



## **Resolución del Ararteko de 12 de junio de 2013, por la que se da respuesta a las quejas sobre comercialización de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski y Fagor.**

1. En los últimos meses, numerosas personas han acudido a la institución del Ararteko para expresar su protesta ante las condiciones de un producto financiero, las denominadas aportaciones financieras subordinadas de Eroski y Fagor, que, según las personas reclamantes, no se ajustan a lo que creían que eran tales condiciones, y solicitan que les sean devueltas las cantidades invertidas. Dichas aportaciones financieras subordinadas fueron comercializadas por diversas entidades bancarias.

El Ararteko no tiene atribuidos poderes de investigación para determinar si la actuación de las cooperativas Eroski y Fagor, así como de las entidades financieras que comercializaron las aportaciones subordinadas, es conforme al ordenamiento jurídico o a códigos deontológicos de conducta, más en concreto si dichas actuaciones comportaron engaño, cláusulas o actitudes abusivas, ocultación de información o información insuficiente o deficiente, etc. que pudieran acarrear la nulidad del contrato y la devolución de las cantidades económicas aportadas. Las facultades de investigación del Ararteko, a través de la herramienta de la queja, se pueden emplear en los casos en los que la actuación objeto de la queja la haya realizado una administración pública vasca.

En consecuencia, las funciones del Ararteko se han podido ejercer en el caso que nos ocupa de dos maneras: de una parte, remitiendo las reclamaciones recibidas a la Defensoría del Pueblo de España, con el fin de que analice el comportamiento de las administraciones públicas y organismos del Estado encargados de supervisar el correcto funcionamiento de las entidades bancarias y los mercados de valores, especialmente, de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV) y del Banco de España. De otra parte, dando información y asesoramiento, por medio de esta resolución, a las personas afectadas sobre las posibilidades de que disponen para defender sus derechos como personas consumidoras y usuarias de productos y servicios bancarios.

2. Dado que los productos financieros, en el caso que nos ocupa las aportaciones subordinadas, han de ser supervisados y autorizados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), organismo ligado al Ministerio de Economía y Competitividad, trasladamos la cuestión planteada a la institución del Defensor del Pueblo de España para que analizase la actuación de dicho organismo. Le trasladamos a la citada defensoría la queja de las personas afectadas, que nos indicaban que la comercialización de este producto financiero se había realizado sin haberles proporcionado una información adecuada sobre sus características y que en el momento presente (en el que muchas de las familias afectadas tienen necesidad de disponer de los ahorros depositados en estas aportaciones subordinadas) se encontraban con que no podían recuperar las cantidades invertidas.



Todo ello en un contexto en el que está habiendo fallos judiciales y laudos arbitrales que acreditan que en la comercialización de las llamadas participaciones preferentes (un producto que presenta similitudes con las aportaciones subordinadas) se han producido casos de información insuficiente o deficiente, cuando no engaño, por parte de algunas entidades financieras, que han abusado de la confianza que los clientes habían depositado en ellas y les han inducido a adquirir estos productos financieros, cuando las personas contratantes no tenían los conocimientos ni la experiencia necesarios en el ámbito de la inversión para comprender los riesgos y las obligaciones inherentes a las operaciones que estaban suscribiendo.

Es conocido que la CNMV ha abierto varios expedientes sancionadores por mala comercialización de productos financieros. Asimismo, la Defensoría del Pueblo de España ha elevado un conjunto de recomendaciones a la CNMV, al Banco de España y al Ministerio de Economía.

Tenemos que indicar que la tramitación de un expediente sancionador por parte de la CNMV contra una entidad bancaria, si bien no implica la obtención de una indemnización, ni que se vaya a recuperar el dinero, sí constituye un elemento de prueba de la existencia cuando menos de una mala práctica de la entidad bancaria sancionada, que resulta muy útil en el caso en el que se demande judicialmente a dicha entidad bancaria. En nuestro ordenamiento jurídico sólo los órganos judiciales tienen competencia para determinar si las entidades bancarias han incurrido en responsabilidad civil.

