

telf: 981903770

empresalia.com

separación y divorcio, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones
redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia



INSTITUTO
GALEGO DE
CONSUMO

EXPEDIENTE ARBITRAL Nº.

Arbitro: Antón Baeza Barrantes	Reclamante: /
	Reclamado: NCG Banco, SA CIF A 70302039

En Santiago de Compostela, a 4 de setembro de 2012.

Vista a reclamación contra a entidade NCG Banco, SA, resultan os seguintes,

ANTECEDENTES DE FEITO

1º.- O 25 de xuño de 2012 preséntase escrito de reclamación contra a entidade NCG Banco, SA (NCG Banco), en relación á adquisición de Participacións Preferentes.

2º.- De dita reclamación dáse traslado polo Instituto Galego de Consumo a NCG Banco, propoñendo resolver a reclamación por medio do Sistema Arbitral de Consumo.

3º.- Por medio de escrito do 3 de agosto de 2012, NCG Banco comunica ao Instituto Galego de Consumo a súa proposta de resolver a reclamación presentada a través do Sistema Arbitral de Consumo de acordo coas seguintes condicións:

1. O Cliente acepta que, se lle resultase favorable o laudo arbitral, como consecuencia da Reclamación obterá, por todos os conceptos e reclamacións, a cantidade que se establece no cadro seguinte, que se obtén restándolle ao nominal da participación o diñeiro xa percibido polo Cliente en concepto de xuros e sumando o axuste por xuros que o cliente tivese percibido de ter subscrito no seu lugar un depósito a prazo fixo (o "Axuste de xuros").

EMISIÓN	NOMINAL	SUMA DE XUROS PERCIBIDOS DESDE A COMPRA DAS PARTICIPACIÓNS PREFERENTES	AXUSTE DE XUROS	CANTIDADE A PERCIBIR
Part. Preferentes CG EM. 05-2009	10.000,00 €	1.132,19 €	481,51 €	9.349,32 €

2. O Cliente e NCG Banco aceptan que a Reclamación sexa resolta mediante arbitraje de consumo xestionada pola Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, renunciando en consecuencia ambas as partes, e con independencia do resultado do correspondente laudo arbitral, a calquera outra reclamación que teña como causa ou que garde relación coa Adquisición. En consecuencia, obrígase o Cliente e NCG Banco (i) a acreditar a renuncia perante as instancias pertinentes se así o solicita calquera deles e (ii) a cumprir o laudo arbitral que se dité.

3. De resultar favorable ao Cliente, o laudo arbitral implicará para NCG Banco a obriga- ^{ción de pagar} a cantidade correspondente que se determine neste laudo, e para o Cliente a posta ^{en disposición de} NCG Banco das participacións preferentes obxecto da Adquisición.



galicia

empresalia.com



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igc.xunta.es

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

4. O Cliente e NCG Banco aceptan que a arbitrase sexa de dereito. A decisión sobre a Reclamación farase conforme as normas xurídicas de aplicación aos feitos e os contratos aos que se refire a Reclamación, polo árbitro único que sexa designado pola Xunta Arbitral de Consumo de Galicia. A arbitrase terá lugar en Santiago de Compostela, excepto acordo do Cliente e NCG Banco noutro sentido.

No caso de que o Cliente estea conforme coas condicións que anteceden, deberá asinar o "recibido e conforme" ao pé deste documento, para que así se poida resolver a Reclamación polo procedemento arbitral de consumo.

No caso contrario, poderá presentar perante os tribunais de xustiza todas as súas reclamacións relativas á Adquisición, incluída a Reclamación. En consecuencia, darase por desistido da súa solicitude presentada perante NCG Banco para resolver a Reclamación mediante arbitrase de consumo.

(...) malia a aceptación da arbitrase de consumo por parte de NCG Banco, este poderá opoñerse á Reclamación coas consideracións de feito e cos fundamentos de Dereito que lle correspondan no marco do procedemento arbitral. En todo caso, reiterámoslle a nosa comprensión, calquera que sexa o resultado do laudo arbitral, polos problemas que lle ocasionase a adquisición de participacións preferentes."

4º.- Da proposta de NCG Banco dáse traslado pola Xunta Arbitral de Consumo de Galicia á agora parte reclamante quen con data 3 de agosto de 2012 acepta expresamente dita proposta realizada por NCG Banco, formalizándose, en consecuencia, nese momento Convenio Arbitral entre as partes.

5º.- Con data 30 de agosto de 2012 acórdase pola presidenta da Xunta Arbitral de Consumo de Galicia o inicio de procedemento arbitral designando árbitro para a resolución do conflito formulado e evacuándose vista polo órgano arbitral en Santiago de Compostela o día 3 de setembro de 2012, na que ambas partes ratifican o convenio arbitral formalizado.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

1º.- Con carácter previo debe indicarse que o presente expediente realízase dentro do convenio arbitral formalizado entre as partes de acordo coas condicións indicadas no antecedente terceiro.

2º.- Tras o actuado no acto de audiencia, as manifestacións e alegacións das partes, o obxecto da reclamación fronte a NCG Banco consiste en que a parte reclamante adquiriu as participacións preferentes sinaladas no antecedente de feito terceiro, a instancia do persoal da entidade, crendo que se trataba dun produto sen risco ningún e cunhas características similares ás dunha imposición a prazo fixo, solicitando a devolución do nominal cos condicionantes do convenio arbitral.

