

VOTO PARTICULAR, PRESENTADO CON FECHA DE 14 DE MAYO DE 2013, DE LA PRESIDENTA DEL CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS AL INFORME DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS DE CAPITAL Y DEUDA SUBORDINADA.

ANTECEDENTES

El art. 1.3 del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, establece la obligación de elaborar en el plazo de un mes desde la constitución de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, un informe a remitir al Congreso de los Diputados, sobre:

- a) Las características básicas de la comercialización entre clientes minoristas de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en los últimos años.
- b) Los datos estadísticos más relevantes de dicha comercialización.
- c) El marco regulador y supervisor de la protección a los clientes minoristas para la comercialización de estos productos.
- d) Las reclamaciones presentadas y su resultado.

Según dispone el art. 1.7 del Real Decreto-ley 6/2013, el funcionamiento de la Comisión se ajustará a lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo Común, sobre órganos colegiados, y según lo dispuesto en el art. 24.1.c) del citado capítulo, los miembros del órgano colegiado puedan formular votos particulares

De conformidad con lo anterior, la Presidenta del Consejo de Consumidores y Usuarios, miembro de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, solicita que conste en acta que formulo voto particular, parte integrante del Informe al Congreso, con el contenido que a continuación se recoge:



VOTO PARTICULAR

El Informe de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada se aparta del mandato recibido. Como anuncia la exposición de motivos y recoge el art. 1.1 del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, la Comisión se crea como órgano “encargado de realizar labores de análisis de los factores generadores de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada”. Sin embargo en su primer Informe al Congreso según me ha sido trasladado no se realiza ningún análisis de los factores generadores de las reclamaciones. Tampoco se recogen las características básicas de la comercialización entre clientes minoristas de este tipo de instrumentos, ni cumple el objetivo de hacer un seguimiento de las reclamaciones para proponer mejoras en los procedimientos que redunden en una mejor gestión del problema. El Informe se limita a recoger un relato de datos, normas y actuaciones administrativas que justifican lo ocurrido como consecuencia de la crisis, de los cambios normativos y del Memorando firmado con las autoridades europeas el 20 de julio de 2012.

El informe niega el problema al considerar que se trata de una situación sobrevenida que surge con la materialización de los riesgos de los instrumentos híbridos como consecuencia de la crisis, cuando la raíz del problema no deriva del instrumento, sino de su incorrecta comercialización entre la clientela minorista.

El informe omite que la Comisión de seguimiento ha aprobado unos criterios para fijar cuando los clientes podrán acudir al arbitraje y la fijación de esos criterios tiene como presupuesto un problema de malas prácticas generalizadas.

En el apartado dedicado a las características básicas de la comercialización, el Informe califica de “regular” la comercialización de instrumentos híbridos entre inversores minoristas atendiendo a su gran éxito. Y como situación “bastante habitual” que las entidades emisoras distribuyeran los instrumentos en sus redes de oficinas. Además, habla de “búsqueda de clientes interesados en adquirir estos instrumentos” justificando la colocación indiscriminada en el supuesto interés del cliente.

En este mismo apartado, el Informe justifica el case de operaciones entre sus propios clientes, sin mencionar que la Dirección General de Entidades de la CNMV se ha pronunciado en informe de 11 de febrero de 2013, sobre la ilegalidad de esas prácticas, con argumentos también válidos en el periodo anterior a los recordatorios de la CNMV. El Informe da por bueno que “el



precio al que normalmente se cruzaban las operaciones entre clientes en los sistemas internos de case solía estar próximo al valor nominal de los títulos”, sin destacar que estas prácticas ocultaban a los clientes el valor razonable de mercado.

En lugar de preguntarse por el factor generador de las reclamaciones de los clientes, el Informe pone en duda la versión de los clientes de que hayan existido malas prácticas al considerar que “en la inmensa mayoría de los casos carecen de acreditación documental que permita confirmarlo e incluso, en ocasiones, en los documentos contractuales suscritos se indica lo contrario”.

Solo existe una alusión a un factor generador del problema, al referirse a la existencia de “incentivos económicos ligados a la venta de los activos”, pero sin extraer consecuencias del mismo.