La institución del Defensor del Pueblo ya ha puesto de manifiesto en su informe monográfico sobre comercialización de participaciones preferentes<sup>1</sup>, que el sistema de protección del mercado ha funcionado de forma tardía y sin la debida contundencia para evitar la extensión del problema.

3. Las personas afectadas que han acudido al Ararteko denuncian que suscribieron las aportaciones subordinadas porque se lo aconsejaron en la entidad bancaria con la que trabajan y en la que tenían puesta su confianza. Asimismo, señalan que la información que les fue facilitada incidía en la rentabilidad de la inversión, en su carácter temporal y en la posibilidad de recuperar el dinero de una manera sencilla, en un breve período de tiempo desde que se realizaba la solicitud de venta. No obstante, al tratar de recuperar su inversión han tenido conocimiento, según refieren, de que el producto adquirido tiene la consideración de financiación subordinada, cuyo vencimiento no va a tener lugar hasta que, en su caso, se liquide la sociedad en la que se ha invertido. La venta del producto, por otra parte, resulta muy difícil en el momento presente y, en cualquier caso, implica una disminución muy cuantiosa de su valor nominal.

---

<sup>1</sup> *Estudio sobre participaciones preferentes*. Defensor del Pueblo, marzo de 2013  
[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido\\_1363251759639.html](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1363251759639.html)

En estos momentos de grave crisis económica, muchos titulares de estas aportaciones subordinadas, apremiadas en gran medida por necesidades económicas, han intentado que se les reembolse el dinero invertido en estos productos y se encuentran con que no resulta posible. Lo que consideraban que eran inversiones seguras y recuperables han resultado ser unos productos de ahorro e inversión complejos, de alto riesgo en cuanto al mantenimiento de su valor nominal y que no se pueden rescatar a conveniencia del ahorrador.

Cabe la posibilidad, según las condiciones de este producto financiero, de que la empresa emisora (en el caso que nos ocupa, Eroski y Fagor) pudiera amortizar la emisión anticipadamente, de forma total o parcial, transcurrido un período mínimo de 5 años desde la fecha del desembolso. No obstante, esa posible amortización anticipada derivará exclusivamente de la voluntad de las entidades emisoras.

Por otra parte, si se desea vender las aportaciones hay que esperar a que existan órdenes de compra para que se pueda ejecutar la venta. Es decir, se ejecutará la venta en la medida en que exista una demanda y según los términos de ésta.

Una práctica que ha venido operando ha sido la recompra de la aportación, al cien por cien de su valor nominal, cuando el cliente lo solicitaba, y luego se vendía a otro cliente por ese precio, comunicando esa transmisión en el mercado AIAF (Mercado de Renta Fija SA). En el año 2010 la CNMV recomendó que las operaciones de compra y venta de estos instrumentos de inversión se realizase en un mercado transparente, multilateral y organizado como es el mercado SEND, que es una plataforma electrónica de negociación de renta fija destinada al inversor particular y cuyo funcionamiento resulta más familiar para los inversores minoristas, pues es similar al de la Bolsa. Es a partir de ese momento cuando empiezan a surgir dificultades con las transmisiones.

4. Las **participaciones preferentes**, con las que las aportaciones subordinadas guardan, como se ha señalado, muchas similitudes, son productos financieros complejos, cuya comercialización se ha generalizado entre inversores minoristas que, en numerosos casos, no tenían conocimientos suficientes para comprenderlos y que los adquirieron confiando en el buen hacer de las entidades de crédito que se los ofrecieron. En estos momentos, cuando necesitan o quieren recuperar el dinero de la inversión, no pueden hacerlo.

La Oficina de Atención al Inversor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ha definido las participaciones preferentes como *“valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital, ni derecho al voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas de capital en lo invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una*

*entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España”.*

Esto es, las participaciones preferentes son un producto híbrido entre la renta fija y la variable. No es deuda, porque no puede ser exigible en un momento determinado en el tiempo, pues carece de fecha de vencimiento, pero tampoco es una acción, por lo que el titular de participaciones preferentes no puede, por ejemplo, participar ni votar en la asamblea general de accionistas.

