

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 5 DE MADRID

Procedimiento: Juicio ordinario número 286/2013

SENTENCIA Nº

En Madrid, a 16 de febrero de 2017.

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez titular del Juzgado Mercantil nº 5 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos bajo el número **286/2013**, a instancia de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE, en adelante), con la intervención adhesiva simple de D. ARCADÍ BATLLORI BEL y tres mil cincuenta y cuatro personas más, según consta en la reseña de intervinientes adhesivos simples, representados por e//a Procurador/a D./D^a. MARÍA DEL MAR DE VILLA MOLINA y e//a Procurador/a D./D^a. SARA GIL FURIÓ y con la defensa técnica de//a/o/s Letrado/a/o/s D./D^a. ANTONIO CASTRO LOSADA y D./D^a. ADRIÁN REBOLLO REDONDO y con la intervención adhesiva litisconsorcial de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN, representados por e//a Procurador/a D./D^a. GUSTAVO GÓMEZ MOLERO y con la defensa técnica e//a Letrado/a D./D^a. INMACULADA SÁNCHEZ MERCHÁN, contra CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA, ostentando su representación e//a Procurador/a D./D^a. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL y su defensa técnica e//a Letrado/a D./D^a. MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ y contra BANKIA, SA, ostentando su representación e//a Procurador/a D./D^a. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL y su defensa técnica e//a Letrado/a D./D^a. SERGIO DEL BOSQUE GÓMEZ y en el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de nulidad en materia de condiciones generales de la contratación y de cesación en materia de publicidad, por publicidad engañosa e ilícita y resultando los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por e//a Procurador/a D./D^a. JORGE LUIS DE MIGUEL LÓPEZ, en nombre y representación de la parte actora, ADICAE, y de unas seiscientas personas más, se presentó escrito formulando demanda de juicio ordinario contra CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA y contra BANKIA, SA. Demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA “por la que estimando la demanda:

1.- En cuanto a la ACCIÓN COLECTIVA PRINCIPAL DE CESACIÓN por condiciones generales de la contratación:



A) * Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES a clientes con "perfil minorista", en atención a lo expuesto tanto en la Directiva Europea sobre mercados de instrumentos financieros (MiFID) así como lo emanado de los Art. 79 y Art. 79.bis y ss. de la Ley 24-1988 de 28 de julio del Mercado de Valores en lo que a obligaciones de diligencia, transparencia e información respecto a lo que a los clientes se refiere, cesando igualmente la demandada en el ofrecimiento de canjes de participaciones preferentes por cualquier otro instrumento financiero, en especial acciones de la propia entidad.

B) * Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO UN VALOR DE DEUDA.

C) * Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES como si fuera un producto de renta fija.

D) * Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES como si fuera un producto con fecha de vencimiento.

E) * Se declare la nulidad de las cláusulas señaladas en el cuerpo del presente escrito relativas a la Orden de compra/suscripción, Contrato de depósito o administración de valores, Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II, Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión y test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes y su no incorporación a los contratos de los actores.

F) * Se condene a las demandadas a eliminar de sus contratos este tipo de cláusulas declaradas nulas y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización.

G) * Se libre mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la Sentencia en el mismo.

H) * Se publique el fallo de la Sentencia dictada, una vez firme, junto con el texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación, salvo que el Juez acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo de la demandada.

I) * Se imponga a las demandadas una multa, en la cuantía que se estime oportuno, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial con respecto al plazo señalado en Sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En cuanto a la acción colectiva principal de cesación por publicidad engañosa e ilícita:

A) Se ordene a las demandadas la cesación de toda publicidad, incluida la que figure en los propios contratos financieros, que consista en:

1º.- Utilizar para su comercialización a clientes "minoristas" la denominación "Participación Preferente", en las que se omite mencionar simultáneamente y de forma expresa todas y cada una de las concretas características y riesgos de dicho producto financiero.

2º.- Publicitar las participaciones preferentes como si fueran un producto de deuda.

3º.- Publicitar las participaciones preferentes como si fuera un producto de renta fija.

4º.- Publicitar las participaciones preferentes como si fuera un producto con fecha de vencimiento.

5º.- Publicitar las participaciones preferentes con el logotipo de Caja Madrid (Caja de Ahorros, hoy Banco) cuando el emisor es una tercera entidad.

3.- En cuanto a las acciones de nulidad por condiciones generales de la contratación abusivas o ilícitas:

A).- Se declare la nulidad de todos las ORDENES DE COMPRA Y/O SUSCRIPCIÓN POR CANJE, suscritos por los actores con CAJA MADRID (siendo "BANKIA" la entidad sucesora de aquella) que figuran en el cuerpo de la demanda, por afectar a las condiciones generales nulas por abusivas o ilícitas a elementos esenciales del contrato, con sus efectos restitutorios (devolución por las demandadas de la cantidad invertida por cada uno de los actores más comisiones y gastos derivados de aquella operación, y correlativa transmisión por éstos de la propiedad de las participaciones preferentes a las demandadas y de las sumas percibidas que tengan su origen en las participaciones preferentes -operando la correspondiente compensación-).

B).- Subsidiariamente, se declare su anulabilidad, con sus efectos restitutorios.

C).- Subsidiariamente, se declare la nulidad del canje por acciones, con sus efectos restitutorios.

D).- Subsidiariamente, se declare la anulabilidad del canje por acciones, con sus efectos restitutorios.

4.- En cuanto a la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios:

A) Se declare que las partes demandadas han incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a los actores referidas en los "Fundamentos de Derecho" de la demanda.

5.- En consecuencia de todo ello, se condene a las demandadas a:

A).- Que sean reintegradas las cantidades entregadas por los actores a CAJA MADRID (siendo "BANKIA" la entidad sucesora de aquella), que figuran en el cuerpo

del presente escrito de demanda, así como las comisiones y gastos, consecuencia de la nulidad, que se determinen en ejecución de Sentencia, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de su cargo en cuenta.

B).- Restituir igualmente a mis mandantes las pérdidas económicas y patrimoniales que les ha supuesto la irregular contratación de participaciones preferentes incluidos los conceptos por daños y perjuicios así como los de indisponibilidad de líquido al amparo de lo dispuesto en el Art. 1106 del Código Civil en relación con los arts. anteriores del mismo cuerpo legal.

C).- Subsidiariamente, caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad de los contratos, interesamos se condene a la entidad demandada, BANKIA como sucesora de CAJA MADRID y como titular de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. a resarcir los daños y perjuicios causados a los actores, debiendo reintegrar a los mismos las aportaciones realizadas, y en concreto, que se condene a que abone a cada uno de ellos las cantidades indicadas como aportaciones en el cuerpo de la demanda, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de pago.

D).- En ambos casos, en el momento de reintegro se deberán deducir las cantidades que en su caso, hubiesen podido recibir los actores en concepto de cupón, y los importes derivados de la venta bien de las propias participaciones preferentes bien de las acciones que se les adjudiquen a consecuencia del canje, las cuales serán determinadas en ejecución de la Sentencia que recaiga en el procedimiento.

6.- Se condene a la demandada al abono de las costas del procedimiento”.

Con fecha de 27/2/14 se dicta Auto admitiendo a trámite la demanda y dando traslado de la misma a las partes demandadas. En dicho Auto se precisa lo siguiente:

“En la demanda y en las sucesivas ampliaciones de demanda se invocan como fundamento de la pretensión la nulidad de los contratos suscritos por falta de elementos esenciales para su validez, por infracción de preceptos del Código Civil y por defectos causantes de la anulabilidad. En el trámite de alegaciones la actora ha señalado que este juzgado es competente para conocer las acciones interesadas. En este punto, no se discute que el juzgado de lo mercantil sea competente para conocer la acción de cesación, las acciones relativas a publicidad ni las de nulidad por el carácter abusivo de las condiciones o por publicidad ilícita o engañosa, así como la petición de daños y perjuicios consecuencia de la acción de nulidad. Lo relevante es si este juzgado es competente para examinar las causas de nulidad relativas a la falta de elementos esenciales del contrato, infracción de preceptos de Código Civil o la anulabilidad. La respuesta debe ser negativa, ya que la competencia de este juzgado no se extiende al examen de estas materias y su asunción no respetaría la finalidad perseguida con la creación de estos juzgados. En este punto el juzgado de lo mercantil no puede entrar a analizar las cuestiones relativas a la ausencia de los requisitos esenciales del contrato, o la existencia de

vicios del consentimiento por venir atribuido su conocimiento a los juzgados de instancia”.

En la parte dispositiva del Auto se acuerda lo siguiente:

“4.- NO SE ADMITE a trámite la demanda respecto a las pretensiones que tienen fundamento en la nulidad de los contratos suscritos por falta de elementos esenciales para su validez, por infracción de preceptos del Código Civil y por defectos causantes de la anulabilidad.

5.- Se llama al procedimiento 286/2013, a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen a este proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hace como preceptúa el mencionado art.15.1, por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en el medio de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se ha manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses, concretamente en el periódico de ámbito nacional "El País", -costeando la parte actora los gastos de dicha publicación y remitiendo a este Juzgado ejemplar donde se haya publicado-.

6.- Este llamamiento suspende el curso del proceso por un plazo de dos meses, desde el día en que se publique en el periódico el País. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de la Ley. A tal efecto, los consumidores que acudan al llamamiento lo harán personándose en el procedimiento con Abogado y Procurador -en las formas legalmente admitidas...”.

Con fecha 28/5/14, e//a Procurador/a D./D^a. GUSTAVO GÓMEZ MOLERO, actuando en nombre y representación de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN, presentó escrito de personación e intervención en el procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derechos que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA “en la que se condene a Bankia, SA y Caja Madrid Finance Preferred, SA, solidariamente, al pago a Don LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y Doña PURIFICACIÓN COBOS MARTÍN de la cantidad de CINCUENTA Y TRES MIL UN EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (**53.001,45 €**), más los intereses legales de dicha suma desde la fecha del presente escrito, hasta la fecha de la sentencia, devengándose desde entonces los intereses de la mora procesal, todo ello en base a lo alegado en la demanda principal presentada por ADICAE. Con expresa imposición de costas a las partes demandadas”.

Con fecha 18/9/14 se personó e//a Procurador/a D./D^a. MARÍA DEL MAR DE VILLA MOLINA, actuando en nombre y representación de ADICAE, para sustituir a su compañero, e//a Procurador/a D./D^a. JORGE LUIS DE MIGUEL LÓPEZ, sobre el que se instruía un expediente de Declaración de Fallecimiento tras su desaparición en un naufragio. Hubieron de otorgarse nuevos poderes por los asociados de

ADICAE de los 4.049 expedientes individuales de documentación que obraban en el Juzgado, tras cuatro ampliaciones de la demanda, a favor de la Procurador/a D./D^a. SARA GIL FURIÓ.

Con fecha 2/11/15, las Procuradoras D./D^a. MARÍA DEL MAR DE VILLA MOLINA y D./D^a. SARA GIL FURIÓ, actuando en nombre y representación de ADICAE y sus asociados, presentaron escrito comunicando la renuncia de sus representados al ejercicio de la acción individual de nulidad del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, en adelante).

En Diligencia de Ordenación de fecha 1/12/15, que es firme, se dispone, entre otros extremos, lo siguiente:

“2.- Estando promovida la declinatoria dentro de plazo y por parte legitimada se admite a trámite, disponiendo las **demás partes y el Ministerio Fiscal** del plazo de **CINCO DÍAS** contados desde la notificación de esta resolución, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la competencia de este tribunal (artículo 65 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil LECn-)

...5.- El anterior escrito presentado por la procuradora D^a. M^a. DEL MAR DE VILLA MOLINA en nombre y representación de la parte actora, de fecha 2/11/15 únase y se tienen por personados en forma a los demandantes reseñados en el CD n^o 1, en calidad de intervinientes adheridos simples en el ejercicio de la acción accesoria de restitución, acumulada a la de cesación, y por renunciados en el ejercicio de la acción individual”.