3º.- Antes de entrar nas cuestións obxecto de controversia resulta procedente indicar a normativa de xeral de aplicación á mesma, ao marxe da que máis adiante se sinalará.

Así, resulta de aplicación para as ordes de subscripción posteriores ao 21 de decembro de 2007 a seguinte normativa:

A Lei 24/1988 do Mercado de Valores, modificada pola Lei 47/2007, do 19 de decembro, que incorpora ao ordenamento xurídico español as seguintes directivas europeas: Directiva 2004/39/CE e Directiva 2006/73/CE.

Dita modificación ten como obxectivo mellorar a protección dos inversores minoristas (como é o caso da parte reclamante), ao establecer:





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igc.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com

separación y divorcio, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones
redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

Artigo 78.bis, onde se define o concepto de cliente minorista e profesional, co fin de distinguir e esixir unha protección extraordinaria aos clientes minoristas,

"1. A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios."

2. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

3. En particular tendrá la consideración de cliente profesional:

- a. *Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para poder operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.*

Se incluirán entre ellas las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las compañías de seguros, las instituciones de inversión colectiva y sus sociedades gestoras, los fondos de pensiones y sus sociedades gestoras, los fondos de titulización y sus sociedades gestoras, los que operen habitualmente con materias primas y con derivados de materias primas, así como operadores que contraten en nombre propio y otros inversores institucionales.

- b. *Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.*

- c. *Los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:*

- 1. *que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros;*
- 2. *que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros;*
- 3. *que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.*

- d. *Los inversores institucionales que, no incluidos en la letra a, tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.*

Quedarán incluidas en este apartado, en particular, las entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras.

Las entidades señaladas en los apartados anteriores se considerarán clientes profesionales sin perjuicio de que puedan solicitar un trato no profesional y de que las empresas de servicios de inversión puedan acordar concederles un nivel de protección más amplio.

- e. *Los demás clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas.*

La admisión de la solicitud y renuncia quedará condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos. Al llevar a cabo la citada evaluación, la empresa deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los siguientes requisitos:

- 1. *que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores.*

galicia

empresalia.com





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igo.xunta.es

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

2. que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;
3. que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El Gobierno y, con su habilitación expresa, el Ministro de Economía y Hacienda o la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán determinar la forma de cálculo de las magnitudes señaladas en este apartado y fijar requisitos para los procedimientos que las entidades establezcan para clasificar clientes.

4. Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales."

Partindo desta base, o artigo 79 da Lei 24/1988 establece unha obriga xenérica de dilixencia e transparencia:

Artículo 79. Obligación de diligencia y transparencia.

Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo.

Por outra banda, o artigo 79.bis regula exhaustivamente ese deber de información fronte ao cliente, todo elo co fin de que este poida adoptar decisións sobre as inversión con coñecemento previo:

Artículo 79 bis.

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.





Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

O Real Decreto 217/2008, do 15 de febreiro, concreta aínda máis o artigo 79. bis 2., reforzando a obriga de información para ser imparcial, clara e non enganosa, nos seus artigos 60 a 64. Así, deben destacarse os seguintes apartados do artigo 60:

Artículo 60. Condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa.

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

- a. La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.
- b. La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.
- c. La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.
- d. La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.
- e. Cuando la información haga referencia a un régimen fiscal particular, deberá aclarar de forma visible que ese régimen dependerá de las circunstancias individuales de cada cliente y que puede variar en el futuro.
- f. En ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de otra autoridad competente de manera tal que indique o pueda inducir a pensar que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa.

En relación a toda a normativa exposta e as obrigas que se conteñen, debe destacarse o contido da guía informativa publicada na páxina web da Comisión Nacional do Mercado de Valores, na que se recollen expresamente os tres principios básicos que deben cumprir as entidades financeiras:

- "Actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes"
- Proporcionar información imparcial, clara e non enganosa a sus clientes.





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igc.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com

separación y divorcio, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones

redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

- *Prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes. Con esto se pretende evitar que usted contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus necesidades o expectativas."*

Ademais do anterior, á contratación obxecto do presente procedemento lle é de aplicación a normativa de protección dos consumidores ao ter ese carácter a parte reclamante de acordo co establecido no artigo 2 do Real Decreto legislativo 1/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios e outras leis complementarias (en diante TRLXDCU), e así se recoñece expresamente na cláusula 11ª da Orde de Valores onde textualmente se indica que "Las partes se someten a las prescripciones del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aproba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias."

4º.- Con carácter previo debe indicarse que para a resolución do conflito terase en conta a documentación obrante no procedemento arbitral e posta de manifesto no acto de audiencia rexeitando calquera remisión a documentación non aportada nese intre.

Partindo do anterior, e en **canto ao perfil de inversión**, a empresa reclamada manifesta que a parte reclamante asumiu a condición de inversor, e non a de mero depositante, indicando que se trata dun usuario habitual dos servizos e produtos que ofrecen as entidades bancarias no noso país. Así mesmo, indica que non poden confundirse as Participacións Preferentes cunha imposición prazo fixo como se pon de manifesto ademais polos modelo de contratos.