5. **Las aportaciones financieras subordinadas de Eroski y Fagor** presentan, como decíamos, similitudes con las participaciones preferentes, si bien sus concretas características hay que buscarlas en el art. 57.5 de la Ley de Cooperativas de Euskadi que señala que: *“Se consideran financiaciones subordinadas las recibidas por las cooperativas que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes.*

*Independientemente de su denominación o formalización jurídica, tendrá la consideración de capital social<sup>2</sup> cualquier aportación financiera subordinada contratada por la cooperativa con socios o terceros cuyo vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la misma, sin que le sea de aplicación, salvo pacto en contrario, lo dispuesto en los artículos 59 a 63 de esta ley. Dichas aportaciones o participaciones podrán ser reembolsables o adquiridas en cartera mediante mecanismos financieros de garantía equivalentes a los establecidos para las participaciones o acciones en las sociedades de capital, incluyendo las opciones previstas en la segunda directiva 77/91, o en los términos que reglamentariamente se establezcan.*

*Estas aportaciones, cuya retribución podrá ser fija, variable o participativa, se representarán por medio de títulos o anotaciones en cuenta, que podrán tener la consideración de valores mobiliarios si así se prevé en el acuerdo de emisión, en cuyo caso su régimen jurídico se ajustará a la normativa aplicable a estos activos financieros.*

*Estas aportaciones en ningún caso atribuirán derechos de voto en la Asamblea General ni de participación en el órgano de administración.*

*La emisión o contratación de estas aportaciones deberá ser ofrecida, en cuantía no inferior al 50 por ciento, a los socios y trabajadores asalariados de la cooperativa antes de ofrecerse a terceros. Tal oferta tendrá publicidad equivalente a la establecida en la cooperativa para la convocatoria de las Asambleas Generales.”*

Como se puede apreciar con la simple lectura de esta definición, la naturaleza y las características de las aportaciones financieras subordinadas no resultan fáciles de comprender.

---

<sup>2</sup> Ver también el art. 10 *Aportaciones Financieras Subordinadas con consideración de Capital Social* del Decreto 58/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi.

6. **La gran asimetría entre la información** que se proporciona a las personas consumidoras de los productos financieros de los que estamos hablando, y la información de la que dispone la entidad financiera ha tratado de ser paliada por la propia legislación bancaria. Esto se produjo de forma clara a partir del año 2007, en el que se aprobó la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y mediante la que se traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros (MiFID).

Esta nueva regulación ha profundizado en la protección a los clientes, incrementando y precisando las obligaciones de las entidades bancarias. Entre estos deberes, cabe subrayar aquel según el cual se ha obligado a las entidades financieras a clasificar a sus clientes en función de sus conocimientos financieros, con el fin de diferenciar el comportamiento que se debe adoptar frente a ellos. Así, la ley distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, e impone a las entidades que prestan servicios de inversión que se comporten con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

En este marco, resulta básica la obligación de informar que pesa sobre las entidades financieras que prestan servicios de inversión y que se intensifica en relación con el cliente no profesional, a quien deben mantener, en todo momento, adecuadamente informado sobre el instrumento financiero contratado y los posibles riesgos inherentes a la operación. Pero, además, en la fase previa a la celebración del contrato, se les obliga a asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente, mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad (test de conveniencia).