Con fecha 18/2/16 se dicta Auto por el que se ACUERDA DESESTIMAR declinatoria por falta de jurisdicción interpuesta por la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA y en el que se precisa que las únicas acciones que se ejercitan son acciones colectivas de cesación por publicidad ilícita y engañosa y de cesación y nulidad de condiciones generales de la contratación, puesto que la representación procesal de los asociados de ADICAE ya había comunicado su renuncia al ejercicio de la acción individual de nulidad del artículo 8 de la LCGC. En dicho Auto se precisa que “En cuanto a lo que la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA llama cuarta acción ejercitada en la demanda (acción individual de indemnización de daños y perjuicios que, para la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA, no es sino una acción de responsabilidad civil por incumplimiento contractual y de la normativa del mercado de valores), tampoco resulta ejercitada por la representación procesal de ADICAE: La acción que está ejercitando es la acción accesoria a la de cesación consistente en la “devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones” (párrafo segundo del artículo 12.2 de la Ley 7/1998 y párrafos tercero y cuarto de la página 586 de la demanda principal interpuesta por la representación procesal de ADICAE). No se está ejercitando, por tanto, ninguna acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de un incumplimiento contractual (artículo 1.101 y ss. del Código Civil, CC, en adelante) y por incumplimiento de las

obligaciones contenidas en la Ley del Mercado de Valores. Según la legislación y la jurisprudencia, resulta perfectamente admisible que ADICAE ejercite una acción colectiva de cesación y que, accesoriamente, solicite la indemnización de daños y perjuicios y/o la devolución o restitución de cantidades, siempre que:

1º).- Se limite a pedirlo de sus asociados, puesto que ADICAE está ejercitando acciones colectivas y sus asociados han renunciado al ejercicio de las acciones individuales (escrito con sello de presentación en Decanato de 2/11/15); por tanto, ADICAE carece de legitimación para reclamar devolución de cantidades y/o indemnización de daños y perjuicios por los que **no estén asociados a ella**, que han debido, o bien ejercitar la correspondiente acción individual de nulidad en materia de condiciones generales de la contratación para solicitar la devolución de cantidades y/o indemnización de daños y perjuicios o bien adherirse litisconsorcialmente (intervención adhesiva litisconsorcial) a las pretensiones de la demanda principal, conforme se prevé en el artículo 13.1, párrafo segundo de la LEC, efectuando la petición de las cantidades objeto de devolución o de indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 12.2, párrafo segundo, de la Ley 7/1998.

2º).- Se declare la nulidad de condiciones generales de la contratación cuya cesación solicita, que es el presupuesto de la estimación de la acción colectiva de cesación. Desde ya conviene dejar bien claro que la nulidad a la que nos estamos refiriendo no deriva de la falta de los elementos esenciales para la validez del contrato (consentimiento, objeto o causa), por que no queremos reiterar lo que ya se dijo en el Auto de 27/2/14, que excluyó el ejercicio de acciones sobre dicha nulidad. La nulidad a la que nos estamos refiriendo es el presupuesto de la estimación de la acción colectiva de cesación, y consiste en la nulidad que resulta de la existencia de condiciones generales presuntamente abusivas en los contratos firmados en la comercialización de las participaciones preferentes, concretadas en el punto 1.E) del Suplico de la demanda, en los siguientes términos: *“Se declare la nulidad de las cláusulas señaladas en el cuerpo del presente escrito relativas a la Orden de compra/suscripción, Contrato de depósito o administración de valores, Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II, Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión y test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes y su no incorporación a los contratos de los actores”*. Dicha nulidad de las condiciones generales aparece desarrollada 497 y ss. de la demanda principal, con ocasión de la explicación de la acción colectiva de cesación por utilización de condiciones generales de la contratación susceptibles de ser declaradas nulas (artículo 12.2, párrafo primero, de la Ley 7/1998). Nulidad que, cuando se ejercitan acciones individuales, está expresamente regulada en el artículo 8.2 de la Ley 7/1998. **Ni la nulidad a la que se refiere el párrafo primero del artículo 12.2** (presupuesto de la acción de cesación), **ni la nulidad a la que se refiere el artículo 8.2 de dicha Ley** (que sirve de base para declarar la nulidad de acciones individuales y colectivas), **tienen nada que ver con la nulidad y/o anulabilidad por falta de los elementos esenciales del contrato contemplada en los artículos 1.300 y ss. del CC**, aunque le sean extensibles algunos de sus efectos. Es la misma competencia que tiene (mejor dicho, tenía cuando se presentó la demanda origen del presente procedimiento) el Juez de lo mercantil para conocer de la nulidad de las llamadas “cláusulas suelo” (propiamente, limitaciones a la

variabilidad del tipo de interés) y que, a estas alturas del debate jurídico, nadie debería discutir”.

SEGUNDO.- Por e//a Procurador/a D./D^a. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y representación de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA, se presentó escrito de contestación de la demanda solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA por la que “desestime íntegramente la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), imponiendo las costas a la parte actora”.

Por e//a Procurador/a D./D^a. FRANCISCO JOSÉ ABAJO ABRIL, en nombre y representación de BANKIA, SA, se presentó escrito de contestación de la demanda solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA por la que “desestime íntegramente la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), imponiendo las costas a la parte actora”.

TERCERO.- En diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa, celebrada el día señalado con asistencia de las partes. Audiencia que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos y en la que, ratificándose las partes en sus planteamientos iniciales y concretaron sus pretensiones. La representación procesal de ADICAE, con la adhesión de la representación procesal de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN, presentó una serie de documentos como hechos nuevos, solicitando su incorporación. Las representaciones procesales de las demandadas no se opusieron a su incorporación, sin perjuicio de oponerse a su contenido. Por la representación procesal de BANKIA, SA se presentó documento como hecho nuevo, oponiéndose la representación procesal de ADICAE a su incorporación. Por SS^a. se acordó la incorporación de dicho documento a autos. Recibido el juicio a prueba, por la representación procesal de ADICAE se propusieron como medios de prueba: documental, que se tenga por reproducida la aportada con la demanda, más documental, aportada en el acto de la vista y más documental, consistente en requerimiento a BANKIA, SA, para que aporte determinada documentación. Por la representación procesal de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN se propusieron como medios de prueba: documental, que se la tenga por adherida a la documental presentada por la representación procesal de ADICAE con el escrito de demanda y se de por reproducida en este acto , más documental, que se tenga por reproducida la aportada con el escrito de personación de sus representados y, más documental, que se la tenga por adherida a la documental presentada por la representación procesal de ADICAE en el acto de la audiencia previa y por reproducida en este acto. Por la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA se propusieron como medios de prueba: documental, que se tenga por reproducida la

aportada con el escrito de contestación de la demanda y más documental, presentada en el acto de la audiencia previa. Por la representación procesal de BANKIA, SA se propusieron como medios de prueba: documental, que se tenga por reproducida la aportada con el escrito de contestación de la demanda y más documental, presentada en el acto de la audiencia previa. Todas las pruebas propuestas fueron declaradas pertinentes. Las representaciones procesales de las demandadas interpusieron sendos recurso de reposición por el mismo motivo: la admisión de la más documental, consistente en requerimiento a BANKIA, SA para que aporte documentación en el plazo de treinta días, propuesta por la representación procesal de ADICAE. Recursos que, previo traslado a las contrapartes, fueron desestimados por los motivos que constan en autos y en la grabación. Las representaciones procesales de las partes demandadas formularon protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.

CUARTO.- El acto de juicio, con asistencia de las partes, se desarrolló el día señalado. Juicio que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos. Tras practicarse las pruebas declaradas pertinentes y efectuarse las conclusiones por los Letrados, quedaron los autos pendientes de dictarse sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales por la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Órgano Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- AUSENCIA DE PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ADICAE.

PRIMERO.1.- LA AUSENCIA DE UNO DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN: LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES DE CAJA MADRID 2009 (SERIE II) QUEDARON EXTINGUIDAS EN ABRIL DEL 2013. AUSENCIA DE RIESGO DE REITERACIÓN.

Se ha planteado por la representación procesal de las demandadas que las acciones de cesación ejercitadas en la demanda carecen del presupuesto jurídico-material de dicha acción, consistente en riesgo de utilización de las cláusulas impugnadas, puesto que todas las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) fueron amortizadas conforme a la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 16/4/13 (BOE de 18/4/13) (documento nº 14 de la contestación de la demanda de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA). No hay riesgo de reiteración de las condiciones generales que sirven de presupuesto a las acciones colectivas de cesación de condiciones generales y publicidad ilícita y/o engañosa. Las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) habían pasado al BANCO FINANCIERO Y DE AHORROS, SA (BFA, en adelante), del que es accionista el FROB. Se produjo la recompra de dichas PARTICIPACIONES fijando un precio de recompra que sería abonado en la cuenta de los titulares de las

mismas; pero dicho abono y recompra estaban condicionados a que, simultáneamente, los titulares de dichas PARTICIPACIONES (entre ellos, los consumidores minoristas que reclaman en el presente procedimiento), efectuaran de forma obligatoria una suscripción irrevocable de acciones de BANKIA, SA mediante la reinversión de la totalidad del precio satisfecho. Es decir; los consumidores minoristas cambiaban las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) por acciones de BANKIA, SA.

No se comparten las alegaciones de las representaciones procesales de las partes demandadas, por las siguientes razones:

- El momento en el que debe analizarse si se dan o no los presupuestos de la acción de cesación en relación al riesgo de utilización de las condiciones generales presuntamente abusivas es el momento de la interposición de la demanda (**16/4/13**). Y en esa fecha (**16/4/13**), la Resolución de la Comisión Rectora del Fondo de reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de fecha **16/4/13** no produce efecto alguno en relación a la amortización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), por que, como se prevé en el FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO de dicha Resolución, los acuerdos adoptados en relación con las acciones de gestión de híbridos [que son los que afectan a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II)] “surtirán efectos desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado”, es decir, desde el **18/4/13**. La interposición de la demanda produce los efectos de *non mutatio libelli*, *perpetuatio iurisdictionis* y *perpetuatio legitimationis* y en esa fecha estaba plenamente justificada la interposición de la acción de cesación y, por supuesto, de las acciones accesorias de restitución e indemnización de daños y perjuicios, así como la acción de nulidad que sirve de presupuesto a la acción de cesación y es perfectamente acumulable a la acción de cesación. **La acción de nulidad acumulada a la acción de cesación y, a la vez, presupuesto de la misma, es la acción verdaderamente importante de las que se ejercitan en el pleito**, puesto que es la nulidad del contrato que dio lugar a la inversión (la Orden de Compra/Suscripción/Canje, documento nº 6 bis A de la demanda) la que puede dar lugar al principal efecto práctico pretendido por la demanda: la restitución de lo invertido por los intervinientes adhesivos para la adquisición de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). La posibilidad de la acumulación de la acción de nulidad a la acción colectiva de cesación resulta de los párrafos tercero y cuarto del artículo 53 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCyU, en adelante), en la redacción que le dio la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación de dicho Texto Refundido, motivada por la adaptación de la legislación española a algunos de los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, en adelante) de 14/6/12 (BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO) (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: PTJUE 78/2012). Conforme a dicha redacción, la acción de nulidad es acumulable a cualquier acción de cesación “*siempre que se solicite*”. Luego podemos encontrarnos con acciones colectivas de cesación que solicitan la declaración de nulidad y acciones colectivas de cesación que no la solicitan. Sin duda, el ejemplo práctico más importante de acción de nulidad, ejercitada por una asociación de consumidores acumuladamente a la acción

colectiva de cesación, es el recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante) de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013), en la que la asociación de consumidores demandante acumula a una acción colectiva de cesación una acción de declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación por cláusulas abusivas. En el presente caso, se solicita con la acción de cesación la declaración de nulidad en el *petitum* de la demanda, puntos **1. E)** (“*Se declare la nulidad de las cláusulas señaladas en el cuerpo del presente escrito relativas a la Orden de compra/suscripción, Contrato de depósito o administración de valores, Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II, Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión y test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes y su no incorporación a los contratos de los actores*”) y **3. A)** [“*Se declare la nulidad de todos las ORDENES DE COMPRA Y/O SUSCRIPCIÓN POR CANJE, suscritos por los actores con CAJA MADRID (siendo "BANKIA" la entidad sucesora de aquella) que figuran en el cuerpo de la demanda, por afectar a las condiciones generales nulas por abusivas o ilícitas a elementos esenciales del contrato, con sus efectos restitutorios (devolución por las demandadas de la cantidad invertida por cada uno de los actores más comisiones y gastos derivados de aquella operación, y correlativa transmisión por éstos de la propiedad de las participaciones preferentes a las demandadas y de las sumas percibidas que tengan su origen en las participaciones preferentes -operando la correspondiente compensación)*”]. La petición importante de la demanda no es la que deriva de la acción de cesación, sino de la acción de nulidad (si entendemos que la acción de nulidad se acumula a la de cesación) o de la nulidad que sirve de presupuesto a la acción de cesación y que posibilita la condena de los demandados a someterse a los efectos de la estimación de la acción de cesación: eliminar y abstenerse de usar condiciones generales de la contratación nulas. Desde luego, el ejercicio de esa acción de nulidad tiene pleno sentido pues es evidente que no se ha producido uno de los efectos que produciría dicha nulidad: la devolución a los intervinientes adhesivos de lo invertido en las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

- *El párrafo primero del artículo 53 de la LDCyU no exige que, para ejercitar la acción de cesación, la conducta del demandado no haya finalizado en el momento de ejercitar la acción.* Dicho más claramente: Es posible ejercitar la acción de cesación de condiciones generales de la contratación o publicidad ilícita y/o engañosa cuando la conducta ha finalizado, pero existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Y esa posibilidad de reiteración de la conducta, *ab initio* y *prima facie*, existe por que las participaciones preferentes siguen siendo un instrumento financiero admitido por la legislación española y europea y, por tanto, de plena aplicación y comercialización. Actualmente, están reguladas por la Disposición adicional cuarta (*Comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios*) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores [TRLMV, en adelante; y LMV, en adelante, cuando nos refiramos a la Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente en el momento de la emisión de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II)] y por la Disposición adicional primera (*Requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes a efectos de la normativa de solvencia y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda*) de la Ley