Esta argumentación ten que ser rexeitada, xa que ademais de non ser probada, en ningún caso a utilización de produtos e servizos non complexos, totalmente distintos ás Participacións Preferentes, é suficiente para demostrar que a parte reclamante era unha experta en materias financeiras.

Ademais, no presente suposto non consta ningún documento da contratación realizada polo que dificilmente pode admitirse os modelos de contratos ao non existir neste caso.

Por outra banda, no acto de audiencia e non contradito pola parte reclamada, se indicou que a persoa reclamante tiña 66 anos no momento da adquisición e que non tiña estudos.

Respecto á adquisición das participacións preferentes, o primeiro que procede indicar é que na documentación incorporada ao procedemento arbitral existen un Test MiFID co resultado de "Conveniente".

No acto de audiencia, a parte reclamante que tiñan 80 e 68 anos no momento da adquisición e que o seu nivel de estudos é bacharelato, manifestou que non lembran ter feito o test, que asinaron xunta toda a documentación e que non fixo a delegación a prol da titular que deu como resultado conveniente.

Do anterior pode deducirse que se trata dunha fórmula predisposta pola entidade sen ningún tipo de respaldo que avale as súas afirmacións. Neste sentido debe sinalarse que segundo o artigo 82.2 do TRLXDCU, "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba", non constando dita proba.

En canto aos Test MiFID incorporado ao procedemento arbitral debe indicarse que no documento de Caixa Galicia "INFORMACIÓN MiFID", no apartado 7.1 Información sobre Instrumentos Financieros, as Participacións Preferentes aparecen dentro do apartado.- *Renta fija*, xunto con outros instrumentos financeiros como débeda pública, Cédulas hipotecarias, etc, sendo definidos estes instrumentos de *Renta fija* como *un amplio conjunto de valores que emiten tanto las empresas privadas como las instituciones financieras. El titular de los valores de renta fija tienen derechos económicos pero no políticos, ya que no es propietario de la sociedad. El más importante es el derecho de percibir los intereses y principal pactados*.

Á vista desta última frase parece evidente que entre os dereitos dos adquirentes de Participacións Preferentes está, ademais do de percibir os xuros o dereito de "percibir" o "principal pactados".



galicia

empresalia.com



Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

incompatible coa afirmación dunha Información clara sobre a perpetuidade das Participacións Preferentes aos efectos da elaboración do Test.

Así, a interpretación que calquera persoa media lle daría a esta cláusula, tanto polo seu contido como pola súa situación dentro do apartado *Renta fija* é que polo adquirente de participacións preferentes poderíase "percibir" ó nominal (principal), sen ter que acudir a un mercado secundario, e que non existiría perda dese nominal xa que cando existe este risco se informa del como se consigna no apartado relativo aos *Depósitos estructurados que no garantizan capital*, onde se indica que *El cliente asume no sólo el riesgo de rentabilidad esperada, sino también del principal, total o parcialmente.*

Por outra banda a normativa de aplicación tamén avala esta interpretación xa que debe indicarse que esa información atópase dentro dun condicionado xeral predisposto pola entidade reclamada, polo que, de acordo co establecido na Lei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación, é de aplicación o seguinte: *Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. (art. 6.2)*

Criterio que é similar ao establecido no artigo 1288 do Código Civil ao establecer que *La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.*

Tendo en conta o anterior, non pode considerarse que o Test Mifid con aquelas condicións xerais teña virtualidade para valorar axeitadamente a conveniencia, ou non, dos adquirentes de Participacións Preferentes e as súas consecuencias.

5º.- En canto ao produto financeiro subscrito, pola parte reclamada maniféstase o seguinte:

a) Que considera suficientemente acreditado o cumprimento das súas obrigas de información sobre o produto financeiro obxecto da presente reclamación, ó efecto de garantir unha decisión informada do subscritor do mesmo, remitíndose a tal efecto ós diferentes vínculos dos rexistros públicos a cargo da Comisión Nacional do Mercado de Valores, onde sinala que constan os documentos de información pre-contractual acreditativos de dita obriga de información.

En canto a estas alegacións debe terse en conta o disposto no artigo 80.1.a) do citado TRLXDCU, segundo o cal:

"En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual".

Polo tanto, non pode aceptarse que a entidade reclamada informara debidamente ó cliente remitíndoo a tal efecto ós contidos que figuran nos rexistros da Comisión Nacional do Mercado de Valores, toda vez que non acredita que dita información se facilitara previa ou simultaneamente á suscripción do contrato.

b) Que na orde de compra de valores se realiza unha perfecta identificación do produto financeiro contratado e dos seus principais riscos, afirmación que debe ser rexeitada na súa totalidade, pasando á mesma á luz da normativa de aplicación.

Así, con carácter previo debe indicarse que na citada orde só consta **CLASE DE VALOR: PAR. PREFERENTES CAIXA GALICIA PREFERENTES. EM.18-05-09.** É dicir, non consta nin sequera a "Participacións Preferentes" completa.