Se ha de tener presente que ya el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que se aprobó con el objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, imponía el deber de proporcionar toda la información relevante para que los inversores conformasen su voluntad con pleno conocimiento. Así, regulaba en su artículo 16 el deber de información sobre las operaciones realizadas y precisaba que *"dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes."*

En el anexo de esta disposición, se recogía un código general de conducta de los mercados de valores, en cuyo art. 5.3 se señalaba que: *"La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos."*

Asimismo, se ha de tener presente que la persona que adquiere un producto financiero no pierde por ese hecho su condición de persona consumidora y por tanto, el sistema de defensa que establece la normativa sectorial en materia de consumo le debe ser de aplicación. Este sistema de protección está basado en la idea de que la persona consumidora se halla en una situación de inferioridad respecto del profesional tanto en relación con su capacidad de negociación como en relación con la información de que dispone y en consecuencia, pretende subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

En consecuencia, debe resultar de aplicación toda la normativa protectora en materia de consumidores y usuarios. Un derecho esencial de las personas consumidoras y usuarias es el *"derecho a recibir una información veraz, completa, objetiva y comprensible sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su disposición, con indicaciones para su correcto uso o consumo y advertencias sobre los riesgos previsibles que su utilización o consumo implique, de tal forma que puedan realizar una elección consciente y racional entre los mismos y utilizarlos de una manera segura y satisfactoria."* (art. 14.1 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias).

Por su parte, el art. 1.265 del Código Civil señala que *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo..."* (art. 1.266 CC)

Añade el Código Civil que *"No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

*1º Consentimiento de los contratantes.*

*2º Objeto cierto que sea materia del contrato.*

*3º Causa de la obligación que se establezca"* (art. 1.261 CC).

Asimismo, aunque el Código Civil no lo recoge expresamente, el error debe ser excusable, esto es, se ha de tratar de un error que no se pudo evitar empleando una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

En consecuencia, deviene crucial, para la propia existencia y validez del contrato, que el consumidor disponga de la información adecuada y necesaria que le permita comprender el producto, así como las obligaciones que han contraído las partes contratantes y los derechos que se derivan para ambas partes de esa concreta operación.

7. Surge aquí el problema de la prueba en torno a la información recibida sobre las características del producto adquirido. Los tribunales traen a colación, para aclarar esta cuestión, dos sentencias del Tribunal Supremo en las que este alto

tribunal <sup>3</sup> se ha mostrado favorable a aceptar que en el caso de productos de inversión complejos -calificación que ha otorgado la CNMV a las participaciones preferentes- la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes. En cualquier caso, consideramos que la carga probatoria del correcto asesoramiento e información debe recaer sobre la entidad comercializadora, dada la extrema dificultad que supondría para la persona consumidora acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de la información en las fases previas de la contratación.

Estamos asistiendo en los últimos meses a una sucesión de pronunciamientos de los tribunales muy decididos y muy críticos con las actuaciones de determinadas entidades bancarias, a través de los que se ha reconocido, en función de los casos, bien la responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados de la mala inversión aconsejada al cliente, o bien se ha declarado la nulidad de los contratos de compraventa de “preferentes”, por vicios en el consentimiento, al haberse acreditado que la entidad financiera incumplió su obligación precontractual de información y porque, en consecuencia, el consentimiento de las partes fue prestado de forma errónea, al desconocer éstas totalmente las características y el objeto de las órdenes de compra suscritas.

Estas resoluciones, que se ha de reconocer que no recogen una postura unánime de los tribunales de justicia, se han hecho eco de que las personas afectadas destacan que la inversión en estos productos se realizó porque desde las entidades bancarias se les aconsejaba su adquisición. En estas decisiones judiciales, más protectoras de los intereses de los inversores, ha adquirido gran relevancia el perfil del inversor: una persona inexperta, con un carácter conservador en sus inversiones, con desconocimiento en la materia y que no está al corriente de la gran cantidad de productos existentes en el mercado. Pese a ello, desde las entidades comercializadoras se ha manifestado que los contratos celebrados se limitaban a una intermediación en la adquisición de las *participaciones preferentes* y por tanto, que nunca se suscribió un contrato de asesoramiento financiero.