10/2014, de 26 junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Crédito. Esta última Ley remite al cumplimiento de las condiciones previstas en el Capítulo 3 del Título I de la parte segunda o en el Capítulo 2 del Título I de la parte décima del Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, para que las participaciones preferentes puedan ser consideradas como uno de los elementos o instrumentos de los Fondos Propios como capital de nivel 1 adicional. Dada la subsistencia de las participaciones preferentes en la legislación nacional y europea, existe la posibilidad de utilizar condiciones generales de la contratación nulas por ser abusivas. Una cosa es que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) hayan sido amortizadas y que haya habido cambios legislativos en la regulación de las participaciones preferentes y otra muy distinta es que se haya evitado el riesgo de que se reiteren cláusulas abusivas y se efectúe publicidad engañosa o ilícita, hasta el punto de impedir *ab initio* el ejercicio de acciones de cesación al respecto. Desde el punto de vista de la acción de cesación por publicidad ilícita y engañosa, es perfectamente posible una nueva emisión de preferentes que pudiera contener este tipo de publicidad en el Resumen de la Emisión o tríptico (artículo 37.3 del TRLMV) del Folleto Informativo que se publique (artículo 39 del TRLMV); con lo que no se puede excluir *ab initio* una acción de cesación que nos permita analizar si en el Resumen de la Emisión o tríptico de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) hubo o no ese tipo de publicidad. Luego no es cierto que haya desaparecido el riesgo de utilización de las condiciones generales de la contratación ni de la publicidad ahora impugnadas, puesto que pueden volver a ser utilizadas en futuras emisiones.

- Como se expresa en las Sentencias de la Audiencia Provincial (SAP, en adelante) de Madrid, Sección 28ª, de 11/12/15 (ROJ: SAP M 18043/2015) y de 26/7/13 (ROJ: SAP M 12691/2013) *“incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos”*. En el presente caso, las demandadas no han comunicado de modo expreso a los adherentes que no van a utilizar el clausulado problemático ni tampoco que no vayan a ejercer derecho alguno derivado del mismo.

Por todo lo expuesto ha de ser desestimada la alegación de las representaciones procesales de las partes demandadas y considerar que se da el presupuesto jurídico-material de dichas acciones, consistente en riesgo de utilización de las cláusulas impugnadas y de la publicidad presuntamente ilícita y/o engañosa.

PRIMERO.2.- LAS REPRESENTACIONES PROCESALES DE LAS DEMANDADAS PLANTEAN UNA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA PUES NO



SE HA ACREDITADO QUE LOS INTERVINIENTES ADHESIVOS SIMPLES SEAN SOCIOS DE ADICAE.

Sin embargo, la condición de socios de dichos intervinientes ha quedado acreditada por el otorgamiento de los poderes a favor de la Procuradora D^a. SARA GIL FURIÓ, comprobados para tener por personados a dichos intervinientes, así como por la certificación del Secretario de ADICAE aportada en el acto de la audiencia previa, en la que se expresa que los intervinientes adheridos simples que han apoderado a las Procuradoras D^a. SARA GIL FURIÓ y D^a. MARÍA DEL MAR DE VILLA MOLINA son socios de ADICAE.

Ha de admitirse su legitimación activa.

SEGUNDO.- LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. SUS CARACTERÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA. PARTICIPACIONES PREFERENTES Y LEGISLACIÓN DE CONSUMIDORES. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA REGULACIÓN DE LAS PREFERENTES. EL PROBLEMA DE LA COMERCIALIZACIÓN Y COTIZACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

SEGUNDO.1.- LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. SUS CARACTERÍSTICAS EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA.

Desde el punto de vista legislativo, las participaciones preferentes se regulan por primera vez en la Ley 19/2003, de 4 de julio, de Prevención del Blanqueo de Capitales, que modifica la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (Ley 13/1985, en adelante) e introduce en ella una nueva Disposición adicional tercera en la que se refieren las características de dichas participaciones. Esta sería la legislación aplicable a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) conforme al principio *tempus regit actus*.

Desde el punto de vista del consumidor e inversor minorista (consumidor minorista, en adelante), las participaciones preferentes presentan, fundamentalmente, los siguientes riesgos y problemas:

- **Tienen carácter perpetuo y riesgo de liquidez. El carácter perpetuo** deriva de que la entidad emisora no tiene obligación de reembolsar las participaciones. El importe de lo invertido en ellas forma parte de los recursos propios de la entidad (capital de nivel 1 adicional) y no constituye una deuda de la entidad emisora frente a los inversores. Las participaciones preferentes, por definición legal, no son un depósito ni una imposición a plazo fijo. El riesgo de liquidez se manifiesta en las posibilidades que tiene el consumidor minorista de recuperar su inversión inicial, que quedan limitadas a dos:

1^a.- Que la entidad emisora decida amortizar las participaciones a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, en cuyo caso reintegra al consumidor minorista el precio de amortización, que puede consistir en todo o parte del principal inicial invertido. Sin embargo, la entidad emisora no está obligada a amortizar las

participaciones y si decide hacerlo, es de forma voluntaria y discrecional, estando subordinada dicha amortización, en todo caso, a una autorización previa del Banco de España.

2ª).- Que el titular de las participaciones proceda a venderlas en un mercado secundario organizado. En el caso de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) funcionó durante un tiempo un mercado interno de la propia entidad, en el que hubo compra y venta de participaciones entre clientes de la entidad. CAJA MADRID estaba evolucionando hacia la progresiva utilización en el año 2012 de la Plataforma SEND, una plataforma multilateral que daba mayor intervención e información a los posibles compradores que la que resultaba del mercado interno (documento nº 22 de la demanda, comunicación de BANKIA, SA de 11/11/11 obrante en el Anexo). Si tenemos en cuenta que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) fueron amortizadas en el año 2013 por el FROB, apenas funcionó la Plataforma SEND. Todo ello dentro del mercado de la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (AIAF, en adelante). Evidentemente, si el consumidor minorista vende en dicho mercado, puede perder o ganar, respecto a su inversión inicial, en función de la cotización de las participaciones.

- **Tienen riesgo de percepción de la remuneración periódica percibida por el titular.** La remuneración de carácter no acumulativo que se percibía trimestralmente por los titulares de las participaciones adquiridas [en las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), un 7% anual fijo, durante los cinco primeros años y EURIBOR + 4,75%, después de los cinco primeros años] dependía de que la entidad tuviera Beneficio Distribuible suficiente y, además, desde el 13/4/11 (fecha de entrada en vigor de la nueva redacción de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, dada por la Ley 6/2011, de 11 de abril, de Entidades de Crédito de la Unión Europea) de la voluntad discrecional y libre del consejo de administración, u órgano equivalente de la entidad de crédito emisora o matriz que, aunque hubiera Beneficio Distribuible suficiente, podía cancelar discrecionalmente el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo, cuando lo considerase necesario.

Si se comparan las participaciones preferentes con las acciones, las primeras no otorgan a sus titulares derechos de suscripción preferentes de nuevas participaciones ni tampoco derechos al voto en las Juntas de las sociedades emisoras. Ambas se parecen en que son valores negociables en mercados organizados (más amplio, plural y desarrollado el mercado de acciones cotizadas) y en que el dinero que se invierte en ellas no constituye una deuda del emisor, por lo que los titulares de las mismas no tienen un derecho de crédito frente a la entidad. En ambos casos recuperan el valor de la inversión vendiendo el título en los mercados organizados; y, en el caso de las participaciones preferentes pueden recuperarlo, además, si la emisora decide amortizar total o parcialmente la emisión. También se parecen en que los rendimientos o pérdidas se obtienen en ambas por la venta en mercados organizados pero mientras las acciones pueden añadir, además un rendimiento derivado de la venta de dividendos o derechos de suscripción, las participaciones preferentes añaden un rendimiento conforme a una rentabilidad determinada y fijada ya desde el momento en que se anuncian las condiciones de la

emisión [en el caso de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), como se ha dicho, este rendimiento determinado era de un 7% anual fijo, durante los cinco primeros años y EURIBOR + 4,75%, después de los cinco primeros años].

De tal manera que los riesgos y problemas del producto participaciones preferentes para el consumidor minorista afectan tanto a la recuperación de la inversión inicial como a la seguridad de la rentabilidad de la inversión.

Tienen la consideración de producto financiero híbrido (de renta fija y renta variable) y complejo.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito alude en su Exposición de Motivos a la necesidad de adoptar “medidas de protección del inversor, de manera que la Ley da respuestas decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años” y en su Disposición Adicional decimotercera, para la comercialización o colocación entre clientes o inversores minoristas de emisiones de participaciones preferentes, exige, entre otros requisitos, que la emisión cuente con un tramo dirigido exclusivamente a clientes o inversores profesionales de, al menos, el cincuenta por ciento del total de la misma y sin que el número de inversores profesionales que la suscriben pueda ser inferior a cincuenta. Es decir; a través de los clientes o inversores profesionales (entidades financieras, Estado y Comunidades Autónomas y empresarios, conforme establece el artículo 78 bis de la LMV) se trata de proteger al cliente minorista, puesto que el profesional no acepta ni condiciones ni precios que no se correspondan a los existentes en el mercado o al valor razonable de las participaciones [ver Comunicación de la CNMV a Presidentes de Asociaciones Financieras de 10/6/05 en <http://www.cnmv.es/consultas/prensa/NormasConducta.pdf>].

Actualmente, con las modificaciones y redacciones introducidas por las Leyes 6/2011 y 9/2012, las participaciones preferentes están reguladas con el mismo contenido en la Disposición adicional cuarta (*Comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios*) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y por la Disposición adicional primera (*Requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes a efectos de la normativa de solvencia y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda*) de la Ley 10/2014, de 26 junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Crédito.

Desde el punto de vista jurisprudencial, las características de las participaciones preferentes están recogidas en la STS de 25/2/16 (ROJ: STS 610/2016) en los términos que siguen:

“La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; y 489/2015, de 16 de septiembre. En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993.

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo artículo 2 h) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda

erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-partícipes”.

SEGUNDO.2.- LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y LA LEGISLACIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Lo cierto es que algunas de las características que la Ley concede a las participaciones preferentes encajan mal con las disposiciones de la Legislación de consumidores, fundamentalmente, la LDCyU y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13, en adelante).

En los artículos 85 a 89 de la LDCyU, al igual que ocurre con el Anexo de la Directiva 93/13, se recogen una serie de cláusulas concretas que “en todo caso” serán abusivas. En el artículo 3.3 de la Directiva 93/13 se indica que se trata de “una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”. La jurisprudencia del TJUE se ha encargado de señalar este carácter indicativo y no exhaustivo de la lista [STJUE 14/3/13 (AZIZ) (ROJ: PTJUE 45/2013)]; que “*una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente declararse abusiva y, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva*” [STJUE 1/4/04 (FREIBURGER KOMMUNALBAUTEN) (ROJ: PTJUE 44/2004)]; y que “*Si bien el contenido del anexo de que se trata no puede determinar automáticamente y por sí solo el carácter abusivo de una cláusula controvertida, sí constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de dicha cláusula*” [STJUE 26/4/12 (INVITEL) (RJ: PTJUE 58/2012)]. La misma jurisprudencia se aplica a las cláusulas de los artículos 85 a 89 de la LDCyU que, por otra parte, repiten de forma bastante parecida las cláusulas del anexo de la Directiva 93/13. De manera que, el Juez nacional, a la hora de determinar el carácter abusivo de una condición general de la contratación, debe tener en cuenta “*como elemento esencial*” el contenido de las cláusulas abusivas relacionadas en dichos preceptos legales.

Por ejemplo, el artículo 87 de la LDCyU se prevé que “Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

3. La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad”.

En el ANEXO, CLÁUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 3 de la Directiva 93/13 (relación de cláusulas abusivas), se incluyen “las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad...”.

La entidad emisora de preferentes puede acordar discrecionalmente la



amortización de las participaciones, con autorización del Banco de España, de forma discrecional y sin estar obligada a ello. Puede resolver el contrato. En cambio, al consumidor minorista, no se le concede una facultad igual (por la condición de recursos propios de la entidad, capital de nivel 1 adicional, que tienen las participaciones preferentes) y para evitar tener que mantener siempre su inversión no tiene más remedio que vender las participaciones preferentes en mercado secundario organizado. Cabría preguntarse, ¿es abusiva una cláusula, en una orden de suscripción de participaciones preferentes, que no prevé para el consumidor minorista una facultad de resolución equivalente a la resolución del contrato que efectúa la entidad emisora cuando amortiza unas participaciones? A criterio de este Juzgador, hay una disposición legal, la Ley 13/1985, que sólo permite amortizar y resolver a la entidad emisora, y no al consumidor minorista; dicha disposición legal que excluiría dicha cláusula del control de la Directiva 93/13 que, en su artículo 1.2 prevé que “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”; y que en su considerando décimo tercero expresa lo siguiente: “Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”. Evidentemente, con disposiciones legales imperativas la Directiva se está refiriendo a aquellas “disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección” [STJUE de 21/3/13 (RWE WERTRIEB) (ROJ: PTJUE 50/2013)]; y el consumidor minorista no puede elegir poner en una cláusula que él podrá resolver libremente el contrato de adquisición de participaciones preferentes por que el importe invertido ha pasado a ser capital de nivel 1 adicional en los recursos propios de la entidad; sólo puede ser la emisora la que amortice y resuelva. De tal manera que, como continúa diciendo la STJUE de 21/3/13 (RWE WERTRIEB) (ROJ: PTJUE 50/2013) “esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos”. Por tanto, hay supuestos en los que la ley nacional que regula el producto financiero ya ha establecido el equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato, y no es posible entrar a conocer la abusividad de las cláusulas que transcriben esas disposiciones legales.

Sin embargo, no todas las cláusulas de los contratos de participaciones preferentes hacen referencia a las disposiciones legales que las regulan. En el artículo 89 de la LDCyU, Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y

ejecución del contrato, se prevé que:

“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las...declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

En el ANEXO, CLÁUSULAS CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 3 de la Directiva 93/13 (relación de cláusulas abusivas), se incluyen las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

“i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato...”.

Es evidente que pueden aparecer condiciones generales de la contratación de este tipo en contratos que instrumentan la adquisición de participaciones preferentes y que, en este caso, no hay una disposición legal imperativa que haya establecido de antemano el equilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato. **En tales supuestos, el Juez puede entrar a analizar el carácter abusivo de la cláusula.**

No han faltado iniciativas legislativas proponiendo prohibir la comercialización de participaciones preferentes entre inversores minoristas: Proposición de Ley sobre operaciones de canje de participaciones preferentes, del Grupo Parlamentario Socialista, de 1 de junio de 2012, que propone añadir una disposición final quinta la Ley del Mercado de Valores, declarando que: *“queda prohibida la comercialización, por cualquier entidad, de participaciones preferentes entre la clientela minorista”*. (BOCD, serie B, núm. 75-1, de 8 de junio de 2012). En el mismo sentido, la enmienda de Izquierda Plural destinada a prohibir la comercialización de deuda perpetua y otros activos de riesgo entre clientes minoristas (BOCD, serie A, núm. 23-2, de 26 de octubre de 2012, pág. 5).

La evolución legislativa experimentada en la regulación de las participaciones preferentes muestra que el legislador, consciente de que se han producido prácticas irregulares en su comercialización, en lugar de permitir exclusivamente al inversor profesional la posibilidad de suscribir preferentes, ha optado por seguir permitiendo suscribirlas también al consumidor minorista, adoptando algunas medidas de protección del inversor minorista, como la incorporación en las emisiones de un tramo dirigido exclusivamente al inversor profesional.

SEGUNDO.3.- EL PROBLEMA DE LA COMERCIALIZACIÓN Y COTIZACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES DE CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

La comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) ha sido un proceso de gran trascendencia social, económica y judicial por la gran cantidad de consumidores minoristas afectados, el perfil conservador y poco acorde de los suscriptores de la emisión con las

características y riesgos de un producto financiero como las participaciones preferentes, la importancia de la emisión (3.000 millones de euros), la imposibilidad de las entidades financieras españolas en los años 2008-2009 de encontrar inversores profesionales que suscribieran esas emisiones por la desconfianza hacia el sector financiero (o, lo que viene a ser lo mismo: el elevado precio o remuneración que exigían los inversores profesionales para suscribir las emisiones de preferentes), la depuración de responsabilidades penales en el consejo de administración de la entidad en el marco más amplio de la crisis de CAJA MADRID-BANKIA y, en fin, la intervención de CAJA MADRID-BANKIA-BFA por el FROB mediante el Plan de Reestructuración del Grupo BFA-BANKIA. Gran cantidad de procedimientos civiles y penales, el Defensor del Pueblo, la CNMV, la Exposición de Motivos de la Ley 9/2012 y la prensa se han hecho eco de esos graves problemas sin que falten estudios monográficos detallados (por ejemplo, *La gran estafa de las preferentes*, MISSÉ FERRÁN, ANDREU, Alternativas Económicas, SCCL, Barcelona, 2016, con referencia expresa a las preferentes de CAJA MADRID en las páginas 109 y ss.).

Así, en el *Estudio sobre participaciones preferentes* del DEFENSOR DEL PUEBLO (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-03-Estudio-sobre-las-Participaciones-Preferentes.pdf>), página 19, se dice lo siguiente:

“A partir de 2008, se observa que los inversores institucionales dejan de mostrar interés por la compra de este tipo de productos, por lo que las entidades incrementaron la comercialización de las participaciones preferentes entre la clientela minorista. En respuesta a esta tendencia, el 17 de febrero de 2009, la CNMV, en el ámbito de sus funciones de protección del inversor, comunica a las entidades emisoras de productos de renta fija (participaciones preferentes y deuda subordinada, entre otros) que *si estos solo son comercializados entre inversores minoristas deben incluir un informe de valoración de un experto independiente, con objeto de determinar si las condiciones de emisión destinada a minoristas son equiparables a las que debería tener, para colocar adecuadamente, una emisión similar lanzada en el mercado mayorista*”.

En el proceso de comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) destacamos los siguientes hechos relevantes:

- Comunicación de la CNMV al Director de Cumplimiento Normativo de CAJA MADRID en relación a la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) de fecha 17/5/10 (documento nº 25 de los presentados por la actora como más documental en la audiencia previa). En dicha Comunicación se expresa, en relación con el **test de conveniencia** (documento nº 6 bis E de la demanda), que <<no se considera apropiado que evalúen los conocimientos y experiencia del cliente sobre los mercados financieros o la familia "renta fija" en general (preguntas 1, 2 y 4), en lugar de que el objeto de las preguntas sean las participaciones preferentes>>. En relación a la pregunta 3 del test <<no se considera apropiado que la entidad no coteje si el cliente conoce otros factores importantes que también influyen en la evolución de las participaciones preferentes, como su liquidez y el riesgo de crédito>>. En relación a <<la información actualmente recabada relativa a los conocimientos y experiencia del cliente, la entidad debería además incluir el volumen de las transacciones sobre el instrumento financiero

correspondiente, así como el nivel de estudios, la profesión actual, y en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes>>. En la Comunicación se pone de manifiesto que <<es difícil que este instrumento resulte conveniente conforme al test de conveniencia para una mayoría de los inversores. El alto grado de resultados positivos en la evaluación de la conveniencia en esta Emisión se explicaría por los defectos anteriormente expuestos y por la metodología de puntuación utilizada. Su Entidad debe revisar el diseño del test de conveniencia tomando en consideración los comentarios anteriores. Apartado 7 del artículo 79 bis de la LMV y letra c) del apartado 1 del artículo 74 del RD 217/2008>>. En relación al contenido del test de idoneidad <<únicamente se evalúan los conocimientos y experiencia del cliente en la familia "renta fija" en general (pregunta 5 del perfil de la inversión), de forma que su Entidad no se asegura de que el cliente posea conocimientos y experiencia en instrumentos financieros complejos pertenecientes a la categoría de renta fija como los bonos convertibles, bonos estructurados o las participaciones preferentes...Asimismo, se han detectado deficiencias en la estructura del test de idoneidad. Su Entidad debe revisar la asignación de "perfiles de inversión" a cada "perfil de inversor" y la asignación de "perfiles de inversión" en función de las necesidades de liquidez y capacidad financiera. En particular, no se considera apropiado que a un inversor con perfil de inversor "Muy conservador" pueda asignársele un perfil de inversión "Moderado". Respecto a las necesidades de liquidez, tampoco se considera adecuado que se asigne un perfil de la inversión "Moderado" a un cliente que declara que sí tendrá necesidades de liquidez en el horizonte temporal cercano. Por último, no resulta razonable que coincidan los posibles "perfiles de la inversión" asignados a clientes cuya inversión representa menos del 60% y entre el 60-80% de su patrimonio" >>. En cuanto a la Contratación de productos a pesar del test de idoneidad negativo se expresa que <<No se considera apropiado que las entidades inciten a contratar instrumentos financieros en el ámbito de la evaluación de la conveniencia cuando saben de antemano que el test de idoneidad es negativo. Para evitar que el personal comercial interprete incorrectamente los procedimientos internos, su Entidad debe modificar la redacción del Manual de Comercialización Apartado I del artículo 70 ter de la LMV>>. En relación al nivel de riesgo asignado a la emisión la Comunicación expresa que <<No se considera apropiado que su Entidad decidiera que las participaciones preferentes serie 2009 se ajustaban a clientes cuyo perfil de la inversión era Moderado con una aversión al riesgo caracterizada por un rango de volatilidad entre el 2% y el 5.5%, mientras que, conforme al informe de un experto independiente que aportaron en su respuesta de 10 de febrero de 2010 (nº registro de entrada 2010021524), en el momento de la suscripción se preveía que la volatilidad iba a permanecer en el futuro inmediato en un nivel superior a la media dinámica de 5.19% y se informaba de que la volatilidad histórica calculada en un periodo de tiempo suficientemente largo rondaba el 12% (enero 2000 a abril de 2009). Además, en la fijación del nivel de riesgo de la Emisión, su Entidad debería haber tenido en cuenta otros riesgos, además del riesgo de mercado (volatilidad), como por ejemplo, el riesgo de liquidez y de crédito>>.

- En un documento interno de Banca de Particulares de CAJA MADRID, Dirección de Zona de Toledo, referido a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) [documento nº 14.a) del escrito de personación de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN y documento nº 26 de los aportados por la representación procesal de la actora en la audiencia previa] se expresa que se trata de una "Emisión vital para la Entidad

(Recursos propios)” y se aportan datos de la suscripción de la emisión de preferentes del 2004 de los que resultan que un 63,80% de los clientes tiene más de 60 años de edad. Ello lleva a la reflexión inmediata de si a un cliente consumidor minorista de esta edad le interesa una inversión en un producto perpetuo, sin plazo de vencimiento. Es cierto que, pese al carácter perpetuo de las participaciones preferentes, sus titulares pueden tratar de obtener liquidez acudiendo a un mercado secundario organizado. Asimismo, en el referido documento interno se especifican los clientes en los que debe centrarse la colocación de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) y ninguno de estos grupos de clientes tenía productos financieros perpetuos, sino con vencimientos determinados: 144 clientes con Bonos Caja Madrid a 5 años; 930 clientes con vencimientos de depósitos e Imposiciones a Plazo Fijo (IPF, en adelante), 2.550 clientes con ventanas de liquidez en Depósitos y fondos de inversión garantizados; 700 clientes con vencimientos de depósitos e IPF posteriores a los 930 clientes antes reseñados). Se expresa, asimismo, en el documento que CAJA MADRID dará liquidez en 7 días a las participaciones de los clientes que deseen vender a precios de mercado. En general, se trataba de clientes que, antes de suscribir las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), tenían inversiones muy seguras con fechas ciertas de vencimiento.

- El Informe Razonado sobre el caso de operaciones sobre participaciones preferentes y deuda subordinada emitidas por BANCAJA Y CAJA MADRID, entidades integradas en BANKIA, de fecha 11/2/13 (documento nº 22 de la demanda). Se utiliza la palabra case por que CAJA MADRID procedía a casar internamente órdenes de venta con órdenes de suscripción o compra de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) buscando ella misma los compradores. En dicho Informe se expresa que “El 13/10/2011, la Dirección General de Entidades, con el conocimiento y aprobación del Comité Ejecutivo de la CNMV, remitió un requerimiento a Bankia en el que se le requería, entre otras cuestiones, que adoptase medidas inmediatas y efectivas que eliminasen las malas prácticas identificadas (en particular para que, en ningún caso los clientes adquiriesen, a partir de la recepción de dicha comunicación, ninguno de los instrumentos híbridos emitidos por las entidades integradas en Bankia *a precios significativamente alejados de su valor razonable*) y para que, en todo caso, modificase sus sistemas de gestión de órdenes antes del 01/01/2012, con objeto de resolver dicha incidencia”. Se indica en el Informe que “En el período analizado, las 3 entidades (entre ellas, BANKIA-CAJA MADRID), según el subperíodo correspondiente, intermediaron operaciones por cuenta de sus clientes sobre las distintas emisiones de preferentes y subordinadas dirigidas a inversores minoristas, *a precios significativamente alejados de su valor razonable, con el consiguiente perjuicio a los intereses de los compradores, mientras que los clientes vendedores y las entidades se veían beneficiados por dicha operativa*”. En los cuadros que acompañan al Informe como Anexo 1, Cuadro 1.2, se observa que en el periodo que va de junio del 2010 a noviembre del 2011, BANKIA realizó 28.044 operaciones de compra y venta de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), cuyo importe nominal era de 333.313.000 € y que se vendieron por un precio efectivo de 343.467.000 €. El Departamento de Estudios, Estadísticas y Publicaciones de la CNMV determinó *cuál era el valor razonable* de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) para el periodo que se ha dicho y

resultó inferior al precio por el que las participaciones se habían vendido, puesto que en ese periodo el valor razonable era inferior al valor nominal y se movía en unos rangos que iban desde el 95,20% del valor nominal al 53,30% del valor nominal. Sin embargo, todas las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) se habían vendido en el mercado interno a precios superiores al 100% del valor nominal. Esta forma de proceder de BANKIA no tiene lógica económica desde el punto de vista del mercado y la CNMV pone de manifiesto a BANKIA que está creando un conflicto de interés perjudicando a los compradores, por que, por ejemplo, en septiembre del 2011 vende unas PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) al 101% de su valor nominal cuando su valor razonable es bastante inferior: oscila (rango) entre un mínimo del 53,3% de su valor nominal y un máximo del 63,60% de su valor nominal. Con lo que, claramente, está perjudicando a los compradores en importes, calculados por la CNMV en el Cuadro 3.2 del Anexo 1, que oscilan (rango) entre un mínimo de 441.400 € y un máximo de 3.181.100 € sólo en el mes de septiembre del 2011. El perjuicio total causado a los compradores en todo el periodo que va de junio del 2010 a noviembre del 2011 oscila (rango) entre un mínimo de 20.631.000 € y un máximo de 31.547.000 €. El Informe Razonado expresa que esto se debe a que las entidades (BANKIA-CAJA MADRID y BANCAJA) *“al permitir que la operativa ya descrita se produjera, se veían beneficiadas ya que así evitaban la existencia de posibles reclamaciones y denuncias por parte de los clientes vendedores (falta de liquidez, mala información en la compra, etc.), el consiguiente perjuicio reputacional e incluso la potencial pérdida de clientes”*. ¿Qué quiere decir la CNMV cuando expresa que se evitaban reclamaciones por una *“mala información en la compra”*? Dicha explicación apunta a una mala información en la comercialización del producto, realizando asimilaciones de las preferentes a los Depósitos e IPF en la comercialización del producto, lo que llevaba a la entidad a vender las participaciones por encima de su valor nominal para que el vendedor recuperara toda su inversión, como pasaría en el caso de los Depósitos e IPF, aunque el valor razonable de las participaciones era, por ejemplo, en septiembre del 2001, la mitad del precio de venta.

- Por último, en el BOE del 14/8/15 se publica una Resolución de 30/7/15 de la CNMV por la que se sanciona a BFA, como sucesor en la responsabilidad declarada de CAJA MADRID por los referidos casos de operaciones con la multa de 1.000.000 de euros y a BANKIA otra sanción de 1.000.000 de € (documento nº 22 de los aportados por la actora en la audiencia previa).

Sin embargo, como tendremos ocasión de exponer a lo largo de la resolución, las irregularidades en la comercialización de las preferentes cometidas por los empleados comercializadores de preferentes de CAJA MADRID o informaciones inadecuadas han de hacerse valer no a través del planteamiento abstracto de una acción colectiva, sino por el planteamiento concreto de una acción de nulidad por error en el consentimiento, por llevar al consumidor minorista a pensar equivocadamente que compraba un Depósitos o IPF cuando, en realidad, compraba participaciones preferentes. Esto se debe a que, si bien con el planteamiento individual de la acción de nulidad por error en el consentimiento puede preguntarse a un consumidor minorista si pensó que contrataba participaciones preferentes o un depósito a plazo, y resultar nulo el contrato por acreditarse que pensó erróneamente que contrataba un depósito a plazo, obteniéndose por la nulidad la restitución de lo

invertido, con el planteamiento abstracto propio de la acción colectiva no se puede preguntar al Juez si las participaciones preferentes son un depósito a plazo por que, necesaria y legalmente, va a negarlo. También resulta más complicado obtener una nulidad total del contrato que permita una recuperación de lo invertido por que en el razonamiento abstracto de la acción colectiva el Juez ha de partir necesariamente de que las participaciones preferentes son valores negociables representados por anotaciones en cuenta y pueden subsistir como derechos por la sola inscripción en un registro contable, que es la que los hace nacer. De tal manera que no son derechos que nacen de un contrato sino derechos nacidos con la inscripción en un registro contable que pueden o no pasar a un contrato. Si no pasan a un contrato, introducen dos serias limitaciones para la declaración de nulidad total del documento de adquisición de participaciones preferentes que permitiría recuperar la inversión:

La primera, es que el Juez aprecia la abusividad de una condición general de la contratación cuando pasa a un contrato; y los derechos que conceden los valores negociables representados por anotaciones en cuenta no tienen que pasar a un contrato para existir.

La segunda es que el Juez aprecia la abusividad de una condición general por el desequilibrio entre precio y prestación (artículo 3.1 de la Directiva 13/93), y las prestaciones más importantes para el inversor minorista que conceden las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no han pasado a ningún contrato.

Ambas limitaciones serán objeto de desarrollo en esta resolución.

TERCERO.- CONTROLES DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

TERCERO.1.- CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.

El control de incorporación también ha sido denominado primer control de transparencia [SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13/10/15 (ROJ: SAP M 14550/2015)].

El artículo 5.5 de la LCGC establece que “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

El artículo 7 de la LCGC establece que “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el

adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCG -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]" (STS 9/5/13, pº 201).

Otro de los requisitos del control de incorporación es que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Ello supone que la cláusula sea de fácil comprensión por su lectura. Pero esta corrección gramatical o posibilidad de comprensión semántica de la cláusula puede determinar que supere el control de incorporación, pero no quiere decir que la cláusula sea transparente. Lo cierto es que aunque una cláusula sea clara desde el punto de vista gramatical o semántico, o esté destacada tipográficamente en mayúsculas o negrita, de tal forma que el adherente pueda conocer con claridad su significado, puede no ser transparente. La STS de 24/3/15 (ROJ: STS 1279/2015) se remite a la STS de 9/5/13, como la primera que ha distinguido entre la claridad semántica o gramatical de una cláusula, que afecta al control de incorporación, y la transparencia de la cláusula, que afecta al control de transparencia. Como luego tendremos ocasión de analizar, la STS de 24/3/15 ha puesto de manifiesto que cláusulas gramaticalmente claras pueden impedir al adherente, de forma subrepticia, percibir tanto el objeto del contrato como el equilibrio entre precio y prestación del contrato, así como poder efectuar una correcta comparación entre las ofertas del mercado. El ejemplo más claro de cláusula gramatical y semánticamente clara que produce una alteración subrepticia del objeto del contrato es la popularmente conocida como cláusula suelo.

TERCERO.2.- EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

En el ámbito doctrinal, la importancia de este tipo de control; de la contratación bajo condiciones generales como un auténtico modo de la contratación distinto del esquema liberal individual de contratación del Código Civil; de la ineficacia de la cláusula abusiva como parte integrante del concepto de orden público económico de la Directiva 93/13; y del tratamiento jurisprudencial de dicho control, con referencia específica a la contratación bancaria de productos financieros complejos, han sido convenientemente destacados por ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, CARLOS y GUILLÉN CATALÁN, RAQUEL en *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

En el ámbito jurisprudencial, la STS, Pleno, de 8/9/14 (ROJ: STS 3903/2014) se refiere al control de transparencia de las cláusulas abusivas en los términos que siguen:

<<Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina



jurisprudencial aplicable.

4. Contexto interpretativo. El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico.

En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación.

En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 , de 17 y 18 de enero de 2013 , núms. 820/2012 y 822/2012 , respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014 , entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de **su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual**. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente "formal" de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación.

5. Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación.

En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, *ab initio*, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que **dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico** que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, **como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada**. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012 , ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las

cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013 , como por las resoluciones mas recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014).

6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un **control de legalidad** en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente **la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta**, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de **un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada**. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, **no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo**, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la

consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo>>".

El artículo 3.1 de la Directiva 93/13, en concordancia con los artículos 82.1 de la LDCyU y 8.2 de la LCGC, define las cláusulas abusivas en los términos que siguen:

"1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas *si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha formulado una interesante distinción en el análisis de ese desequilibrio en el control de transparencia, según la cláusula presuntamente abusiva vaya referida, I), a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida o, II), a otros extremos diferentes.

I).- Cuando la cláusula va referida a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, nos dice el artículo 4. 2. de la Directiva 93/13 que **sólo es posible el control del contenido cuando dicha cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible**. El precepto lo expresa en estos términos literales: "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, **siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible**". Nos ilustra, al respecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 14/7/16 (ROJ: STS 3412/2016) que se refiere al control de transparencia de las cláusulas mencionadas en los términos que siguen:

<<El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato.

Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, «tiene por objeto **que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo**, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (STS 241/2013, de 9 de mayo).

Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por sentencias posteriores, entre ellas las Sentencias 138/2015, de 24 de marzo (Pleno. ROJ: STS 1279/2015), y 222/2015, de 29 de abril (ROJ: STS 2207/2015). Esta última ofrece una explicación del *sentido y alcance de este control de transparencia*:

«(Q)ue las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, *se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación* (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que **no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio**. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá». **El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad** («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), *porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*». Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas **si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter**

general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Esta configuración jurisprudencial del control de transparencia es acorde con la interpretación que sobre los preceptos de la directiva afectados ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las sentencias de 30 de abril de 2014, (asunto C- 26/13) (Caso Kásler), y de 23 de abril de 2015, (Caso Van Hove, asunto C-96/14, ROJ: PTJUE 86/2015). Esta última advierte que, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. **Y condiciona la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».**

3. Pero, como se ha señalado en la doctrina, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al art. 4.2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»>>.

A la vista de la jurisprudencia expuesta, obtenemos las siguientes pautas de actuación para analizar la abusividad de las cláusulas:

1ª).- El control de transparencia sobre el objeto principal del contrato y sobre el equilibrio precio prestación tiene como presupuesto necesario que la cláusula no sea clara y comprensible, entendidas no sólo como claridad y comprensión semántica y gramatical, sino como comprensión real de la cláusula. Dicha comprensión real supone que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica del contrato. La carga económica del contrato es la “onerosidad o sacrificio patrimonial realizados a cambio de la prestación económica que se quiere obtener” [STS 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013), párrafo 210]. La carga jurídica del contrato es la “definición clara de (la) posición jurídica (del adherente) tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” [STS 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013), párrafo 210].

2ª).- El control de transparencia sobre el objeto principal del contrato y sobre el equilibrio precio prestación se extiende a la comprobación del desequilibrio subjetivo producido por la cláusula; y la apreciación de ese desequilibrio subjetivo ha de efectuarla el Juez desde la perspectiva del consumidor, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

2ª).- Para distinguir si una cláusula se refiere o no al objeto principal del contrato no hay que distinguir “entre ‘elementos esenciales’ y ‘no esenciales’ del tipo de contrato en abstracto...sino (atender) a si (las cláusulas) son ‘descriptivas’ o ‘definidoras’ del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen” o no [STS 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013), párrafo 188].

3ª).- El equilibrio precio prestación no es más que una forma resumida de referirse a lo que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 llama “*la adecuación o equilibrio entre precio y retribución, por una parte*”, y entre “*los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra*”.

4ª).- Para la apreciación de dicho desequilibrio subjetivo y la nulidad de la cláusula por ser abusiva, revisten especial importancia todas las circunstancias a las que se refiere el artículo 4.1 de la Directiva 93/13. “la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”. De tal manera que se tienen en cuenta la información precontractual, la forma de presentar la información al consumidor, antes y en el momento de la firma del contrato, las circunstancias que rodean a la contratación del producto, etc...El Juez, al realizar el juicio abstracto de abusividad, ha de determinar si en esas circunstancias el consumidor pudo tener una comprensión real de las consecuencias económicas y jurídicas que se derivaban para él de la cláusula.

5ª).- El control de transparencia excluye, por abusivas, las cláusulas que provocan subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo de precio y prestación que puede pasar inadvertida para el adherente medio. El tipo de cláusula prototípica de alteración subreptica del equilibrio subjetivo de precio y prestación es la cláusula suelo puesto que, sin saberlo ni figurar en ninguna parte del contrato, el consumidor está contratando subrepticamente un préstamo de tipo fijo al alza cuando lo que se expresa en el contrato es que contrata un préstamo a tipo de interés variable. La información que ha de recibir el consumidor debe ser clara y completa para que no se produzca esta alteración subreptica –adjetivo que, según el Diccionario de la RAE, significa producida “ocultamente y a escondidas”- del equilibrio subjetivo de precio y prestación apreciado desde la perspectiva del consumidor, es decir, tal y cómo éste se lo pudo representar en atención a las circunstancias concurrentes en la negociación.