En ciertos casos, guardar silencio es la mayor mentira. El gran número de reclamaciones demuestra que existe un problema de inadecuada comercialización. Qué fácil sería que el FROB hubiera requerido a las entidades bajo su control para que informaran del número de titulares de productos híbridos que al adquirir las primeras preferentes se comprobase que jamás habrían contratado un producto de inversión. Depositantes que por carecer de experiencia jamás se les debería haber ofrecido un híbrido financiero.

Por lo demás, la descripción de la normativa aplicable que se recoge en el Informe es tan fría que se realiza al margen del problema existente con la comercialización de los híbridos financieros.

Frente a lo que alegan los clientes en sus reclamaciones, el Informe considera que la mayoría de las adquisiciones de híbridos financieros ha tenido lugar sin la existencia de recomendaciones personalizadas, es decir, sin asesoramiento, lo que priva a los clientes del mayor nivel de protección que la Ley del Mercado de Valores proporciona a los clientes asesorados. No le basta a los autores del Informe con considerar que hay problemas para probar el asesoramiento, directamente lo niega.

A su vez, la mención del Informe al régimen de los conflictos de interés no se aprovecha para hacer referencia al conflicto que supone casar órdenes para mantener un precio de mercado artificial, hecho tratado con profundidad en el informe de la Dirección General de Entidades de 11 de febrero de 2013.

La larga lista de actuaciones de la CNMV en relación con la comercialización de las participaciones preferentes se presentan en el Informe como una prueba del buen funcionamiento de este organismo público, cuando su utilidad en relación con el encargo recibido es que dichas actuaciones vienen a confirmarlas lagunas y deficiencias en la supervisión financiera que solo actúa a toro pasado.



En este punto, el Informe vuelve a negar el problema apelando a las formas, al concluir: "Finalmente, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de información a la clientela en la comercialización la conclusión es que, salvo casos puntuales, las entidades acreditan el cumplimiento de la normativa vigente, al menos desde la perspectiva de la documentación contractual que soporta la operación." Sin destacar que el gran número de reclamaciones y los hechos reflejados en las mismas sirven para acreditar que las entidades han dado la vuelta a las normas de protección al cliente, utilizando la documentación propia del cumplimiento normativo para protegerse de los clientes ante eventuales reclamaciones. Lo que el Informe debería destacar es que el hecho de que existan miles de test marcados con cruces de ordenador en los mismos lugares lo que viene a demostrar es que fueron completados por las entidades conforme a pautas de comercialización preestablecidas.

En suma, el Informe no cumple el mandato recibido de analizar los factores generadores de las reclamaciones. Más bien parece un documento destinado a justificar lo sucedido.



Madrid, 14 de mayo de 2013
LA PRESIDENTA DEL CONSEJO DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS

Francisca Sauquillo Pérez del Arco

Asimismo, la Presidenta del Consejo de Consumidores y Usuarios solicita que el contenido del presente voto particular, así como los anexos que a continuación se relacionan, se incorporen al informe que la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada remitirá al Congreso de los Diputados con fecha de 17 de mayo de 2013:

ANEXO I

Acuerdo adoptado por el Consejo de Consumidores y Usuarios de fecha 17 de abril de 2013 en relación con la presencia de la Presidenta del citado órgano en la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. (DOC. nº 1)

Este acuerdo es consecuencia de dos circunstancias:

- a) El Consejo de Consumidores y Usuarios no formó parte de las conversaciones que dieron lugar al Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. De hecho, **la vocal que suscribe el presente voto particular no fue notificada en ningún momento de su nombramiento como miembro de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.** La designación fue conocida tras la publicación en el Boletín Oficial del Estado.
- b) El Consejo de Consumidores y Usuarios no comparte una de las premisas fundamentales sobre las que se asienta el sistema de arbitraje que pretende regular la Comisión de seguimiento. **El Consejo de Consumidores y Usuarios entiende que es preciso que desde las Administraciones Públicas se establezcan soluciones que puedan beneficiar a la totalidad de las personas que se han visto afectadas por los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, y no sólo al 15% de ellos, como parece pretender la Comisión.**



El CCU reunido en la mañana de hoy 17 de abril de 2013 para debatir su participación en la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada que va tener lugar el 17 de abril de 2013 a las 18:00 horas ha acordado:

1) Que nos encontramos ante el mayor escándalo de fraude que se haya podido cometer en España, con un significativo porcentaje de personas mayores afectadas a quienes se ofreció un producto que los bancos nunca debieron ofertar.