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igc.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com

separación y **divorcio**, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones
redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

c) Que na orde de valores advirtese do carácter perpetuo das Participacións Preferentes e dunha posible variación do seu valor nominal ao indicar:

Caja de Ahorros de Galicia informa al ordenante de que los valores reseñados en el recuadro 11 son participaciones preferentes emitidas por Caixa Galicia Preferentes, SAU, de carácter perpetuo, sin derechos políticos, salvo en los supuestos descrito en el folleto de la emisión, con derecho a recibir una remuneración predeterminada y no acumulativa condicionada a la existencia de beneficio distribuable y a las limitaciones impuestas por la normativa española sobre recursos propios en los términos igualmente indicados en el folleto de emisión, cuyo pago está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia.

Al quedar admitida la presente emisión a cotización en un mercado regulado, El precio de cotización, de las participaciones preferentes podrá evolucionar favorable o desfavorable en función de las condiciones del mercado, pudiendo situarse en niveles inferiores a su precio de amortización. Si el inversor quisiera vender sus participaciones preferentes podría ocurrir que el precio de venta fuera menor que el precio que pagó al adquirirlas, es decir, el inversor puede sufrir pérdidas.

Non obstante esta alegación da empresa, e ao marxe do xa indicado anteriormente, debe significarse que a anterior cláusula vulnera a normativa de protección dos consumidores.

Así, e con carácter previo, deba indicarse que a este tipo de contratación lle é de aplicación a normativa de protección dos consumidores ao ter ese carácter o adquirente das participacións preferentes de acordo co establecido no artigo 2 do Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios e outras leis complementarias (en adiante TRLXDCU) e así se reconece na cláusula 11ª da Orde de Valores onde textualmente se indica que *Las partes se someten a las prescripciones del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aproba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.*

Pois ben, analizada esta cláusula ao abeiro desta normativa debe indicarse que existe unha vulneración da mesma.

En efecto, o artigo 60 do TRLXDCU, establece que *Antes de contratar, o empresario deberá poñer a disposición do consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes y servicios del mismo.*

Por outra banda, o artigo 80 do TRLXDCU esixe que as cláusulas e condicións dos contratos deben cumprir co requisito de *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual;* circunstancias estas que, unha simple lectura da cláusula leva a conclusión de que estes requisitos non se cumpren na citada cláusula, como máis adiante se profundizará.

Pola súa parte, esta cláusula tamén vulnera a Lei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación. En efecto, nesta norma establece:

galicia

empresalia.com





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igo.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com

separación y divorcio, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones

redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. (art. 5.5)

Unha análise da cláusula pon de manifesto que é claramente escura e complicada, así pese a indicarse que as participacións teñen carácter perpetuo, en ningún momento se indica que o valor do nominal das participacións preferentes pode diminuír ou incluso chegar a non ter valor ningún, que podería non recuperarse o nominal, ou, como agora se di no escrito de alegacións, "la posibilidad de perder, parcial o totalmente el capital invertido" e que poden non recibirse xuros baixo a enigmática frase de "con derecho a recibir una remuneración predeterminada y no acumulativa condicionada a la existencia de beneficio distribuable y a las limitaciones impuestas por la normativa española sobre recursos propios (...)".

Pero quizá o xeito mais claro de poñer de manifesto a falla de información e o incumprimento dos requisitos de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* os atopamos precisamente no escrito de alegacións de NCG Banco ao manifestar que "Nadie podía imaginar que el contexto económico empeoraría de tal manera que la liquidez en el mercado secundario de participaciones preferentes se fuese a restringir de la manera tan fuerte en que lo ha hecho", "la contratación de este producto financiero conlleva una serie de riesgos implícitos que pueden afectar al resultado esperado" o "la posibilidad de perder, parcial o totalmente el capital invertido."

É dicir, pese a que "nadie podía imaginar" o que acontecería no mercado secundario, agora se alega o contido dunha cláusula escura, e pese a recoñecer que existía un *resultado esperado*, en ningún lugar se describen claramente o que agora se indica como "riesgos implícitos" e "la posibilidad de perder, parcial o totalmente el capital invertido.". É de resaltar neste punto o artigo 60.1 d do Real Decreto 217/2008 que damos por reproducido.

Como máis adiante se indica no escrito de alegacións de NCG Banco "lo único realmente relevante es comprender la **significación y riesgos esenciales del negocio de que se trate**" (a negriña é do escrito de alegacións), comprensión que dificilmente pode acadarse con cláusulas como a indicada, e que á vista do escrito de alegacións non supoñía un esforzo desproporcionado para a empresa como se pon de manifesto coa frase do escrito de alegacións respecto a "la posibilidad de perder, parcial o totalmente el capital invertido."

d) Que na Orde de Valores advérteselle claramente e de forma inequívoca que as participacións preferentes non son un depósito ao indicar o seguinte:

La presente emisión no constituye un depósito bancario y, en consecuencia, no se incluye entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos.