6ª).- Cuando el Juez aplica el control de transparencia en el resto de las cláusulas contractuales (es decir, en todas aquellas que no afectan al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación) “los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula **no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado (al consumidor), sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor**” [STS 14/7/16 (ROJ: STS 3412/2016)]. Es decir; el Juez analiza primero que la cláusula cumpla los requisitos del control de incorporación (artículo 5 de la LCGC), que son la incorporación física de la cláusula al contrato y que sea gramatical y semánticamente comprensible; y después, pasa a analizar el equilibrio objetivo de la cláusula, atendiendo a si causa o no un desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (artículos 3.1 de la Directiva 93/13 y artículos 82.1 de la LDCyU y 8.2 de la LCGC). Para la apreciación de ese desequilibrio objetivo el Juez encuentra una ayuda fundamental en los **preceptos legales del ordenamiento jurídico** que tengan relación con la cláusula y también **en la formulación específica de cláusulas abusivas** que se recogen en los artículos 85 a 89 de la LDCyU y en el anexo de la Directiva 93/13.

CUARTO.- REQUISITOS DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Para que el Juzgador pueda aplicar los controles de incorporación y transparencia y declarar la abusividad de las cláusulas, es necesario que nos encontremos ante **condiciones generales de la contratación**.

La STS de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013) expresa que “La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) *Contractualidad*: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) *Predisposición*: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) *Imposición*: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) *Generalidad*: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de

modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”.

De los requisitos exigidos para considerar que estamos ante una condición general de la contratación interesa destacar, en el caso que nos ocupa, el requisito de la **contractualidad**.

Respecto a dicho requisito, matiza la STS de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013) que *“para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias”* (párrafo 138).

Y la Exposición de Motivos de la LCGC expresa que “Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas”. En consonancia con la Exposición de Motivos, el artículo 1.1 de la LCGC define las condiciones generales como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, *con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias*, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

La característica esencial de la contractualidad de las condiciones generales se refiere a que han de estar incorporadas físicamente a un contrato, ya sea escrito, ya sea verbal (artículo 5.3 de la LCGC). Desde el punto de vista de los requisitos exigidos para que una cláusula sea una condición general de la contratación es una característica secundaria que establezca derechos y obligaciones de las partes. Lo que ocurre es que, como conocemos de la abusividad de la cláusula, evidentemente sólo podemos apreciarla cuando se produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

De la característica de la contractualidad, entendida como incorporación al contrato, concluimos que no son condiciones generales de la contratación todas las expresiones contenidas en el documento nº 6 bis C de la demanda, Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II, también denominado Ficha de Producto o Tríptico, que es una parte del Folleto Informativo descrito en el artículo 37 del TRLMV. Lo mismo le ocurre al documento nº 6 bis E de la demanda, test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes. El Juez de lo mercantil no puede conocer acerca de la abusividad de su contenido por no estar incorporados a un contrato, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir por la información vertida en el mismo el emisor, oferente o persona que solicita la información, conforme a lo previsto en el artículo 38 del TRLMV y en el artículo 28 de la LMV y sin perjuicio del error o vicio de consentimiento que haya podido producir en los consumidores minoristas o del incumplimiento contractual civil del artículo 1.101 del CC, acciones para cuyo conocimiento es competente el Juez de Primera

Instancia. Luego la petición de nulidad del Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II y del test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes que se efectúa en el punto 1, Letra E) del *petitum* de la demanda ha de ser desestimada.

Asimismo, de la característica de la contractualidad se deriva otra consecuencia en relación a las letras B) (“Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO UN VALOR DE DEUDA”), C) (“Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES como si fuera un producto de renta fija) y D) (“Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES PREFERENTES como si fuera un producto con fecha de vencimiento”) del punto 1 del *petitum* de la demanda, en relación a la acción colectiva principal de cesación de condiciones generales de la contratación. Mediante la acción de cesación se condena al demandado a eliminar las condiciones generales que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Como consecuencia del requisito de la contractualidad es necesario que haya una cláusula contractual o condición general de la contratación que, en el supuesto de la letra B), exprese que las PARTICIPACIONES PREFERENTES son un VALOR DE DEUDA; en el supuesto de la letra C), exprese que las PARTICIPACIONES PREFERENTES son un producto de renta fija; y en el supuesto de la letra D) diga que las PARTICIPACIONES PREFERENTES son un producto con fecha de vencimiento. Como puede observarse, en ninguno de los tres contratos existentes (1, Orden de compra/suscripción/canje, 2, Contrato de depósito o administración de valores y, 3, Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión) hay cláusula o condición general alguna que refleje tales contenidos. La cesación de prácticas de comercialización a la que se puede condenar a los demandados va necesariamente referida a las prácticas derivadas de la condición general que ha sido declarada nula. ***Cuando se ejercitan las acciones previstas en la LCGC, las prácticas (de comercialización o de cualquier otro tipo) que no tengan reflejo alguno en una condición general expresada en un contrato, no pueden ser objeto de control de transparencia ni declaración de nulidad por abusividad. Si la condición general en la que pudiera sustentarse una determinada práctica no está incorporada al contrato, no es condición general, no puede ser declarada nula y no puede acordarse el cese de la misma.*** Con lo que las pretensiones de las letras B), C) y D) del punto 1 del *petitum* han de ser desestimadas.

Por otra parte, no puede olvidarse que la declaración de las PARTICIPACIONES PREFERENTES COMO UN VALOR, negociable y representado por anotación en cuenta está reconocida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, en el artículo 2 y Disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y en la Disposición adicional primera de la Ley 10/2014, de 26 junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Crédito. Lo que no está reconocido en la legislación es que tengan la consideración de deuda de la entidad o, lo que es lo mismo, que generen un derecho de crédito para el inversor, cuestión que trataremos con motivo de la acción de cesación por publicidad ilícita y engañosa. En consecuencia, no puede estimarse la petición de que “Se condene a las demandadas a CESAR en la práctica de comercializar PARTICIPACIONES

PREFERENTES COMO UN VALOR”. Esa decisión compete tomarla al legislador y, por las razones que sea, no la ha tomado.

QUINTO- LA CUESTIÓN DE MAYOR TRASCENDENCIA PRÁCTICA EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

Con ser muchas las cuestiones importantes que se plantean en el presente procedimiento, sin duda, la de mayor trascendencia práctica, es la que hace referencia a las posibilidades de recuperación del dinero invertido en las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) por el elevado número de consumidores minoristas, asociados de ADICAE que, a través de la intervención adhesiva simple, reclaman la devolución de lo invertido.

Hay dos posibilidades de obtener la devolución de las cantidades invertidas:

1ª).- La declaración de nulidad por abusividad de una cláusula o de un contrato.

A partir de la declaración de nulidad del contrato se aplica el artículo 1.303 del CC, que establece que *“declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”*.

Quiere decirse que, declarada la nulidad del contrato, las partes se restituirían recíprocamente las cosas objeto del contrato y los consumidores minoristas inversores de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) recuperarían la cantidad invertida inicialmente, con sus intereses, descontando los cupones cobrados.

Pero para que se produzca la devolución de la cantidad invertida, ha de declararse la nulidad del contrato que haya dado lugar a la inversión y al desplazamiento patrimonial que la misma supuso para el inversor minorista, por que la nulidad del contrato dará lugar a la restitución recíproca de las prestaciones que, en el caso del inversor, es la restitución de lo invertido.

De los tres contratos impugnados (1, Orden de compra/suscripción/canje, 2, Contrato de depósito o administración de valores y, 3, Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión) **sólo hay uno que ha dado lugar a la inversión y, cuya declaración de nulidad –por tanto- puede dar lugar a la recuperación de la inversión: La Orden de compra/suscripción/canje (documento 6 bis A).**

La cuestión se centraría en encontrar en dicho contrato una cláusula cuya declaración de nulidad por abusividad pudiera producir la nulidad total del contrato y la devolución de lo invertido por aplicación del artículo 1.303 del CC.

¿Cuándo una cláusula contractual puede producir la nulidad total del contrato?

Nos ilustra al respecto la precitada STJUE de 14/6/12 (BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO) (ROJ: PTJUE 78/2012). Dicha sentencia expresa que “del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma”. Y opta por la subsistencia del contrato en estos términos:

“En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible...”. Para ver si el contrato puede persistir el Juez tomará **“en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste**, (para) hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada)”.

En el mismo sentido se expresa la STJUE 30/5/13 (ASBEEK BRUSSE) (RO: PTJUE 87/2013)

Pues bien; una de las normas de derecho interno que permite la declaración de nulidad de todo el contrato Orden de compra/suscripción/canje es el artículo 9.2 de la LCGC, que establece lo siguiente:

“La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, **o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil**”.

Sin embargo, observamos que el precepto se está refiriendo **a la acción individual de nulidad y no a la acción colectiva de nulidad**, que es la que se ejercita en el presente procedimiento. Efectivamente, si los elementos esenciales del contrato son consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del CC) no se puede declarar la nulidad del contrato Orden de compra/suscripción/canje en una acción colectiva por que la cláusula nula afecta al consentimiento del consumidor inversor minorista, por que no se puede hacer un análisis abstracto del consentimiento de la gran cantidad de intervinientes adheridos simples que reclaman en el presente procedimiento. El consentimiento es algo específico de cada contratante y debe ser analizado en cada caso, en función de las circunstancias concretas en que se expresó, lo que sólo es posible mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad de la LCGC, no mediante la acción colectiva que se ejercita en el presente procedimiento.

También puede producirse la nulidad total del contrato por abusividad cuando la cláusula abusiva afecte al objeto principal del contrato o al equilibrio

entre el precio y la prestación, entendidos estos últimos como “la adecuación entre precio y retribución, por una parte, (y) los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra” (artículo 4.2 de la Directiva 93/13). Para que el Juez pueda pronunciarse sobre la abusividad de tal cláusula es necesario, conforme al último inciso del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que dicha cláusula no esté redactada de una “**manera clara y comprensible**”. Y para saber si una cláusula está redactada de manera clara y comprensible, es presupuesto necesario que esté incorporada al contrato. Con lo cual, la contractualidad de la cláusula es presupuesto incuestionable de la abusividad.

2ª).- La estimación de las acciones accesorias de devolución de cantidades y de indemnización de daños y perjuicios.

Otra de las posibilidades de obtener la devolución de lo invertido es el ejercicio, junto con la acción de cesación, de la acción accesorias de devolución de cantidades y de indemnización de daños y perjuicios. Expresa el artículo 12.2, párrafo segundo, de la LCGC, que se “devolverán las cantidades que se hubieren cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia”. **Luego es necesario declarar la nulidad de una cláusula que haya dado lugar a la entrega de lo invertido.** La finalidad del precepto es permitir la devolución de las cantidades que se cobran conforme a lo acordado en una condición general que se declara nula, por ejemplo, unas comisiones acordadas en una cláusula que es declarada nula. También tiene una finalidad propia y específica cuando con el ejercicio de la acción de cesación no se ha solicitado la declaración de nulidad de la cláusula, pues tal como se establece en el párrafo tercero del artículo 53 de la LDCyU, la acción de nulidad puede acumularse o no a la de cesación. En un caso como el presente, en el que se solicitan acumuladamente la acción de cesación y la acción de nulidad y en el que la intención expresada de los intervinientes adhesivos simples es la devolución de todo lo invertido, los efectos de la acción accesorias de devolución de cantidades tienden a confundirse con el efecto restitutorio de la acción de nulidad. Y el efecto restitutorio de la acción de nulidad tiene más importancia práctica que el efecto de cese en una conducta y prohibición de reiteración futura que caracteriza a la acción de cesación. En cuanto a la acción accesorias de indemnización de los daños y perjuicios, es necesario acreditar que la aplicación de la cláusula declarada nula ha producido unos daños y perjuicios y la relación de causalidad entre la aplicación de la cláusula que resulta ser nula y el daño causado.

SEXTO.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN IMPUGNADAS EN HECHOS 2 DE LA DEMANDA (páginas 357 y ss.).

En la demanda se impugnan condiciones generales de la contratación en dos apartados diferentes: HECHOS 2 de la demanda (páginas 357 y ss.) y en el FUNDAMENTO DE DERECHO VII de la demanda (páginas 503 y ss.). En el **FUNDAMENTO DE DERECHO SÉPTIMO** de esta resolución trataremos las impugnaciones de las condiciones generales de la contratación efectuadas en el FUNDAMENTO DE DERECHO VII de la demanda (páginas 503 y ss.). En el presente **FUNDAMENTO DE DERECHO** trataremos las impugnaciones de condiciones generales efectuadas en HECHOS 2 de la demanda (páginas 357 y ss.).

