:

- Otras circunstancias personales relevantes (edad avanzada, ingresos familiares reducidos, minusvalía, desempleo, etc.).

Solicita/n el/los reclamante/s, que teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas y la documentación aportada, se determine si en la contratación de los títulos a los que se refiere el convenio se produjeron deficiencias potencialmente invalidantes del consentimiento y, en consecuencia, se le restituya la cantidad invertida, aceptando como cuantía máxima objeto de restitución la cantidad fijada en el convenio arbitral: 2.987,38€.

CUARTO

Por su parte, las entidades reclamadas han efectuado las siguientes alegaciones:

- La Parte Reclamante tenía a su disposición en las oficinas de las Cajas y en la página web de la CNMV el Folleto y el Tríptico descriptivos de las Participaciones Preferentes, previamente registrado en la CNMV, y que incluía los riesgos de las mismas, a saber: (i) riesgo de no percepción de las remuneraciones; (ii) riesgo de absorción de pérdidas; (iii) riesgo de perpetuidad; (iv) riesgo de orden de prelación; (v) riesgo de mercado; (vi) riesgo de liquidez o representatividad de las Participaciones Preferentes en el mercado; y (vii) riesgo de liquidación de la emisión.

Teniendo en cuenta los datos y hechos enumerados, las entidades reclamadas defienden que no existen los elementos necesarios para que se pueda afirmar, sin ningún género de duda, la existencia de error esencial y excusable que pueda invalidar el consentimiento prestado por la Parte Reclamante al adquirir las Participaciones Preferentes / Títulos de Deuda Subordinada. Adicionalmente, las entidades

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD
JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO



reclamadas deducen de los hechos en relación con el presente arbitraje que, en el caso de que hubiese concurrido un vicio por error invalidante al tiempo de la emisión del consentimiento de la Parte Reclamante, éste podría quedar convalidado, con su actuación posterior, sanando el consentimiento previamente emitido.

Por último, no se puede olvidar que las normas en materia de obligación de información tienen naturaleza administrativa, por lo que, la nulidad del contrato "per se" por vicio invalidante del consentimiento, sería una cuestión a determinar, siguiendo las reglas civiles de aplicación.

El Órgano Arbitral a la vista de la documentación y alegaciones presentadas por las partes, expone los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- CLIENTE MINORISTA-CONSUMIDOR Y PRODUCTOS COMPLEJOS.

El/los reclamante/s debe/n ser clasificado/s de **cliente/s minorista/s y consumidor/es**, afecto a una rigurosa protección general (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) y, especialmente, en los mercados de productos financieros (Título VII, Normas de conducta, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores). No es relevante que el concepto cliente minorista no estuviera establecido en la Ley del Mercado de Valores en la redacción anterior a la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), porque las entidades reclamadas admiten en sus alegaciones la calificación de el/los reclamante/s como cliente/s minorista/s, y porque, en todo caso, es/son consumidor/es, acreedor/es de la máxima protección con carácter general.

Las participaciones preferentes y deuda subordinada, perpetua o con vencimiento, son **productos híbridos complejos**, que, pese a las referencias normativas a los mismos y a su presencia en el mundo financiero, son de difícil comprensión para el inversor medio y ocasional, tanto en lo que es el régimen de su contenido, como en su comercialización. Tales dificultades conllevan la exigencia de máximo cuidado en las entidades emisoras y comercializadoras de este producto a la hora de su colocación entre los clientes minoristas y consumidores, tal y como establecen las normas y reiteradamente ha recordado la doctrina, la jurisprudencia y las entidades encargadas de la vigilancia de los mercados.

SEGUNDO.- DILIGENCIA E INFORMACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS COMPLEJOS FRENTE A CLIENTES MINORISTAS-CONSUMIDORES. VICIO DE ERROR ESENCIAL EN EL CONSENTIMIENTO Y ANULACIÓN DEL CONTRATO.

El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción anterior a la introducción en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros-MIFID, realizada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, ya establecían, respecto a las entidades que prestan servicios de inversión, la obligación de un comportamiento máximo de diligencia y transparencia en la información sobre el producto comercializado, y sus riesgos, a los clientes adquirentes de estos productos financieros complejos, y de forma especial en lo que afecta al cliente minorista-consumidor, para que tenga el discernimiento suficiente a la hora de celebrar los negocios pertinentes, solicitando de él sus especiales características sobre su idoneidad para ser cliente de tales productos financieros.