8. La enorme complejidad que reviste la actividad bancaria ha favorecido la creación de órganos especializados en la atención de las reclamaciones de las y los usuarios de los servicios bancarios, en los que tradicionalmente ha residido el control de la actividad bancaria. Así, estas entidades disponen de un servicio de reclamación interno que culmina en el Servicio de Reclamación del Banco de España. A través de este servicio se supervisan las quejas de las personas usuarias que tienen su origen en el funcionamiento de las entidades bancarias. En principio, era a este servicio a quien le correspondía velar para que no se

---

<sup>3</sup> Sentencia núm. 375/2010 de 17 junio. RJ 2010\5407 y STS, Sala 1ª, de 14-11-2005.



produjesen actuaciones abusivas y para que, en todo momento, se cumpliera la legalidad vigente en materia bancaria.

De la misma manera, la Comisión Nacional del Mercado de Valores es el organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en ellos.

Sin embargo, como reconoce la institución del Defensor del Pueblo, *“las alertas del sistema de protección del mercado han funcionado de forma tardía y no han actuado con la suficiente rapidez para limitar la extensión del problema.”*

9. La existencia de estos órganos especializados no impide que desde los organismos públicos competentes del País Vasco para la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias se pueda y se deba intervenir y encauzar la protección de las personas consumidoras y usuarias de productos y servicios financieros. Ello exige acometer un esfuerzo de especialización y formación de su personal en la actividad del sector bancario y financiero. El artículo 10.28 del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye la competencia exclusiva en defensa de la persona consumidora y usuaria a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Kontsumobide, Instituto Vasco de Consumo, es un organismo a través del que se articula la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en nuestra comunidad autónoma. Su creación, según dispone la exposición de motivos de la Ley 9/2007, de 29 de junio, que lo regula *“materializa las demandas sociales para dotar de mayor grado de protección a la ciudadanía en sus transacciones económicas, dado que la compra de productos y servicios requiere una información, formación y protección cada vez mayor de las personas consumidoras y usuarias. A este respecto, la creación de este organismo autónomo supone un reforzamiento de las capacidades y potencialidades para atender las exigencias sociales cada vez mayores para asesorar y encauzar los conflictos que les surgen a las personas consumidoras y usuarias en el acto de consumir,”* y apunta además, que: *“la diversidad de temáticas a abordar a través de consumo (banca, telecomunicaciones, transportes, servicios a domicilio, vivienda, productos de toda índice, etcétera) aconseja también la creación de un organismo propio alejado de los departamentos del Gobierno Vasco.”*

Igualmente, la exposición de motivos señala que: *“La defensa y protección de las personas consumidoras requieren cada vez más que dispongamos de instrumentos ágiles y eficaces, que den una respuesta inmediata a las necesidades y que actúen, muy especialmente, en el campo de la prevención y la resolución de conflictos”*.

Sería deseable que en un futuro Kontsumobide estuviese dotado de las facultades y medios precisos para actuar en el ámbito preventivo de manera más eficaz, esto es que se orientase también a implementar mecanismos que permitieran detectar las situaciones susceptibles de colocar en una situación de





riesgo a los consumidores y usuarios de productos financieros, de manera que se actuase con un mayor carácter preventivo.

10. El **Parlamento Vasco**, mediante una proposición no de ley aprobada en el Pleno celebrado el 28 de febrero de 2013, instó a Kontsumobide-Instituto Vasco de Consumo a que interviniese de oficio con el fin de resolver dos cuestiones en los conflictos que se hayan producido entre los clientes que adquirieron activos financieros de riesgo o similares y las entidades financieras y empresas que los hayan comercializado o emitido: por una parte, para aclarar si la información ofrecida fue suficientemente concreta y clara, si pudo inducirlos a confusión y si puede considerarse engañosa; y, por otra, para encontrar soluciones a las reclamaciones de devolución de la inversión de los afectados, teniendo en consideración las propuestas de las partes.

En estos momentos Kontsumobide está actuando, haciendo uso de sus competencias de mediación, en el análisis de varios centenares de casos, en los que están trabajando las y los profesionales del citado Instituto Vasco de Consumo. Esta mediación aglutina a las tres partes afectadas: las personas consumidoras, las empresas emisoras y las entidades financieras comercializadoras de aportaciones subordinadas.