En HECHOS 2 de la demanda (páginas 357 y ss.) se impugnan condiciones generales de la contratación de varios documentos en relación a la adquisición de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), con ISIN (acrónimo de las palabras de lengua inglesa *Internacional Securities Identification Number*) ES0115373021, objeto del presente procedimiento. Para dicha adquisición, los suscriptores firmaron *algunos* de los documentos que se relacionan en la forma que sigue en la demanda origen del presente procedimiento:

A.- Orden de compra/suscripción. Documento 6 bis A.

B.- Contrato de depósito o administración de valores. Documento 6 bis B.

C.- Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II: Documento 6 bis C.

D.- Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión. Documento 6 bis D.

E.- Test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes. Documento 6 bis E.

F.- Pantallazo interno. Documento 6 bis F.

G.- Parte de un documento de presentación del producto. Documento 6 bis G.

H.- Pantallazo de la intranet de Caja Madrid. Documento 6 bis H.

Algunos de estos documentos son contratos (“Orden de compra/suscripción”, “Contrato de depósito o administración de valores” e “Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión”). Otros, como se ha dicho, son documentos informativos que no se han incorporado a un contrato (“Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II”, “Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión” y “Test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes”) exigidos por la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores (actualmente, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores) y por la normativa europea de Mercados de Instrumentos Financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*, en acrónimo, MiFID), Directiva 39/2004, de 21 abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, (actualmente, derogada por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014), que fue traspuesta al derecho nacional por la Ley 47/2007, de 19 diciembre, de Modificación de la Ley del Mercado de Valores, y por el Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, de Empresas de Servicios de Inversión, ambas disposiciones actualmente vigentes (en adelante, Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008 y, también, Normativa MiFID). Otros de los documentos impugnados en la demanda (el denominado “Pantallazo interno” y el consistente en “Parte de un documento de presentación del producto”) son aportados por la actora en relación a acreditar un error o vicio del consentimiento inducido por las sociedades Emisora (CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA) y Garante y Colocadora del producto (CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE

MADRID).

Pues bien; como se ha expresado en esta resolución, en la demanda origen del presente procedimiento se ejercitaban acciones civiles de nulidad contractual radical, por falta de elementos esenciales del contrato (artículo 1261 del Código Civil, CC, en adelante) y, fundamentalmente, los que afectan al consentimiento, como son la falta de voluntad, el error obstativo, el error en el objeto, defecto en la forma y falta de información (ver páginas 545 y ss. de la demanda), que no fueron admitidas por falta de competencia objetiva del Juzgado para conocer de las mismas. Tampoco se admitieron las acciones relativas a la infracción de preceptos del Código Civil, como la de reclamación de daños y perjuicios sustentada en el artículo 1.101 del CC, ni las acciones por incumplimiento contractual o indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la LMV, fundamentalmente, los incumplimientos del deber de informar exigido en las emisiones de valores. Tampoco se admitió la competencia objetiva del Juez de lo Mercantil para conocer de las acciones por defectos causantes de la anulabilidad. Sin embargo, en la demanda, se mantiene una impugnación de condiciones generales de la contratación y de cláusulas contractuales acorde con la petición de nulidad y anulabilidad contractual civil e infracción de preceptos del CC; motivo por el que, al enumerar las cláusulas, palabras o expresiones impugnadas, hemos de excluir del análisis aquellas que hacían inequívoca referencia al objeto de las acciones civiles para cuyo conocimiento no tiene competencia el Juez de lo Mercantil y que no eran impugnadas como condiciones generales de la contratación abusivas.

Seguidamente, vamos a analizar las condiciones generales impugnadas en cada uno de los documentos contractuales, es decir, 1), la *Orden de compra/suscripción/canje*, 2), el *Contrato de depósito o administración de valores* y, 3), el *Contrato de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión*.

SEXTO.1.- ORDEN DE COMPRA/SUSCRIPCIÓN/CANJE.

Ya hemos indicado que, de los tres contratos, es el más importante para poder cumplir las pretensiones indemnizatorias de los numerosos consumidores personados por intervención adhesiva simple, puesto que es el que, si se declarara nulo, permitiría la recuperación de la inversión. El efecto de la declaración de nulidad del contrato de *Orden de compra/suscripción/canje* es la restitución de las prestaciones: los consumidores minoristas recuperan la cantidad inicialmente invertida, menos los cupones, más el interés legal de dicha cantidad y la entidad financiera recupera lo pagado en cupones. La nulidad de los otros dos contratos [2), el *Contrato de depósito o administración de valores* y, 3), el *Contrato de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión*] no daría lugar a la recuperación de la inversión, por que ninguno de ellos dió lugar al desplazamiento económico de la inversión; sólo daría lugar a ella la declaración de nulidad de la *Orden de compra/suscripción/canje*.

Lo primero que se observa cuando se analizan las Órdenes de Compra/Suscripción/Canje (documento nº 6 bis A de la demanda) es que es un modelo estándar de Orden de Suscripción, válido para cualquier tipo de valores,

como pudiera la suscripción de unas acciones cotizadas. Hasta el punto de que las únicas referencias que se hacen al objeto principal del contrato y al equilibrio precio prestación, tanto en el anverso como en el reverso del documento, son la mención “VENCIMIENTO PERPETUO”, la descripción del valor: “PARTICIP. PREFERENTES CAJA MADRID 2009” y el importe del nominal. Para establecer el equilibrio de las prestaciones el consumidor minorista sabe que se trata de un producto de vencimiento perpetuo, pero en ningún lugar del documento figuran los derechos que le corresponden en cuanto a la remuneración de las participaciones (un 7% anual fijo, durante los cinco primeros años y EURIBOR + 4,75%, después de los cinco primeros años) y las condiciones que han de cumplirse para percibirla (obtención de Beneficio Distribuible por la entidad), los derechos que le corresponderían en caso de que la entidad, voluntariamente, decidiera la amortización de las preferentes (la percepción del precio de amortización) y la posibilidad de venta en mercado secundario organizado. Por eso venimos diciendo que las principales prestaciones para el inversor minorista no se han incorporado al contrato.

Estas omisiones importantes en el contrato en cuanto a que no se han incorporado al contrato la mayoría de las cláusulas que se refieren al equilibrio entre precio y prestación, impiden al Juez el enjuiciamiento de su carácter abusivo, pues sólo puede aplicar el control de transparencia para conocer de la abusividad de tales cláusulas cuando no están redactadas “**de manera clara y comprensible**” (artículo 4.2, último inciso, de la Directiva 93/13). **Pues bien; al no estar incorporadas ni redactadas, no es posible saber si son o no claras y comprensibles y, por tanto, si son abusivas.**

¿Qué se aplicaría entonces para poder saber cuáles son las prestaciones que recibe el consumidor minorista a cambio de la inversión en un producto de vencimiento perpetuo?

Pues lo que ocurre es que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) son valores negociables y, como tales, son derechos de contenido patrimonial (artículo 2.1 de la LMV y del TRLMV). Y los valores negociables son derechos que se incorporan a un documento (títulos valores) o bien derechos que se constituyen como tales en virtud de su inscripción en un registro contable (valores representados por medio de anotaciones en cuenta) (artículo 8 de la LMV y 10 del TRLMV). Establece el artículo 6.2 del TRLMV que cuando los valores sean admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales o en sistemas multilaterales de negociación (como el AIAF) están necesariamente representados mediante anotaciones en cuenta. Las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) son valores que están “representad(o)s mediante anotaciones en cuenta” (página 4 del Folleto Informativo, documento nº 16 de la demanda). El contenido de los valores anotados en cuenta está determinado por lo dispuesto en el documento de emisión al que se hace referencia en el artículo 6 de la LMV (artículo 8, último inciso del párrafo primero, de la LMV). Este documento de emisión es sustituido por el Folleto Informativo cuando el emisor esté obligado a aportar dicho Folleto para su aprobación y registro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 6 de la LMV). Esto es lo que ocurría con las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), en las que el Folleto Informativo (documento nº 16 de la demanda) establece

cuales son los derechos que integran el valor representado por anotación en cuenta.

También ocurre que los derechos que conceden las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no han quedado incorporados a ningún contrato sino que han quedado sólo constituidos mediante una inscripción en un registro contable y, por tanto, no han pasado a ninguna condición general de la contratación. Efectivamente, cuando observamos la Orden de suscripción/compra (documento nº 6 bis A de la demanda) han pasado a dicho contrato el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, la designación del valor, el importe del nominal, comisiones de la operación y la designación de unas cuentas bancarias de liquidación y de valores. Pero no han pasado a dicho contrato las prestaciones que ha de recibir el suscriptor, tales como la remuneración, ni los derechos de venta de las participaciones que se le conceden, ni los derechos que adquiere a cobrar el precio de amortización en el caso de que la emisora decida amortizar las participaciones; en suma, todos los derechos que constituyen las prestaciones que percibe el suscriptor.

Que no hayan pasado dichas prestaciones a la Orden de Suscripción tiene unas consecuencias totalmente favorables para el consumidor minorista cuando se enjuicia el asunto por nulidad por vicios o error en el consentimiento, por que este es más fácil de apreciar cuando el contrato ni siquiera menciona las prestaciones a las que tiene derecho el consumidor.

Sin embargo, para el control de la abusividad de las condiciones generales de la contratación tiene unas consecuencias desfavorables, pues el Juez se ve imposibilitado de hacer el juicio de abusividad de las cláusulas en relación al equilibrio entre precio y prestaciones cuando no las tiene incorporadas al contrato por medio de una condición general de la contratación.

El tema ha sido tratado en la STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) (ROJ: PTJUE 93/2014), en un asunto que presenta algunas similitudes con el presente: la fundamental, es que no tenemos una cláusula que refleje las prestaciones a las que tiene derecho el consumidor minorista sobre la que aplicar el control de transparencia para efectuar el juicio de abusividad. En el caso que nos ocupa, para saber cuales son esas prestaciones, no tenemos más remedio que acudir al Folleto Informativo, donde se describe el contenido de los derechos de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Pues bien; cuando se pretende hacer el juicio de abusividad para considerar, tal como se plantea en la página 503 y ss. de la demanda, si son desequilibradas las prestaciones percibidas a cambio de ceder perpetuamente el importe del nominal, sin más posibilidades de recuperación que acudir a un mercado secundario organizado, en realidad, no podemos sino analizar los derechos que concede el Folleto Informativo y ver si son acordes con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 que es la que establece esas características para las participaciones preferentes (entre ellas la perpetuidad). En definitiva, procedemos a aplicar la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 al Folleto Informativo para ver si cumple con la descripción de las características legales de las participaciones preferentes. Efectivamente; las características de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) del Folleto Informativo se

corresponden con las características legales de las participaciones preferentes de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985. Cuando lo que se impugna en la demanda como abusivo son las propias características legales de las participaciones preferentes (que es abusivo y desequilibrado que sean perpetuas e impidan al consumidor minorista recuperar su inversión, al contrario que un depósito a plazo o una IPF), *mutatis mutandis*, la STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) (ROJ: PTJUE 93/2014) nos viene a decir que no se puede hacer el análisis de abusividad sobre la característica de perpetuidad de las participaciones preferentes de dicha Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 por que el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 excluye el control de abusividad no sólo cuando no tenemos cláusulas, sino también cuando se está aplicando una disposición legal o reglamentaria imperativa o de derecho supletorio (en nuestro caso, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985). Literalmente lo expresa como sigue:

“Por otro lado, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la *Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2*, de dicha Directiva, a cuyo tenor «no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la [...] Directiva». Así pues, en cualquier caso, la propia Directiva no resultaría aplicable”.

Luego, cuando se impugnan, por abusivos, el carácter perpetuo de las participaciones preferentes, que la facultad de amortización anticipada corresponda exclusivamente a la entidad emisora y que la remuneración del producto está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles (páginas 503 y ss. de la demanda) se está impugnando directamente la abusividad de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985. Y conforme a lo expresado en la Directiva 93/13 y jurisprudencia que la interpreta, dicha Disposición Adicional Segunda no estaría sometida a las disposiciones de la Directiva, es decir, no estaría sometida al control de su abusividad.

El segundo requisito que exige la STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) (ROJ: PTJUE 93/2014) para poder entrar a conocer de la abusividad de la cláusula, **es que tengamos cláusulas** que nos permitan establecer el equilibrio entre precio y prestación y, como ya hemos dicho, en el presente caso no tenemos ninguna cláusula en la Orden de Suscripción que, siquiera refleje, las prestaciones que tiene derecho a percibir el consumidor minorista. La STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) lo expresa literalmente con la siguiente redacción:

“Ahora bien, según ya se ha indicado, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, **puesto que no se ha invocado la existencia de ninguna cláusula abusiva**. Así pues, en presencia de una *lex specialis*, como es la Directiva 93/13, que excluye de su ámbito de aplicación un caso como el del litigio principal, no es posible aplicar los principios generales que la inspiran”.