En efecto, tales entidades debían comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y



debían asegurarse de que disponían de toda la información necesaria sobre sus clientes, así como de mantenerlos siempre adecuadamente informados (art. 79 a) y e) de la LMV). El desarrollo de las disposiciones legales, en los arts. 15 y 16, y en el Anexo, arts. 1, 2, 4 y 5 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, especificaba la necesidad de que las entidades actuasen con diligencia y buena fe, en beneficio del cliente, tanto en la fase precontractual como durante la ejecución de la relación. Por un lado, exigiéndolas que solicitaran de sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión en cuanto elementos relevantes para los servicios que se fuesen a proveer. Por otro lado, exigiendo a las entidades que ofreciesen y suministrasen a sus clientes toda la información de que dispusiesen que fuese relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión. Y, en fin, exigiéndolas que dedicasen a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

Como es sabido, la posterior evolución del ordenamiento jurídico no ha hecho más que afianzar y concretar, con mayor detalle, las rigurosas obligaciones de diligencia e información que tradicionalmente vienen impuestas a las entidades que prestan servicios de inversión, en la comercialización de productos complejos frente a clientes minoristas-consumidores. Así, en la introducción en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), realizada por la Ley 47/2007, y desarrollada en el Real Decreto 217/2008, que establece el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan tales servicios (espec. arts. 60-70). En la misma línea, recientemente, la disposición final tercera.5 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

No es admisible, pues, la alegación de las entidades reclamadas de que para los productos comercializados antes de la introducción en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID), realizada por la Ley 47/2007, y desarrollada en el Real Decreto 217/2008, las exigencias de diligencia, transparencia e información eran inferiores, pues, con independencia del mayor detalle normativo conectado a tal adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva comunitaria, ya antes, como queda dicho, la exigencia de actuación con diligencia y buena fe, en beneficio del cliente, tanto en la fase precontractual como durante la ejecución de la relación, estaba especificada suficientemente. Tanto exigiendo a las entidades que solicitaran de sus clientes la información necesaria sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión en cuanto elementos relevantes para los servicios que se fuesen a proveer, como exigiéndolas que ofreciesen y suministrasen a sus clientes toda la información de que dispusiesen que fuese relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión, y, en fin, exigiéndolas que dedicasen a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

Dadas las exigencias de diligencia y transparencia requeridas a las entidades que prestan servicios de inversión en el suministro de información suficiente y precisa, tanto en la fase previa a la celebración del contrato, a efectos de que el consumidor tenga una representación fiel del producto a adquirir, como en la de la ejecución de la relación, que se desenvuelven en el marco de la diligencia propia del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y teniendo en cuenta que tales exigencias son una manifestación del derecho de información como uno de los derechos básicos de los consumidores (art. 8 b) LGDCU), es claro que la carga probatoria de tal comportamiento recae en la entidad comercializadora, pues ella tiene la información y la posibilidad de ofrecerla al cliente, sin que pueda exigirse a éste la prueba de la ausencia de información, en cuanto hecho negativo (vid. art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; STS Sala 1.ª, de 14 de noviembre de 2005; SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012; SSAP Islas Baleares de 16 de febrero de 2012 y de 13 de noviembre de 2012).

El cumplimiento de las indicadas exigencias de diligencia e información en la comercialización de productos complejos frente a clientes minoristas-consumidores no sólo es relevante, como dicen las

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD
JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO



entidades reclamadas en sus alegaciones, a los efectos administrativos-sancionadores, sino que su correcto cumplimiento es primordial para poder afirmar la existencia de un **consentimiento claro y completo del consumidor adquirente de estos productos como minorista**, del que no se pueda predicar la presencia de error que conduzca a declarar nulo el consentimiento prestado y anulable el negocio sobre el que aquél se vertió (arts. 1261, 1265 y 1266 CC). En este sentido, resulta relevante destacar la STS de 22 de diciembre de 2009, la cual establece con absoluta claridad los efectos del art. 79 de la LMV en las relaciones jurídico-privadas, que:

"No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efecto del negocio jurídico deben de aplicarse las pertinentes consecuencias sobre la ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007)".

El art. 1265 CC dispone que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, y el art. 1266 CC establece que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato (vid., entre otras, la STS de 17 de mayo de 1988 y 4 de diciembre de 1990), o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, interpretado por la reiterada jurisprudencia, que afirma que para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, de forma que fuera excusable por quien lo invoca al no haberlo podido eliminar empleando una diligencia normal (SSTS de 4 de diciembre de 1994, 21 de mayo de 1997, 30 de septiembre de 1999, 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004) ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad que se demanda. La nulidad del contrato tiene como efecto que las partes deben de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio de las mismas, con sus frutos e intereses (art. 1303 CC). No obstante, en el presente arbitraje, dicha consecuencia debe sustituirse, conforme a lo acordado por las partes en el convenio arbitral, por la cantidad máxima a restituir. En cuanto a la forma en que ha de restituirse tal cantidad, hay que estar a lo pactado expresamente en el convenio arbitral para la forma de ejecución del Laudo, en función del destino dado a las acciones del banco.

En este marco, si bien la falta de cumplimiento, total o parcial, de las exigencias de diligencia e información en la comercialización de productos complejos frente a clientes minoristas-consumidores ya es un indicio muy poderoso para estimar probado, a la vista del conjunto de los hechos y alegaciones y conforme a las reglas de la sana crítica, que existe error esencial en la formación de la voluntad y prestación del consentimiento (vid. SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012; SAP Madrid de 26 de junio de 2012; SAP Alicante de 27 de septiembre de 2012; SAP Islas Baleares de 13 de noviembre de 2012), conviene notar que el cumplimiento formal de tales exigencias, reflejadas en la correspondiente documentación (cuestionarios, test, perfil-historial del cliente), no excluye que, a la vista de los demás hechos y alegaciones, pueda considerarse probado que, en el caso concreto, existió error esencial en la formación y prestación del consentimiento.