La mediación es una técnica de resolución de disputas entre partes enfrentadas en la que interviene una tercera parte imparcial, que ayuda a las partes en conflicto en la búsqueda de una solución satisfactoria para ellas. Su principal ventaja radica en la gran libertad de las partes para buscar una solución aceptada voluntariamente por todos.

11. Finalmente, en materia de consumo está prevista la posibilidad de someter a **arbitraje** la resolución de conflictos. La disponibilidad real de esta vía extrajudicial de resolución de conflictos se ha de propiciar y facilitar también desde las instancias públicas para las personas consumidoras y usuarias de productos y servicios bancarios. En Euskadi, operan dos juntas arbitrales de Consumo: una de carácter autonómico, la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi, y otra de carácter municipal, la Junta Arbitral de Consumo de Vitoria-Gasteiz.

El arbitraje en materia de consumo tiene su origen en un negocio de derecho privado, el contrato de compromiso. Las partes poseen una facultad de disposición sobre sus propios derechos y, por ello, pueden conceder facultades a terceras personas para que resuelvan las controversias surgidas entre ellas, aceptando que la resolución que dé al conflicto ese tercero (el árbitro) adquiera carácter obligatorio para los litigantes. El laudo arbitral, en consecuencia, resulta de obligado cumplimiento para las partes, como si de una sentencia judicial se tratara y zanja con carácter definitivo la controversia.

El sometimiento al Sistema Arbitral de Consumo es voluntario para las partes y tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación con sus derechos. Es decir, las partes enfrentadas se comprometen a





asumir y aceptar con carácter previo la resolución del conflicto mediante la emisión de un laudo arbitral.

En consecuencia, no cabe interponer un recurso contra la resolución que dicten los árbitros (laudo arbitral), que se fundamente en el desacuerdo con la resolución adoptada por los árbitros, ni es posible someter luego la misma reclamación ante los tribunales de justicia, pues ambas vías de resolución de conflictos son excluyentes entre sí.

La única posibilidad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para impugnar un laudo es solicitar su anulación ante los tribunales de justicia del orden jurisdiccional civil, en concreto, la audiencia provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo, sobre la base de los concretos motivos que establece el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, por la que se regula el arbitraje.

Con todo, el sometimiento a arbitraje de la resolución de estos conflictos se evidencia en estos momentos como una vía de resarcimiento sencilla, ágil, gratuita y alternativa a la vía judicial que puede resultar útil para muchas familias afectadas. En particular, porque el incremento que han sufrido las costas en los procedimientos judiciales puede desincentivar el recurso a la vía jurisdiccional.

Por ello, entendemos que los poderes públicos deberían facilitar el uso del arbitraje, como se ha hecho con las participaciones preferentes de las entidades financieras que han sido intervenidas. Ahora bien, dado que el uso de la vía del arbitraje es voluntario para las dos partes concernidas por un problema, cabe constatar que, a diferencia del ejemplo indicado, la inmensa mayoría de las entidades financieras que han comercializado las aportaciones subordinadas no han sido intervenidas y, en consecuencia, son sus respectivos órganos de dirección los que deberían acordar someterse a arbitraje.

En los supuestos en los que se haga uso de la vía del arbitraje, la Junta Arbitral debería contar con los medios precisos para una pronta y eficaz resolución de esos casos. En este sentido, creemos que el arbitraje debería superar aquellas restricciones de origen que ya se han detectado en los procedimientos arbitrales que, hasta la fecha, se han puesto en marcha con relación sobre todo a las participaciones preferentes de las entidades financieras intervenidas por la autoridad pública. La opción del arbitraje debería ser accesible para todas las personas afectadas que vean en ella una vía adecuada para resolver su controversia y no sólo para un determinado perfil de clientes.