Respecto a isto, debe indicarse que contrasta co contido do documento de Caixa Galicia "INFORMACIÓN MiFID", aplicable á adquisición de produtos financeiros como as participacións preferentes, que no seu apartado 2.4 *Protección de los activos de los clientes*, non se fala que respecto ás participacións preferentes non existe ningún tipo de protección, senón que se dá a entender o contrario ao sinalarse que:

En relación con los fondos mantenidos por cuenta de clientes, Caixa Galicia es miembro del Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros, cuyo objeto es garantizar a los depositantes de las Cajas de Ahorros la recuperación de los saldos dinerarios y los depósitos de valores e instrumentos financieros hasta un importe máximo por depositante y para cada caso de 100.000 euros, en el supuesto de que se produzca una solicitud de declaración de concurso de la entidad o bien un impago de los depósitos vencidos y exigibles con declaración por parte de NCG Banco de España de que la situación financiera de la entidad imposibilita restituirlos en un plazo inmediato. Para más información acerca de la protección de los activos que los clientes de atención





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.lgc.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com
separación y divorcio, herencias
reclamaciones, **despidos**
alcoholemia, tráfico, sucesiones
redacción de contratos, asistencia legal,
reclamación de deudas,
monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

Caixa Galicia, pueden dirigirse a la Web de Banco de España www.bde.es o la Web del Fondo de Garantía de Depósitos www.fgd.es.

e) Que as participacións preferentes teñen carácter perpetuo como así se advirte na Orde de Valores ao indicar que:

Caja de Ahorros de Galicia informa al ordenante de que los valores reseñados en el recuadro 11 son participaciones preferentes emitidas por Caixa Galicia Preferentes, SAU, de carácter perpetuo, sin derechos políticos, salvo en los supuestos descrito en el folleto de la emisión, con derecho a recibir una remuneración predeterminada y no acumulativa condicionada a la existencia de beneficio distribuable y a las limitaciones impuestas por la normativa española sobre recursos propios en los términos igualmente indicados en el folleto de emisión, cuyo pago está garantizado solidaria e irrevocablemente por Caja de Ahorros de Galicia.

Respecto a isto non podemos máis que reiterarnos no contido do documento de Caixa Galicia "INFORMACIÓN MiFID", que no apartado 7.1 (Información sobre Instrumentos Financieros), as participacións preferentes aparecen dentro do apartado *Renta fija*, xunto con outros instrumentos financeiros como débeda pública, Cédulas hipotecarias, etc, sendo definidos estes instrumentos de *Renta fija* como "un amplio conjunto de valores que emiten tanto las empresas privadas como las instituciones financieras. El titular de los valores de renta fija tienen derechos económicos pero no políticos, ya que no es propietario de la sociedad. El más importante es el derecho de percibir los intereses y principal pactados."

Á vista desta última frase, parece evidente que entre os dereitos dos adquirentes de participacións preferentes está ademais do de perceber os xuros, o dereito de "percibir" o "*principal pactados*", o que é incompatible coa afirmación dunha información clara sobre a perpetuidade das participacións preferentes.

Así, a interpretación que calquera persoa media sen especiais coñecementos financeiros, como é o caso da parte reclamante, lle daría a esta cláusula, tanto polo seu contido como pola súa situación dentro do apartado *Renta fija*, é que polo adquirente de participacións preferentes poderíase "percibir" o nominal (principal), sen ter que acudir a un mercado secundario, e que non existiría perda dese nominal xa que cando existe este risco infórmase del como se consigna no apartado relativo aos *Depósitos estructurados que no garantizan capital*, onde se indica que "El cliente asume no sólo el riesgo de rentabilidad esperada, sino también del principal, total o parcialmente."

Por outra banda, a normativa de aplicación tamén avala esta interpretación, xa que debe indicarse que esa información atópase dentro dun condicionado xeral predisposto pola entidade reclamada, polo que, de acordo co establecido na Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación, é de aplicación o seguinte: "*Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*". (art. 6.2)

Criterio que é similar ao establecido no artigo 1288 do Código Civil ao establecer que "*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*."

Á vista do anterior non queda acreditada a información precisa sobre a perpetuidade das participacións preferentes.

Ao marxe de todo o anterior, na mesma Orde de Valores, ao referirse á cotización das participacións preferentes nun mercado regulado, fálase textualmente "*precio de amortización*" o que sen lugar a dúbidas dá a entender para unha persoa cos coñecementos dos da parte reclamante que existe un momento de amortización, o que é incompatible co carácter perpetuo que agora se indica que se informou á parte reclamante.

f) Que tanto o Folleto de Emisión como o Tríptico-resumo do mesmo foron entregados á parte reclamante dentro da información precontractual que foi subministrada pola entidade reclamada.

galicia

empresalia.com





XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE ECONOMÍA
E INDUSTRIA

Avda. Gonzalo Torrente Ballester, 1-5 baixo
15707 SANTIAGO DE COMPOSTELA
Tel. 981 54 45 12 - Fax 981 54 45 99
www.igc.xunta.es

telf: 981903770

empresalia.com

separación y divorcio, herencias

reclamaciones, **despidos**

alcoholemia, tráfico, sucesiones

redacción de contratos, asistencia legal,

reclamación de deudas,

monitorios, **recobros**

Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

En canto a esta alegación é preciso, en primeiro lugar, reiterar o xa mencionado anteriormente en relación á orde de compra de valores, no senso de que ditas alegacións non poden ser tidas en conta posto que no presente suposto non consta nin quedou acreditado que á parte reclamante lle fora entregado o Folleto de Emisión nin o Tríptico resumo do mesmo, aos que a entidade reclamada tamén fai alusión no seu escrito de alegacións.

