

Crítica jurídica del arbitraje de preferentes y claves legales para la defensa de los afectados

En el artículo, el autor, el abogado Eugenio Ribón, responsable de los servicios jurídicos de CEACCU, analiza jurídicamente el arbitraje de las preferentes de Bankia y ofrece fundamentos legales para una defensa eficaz de los afectados, aclarando cuestiones esenciales como la prescripción de acciones.

CEACCU alerta frente al canje por acciones porque podría dificultar, procesalmente, iniciar “acciones de anulabilidad”.

La venta masiva de participaciones preferentes, deuda subordinada y otros productos complejos a clientes minoristas (consumidores), es sin duda alguna el mayor fraude económico de nuestra historia democrática. Cerca de 400.000 usuarios han visto como los ahorros de toda su vida han sido literalmente expoliados por la banca ante la pasividad de toda suerte de organismos reguladores y de control. Pero si ello ya de por si resulta indecente, la solución política ideada del arbitraje a la medida de la banca, encierra un hedor insoportable. Con el arbitraje de preferentes hemos pasado de la indiferencia de la CNMV, Banco de España y autoridades de consumo a la complicidad política para consumar un segundo fraude a los usuarios, aún más lacerante si cabe. Y esta vez con el aval del Gobierno.

Desde un punto de vista económico **el arbitraje es un mayúsculo fraude para los afectados** a quienes pretende hurtarse hasta un 70% de sus ahorros **y una solución fantástica para la banca** que consuma el latrocinio con el beneplácito del ejecutivo. Desde la óptica jurídica **es una aberración jurídica, simplemente ilegal.**

Para comenzar, el arbitraje **no es universal**, sino aceptado individualmente al gusto de la entidad financiera, previo filtro de la consultora KPMG (si, esa misma que avaló la salida a Bolsa). Pero lo sorprendente realmente es la lectura de los **criterios establecidos**: menores de edad e incapacitados que hayan firmado sin la intervención de sus representantes legales; inexistencia de documentación contractual; clasificación del producto como sin riesgo; reconocimiento por la entidad de haber informado incorrectamente al cliente... Estos criterios convierten el arbitraje de las preferentes en un arbitraje ilegal, que obligan al árbitro que aprecie su concurrencia a rechazar la solicitud y remitir el caso al Juzgado o Fiscalía por aplicación de lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 57 del Real Decreto 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 artículo 2.2 del Real Decreto 231/2008, por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo.

En suma, **estas normas prohíben el arbitraje de consumo ante la posible concurrencia de indicios racionales de delito.** Y no hace falta ser un avezado jurista para entender que si se ha hecho firmar clandestinamente a un discapacitado psíquico la transformación de sus

ahorros convencionales en un altísimo producto de riesgo a hurtadillas de su representante legal, cuando menos debe haber una honda sospecha de estafa.

Pero el arbitraje de las preferentes aún encierra más **atractivos para la banca**, pues de este modo **evitará las costas procesales** que de modo probable padecería en un proceso judicial (art. 394 LEC) **y los intereses legales** (art. 576 LEC y art. 1101 CC), ausentes en el arbitraje.

Frente a este segundo latrocinio, aún para quienes hemos defendido vivamente las virtudes de un arbitraje honesto, **es ineludible acudir a la vía judicial**, que ahora parece despertar esta primavera de su prolongado letargo en defensa de los ajados derechos de los consumidores. En momentos como este, tras quince años ejerciendo como árbitro de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, recuerdo con cariño los mandamientos del abogado del maestro Couture: *“Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres es conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”*. Hoy, es uno de esos días, maestro.

Guía para los abogados de los afectados

A continuación, enunciamos, de modo esquemático, como **guía para los abogados de los preferentistas**, las **claves sustantivas y procesales para el éxito de la acción en vía judicial**.

1ª) Acumulación de acciones ex art. 71.2 LEC y peticiones con carácter subsidiario (STS 10 de abril de 2003).

2ª) Condición de consumidor (cliente minorista) del afectado. Art. 51.1 y 53.3 CE; art. 3 TRLGDCU; art. 78 bis LMV. SAP de Baleares, Sección 5ª, de 2 de septiembre de 2011.

3ª) Especial protección de los intereses económicos de los usuarios de servicios financieros. Arts. 8 b) y 19 TRLGDCU y Anexo I, letra C, ap. 13 del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre. STS 15 de julio de 1988.

4ª) Carácter adhesivo del contrato suscrito. Art. 1 Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y art. 82.2 TRLGDCU.

5ª) Regulación jurídica de las participaciones preferentes. Disposición Adicional Segunda de la Ley 12/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, incorporada merced a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Art. 2.1.h) LMV. RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de noviembre. Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y Orden ECO/734/2004, sobre departamentos y servicios de atención al cliente y defensor del cliente de las entidades financieras.

6ª) Prescripción de acciones. A) Respecto de la nulidad radical, esta no se haya sometida a caducidad o prescripción alguna al ser la nulidad en si misma perpetua e insubsanable (SSTS de

4 de noviembre de 1996; 14 de marzo de 2000; 18 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006 o 29 de mayo de 2008, entre otras). B) En cuanto a las acciones de anulabilidad, el plazo de prescripción del artículo 1301 CC de 4 años debe comenzar desde que el inversor tiene pleno conocimiento de que se le ha suministrado una información incorrecta o errónea, por lo que el *dies a quo* para el cómputo del plazo no sería el de la fecha de compraventa o suscripción de las participaciones, sino el del conocimiento del error invalidante del consentimiento (cfr. SAP de Baleares, Sección 5ª, de 21 de marzo de 2011).

7º) Motivos

- Motivo 1º: Nulidad del contrato por falta de consentimiento (arts. 1261 y 1262). Sentencias Juzgados de 1ª Instancia nº 15 de Zaragoza, de 9 de septiembre de 2009; Barcelona nº 24, de 30 de junio; Ejea de los Caballeros nº 1 de 29 de enero de 2013.

- Motivo 2º: Anulabilidad por vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC). Sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Castellón de 4 de abril de 2011; Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santa Cruz de Tenerife de 12 de abril de 2012; Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cambados de 10 de julio de 2012; SAP de Jaén, Sección 3ª, de 27 de marzo de 2009; SAP de Murcia, Sección 5ª, de 1 de abril de 2011; SAP de Oviedo de 20 de abril de 2011; SAP de Pontevedra de 25 de abril de 2012; SAP de Madrid de 26 de junio de 2012; SAP de Córdoba, de 30 de enero de 2013.

- Motivo 3º: Acción de responsabilidad y resolución del contrato por incumplimiento (arts. 1101, 1124 y 1290 CC). Sentencias Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid de fecha 8 de julio de 2011; Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia, de 13 de junio de 2012; Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Valencia, de 13 de junio de 2012; SAP de Baleares, de 2 de septiembre de 2011; SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2011.

- Motivo 4º: Nulidad por infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC en relación al art. 79 LMV y arts. 62 y 64 RD 217/08). SSTs 31 de octubre de 2007 y 22 de diciembre de 2009; SAP de Valencia, de 30 de octubre de 2006.

- Motivo 5º: Práctica abusiva en la comercialización y conflicto de interés (arts. 82 y 87 TRLGDCU; art. 70 LMV y arts. 44 y 45 del RD 217/08). Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Palma de Mallorca, de 15 de noviembre de 2004; SAP de León de 8 de marzo de 2012.

- Motivo 6º: Cláusula abusiva del carácter perpetuo (arts. 63, 82, 86.4 y 87 TRLGDCU). Así lo ha advertido la Resolución de la Comisión de Cooperación de Consumo conforme al procedimiento aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, en respuesta a la consulta formulada por el Instituto Galego de Consumo de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

8º) Valoración de la prueba. Traslada a la entidad financiera ex art. 217.7 LEC. STS de 14 de noviembre de 2005. Traslado esta doctrina al caso concreto de las participaciones preferentes se han pronunciado, a título ilustrativo, la SAP de Palma de Mallorca de 21 de marzo de 2011; la SAP de Murcia, de 1 de abril de 2011; SAP de Asturias, de 26 de septiembre de 2011 o la SAP de Pontevedra de 25 de abril de 2012.

9º) Intereses: En lo referido a los intereses, hay que distinguir dos consideraciones distintas. De una parte, han de adicionarse al principal los correspondientes por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101 CC y 576 LEC. Y de otra, propugnándose como se ha hecho, la resolución del contrato, merced a lo dispuesto en los artículos 1124 y 1303 CC, ello ha de conllevar la obligación de las partes de restituirse recíprocamente los importes abonados, con los intereses devengados(*rectius*, rentas percibidas). Este es el criterio seguido, entre otras, por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona, de 4 de abril de 2013 o el nº 9 de Zaragoza de 16 de septiembre de 2011.

10º) Afectados sin recursos. Solicitud del reconocimiento de justicia gratuita (www.justiciagratis.es) y exención de tasas judiciales (300 € + 0,1% cuantía reclamada) ex artículo 4.2.a) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

Eugenio Ribón Seisdedos, es abogado, responsable de los servicios jurídicos de CEACCU y árbitro de la Junta Arbitral Nacional de Consumo. **8 de mayo de 2013**