La Junta Arbitral de Consumo de Euskadi depende de Kontsumobide. En cada caso o actuación de arbitraje, la Junta designará un único árbitro o un colegio arbitral, según las circunstancias del caso. Si bien las partes en conflicto pueden hacer uso, por acuerdo mutuo, de esta vía en cualquier momento, habida cuenta de que Kontsumobide ya está interviniendo, por mandato del Parlamento Vasco, en el análisis de las aportaciones financieras subordinadas, entendemos





que resulta aconsejable esperar a que Kontsumobide finalice la actuación que está llevando a cabo antes de hacer un uso generalizado de los servicios de arbitraje. En todo caso, creemos que tras la tarea que está llevando a cabo el Instituto Vasco de Consumo, habría que ofrecer esta vía a las personas titulares de las aportaciones subordinadas en el supuesto de que no les satisficiera el resultado del trabajo de Kontsumobide. En tal caso, debemos solicitar a Eroski y Fagor, así como a las entidades bancarias que han comercializado estos productos, que se avengan a participar en el procedimiento de arbitraje.

12. La Administración de Justicia, en sus diferentes jurisdicciones, constituye, naturalmente, un medio de defensa de los derechos e intereses de las personas titulares de las aportaciones subordinadas. Por lo que respecta a la vía penal, la Fiscalía deberá analizar si observa la existencia de indicios de ilícito penal que fundamenten la activación de un procedimiento penal.

### Conclusiones

1. El producto denominado aportaciones financieras subordinadas emitidas por las sociedades cooperativas Eroski y Fagor es un producto financiero autorizado legalmente por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y comercializado por varias entidades financieras sobre el que no se cuestiona la retribución percibida en concepto de intereses. Las dudas sobre el uso correcto de este producto financiero surgen cuando se constata que, en muchos casos, no se ha comercializado entre personas que realizan habitual y profesionalmente inversiones en valores negociables, sino entre pequeños ahorradores, que, según manifiestan, adquirieron dichas aportaciones siguiendo el consejo de la entidad bancaria en la que tenían depositada su confianza, sin que hubieran adquirido un conocimiento cabal sobre las características de este producto financiero.
2. El Ararteko no tiene atribuidos poderes de investigación para determinar si la actuación de las cooperativas Eroski y Fagor, así como de las entidades financieras que comercializaron las aportaciones subordinadas, es conforme al ordenamiento jurídico o a códigos deontológicos de conducta. La potestad del Ararteko se circunscribe en este caso a dos tipos de actuaciones: de una parte, remitir las reclamaciones recibidas al Defensor del Pueblo de España, con el fin de que analice el comportamiento de las administraciones públicas y organismos del Estado encargados de supervisar el correcto funcionamiento de las entidades bancarias y los mercados de valores, especialmente, de la Comisión Nacional de Mercado de Valores (CNMV) y del Banco de España. De otra parte, dar información y asesoramiento a las personas afectadas sobre las posibilidades de que disponen para defender sus derechos como personas consumidoras y usuarias de productos y servicios bancarios. Entendemos, en cualquier caso, que la función genérica que el Ararteko tiene atribuida de defensa de los derechos de la ciudadanía le habilita para formular determinadas peticiones.

3. Coincidimos con la institución del Defensor del Pueblo de España cuando señala en relación con las participaciones preferentes que *“las alertas del sistema de protección del mercado han funcionado de forma tardía y no han actuado con la suficiente rapidez para limitar la extensión del problema”*. Asimismo, participamos de las propuestas preventivas que recoge en su informe, en particular, con la necesidad de implantar un sistema de indicadores sencillo y claro que permita de una manera muy visual, por colores a modo de semáforo, distinguir los productos por su riesgo y por su complejidad sin tener conocimientos técnicos.
4. La existencia de un número considerable de personas que han denunciado no haber sido debidamente informadas sobre las características de las aportaciones financieras subordinadas, personas muchas de ellas clientes minoristas de las entidades bancarias sin experiencia previa en inversiones, debe comprometer a las entidades concernidas y a las administraciones y organismos competentes a obrar con la máxima diligencia y responsabilidad, con el fin de esclarecer el proceso que condujo a la suscripción de estos productos financieros y averiguar si la información aportada fue suficientemente clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes en el momento de la contratación y sus fases previas. Para ello se han de analizar los casos concretos.
5. Sin perjuicio del uso de la vía judicial por parte de las personas que reclaman la devolución de las cantidades invertidas en las aportaciones financieras subordinadas, los poderes públicos, y en especial el Gobierno Vasco, ha de disponer de los medios precisos para que las vías de la mediación y del arbitraje que gestionan Kontsumobide y la Junta Arbitral, respectivamente, resulten ágiles y eficaces,