En segundo lugar, e pese a non existir proba da entrega do Folleto de Emisión nin o Tríptico resumo do mesmo, debe sinalarse que para entender o contido do Folleto de Emisión, resulta obvio que son necesarios unha serie de coñecementos financeiros elevados, de difícil entendemento para o consumidor medio, e máis para persoas como os adquirentes, que non teñen estudos.

g) Que no Folleto de Emisión advírtese dos condicionamentos para o pago da remuneración, indicándose no mesma o seguinte:

Riesgo de no percepción de las remuneraciones.

El pago de la Remuneración estará condicionado a la obtención de Beneficio Distribuible (tal y como este término se define en el apartado III.4.7.1 de la Nota de Valores) y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria que resulte de aplicación en cada momento.

Si en alguna fecha de pago, no se abonaran las remuneraciones, los inversores perderán el derecho a recibir la remuneración no percibida.

Ao marxe do que máis adiante se indicará sobre a "claridade" e "comprensión" desta cláusula, debe indicarse que na mesma se refire ao risco de non recibir a remuneración vinculado a *la obtención de Beneficio Distribuible (tal y como este término se define en el apartado III.4.7.1 de la Nota de Valores)*. Non obstante, non consta que se entregase ou informase á parte reclamante do contido da *Nota de Valores* onde se define o termo *Beneficio Distribuible*, o que, ademais, dunha falla de información esixible pola normativa reguladora do mercado de valores indicada, supón o seu carácter abusivo de acordo co citado apartado 20º da Disposición Adicional Primeira da LXDCU e o artigo 89.1 do TRLXDCU, en relación co artigo 82.1 do mesmo corpo xurídico.

En canto á claridade da cláusula, analizada a mesma ao abeiro da normativa de protección do consumidor, debe indicarse que existe unha vulneración da citada normativa.

En efecto, o artigo 10 da LXDCU establece que, *1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, (...) deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

Unha simple lectura da cláusula leva a conclusión de que estes requisitos non se cumpren na citada cláusula.

Pola súa parte, esta cláusula tamén vulnera a Lei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación. En efecto, nesta norma establece:

La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. (art. 5.5)

Un análise da cláusula pon de manifesto que é claramente escura e complicada, así para indicar que existe risco de non recibir os xuros, se fai baixo a enigmática frase de *El pago de la Remuneración estará condicionado a la obtención de Beneficio Distribuible (tal y como este término se define en el apartado III.4.7.1 de la Nota de Valores) y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la*

galicia

empresalia.com





Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

normativa bancaria que resulte de aplicación en cada momento, sen informar do contido da citada Nota de Valores.

Tendo en conta o perfil inversor dos reclamantes, a escuridade desta cláusula, a imposibilidade de comprensión directa ou valoración do risco de non percepción da remuneración ao non facilitarse ningunha información de o apartado III.4.7.1. de la Nota de Valores, a conclusión á que debe chegarse é a contraria á das alegacións da parte reclamada, isto é, que non existiu unha información suficiente, clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, respecto á "posibilidad de no recibir remuneración alguna".

En relación cas cláusulas anteriormente desenvoltas e as que a entidade fai referencia ao longo de todo o escrito de alegacións, e ao folleto de emisión, salienta que se tratan de contratos de adhesión, nos que o cliente non intervéñ de forma algunha, polo tanto, non podemos atender a súa literalidade, xa que foron redactados pola propia entidade, e simplemente asinados polo cliente, sen ter conciencia do que se estaba contratando, tendo o convencemento de que subscribira un prazo fixo ou un produto similar.

Neste sentido pronunciase a recente sentenza da AP de Pontevedra, 1155/2012, da sección 6ª, do 25 de abril de 2012, ao indicar:

No existe duda que los documentos citados constituyen un supuesto de contrato de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en la redacción de dichos documentos los cuales han sido elaborados por la entidad bancaria; ello es así aun cuando, por ejemplo, se indique en el Anexo II "que he decidido proceder, tras mi propio análisis, a realizar dicha suscripción", pues en todo caso y más allá de la literalidad de dicha expresión debe resultar acreditado que ha existido un conocimiento claro y plena conciencia por parte del cliente acerca de lo que contrata.

Tendo en conta o anterior, pode concluírse que a empresa reclamada incumpriu coas súas obrigas na comercialización destas participacións preferentes, especialmente no relativo á información vulnerando a normativa específica de aplicación, en especial o artigo 5 do Código Xeral de Conduta que establece:

3. 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.

En relación co anterior, debe sinalarse que o artigo 26 da LXDCU "Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad."

No presente caso, pola empresa non se probou que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad, máis alá das simples manifestacións de que a parte reclamante foi suficientemente informada pola documentación obrante no expediente, especialmente a orde de compra de valores que se remite ao Folleto informativo. Unido esto último coas anteriores alegacións da empresa, non pode compartirse a mesmas, xa que trata de facer recaer sobre o adquirente unha responsabilidade que lle corresponde á empresa.