2) Manifestar que nos hemos enterado por el BOE del día 22-03-2013 de que formamos parte de esta Comisión, no teniendo oportunidad de expresar la opinión del consumidor a través del trámite de audiencia ni tampoco la posibilidad de elegir a un representante como es el procedimiento habitual.

3) Estamos en contra del funcionamiento de una Comisión en la que se pretende que en su constitución, en el día de hoy, se aprueben unos criterios de acceso al arbitraje para cuyo establecimiento se han tenido en cuenta unos datos que no hemos tenido la oportunidad de conocer para su valoración, máxime cuando hemos tenido conocimiento previo de que esos criterios ya están fijados, según consta en el Diario de Sesiones del Congreso de 11-04-2013.

4) La gravedad de la situación para los miles de afectados hace necesario que esta Comisión funcione de forma transparente, no resultando admisible la prevención de reserva y sigilo que se recoge en el artículo 10 de las normas de funcionamiento de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada. Tiene que existir transparencia, imparcialidad e independencia.

5) El Consejo aboga por una solución global para todos los afectados.

Por todo lo anterior, el CCU reitera que no puede dar su aprobación a una Comisión que determinará unos criterios de selección que no ha podido valorar con antelación.



ANEXO II

Propuesta de enmiendas a las normas de funcionamiento de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.

Con fecha 17 de abril de 2013, en el momento de constitución de la Comisión, la vocal que suscribe el presente voto particular propuso una modificación de las normas de funcionamiento del órgano que había distribuido la Presidenta. Dicha propuesta, que consta como documento anejo al acta de la sesión, defendía ante todo que la Comisión funcionara con un régimen de publicidad y transparencia propios del Estado democrático en el que nos encontramos y de la gravedad de los problemas que tratamos que resolver.

Dichas enmiendas, y el régimen de transparencia que proponían las normas de funcionamiento, no fueron aprobadas por los restantes miembros de la Comisión en la sesión constitutiva de la misma, y las decisiones adoptadas no han sido, en ningún caso, justificadas ante los titulares de preferentes y deuda subordinada. (DOC. N° 2)



Comisión de
seguimiento de
instrumentos
híbridos de capital y
deuda subordinada
(CSIH)

Normas de funcionamiento

17/04/2013

2. La deliberación y adopción de acuerdos sobre los asuntos del Orden del día se llevará a cabo según el orden establecido en la convocatoria, pudiendo éste ser alterado por acuerdo de la mayoría a propuesta del Presidente.
3. Las deliberaciones serán dirigidas por el Presidente, quién otorgará la palabra y encauzará en todo momento el debate. La deliberación y discusiones de los asuntos del Orden del Día se producirán libremente.
4. Cuando el Presidente considere que un punto ha sido suficientemente debatido, podrá acordar el cierre de la discusión, previo anuncio de un turno cerrado de palabra antes de comenzar la votación, si lo estima oportuno o lo solicita algún Vocal.

Artículo 7º. De las votaciones.

1. El Presidente ordenará la forma de llevar a cabo la votación de los asuntos sometidos a consideración de la Comisión.
2. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple de los miembros. El Presidente goza de voto de calidad en caso de empate.

Artículo 8º.- Terminación de las sesiones.

Finalizado el Orden del día, el Presidente levantará la sesión. En el supuesto de que una reunión no hubiera sido bastante para agotar los asuntos a tratar, el Presidente dispondrá la continuación de la sesión para el día siguiente, sin necesidad de nueva convocatoria de los Vocales ausentes.

TÍTULO III.

Actas y publicidad de las sesiones.

Artículo 9º.- De las Actas.

1. De cada sesión se levantará Acta por el Secretario, quien hará constar la relación de asistentes, en su caso de las justificaciones de ausencia, el Orden del día de la sesión y las cuestiones tratadas, los puntos principales de las deliberaciones y los acuerdos adoptados con el resultado de las votaciones.
2. Quienes deseen dejar constancia de posiciones particulares, podrán pedir la inclusión en Acta de los textos elaborados por ellos mismos, que se incorporarán en anexo al Acta. En este caso deberán remitirse a la Secretaría en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

3. Las Actas serán firmadas por el Secretario y visadas por el Presidente.

Artículo 10º.- Régimen de publicidad y obligación de reserva.