En particular, las declaraciones generales, incluso formalmente documentadas y firmadas por el cliente minorista-consumidor, en las que se manifiesta, con contenido predispuesto por las entidades, que el cliente comprende el contenido del producto y documentación, y es consciente de sus características y riesgos, o el hecho de que el cliente hubiera adquirido con anterioridad otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, así como el hecho que tenga una cierta formación, no sirven, por sí solas, para decidir si hay vicio de error esencial en la formación y prestación del consentimiento. Como

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD
JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO



es sabido, nuestra legislación considera como cláusulas nulas por abusivas en la contratación con consumidores las referidas, entre otras, a *“las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las que no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”* (art. 89.1 LGDCU). Vid. SAP Pontevedra de 25 de abril de 2012; SAP Islas Baleares de 13 de noviembre de 2012.

En caso de carencia total de documentación, por extravío de la misma, siendo innegable, como alegan las entidades reclamadas, que no desvirtúa la existencia del contrato, tal extravío total refuerza la idea de la falta de adecuada diligencia de las entidades en la protección de los intereses de su cliente, a la vez que debilita el soporte de unas afirmaciones a favor de su posición de correcto informante que ya no son susceptibles de sostenerse con base en un soporte documental. Igualmente, si bien es cierto que, con carácter general rige en nuestro ordenamiento el principio de libertad de forma (art. 52 del Código del Comercio y 1.278 CC), parecen olvidar las entidades reclamadas que, en Derecho bancario, se establece tanto con carácter general como en normas especiales la obligatoriedad de la forma escrita en los contratos bancarios y de la entrega de un ejemplar firmado al cliente (art. 5.3 y 15.1 del Real Decreto 629/1993, art. 48.2 de la Ley 26/1988, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, desarrollada por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y de la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela), así como por exigencias generales de protección de los consumidores y usuarios (art. 63 LGDCU).

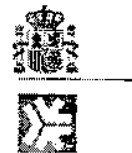
Es claro, pues, que para decidir, en el caso concreto, si existe error esencial en la formación de la voluntad y prestación del consentimiento, hay que atender, a la vista del conjunto de hechos y alegaciones, a todos los elementos de que se disponga y, en particular, a la complejidad del producto, al perfil del cliente, constituido por su formación y su historial inversor, a la toma de iniciativa para comercializar el producto, y al tiempo y método explicativo dedicado a cada cliente a los efectos de asegurar su comprensión del producto y la adecuada formación de su voluntad, con plena conciencia de su decisión.

Adicionalmente, y pese a lo que dicen las entidades reclamadas en sus alegaciones, hay que advertir que el hecho de que **el/los reclamante/s no hubiera/n hecho hasta ahora manifestación alguna de disconformidad con el contrato**, habiendo proseguido en su posición de parte del contrato en el ejercicio de sus derechos, sin presentar reclamaciones al respecto, no impide por sí solo la existencia de un error esencial en el consentimiento, ni es calificable como una actividad sanadora de anteriores errores (vid. SAP Madrid de 26 de junio de 2012). Al contrario, la falta de manifestación por el/los reclamante/s se debe normalmente a que sigue en su posición de parte en la misma ignorancia con que la adquirió/adquirieron, siendo más bien culpa de las entidades reclamadas el no haber procurado aumentar o aclarar la información a fin de una acertada actividad de el/los ahora reclamante/s. Es, pues, más bien, un indicio de que el error en el consentimiento surgió inicialmente, cuando se celebró el contrato y subsistió durante el desarrollo del mismo, sin que mediara intención alguna de las entidades reclamadas de sacar de su error a el/los cliente/s. El mero transcurso del tiempo, la recepción de extractos bancarios o el cobro de liquidaciones de los cupones o de los intereses correspondientes no pueden ser considerados como hechos concluyentes de un consentimiento informado o de una ratificación o subsanación del contrato inicialmente viciado.

En el presente supuesto, a la vista de las alegaciones de el/los reclamante/s y las entidades reclamadas, y en conformidad con el convenio firmado entre tales partes resuelvo:

- Dado que hay una carencia total de documentación, y aun siendo innegable, como dicen las entidades reclamadas en sus alegaciones, que el extravío de la documentación no desvirtúa la existencia del contrato, lo cierto es que su total extravío refuerza la idea de la falta de adecuada diligencia de las entidades en la protección de los intereses de su cliente inversor, a la vez que debilita el soporte de la defensa del correcto cumplimiento de las obligaciones de información, como indicio de la correcta

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD
JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO



Y para que conste, firmo el presente Laudo, en el lugar y fecha señalados al principio.

EL ÁRBITRO

Dada en

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD

JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO