



MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD

INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO



JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO

LAUDO ARBITRAL

EXPTE.NÚM: 13042

NÚMERO DE SOLICITUD:

000115

RECLAMANTE/S:

Doña:

Doña:

Doña:

ENTIDADES RECLAMADAS:

BANKIA S.A. y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.

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: PPref. BFA CMad Serie I EUR3M+10pb Perpetuo
Número de ISIN: ES0115373005
Cuenta de Valores: 2038226100
Nº Títulos: 138
Importe Nominal: 13800.0
Nº de Acciones: 4245

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:

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

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: 13.011,55€.

CUARTO

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

- La Parte Reclamante firmó el Contrato de Custodia y Administración de Valores.
- 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

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



las Participaciones Preferentes / Títulos de Deuda Subordinada. Adicionalmente, las entidades 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.- FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR.

A la vista de las alegaciones de las partes, hay que entender que se trata de un incapaz y que en tal condición, y de conformidad con lo previsto en el art. 1261.1º CC, determina la inexistencia del contrato al no concurrir el consentimiento de uno de los contratantes. El/los reclamante/s carece/n de capacidad natural impidiendo con ello el concurso de voluntades imprescindible para constituir el consentimiento (art. 1262 CC). Se trata de un supuesto de mayoría de edad incapaz, aún no incapacitado, que le impide capacidad de querer y entender el negocio jurídico y con ello de poder prestar algún grado de voluntad para conformar el consentimiento. Su incapacidad, aunque no exista la incapacitación, determina la falta de capacidad para contratar al carecerse de la capacidad de obrar.

La incapacidad de el/los reclamante/s determina la nulidad radical del contrato sin que produzca efectos jurídicos, al carecer de los requisitos esenciales del art. 1261 CC. El vicio va insito en el contrato sin que sea imprescindible ejercitar la acción de nulidad, pero ante la petición de el/los reclamante/s, la declaración de ineficacia debe poner de manifiesto la ineficacia que afectaba al contrato desde el



momento de su celebración, ya que la nulidad radical opera *ipso iure*. Por ello, el incapaz, al recuperar su plena capacidad de obrar, o sus representantes, hasta ese momento, pueden solicitar la declaración de nulidad, legitimándose, también, a los que celebraron el contrato, sucesores y terceros interesados en la declaración de nulidad (STS de 14 de noviembre de 1986). No cabe valorar la conveniencia de impugnar, o no, el contrato celebrado como si permite el art. 1302 CC para los incapacitados, sino que la existencia de la nulidad radical determina la ineficacia ab initio.

El hecho de que en el art. 1263 sólo se contemple a los incapacitados no es óbice para el reconocimiento de los incapaces y de los efectos para los negocios jurídicos inicialmente celebrados por ellos. Así se afirma que *"El artículo 1263 del Código Civil, que la parte recurrente estima infringido, se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente (...) Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6612) afirma que «en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad», y las de 18 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3376) y 29 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2310), (...) pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad"*. STS de 14 de febrero de 2006 y SAP Madrid (Secc. 8ª) de 12 de noviembre de 2012.

Las entidades reclamadas, en sus alegaciones, afirman que la jurisprudencia reconoce un ámbito de presunción de capacidad, debiendo ser la parte que la niega la que ha de acreditar su ausencia en el momento de prestar el consentimiento. En el presente supuesto se han valorado las pruebas existentes en el expediente y de ellas se ha extraído razonadamente que el/los reclamante/s carecía/n de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante en el momento de la emisión de su declaración de voluntad, careciendo de capacidad natural para poder emitirla, habiéndose producido una ausencia de capacidad de querer y entender, faltando la conciencia y la voluntad mínima para constituir cierto grado de capacidad, conllevando la ineficacia (o para parte de la doctrina, la inexistencia) del contrato, por falta del consentimiento.

De conformidad con el estado de ausencia de capacidad acreditado a la vista del expediente, queda demostrado que ningún negocio jurídico podía ser realizado por el/los reclamante/s, y aún menos, la adquisición de un producto financiero de carácter complejo como éste, dada la entidad del producto, del mercado en el que se adquieren, de la información necesaria para su adquisición y de los elevados riesgos de pérdidas que dicha adquisición conlleva. Estos son negocios jurídicos en los que se extreman los requerimientos de información y de tutela del consumidor y no debería haber cabido ámbito alguno a personas con incapacidades manifiestas.

La nulidad absoluta es un tipo de ineficacia del contrato, que implica los efectos del art. 1303 CC por defecto de capacidad natural de uno de los contratantes, pero cuya obligación de restitución dimana no del contrato sino de la Ley (STS de 6 de octubre de 1994). Dada la incapacidad de el/los reclamante/s, la nulidad solicitada ha de reconocerse con los efectos previstos en el art. 1303 del CC, pero en el marco del convenio arbitral del que dimana este laudo.

No obstante lo anterior, y sabiendo que la incapacidad de el/los reclamante/s haría innecesarias más fundamentaciones, consideramos, a mayor abundamiento, lo que sigue.

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



TERCERO.- 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

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



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 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

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



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 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:

• La falta de capacidad de obrar de el/los reclamante/s ya acarrea por sí misma la nulidad del consentimiento y la anulación del contrato. Además, 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 formación y manifestación de la voluntad del cliente, puesto que las entidades reclamadas no pueden probar que cumplieron sus obligaciones. Tal falta de prueba, junto al resto de hechos y alegaciones, hubiera llevado además a considerar, en su caso, en la valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que el/los reclamante/s incurrió/incurrieron en vicio de error esencial en el consentimiento, que hubiera acarreado su nulidad y la del contrato, con el efecto de que las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio de las mismas, con sus frutos e intereses (arts. 1261, 1265, 1266 y 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, por lo que debe restituirse a el/los reclamante/s la cantidad de 13.011,55€. 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.

Vistos los preceptos citados, se emite el siguiente Laudo:

LAUDO

Que estimando la pretensión de,

..... dirigida a las entidades reclamadas, se declara la existencia de deficiencias invalidantes del consentimiento prestado por el/los reclamante/s y, en consecuencia, CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A., deberá restituir la cantidad de 13.011,55€, sin perjuicio de la liquidación posterior que corresponda por los títulos recibidos en virtud de las operaciones de recompra y suscripción. Esta liquidación se llevará a cabo de acuerdo con lo establecido en la estipulación séptima del convenio.

Con el reconocimiento y pago de esta cantidad como prestación patrimonial compensatoria, se resuelve plenamente el conflicto planteado, con independencia del proceso de recompra obligatoria acordado mediante resolución del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria ("FROB") publicada con fecha 18 de abril de 2013, o en su caso, otras ofertas de recompra anteriores para determinadas emisiones.

El plazo para el cumplimiento de este Laudo es de 30 días a partir de su notificación.

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



Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, pudiendo interponer contra el mismo recurso de anulación de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, siendo competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado, y pudiendo ejercitarse la acción de anulación dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su notificación, conforme lo previsto en el Título VII de la citada Ley 60/2003.

Asimismo, se notifica que, de conformidad con el artículo 30 de esta misma Ley, cualquiera de las partes podrá solicitar al árbitro la corrección, aclaración o complemento del Laudo, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mismo.



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

EL ÁRBITRO

D. J. M. E.

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD

JUNTA ARBITRAL
NACIONAL
DE CONSUMO