1. Las sesiones de la Comisión no serán públicas.

2. Los vocales y quienes participen en dichas sesiones deberán guardar reserva sobre los asuntos a tratar por la Comisión y la documentación remitida cuando, respecto de tales asuntos y documentación, así se determine en la convocatoria de las reuniones o se indique por el Presidente durante su celebración. Asimismo, guardarán en todo caso sigilo sobre el contenido de las deliberaciones y de su resultado.

Artículo 11º.- Normas supletorias.

En lo no previsto por estas normas se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la Ley 30/1992.

ANEXO III

Informe trasladado a la Comisión con fecha 8 de mayo de 2013 por la vocal que suscribe el presente voto particular.

Con fecha 6 de mayo de 2013, la Presidenta de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada remitió a los miembros de la misma una primera versión del informe que debe ser presentado al Congreso de los Diputados. Esta vocal presentó, en la 2ª sesión de la Comisión, en tiempo y forma, un documento en el que se ponían de manifiesto algunas deficiencias del informe distribuido por la Presidenta. (DOC. Nº 3).

Entre esas deficiencias pueden destacarse las siguientes:

- a) El informe frente al que objeta el presente voto particular **tiene numerosas lagunas de información**. El mismo no menciona ninguna de las siguientes cuestiones:
- i. Número de titulares de preferentes y deuda subordinada que pueden acogerse al arbitraje.
 - ii. Distribución de titulares en función de la cuantía por la que se han visto afectados.
 - iii. Número de titulares menores de edad, incapaces o afectados por causas que invaliden el consentimiento.
 - iv. Número de casos en los que se aprecia una información insuficiente al cliente de la entidad financiera.
 - v. Número de contratos con irregularidades documentales
 - vi. Número de casos en los que la inversión de instrumentos híbridos representa un porcentaje significativo de su patrimonio y el cliente no dispone de ingresos adicionales.

La vocal que suscribe el presente voto particular considera que semejantes omisiones implican **un incumplimiento de las obligaciones que la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada tenía en virtud del artículo 1.3 del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero**.



- b) La vocal que suscribe el presente voto particular, así como el pleno del Consejo de Consumidores y Usuarios, han manifestado **su más absoluto rechazo a la participación de la entidad KPMG en el procedimiento arbitral** por entender que no es un sujeto que, por los motivos expuestos en el Anexo, goce de las garantías exigibles para participar en este procedimiento.



Reunión de la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de capital y deuda subordinada
8 de mayo del 2013

Consideración preliminar:

En el tercer punto del orden del día: Borrador del Informe que ha de remitirse al Congreso de los Diputados de acuerdo con el art. 1.3 del Real Decreto-Ley 6/2013 de 22 de marzo de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, establece la obligación de elaborar en el plazo de un mes desde la constitución de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, un informe a remitir al Congreso de los Diputados.

El informe ha sido enviado el día 6 de mayo a las 21:01 al CCU, con cumplimiento exiguo de la ley, pero sin haber tenido plazo suficiente para un estudio conveniente del mismo y los anexos adjuntos; considero que se aparta totalmente del mandato del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo ya que debería dicho informe partir de los apartados que se citan en dicho Decreto en su art. 2 nº 3, en los párrafos siguientes:

- a) Las características básicas de la comercialización entre clientes minoristas de los instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en los últimos años.
- b) Los datos estadísticos más relevantes de dicha comercialización.
- c) El marco regulador y supervisor de la protección a los clientes minoristas para la comercialización de estos productos.
- d) Las reclamaciones presentadas y su resultado.

Como anuncia la exposición de motivos y recoge el art. 1.1 del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, la Comisión se crea como órgano "encargado de realizar labores de análisis de los factores generadores de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada". Sin embargo en su primer Informe al Congreso, según me ha sido traslado no se realiza ningún análisis de los factores generadores de las reclamaciones. Tampoco se recogen las características básicas de la comercialización entre clientes minoristas de este tipo de instrumentos, ni cumple el objetivo de hacer un seguimiento de las reclamaciones para proponer mejoras en los procedimientos que redunden en una mejor gestión del problema. El Informe

se limita a recoger un relato de datos, normas y actuaciones administrativas que justifican lo ocurrido como consecuencia de la crisis, de los cambios normativos y del Memorando firmado con las autoridades europeas el 20 de julio de 2012, obviando el criterio concreto que exige el mandato impuesto en el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo.

Alegaciones:

PRIMERA.- El informe no reconoce la naturaleza real del problema al considerar que se trata de una situación sobrevenida que surge con la materialización de los riesgos de los instrumentos híbridos como consecuencia de la crisis, cuando la raíz del problema no deriva del instrumento, sino de su incorrecta comercialización entre la clientela minorista.

SEGUNDA.- El informe omite que la Comisión de seguimiento ha aprobado unos criterios para fijar cuándo los clientes podrán acudir al arbitraje y la fijación de esos criterios tiene como presupuesto un problema de malas prácticas generalizadas.

Como ya consta en el documento presentado por el CCU en la constitución de la Comisión, no estamos de acuerdo con los criterios básicos, que habrán de emplear las entidades participadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, al objeto de ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, y especificación de los criterios para designar al colectivo de clientes; todo ello en base al documento aportado que figura en el acta, en concreto en su punto tercero, donde son rechazados dichos criterios de constitución.

En el apartado dedicado a las características básicas de la comercialización, el Informe califica de "regular" la comercialización de instrumentos híbridos entre inversores minoristas atendiendo a su gran éxito. Y como situación "bastante habitual" que las entidades emisoras distribuyeran los instrumentos en sus redes de oficinas. Además, habla de "búsqueda de clientes interesados en adquirir estos instrumentos" justificando la colocación indiscriminada en el supuesto interés del cliente.

En este mismo apartado, el Informe justifica el case de operaciones entre sus propios clientes, sin mencionar que la Dirección General de Entidades de la CNMV se ha pronunciado en informe de 11 de febrero de 2013, sobre la ilegalidad de esas prácticas, con argumentos también válidos en el periodo anterior a los recordatorios de la CNMV. El Informe da por bueno que "el precio al que normalmente se cruzaban las operaciones entre clientes en los sistemas internos de case solía estar próximo al valor nominal de los títulos", sin destacar que estas prácticas ocultaban a los clientes el valor razonable de mercado.

En lugar de preguntarse por el factor generador de las reclamaciones de los clientes, el Informe pone en duda la versión de los clientes de que hayan existido malas prácticas al considerar que “en la inmensa mayoría de los casos carecen de acreditación documental que permita confirmarlo e incluso, en ocasiones, en los documentos contractuales suscritos se indica lo contrario”.

Sólo existe una alusión a un factor generador del problema, al referirse a la existencia de “incentivos económicos ligados a la venta de los activos”, pero sin extraer consecuencias del mismo.

El gran número de reclamaciones demuestra que existe un problema de inadecuada comercialización. Qué fácil sería que el FROB hubiera requerido a las entidades bajo su control para que informaran del número de titulares de productos híbridos que al adquirir las primeras preferentes jamás habían contratado un producto de inversión. Depositantes que por carecer de experiencia jamás se les debería haber ofrecido un híbrido financiero.

TERCERA.- Frente a lo que alegan los clientes en sus reclamaciones, el Informe considera que la mayoría de las adquisiciones de híbridos financieros ha tenido lugar sin la existencia de recomendaciones personalizadas, es decir, sin asesoramiento, lo que priva a los clientes del mayor nivel de protección que la Ley del Mercado de Valores proporciona a los clientes asesorados. No les basta con considerar que hay problemas para probar el asesoramiento, directamente lo niegan.

CUARTA.- La mención del Informe al régimen de los conflictos de interés no se aprovecha para hacer referencia al conflicto que supone casar órdenes para mantener un precio de mercado artificial, hecho tratado con profundidad en el informe de la Dirección General de Entidades de 11 de febrero de 2013.

La larga lista de actuaciones de la CNMV en relación con la comercialización de las participaciones preferentes se presentan en el Informe como una prueba del buen funcionamiento de este organismo público, cuando su utilidad en relación con el encargo recibido es que dichas actuaciones vienen a confirmarlas lagunas y deficiencias en la supervisión financiera que solo ha actuado con posterioridad al estallido del conflicto.

En este punto, el Informe vuelve a negar el problema apelando a las formas, al concluir: “Finalmente, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones de información a la clientela en la comercialización la conclusión es que, salvo casos puntuales, las entidades acreditan el cumplimiento de la normativa vigente, al menos desde la perspectiva de la documentación contractual que soporta la operación.” Sin destacar que el gran número de reclamaciones y los hechos reflejados en las mismas sirven para acreditar que las entidades han dado la vuelta

a las normas de protección al cliente, utilizando la documentación propia del cumplimiento normativo para protegerse de los clientes ante eventuales reclamaciones.

Lo que el Informe debería destacar es que el hecho de que existan miles de test marcados con cruces de ordenador en los mismos lugares lo que viene a demostrar es que fueron completados por las entidades conforme a pautas de comercialización preestablecidas.

Por todo lo expuesto decir que el Informe no cumple el mandato recibido de analizar los factores generadores de las reclamaciones. Más bien parece un documento destinado a justificar lo ocurrido.

QUINTA.- El apartado d) de dicho art. 1 nº 3 “Las reclamaciones presentadas y su resultado”. No figuran en dicho informe como era el mandato que se nos encomendó al nombrar esta Comisión.

Es condición necesaria el conocer y aportar en el informe sobre preferentes y deuda subordinada, al menos, los siguientes datos:

Como ya consta en el documento del CCU presentado el día 17 de abril de 2013 no estamos de acuerdo con los criterios del FROB, a pesar de ello necesitamos estar informados del número de:

-Titulares de preferentes y deuda subordinada que se pueden acoger al arbitraje, los titulares que tienen una inversión inferior a 10.000 euros, los que tienen inversiones de 10.000 -20.000 euros; los que tienen de 20.000-30.000 euros, de 30.000-40.000 euros; de 40.000-50.000 euros y más de 50.000 euros.

-Los que son menores de edad y los que tienen incapacidad.

-Cuántos no tienen documentos contractuales, a cuántos les falta documentación relevante en el expediente, cuántos tienen incorrecciones relevantes en el documentos contractual y qué tipo de incorrecciones, a cuántos les falta información sobre las características y riesgos del producto antes de la contratación, a cuántos contratos se les presenta información adicional no correcta sobre el producto, contradictoria o no coherente con la información contenida en la documentación contractual.

-En cuántos no se contiene el test MIFD o documento análogo, en cuántos el procedimiento de evaluación de conveniencia es incorrecto, en cuántos hay acreditación por parte del cliente, o reconocimiento por la entidad de haber recomendado el producto, sin haber realizado la valoración de la idoneidad, o haber informado al cliente de forma verbal incorrectamente.

-En cuántos la inversión de instrumentos híbridos representa un porcentaje significativo de su patrimonio y el cliente no dispone de ingresos adicionales.

Además dentro de dicho apartado es necesario conocer:

Información de los titulares atendiendo a su edad y especialmente los mayores de 65 años, a sus ingresos familiares, especialmente aquellos que están en paro o en situación de cobro de prestaciones o subsidios, el tipo de patrimonio de los titulares y la importancia de los productos híbridos sobre su total patrimonio.

SEXTA.- Como ya expuse el día de la Constitución de la Comisión, en el documento que obra en el acta entregado por mi en nombre del CCU, mi oposición a que la entidad KPGM participara en el proceso de arbitraje, por las siguientes razones que voy a exponer y solicito:

Que se traslade al FROB la necesidad de sustituir al experto independiente designado por Bankia para seleccionar las solicitudes de arbitraje, por carecer de independencia, por las razones siguientes:

1) Ha actuado como evaluador de las condiciones económicas de emisiones de participaciones preferentes, como se puede advenir en los informes del defensor del Pueblo, entre otros en Caixa Galicia, tc.

Además viene a cuento traer a colación el Informe del Defensor del Pueblo donde puntualiza que es necesario un asesor independiente, y cito textualmente *“Con el fin de colaborar a recuperar la confianza de los afectados y evitar procesos más largos, ya sean de mediación, arbitrales o judiciales, que a nadie benefician, sería conveniente prestar un servicio de asesoramiento, que explicase a los afectados las ofertas que actualmente se realizan por las entidades para el canje de las participaciones preferentes”*.

2) Ha actuado como perito de parte de entidades bancarias en procedimientos judiciales por derivados financieros. Son numerosas las sentencias que manifiestan la falta de imparcialidad de sus peritos.

Además ha venido defendiendo a Bankia en procedimientos judiciales por preferentes tal y como lo ha denunciado al ICAM cuyo expediente consta en el mismo y como la propia entidad ha reconocido.