Por outra banda, segundo o artigo 7 da Lei 13/1985, do 25 de maio, de coeficientes de investimento, recursos propios e obrigas de información dos intermediarios financeiros, as participacións preferentes contabilizaban coma recursos propios das entidades de crédito.





Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

Non obstante todo o anterior, o que quedou acreditado é que a oferta que se fai son participacións preferentes da propia entidade, e non doutra, o que supón un interese evidente desa entidade pola comercialización das súas participacións preferentes.

Tendo en conta este último extremo, debe indicarse que a dilixencia que debe prestar a entidade reclamada na comercialización destes produtos, non só debe ser a esixible a un profesional, senón que debe ser aínda superior, como se expresa dun xeito claro no artigo 79.1: da Lei do Mercado de Valores ao indicar como unha obriga da empresa a) Comportarse con dilixencia y transparencia en interés de sus clientes, dilixencia que como xa se puxo de manifesto, non se produciu no presente caso.

h) A empresa reclamada indica que no Tríptico informativo se advirte do carácter perpetuo das Participacións preferentes.

En canto a esta alegación da empresa, debe indicarse que carece de relevancia no presente caso xa que non se acreditou a entrega á parte reclamante do Tríptico informativo ao que fai referencia.

En calquera caso, debe sinalarse que ese suposto carácter perpetuo non é tal se analizamos o tríptico, onde permite á empresa, pasados cinco anos, proceder á amortización das participacións preferentes.

Se ben e certo que a normativa reguladora das Participacións preferentes as considera como de carácter perpetuo na disposición adicional segunda, apartado 1 g) da Lei 13/1985, debe indicarse que a regulación do TRLXDCU do ano 2007, posterior a aquela regulación, de plena aplicación ao non ter un réxime transitorio e recollendo a doutrina do Tribunal Supremo sobre a posible resolución unilateral dos contratos indefinidos, establece unha limitación para este tipo de situacións en favor dos consumidores.

Así, o artigo 59.- *Ámbito de aplicación*, do TRLXDCU establece:

1. Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.

2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta Norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta Norma.

Pola súa banda, no artigo 62 do TRLXDCU Contrato, se indica:

3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.

4. Los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato.

Tendo en conta todo o anterior, pode concluírse que nada impide o carácter perpetuo das participacións preferentes pero, de acordo coa normativa de protección ao consumidor, este non está vinculado con esa perpetuidade.

i) Que no momento da subscrición advertiuse á parte reclamante que o valor do mesmo (prezo de cotización) podería sufrir variacións así como da posibilidade de vender as participacións no mercado AIAF e que, por tanto, o prezo polo que podería vender o produto podería ocasionar perdas á parte reclamante.

Riesgo de liquidez. Aunque se vaya a solicitar la admisión a negociación de Participaciónes Preferentes Serie D en el AIAF MERCADO DE RENTA FIJA, no es posible asegurar que el inversor





Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

pueda venderlas con carácter inmediato ya que no existen garantías de que vaya a producirse una negociación activa en el mercado.

Respecto a esta alegación en nada afecta á cuestión obxecto deste laudo xa que non se está cuestionando a venda das participacións preferentes nun mercado secundario, senón as características da contratación.

6º.- Como outra das alegacións do escrito de NCG Banco, se indica que non existiu erro como vicio do consentimento, que este teña carácter esencial para que produza efectos anulatorios, a necesaria acreditación do erro, e o seu carácter escusable.

Respecto a estas afirmacións debe indicarse que do actuado no procedemento arbitral pode concluírse que ninguén dubida da existencia dunha contratación, cuestión distinta é o alcance da mesma. Neste senso, debe indicarse que os elementos esenciais do contrato suscrito entre as partes eran, por unha banda a entrega dunha cantidade de diñeiro polo reclamante, e por outra o pago duns xuros pola empresa reclamada.

Partindo do anterior, o esencial e determinante é saber qué tipo de contrato foi obxecto de celebración entre as partes. Se ben é certo que no eido dos contratos bancarios os contratos atípicos son habituais, non é menos certo que no tráfico mercantil cando por un cliente dunha entidade financeira se entrega unha cantidade de cartos a cambio dun xuro o lóxico é pensar que nos atopamos ante unha imposición a Prazo Fixo ou un produto de similares características.

No presente caso, partindo do feito da existencia dunha contratación, pero tendo en conta a ausencia de información clara e precisa, advertindo dos riscos deste produto, non cabe máis que acudir a normativa reguladora da interpretación dos contratos para determinar ante qué tipo de contrato nos atopamos, así no eido civil no artigo 1281 do Código Civil establece que "Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas". E no artigo 1282 do mesmo corpo legal indícase que "Para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetaneos y posteriores al contrato."

Pola súa banda o artigo 65.- Integración do contrato, do TRLXDCU, establece que *Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.*

Respecto a isto, no momento da audiencia, a parte reclamante manifesta *que tiñan cartos en dúas libretas e a entidade ofreceulles para mellor rendemento un produto que era moi difícil de adquirir, pero que cando o tiveran os chamarían. Definírono como moi interesante e que non tiña problema de retorno. Ao pouco tempo os chamaron dicíndolles que xa as tiñan e xa non lles deu tempo nin a pensalo. Recoñecen non ler o contrato no momento da súa sinatura. El ten problemas de visión e ela porque confiou na empregada da entidade da que é cliente,* circunstancias non desvirtuadas pola parte reclamada.

Tendo en conta o anterior, e todo o actuado no procedemento arbitral, parece lóxico pensar que nos atopamos ante un contrato consistente nunha imposición a Prazo Fixo ou nun produto de similares características.

Polo exposto, tendo en conta o perfil da parte reclamante, resulta obvio que a aparencia é a vontade da parte reclamante era, sen ningunha dúbida, a de subscribir unha imposición a prazo fixo ou un produto de similares características.

7º.- Como outra alegación se manifesta polo representante de NCG Banco a inexistencia das condicións desfavorables contra NCG Banco emitidas por órganos de revisión regulatoria.





Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

Respecto a esta afirmación debe indicarse que en nada afecta ao contido do presente laudo toda vez que no mesmo estase a analizar un caso concreto desde un punto de vista do seu axuizamento a través da arbitrase de consumo que, como se indica na sentenza do Tribunal constitucional 62/1991, é un equivalente xurisdiccional.

En relación con isto debe indicarse que, precisamente neste eido xurisdiccional, polo Xulgado de primeira instancia nº 1 de Cambados ditouse a recente sentenza do 10 de xullo de 2012 onde estima integramente a demanda interposta fronte a entidade NCG Banco pola comercialización, precisamente, de Participacións Preferentes.

Se temos en conta isto último, e a alegación de NCG Banco relativa a inexistencia de resolucións desfavorables contra NCG Banco emitidas por órganos de revisión regulatoria para xustificar a súa solicitude de rexeitamento da reclamación, a sensu contrario, aquel pronunciamento xudicial levaría a estimación da presente reclamación sen un maior análise do caso, algo que non pode compartirse.

8º.- Nas alegacións de NCG Banco indica que ao presente caso lle é de aplicación a doutrina dos propios actos xa que a parte reclamante mentres percibía a remuneración en forma de intereses non entabou reclamación ou queixa ningunha ata no momento no que o produto deixou de ser economicamente desfavorable. Isto, engaden, supón un retraso desleal que impide o exercicio extemporáneo dos dereitos en contra do actuar recoñecido.

Respecto a esta alegación non podemos máis que remitirnos ao indicado no apartado indicado máis arriba no senso de que existe unha "aparencia" idéntica entre unha Imposición a Prazo Fixo e a adquisición de Participacións preferentes (entrega de capital a cambio de xuros) polo que non pode considerarse que exista unha aceptación dunha situación que é "en aparencia" idéntica a outra e que esa aparencia queda desvirtuada cando, como consecuencia das circunstancias económicas, se produce unha diverxencia que doutro xeito non se tivera realizado.

Por todo isto se decide:

ESTIMAR a reclamación presentada de acordo co seguinte:

- NCG Banco deberá reintegrar á parte reclamante a cantidade de **9.349,32 €** correspondente aos títulos indicados no antecedente de feito terceiro que, de acordo co anterior e o aceptado polas partes no convenio arbitral, responde ao nominal da participación menos o diñeiro xa percibido polo adquirente en concepto de xuros e sumando o axuste por xuros que o cliente tivese percibido de ter subscrito no seu lugar un depósito a prazo fixo.

O pago desta cantidade deberá realizarse na conta asociada á conta de depósito de valores na entidade NCG Banco, podendo ser satisfeita igualmente por calquera outro medio que, de común acordo, determinen as partes.

- Declarar que a titularidade do valores obxecto deste laudo pasan a ser titularidade de NCG Banco desde o momento da data do laudo. A estes efectos, NCG Banco deberá realizar, a súa costa, todas as xestións precisas para o cambio de titularidade, e a parte reclamante deberá realizar as actuacións precisas para que NCG Banco poida realizar o cambio de titularidade.

Este laudo foi adoptado en **DEREITO**.

De acordo co Convenio Arbitral e a normativa reguladora do Sistema Arbitral de Consumo, se declara que ambas partes renuncian a calquera outra reclamación que teña como causa ou que garde relación co resolve neste laudo e, en consecuencia, declarase a obriga de acreditar esta renuncia perante as competencias pertinentes se así o solicita calquera deles, e a cumprir o laudo arbitral que se dite.



Xunta Arbitral de Consumo de Galicia

O prazo de cumprimento deste laudo é de 20 días desde a súa notificación.

Notifíquese ás partes o presente laudo, indicando que ten carácter de cosa xulgada, é vinculante, executivo e eficaz desde o día da súa notificación. Contra o mesmo, só cabe acción de anulación ante a sala do Civil e do Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia no prazo de dous meses contados a partir da súa notificación, de conformidade cos artigos 40 e ss. da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de Arbitraje. Tamén de acordo co establecido no artigo 43 da mesma lei poderá, no seu caso, solicitar a súa revisión conforme ao establecido na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de Axuízamento Civil para as sentencias firmes.

E, para que conste ditase, polo árbitro único na data indicada no encabezamento, laudo respecto das cuestións obxecto de litixio e que as partes someteron a arbitraje no seu día.

O árbitro

Antón Baeza Barrantes