El Parlamento Vasco ha encomendado a Kontsumobide-Instituto Vasco de Consumo una doble la tarea: de una parte, aclarar si la información ofrecida fue suficientemente concreta y clara, si pudo inducirlos a confusión y si puede considerarse engañosa. Y, por otra parte, encontrar soluciones a las reclamaciones de devolución de la inversión de los afectados, teniendo en consideración las propuestas de las partes. Las y los profesionales de Kontsumobide se hallan en estos momentos realizando esas tareas y analizando los centenares de casos que se les han planteado. Esta mediación aglutina a las tres partes afectadas: las personas consumidoras, las empresas emisoras y las entidades financieras comercializadoras de las aportaciones subordinadas.

6. En materia de consumo cabe también la posibilidad de someter a arbitraje la resolución de los conflictos.

Los poderes públicos deberían facilitar el uso del arbitraje, como se ha hecho con las participaciones preferentes de las entidades financieras que han sido intervenidas.

En los supuestos en los que se haga uso de la vía del arbitraje, la Junta Arbitral debería contar con los medios precisos para una pronta y eficaz resolución de

esos casos. En este sentido, creemos que el arbitraje debería superar aquellas restricciones de origen que ya se han detectado en los procedimientos arbitrales que, hasta la fecha, se han puesto en marcha con relación sobre todo a las participaciones preferentes.

Si bien las partes en conflicto pueden hacer uso, por acuerdo mutuo, de esta vía en cualquier momento, habida cuenta de que Kontsumobide ya está interviniendo, por mandato del Parlamento Vasco, en el análisis de las aportaciones financieras subordinadas, entendemos que resulta aconsejable esperar a que Kontsumobide finalice la actuación que está llevando a cabo antes de hacer un uso generalizado de los servicios de arbitraje. En todo caso, creemos que tras la tarea que está llevando a cabo el Instituto Vasco de Consumo, habría que ofrecer esta vía a las personas titulares de las aportaciones subordinadas en el supuesto de que no les satisficiera el resultado del trabajo de Kontsumobide.

7. Las vías de mediación y de arbitraje son aplicables cuando las partes implicadas o concernidas por un conflicto acuerdan acceder voluntariamente a dichos servicios. La envergadura y las características de los problemas derivados de las aportaciones financieras subordinadas nos llevan a instar a las entidades bancarias que han comercializado estos productos financieros, así como a las cooperativas Fagor y Eroski, a que colaboren activamente con los servicios de mediación y de arbitraje y a que accedan a participar en estas vías cuando los suscriptores de las participaciones financieras subordinadas lo demanden.
8. Se ha evidenciado que es preciso reforzar los sistemas de supervisión de los productos financieros y de las entidades que los crean y comercializan, con el fin de garantizar una mayor protección de las personas consumidoras y usuarias. Sería deseable que las entidades bancarias asumieran la adopción de códigos de buenas prácticas y que se reforzaran las competencias de control de los órganos especializados en la inspección de los mercados de valores y la supervisión de la actuación de las entidades bancarias. Además, deviene necesario que la intervención de los órganos de defensa y protección de las personas consumidoras y usuarias en el País Vasco no se limite a una actuación protectora a posteriori, esto es, una vez detectado el problema, sino que ha de estar orientada también a implementar mecanismos que permitan detectar situaciones de riesgo para los consumidores y usuarios de productos financieros; por tanto, ha de servir para sentar las bases para que en el futuro se pueda intervenir con un mayor carácter preventivo.