Todo lo anterior, ratifica que KPGM ha sido evaluador de las preferentes, luego se esta incumpliendo el art. 1256 del C. Civil “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

La validez del auditor del banco como filtro para la selección sobre el arbitraje, es contraria al principio de igualdad de trato de los inversores.

SÉPTIMA.- Es necesario saber si existe un límite máximo al número de solicitudes arbitrales que piensan admitirse por parte de Bankia.

Resulta cuando menos curiosa la publicación hoy en BOE de una Resolución del Instituto Nacional del Consumo por la que convoca un procedimiento abierto, por tramitación urgente, para la contratación de la prestación de los servicios postales en el procedimiento de arbitraje que se seguirá ante la Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo. No es fácil entender cómo resulta posible la licitación por un importe definido de 574.021,58 euros, si es que no se tiene acotado de antemano el número de solicitudes arbitrales que van a tramitarse y por tanto de modo correlativo, el número de envíos postales que serán remitidos.

Además según se ha publicado en los medios de prensa del día 7 de Mayo de 2013, la entidad remite 5.000 expedientes al auditor para decidir si cumplen las condiciones o son rechazas, nosotros debemos tener conocimiento de estos datos, en concreto de los 29.005 solicitudes de arbitraje.

Por tanto solicito toda la información relacionada con el asunto que acomete a esta Comisión y que haya una absoluta transparencia.

OCTAVA.- En cuánto a los árbitros que van a llevar a cabo el proceso de arbitraje sería necesario que además de independientes estén suficientemente acreditados y sean expertos en la materia, no bastando desde mi punto de vista que sólo cuenten con la Licenciatura en derecho, sino que hayan recibido una formación adecuada tanto teórica como práctica y además tenga cierta experiencia en el tema, por la materia tan delicada con la que van a tratar.

Ha de recordarse en este sentido que el artículo 17 del vigente Real Decreto 231/08, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo establece la necesidad de cumplir un proceso riguroso de acreditación de los árbitros de consumo, con atención a los criterios de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, según las funciones encomendadas a este en el artículo 15 c) RDSARC. Estos criterios deberán ser públicos y objetivos, desechando designaciones artificiales. Evidentemente entre estos criterios, debe ponderarse el conocimiento específico en materia de arbitraje de consumo y la experiencia cosechada en este ámbito.

NOVENA.- Considero que se debe trasladarse al FROB, la necesidad de modificar el modelo de solicitud de admisión al proceso de arbitraje utilizado por Bankia para que no requiera a los clientes los contratos, órdenes de compra, test y demás documentación contractual incorporada a sus propios registros, dando instrucciones a Bankia para que adopte la correspondiente modificación del convenio de adhesión (doc. Número 1 que adjunto).

La justificación de lo anterior, sería innecesaria, pero como sabe la Presidenta, los contratos, órdenes de compra, test de conveniencia o idoneidad, recibís del tríptico

y demás documentación contractual deben haber sido incorporados por Bankia a sus propios registros. Así se establece en el art. 79 ter LMV sobre registro de contratos y en los arts. 32 y 33 del Real Decreto 217/2008. Lo único que puede solicitar Bankia a los clientes son alegaciones en defensa de sus derechos.

DÉCIMA.- Que se requiera a la Junta Nacional Arbitral para que proceda a la publicación de las condiciones generales incorporadas al convenio arbitral a suscribir por los clientes de Bankia cuya solicitud de arbitraje sea aceptada por el experto independiente designado por Bankia.

La justificación de esta solicitud, la baso en que al solicitar la admisión al proceso de arbitraje de consumo el cliente tiene derecho a ser informado de las condiciones generales aplicables a dicho proceso.

Sin embargo, en la solicitud de admisión a dicho proceso sólo se recogen las condiciones generales a la fase de mediación a través del experto independiente, pero no se recogen las condiciones generales que se incluirán necesariamente en el convenio arbitral pactadas con la Junta Nacional Arbitral, sin que dichas condiciones tampoco hayan sido divulgadas por dicho organismo público. Se trata de una oferta pública de adhesión cuyas condiciones deben hacerse pública por parte de la Junta Nacional Arbitral. Todo ello conforme al criterio de transparencia que debe inspirar toda oferta pública dirigida a los inversores.

Todo lo anteriormente expuesto, es necesario para el cumplimiento del Informe que debe ser elevado al Congreso de los Diputados.

UNDÉCIMA.- Considero importante, que esta Comisión envíe el Informe elaborado por ella, al Fiscal General del Estado, por si este considerara que podían haberse cometido algunos supuestos delictivos.

ANEXO IV

Carta remitida por la vocal que suscribe el presente voto particular al Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol Ríos. (DOC. N° 4)

Si bien esta cuestión es ajena a las competencias de la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, la vocal que suscribe el presente voto particular desea poner en conocimiento del Congreso de los Diputados una cuestión de la máxima gravedad. En aplicación del artículo 1.301 del Código Civil, y en función de la interpretación que realicen los órganos del Poder Judicial, **cabe la posibilidad de que las acciones para declarar la anulación por vicios del consentimiento de los contratos suscritos con las entidades financieras comiencen a prescribir en los próximos meses.** Esta situación podría poner en peligro todas las acciones judiciales que se están llevando a cabo para proteger los intereses de los titulares de preferentes y deuda subordinada.

La vocal que suscribe el presente voto particular envió una carta al Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol Ríos, para exponerle la citada problemática, al no reunirse el día 9 de mayo de 2013 la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por la retirada del Recurso del Banco Santander, no hay una postura unánime al respecto. No obstante, en la medida en que **este problema podría ser resuelto a través de reformas legislativas**, hago partícipe al Congreso de los Diputados de las consecuencias que podría tener esta circunstancia para las personas afectadas por la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada.



Exmo. Sr. Presidente de la Sala 1ª
De lo Civil
Tribunal Supremo
D. Juan Antonio Xiol Ríos

En Madrid, a 30 de abril de 2013

Tengo el honor de dirigirme a V.E., en calidad de Presidenta del Consejo de Consumidores y Usuarios, con objeto de trasladarle nuestra honda preocupación por la angustiada situación generada a cientos de miles de familias con motivo de la comercialización de las denominadas "participaciones preferentes".

Según las estadísticas que se vienen ofreciendo, cerca del 90% de los afectados ofrecen un perfil de ahorrador tradicional (cliente minorista, consumidor) la mayoría son personas mayores -nacidos y forzados por las circunstancias a trabajar en duras condiciones económicas-, que tras una larga vida de esfuerzo y sacrificio depositaron sus ahorros, junto a su confianza, en entidades financieras, sin ser conscientes en la inmensa mayoría de las ocasiones de estar suscribiendo un producto de alto riesgo financiero. Sin descender a casos puntuales de contratación con discapacitados, menores de edad, personas con analfabetismo – que lamentablemente parecen no ser tan residuales-, nos enfrentamos a un conflicto sin precedentes en nuestra historia democrática desde el punto de vista de la afectación de los intereses económicos de los consumidores. Un conflicto que sin duda formará parte de nuestra historia y forjará futuros desarrollos normativos, como aconteció también con la tragedia de la colza.

Si bien, por fortuna, las incipientes resoluciones judiciales están siendo en gran medida favorables a los intereses de los afectados, ya sea reconociendo la inexistencia de consentimiento, ya su otorgamiento viciado, ya responsabilidad por incumplimiento de la entidad, ya la infracción de normas imperativas, no podemos ocultar la inquietud que nos genera la falta de uniformidad de criterio en aquéllos casos en los que en lugar de apreciarse la nulidad radical del contrato se opta por el juzgador por entender su anulabilidad. En este sentido, la ausencia de un criterio definido en el cómputo del dies a quo del plazo del ejercicio de la acción, su discutido carácter de prescripción o caducidad y la proximidad al término de 4 años, constituye un elemento fértil para la disparidad de criterios y nefasta para los afectados en su eventual interpretación más restrictiva, de optarse por una línea exegética distinta a su consideración desde el momento de conocimiento del error invalidante.

Conscientes de la deliberación prevista del Pleno el próximo día 9 de mayo, y desde el máximo respeto como no puede ser de otro modo a la independencia de este Alto Tribunal y su superior criterio, permítame haberle transmitido nuestra preocupación -que es la de miles de familias-, con el anhelo de la consideración del principio constitucional tuitivo de los derechos de los consumidores y en la firme convicción de que los criterios adoptados constituirán un referente de justicia para cuantos operadores jurídicos hayan de aplicarlos.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Francisca Sauquillo". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

Francisca Sauquillo Pérez del Arco
Presidenta del Consejo de Consumidores y Usuarios