Carecer de condiciones generales de la contratación escritas en la Orden de Suscripción *referidas a las prestaciones más importantes que recibe el consumidor y que, por tanto, van referidas al Objeto principal del contrato y, sobre todo, al equilibrio entre precio y prestación*, introduce una importante limitación en el análisis de la abusividad que debe realizar el Juez con la finalidad de declarar la nulidad del contrato y permitir la recuperación de la inversión a los consumidores minoristas. Precisamente, cuando se ven afectados el objeto principal del contrato y el equilibrio precio prestación es cuando puede producirse la nulidad total del contrato y cuando el juez puede analizar el “**equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación**” [SSTS de 14/7/16 (Pleno. ROJ: STS 3412/2016), 24/3/15 (Pleno. ROJ: STS 1279/2015), y 29/4/15 (ROJ: STS 2207/2015)]. Ya hemos expuesto en el **FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO** de esta resolución relevantes irregularidades en la comercialización y negociación en mercados secundarios organizados que afectan a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Pues bien; el Juez de lo mercantil, en el enjuiciamiento abstracto que hace en la acción colectiva, podría tener en cuenta las circunstancias de comercialización y negociación en mercado secundario organizado que se han expuesto en esta resolución “tal como se lo pudo representar el consumidor o adherente medio” en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Sin condiciones generales de la contratación referidas al equilibrio precio prestación en relación a las prestaciones más importantes que percibe el consumidor, se reducen notablemente las posibilidades de apreciar el desequilibrio subjetivo de las cláusulas para determinar la abusividad de las cláusulas y, con ello, la incidencia de las circunstancias de la contratación en dicho desequilibrio. Cuando lo que se impugnan como abusivas son características del producto “participaciones preferentes” tales como la perpetuidad, amortización anticipada como facultad de la emisora o reparto de la remuneración sólo cuando se ha cubierto el beneficio distribuible, lo que el Juez se encuentra no son condiciones generales de la contratación (por no estar incorporadas al contrato) sino la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 pura y dura. De tal manera que, las irregularidades en la comercialización no pueden ser hechas valer como circunstancias de la contratación a través del desequilibrio subjetivo por no haberse incorporado al contrato las prestaciones que recibe el consumidor minorista. Y las omisiones en el contrato de las prestaciones más importantes que percibe el consumidor minorista deben hacerse valer a través de la nulidad radical del contrato por falta de los requisitos del artículo 1261 del CC o a través de la anulabilidad.

Esto en cuanto al **control de transparencia**.

La aplicación del **control de incorporación**, tampoco arroja resultados satisfactorios en el presente caso. Básicamente por que el control de incorporación da lugar a una declaración de no incorporación de una cláusula, imposible si no hay cláusulas que se refieran al equilibrio precio prestación ni al objeto principal del contrato..

No obstante, aunque resulte excluido el control de abusividad sobre las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y el equilibrio entre precio y prestación -las más potentes de cara a producir una nulidad de todo el contrato que

permita una restitución de prestaciones- hay que analizar las cláusulas impugnadas que sí han pasado al contrato.

Seguimos el orden de la demanda.

<<A.- Previo.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su esquina superior izquierda el logotipo de la Caja (Caja Madrid, hoy Bankia), que es garante y comercializador pero no emisor>>.

La representación procesal de la parte actora está aludiendo a un vicio o error en el consentimiento, sustentado en que se pretende confundir al consumidor minorista acerca de quién es el emisor sobre la base de que CAJA MADRID inspira más confianza que CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA. El error y los vicios del consentimiento no pueden ser analizados por el Juez de lo mercantil.

<<A.- 1.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su esquina superior derecha el apartado "orden suscripc. (orden de suscripción)" o "orden suscripc. por canje (orden de suscripción por canje) .

A.- 1.- a) La Orden de compra/suscripción contiene en su esquina superior derecha el apartado "orden suscripc. por canje (orden de suscripción por canje)" >>

La representación procesal de la parte actora alude a que no se ofreció a los suscriptores de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2004 que fueron objeto de canje por las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) la posibilidad de obtener el reintegro de las primeras. Para poder aplicar el control de transparencia y practicar el juicio de abusividad es preciso que se presente la cláusula por la que se impide el reintegro. En realidad, dichas participaciones también tienen carácter perpetuo, es decir, el Emisor no tiene obligación de reembolsar el principal amortizando las participaciones. Si no se presenta la cláusula, no cabe practicar el control de transparencia.

<<A.- 2.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su esquina superior derecha el apartado "Vencimiento">>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“En dicho apartado se hace constar "Perpetuo". Internamente, como se puede apreciar del pantallazo (listado como Documento F) el vencimiento no es perpetuo sino el 07/07/50. Este punto debe ponerse en relación con la fecha de valor que tiene la emisión (07/07/09) tal y como se desprende de las órdenes de compra/suscripción (o "Resguardo de operación"). Según expresa la representación procesal de la parte actora, hay una contradicción entre la información que se da al cliente y la que internamente maneja la entidad. Con ello parece que la representación procesal de la parte demandada quiere aludir a una actuación de la entidad financiera tendente a producir error en el consentimiento del consumidor minorista.

La expresión “Perpetuo” constituiría un ejemplo de condición general de la contratación de extensión mínima. Además, afecta al equilibrio entre precio y

prestación, puesto que la entidad sólo está dispuesta a pagar la remuneración si el inversor minorista suscribe las preferentes con carácter perpetuo, perpetuidad requerida por que el importe de la suscripción pasa a constituir recursos propios de la entidad. Sin embargo, no podemos contemplar la cláusula atendiendo al **equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación**, por que la perpetuidad es una característica de las participaciones preferentes contemplada en la Ley. El desequilibrio que para un consumidor minorista, de edad avanzada, representa suscribir preferentes con carácter perpetuo debe ser analizado como contemplado por la Ley en la definición del producto. No se debe confundir carácter perpetuo con posibilidad de liquidez. El carácter perpetuo sólo significa que el Emisor no está obligado a reembolsar las participaciones. Pero esto no quiere decir que el inversor minorista no pueda recuperar nunca su inversión hasta que el Emisor decida amortizarla: el inversor minorista puede vender sus participaciones en mercado secundario organizado (AIAF). El desequilibrio que produce al consumidor minorista haber sido clasificado incorrectamente en los test de conveniencia o idoneidad, supone un incumplimiento de la obligación de la entidad de informar al cliente para salvar la asimetría informativa y, como expresa la STS de 20/1/14 (ROJ: STS 354/2014) ha de hacerse valer a través del error o vicio del consentimiento, en el sentido de que no determina la existencia de dicho error, pero permite presumirlo.

Se ha indicado que las retribuciones a percibir por el consumidor minorista no han pasado al contrato. Sí ha pasado el carácter de perpetuidad con las expresiones "VENCIMIENTO" "PERPETUO". Cualquier referencia hecha en la comercialización en el sentido de que la CAJA daría liquidez en determinados plazos (7 días, documento nº 26 de los aportados por la actora en la audiencia previa) ha de ser hecha valer como vicio o error en el consentimiento; pero no debe confundirse con el carácter perpetuo pues éste no impide al inversor minorista la venta de la participación en mercados secundarios organizados.

<<A.- 3.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su esquina superior derecha el apartado "Cod. Valor B.E." (Código de Valor del Banco de España). En dicho apartado se hace constar "ESPREFER002">>.

<<A.- 4.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su esquina superior derecha el apartado "Código de Valor". En dicho apartado se hace constar "AFR26364">>. Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora que "En cualquier caso vaya por delante que no se hace constar el ISIN tal y como es obligatorio".

Las cláusulas que se han transcrito en los dos párrafos anteriores no afectan al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación. No se aprecia que produzcan un desequilibrio objetivo.

<<A.- 5.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte superior central el apartado "Rentabilidad: Media Ponderada">>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“Se hace constar que no se explicita en relación a qué índices se halla la media ponderada, sobre todo a la vista de que se comercializaba como si se tratara de una renta fija cuando se trata de renta híbrida/mixta”.

No es más que una regla de cálculo de la rentabilidad. La rentabilidad sí afecta al equilibrio precio prestación. Pero una regla de cálculo de la rentabilidad, no. No se aprecia un desequilibrio objetivo.

<<A.- 6.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte central izquierda el apartado "Cuenta liquidación inicial" y "Cuenta liquidación final". Como tercer elemento se hace constar la existencia de la "Cuenta de abono de cupones">>.

Expresa la representación procesal de la actora que “Se hace constar que, aparte de la amortización anticipada (que es una excepción), y siendo el producto perpetuo, es decir, sin vencimiento, la inclusión de cuenta de liquidación final se realiza por la Caja para que el cliente piense que el "call" o período de amortización (voluntario de la Caja) es el plazo de duración del contrato (de depósito, pues no olvidemos que fue comercializado como un depósito). En este sentido la inclusión de la Cuenta de liquidación final confunde al cliente que piensa que está "imponiendo" su capital en un depósito a cinco años, incurriendo en una clara contradicción con el carácter real de perpetuidad del producto”.

La representación procesal de la parte actora plantea claramente que se hacía creer a los consumidores minoristas que estaban suscribiendo un depósito a plazo o una IPF, planteamiento que tiene cabida en el error o vicio del consentimiento.

Desde el momento en que se abre una cuenta de valores, es necesario que haya una cuenta de liquidación inicial y una cuenta de liquidación final. Desde el punto de vista del análisis abstracto que corresponde a la acción colectiva ejercitada, el hecho de que se ponga “Cuenta de liquidación final” no quiere decir necesariamente que estemos ante un plazo fijo. La cuenta de liquidación final es necesaria también para el supuesto de que el consumidor minorista vendiera las participaciones en el mercado secundario organizado, AIAF. Por tanto “Cuenta de liquidación final” no puede identificarse con Imposición a Plazo Fijo y es perfectamente compatible con la adquisición de valores perpetuos que el inversor decide liquidar en un momento concreto.

Tampoco se hace alusión a una fecha de vencimiento que contradiga la expresión “PERPETUO”; sino a la necesidad de instrumentar las operaciones con valores mediante una cuenta de valores, pero con los cargos y abonos efectuados en una cuenta de liquidación. Esto es lo que se dice, exactamente, en el punto 5 de las CONDICIONES GENERALES DE LA OPERACIÓN que figuran en el reverso de la Orden de Suscripción:

“Para ejecutar esta orden es necesario que exista saldo disponible suficiente en la cuenta de liquidación en la que se efectúen los cargos de la operación o títulos depositados en la cuenta de valores”.

Las cláusulas-expresiones "Cuenta liquidación inicial" y "Cuenta liquidación final" no afectan al objeto principal del contrato ni al equilibrio entre precio y prestación. No se aprecia un desequilibrio objetivo en los derechos y obligaciones de las partes derivados de dichas cláusulas.

<<A.- 7.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte central el apartado "Comisión", "Gastos" e "IVA". Se hace constar que en los tres casos se señala "0,00">>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que “de esta manera el cliente no tenía posibilidad de conocer que en realidad no estaba contratando con Caja Madrid, pues la ausencia de ninguna comisión ni gasto ni IVA afianza la idea de que se estaba imponiendo el dinero en Caja Madrid y nunca haciendo una compra (o un canje, en su caso)”.

Son cláusulas que pueden afectar al equilibrio precio prestación, pero no para producir un desequilibrio en perjuicio del consumidor minorista, sino un beneficio, en cuanto le eximen de unos costes. Sin embargo, la representación procesal de la parte demandada entiende que la percepción subjetiva que tenía el consumidor minorista era que estaba contratando un depósito o IPF por la ausencia de comisiones. El campo adecuado para hacer valer tal pretensión es la acción de nulidad por vicio y error en el consentimiento, atendiendo a las circunstancias individuales de cada contratación.

<< A.- 8.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "El ordenante declara que recibe una copia de la presente orden">>.

La representación procesal de la parte actora expresa que “se hace constar que tal manifestación es una cláusula pre-redactada introducida unilateralmente por la entidad, como fórmula de eludir cualquier responsabilidad por la falta de entrega de la documentación básica del producto. En ningún caso se trata de una manifestación espontánea del cliente y no obedece necesariamente a la realidad. Entiende esta parte, sin perjuicio del superior criterio judicial que acatamos, que la referencia es abusiva en sí misma”.

Esta cláusula es susceptible de control de su desequilibrio objetivo, por que no afecta al objeto principal del contrato ni al equilibrio entre precio y prestación.

Para analizar dicho desequilibrio, encontramos una pauta en el artículo 89.1, primer inciso, de la LDCyU, que expresa que “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre *hechos ficticios*...”.

Para que haya un desequilibrio objetivo es necesario que el consumidor firme la Orden, pida una copia y no se la den. Entonces si estamos ante una declaración de recepción o conformidad sobre un hecho ficticio y ante una cláusula abusiva.

Estamos ante una cláusula cuyo desequilibrio objetivo sería apreciable caso por caso. Por lo tanto, en la acción colectiva, no podemos apreciar que cause, *ex ante*, un desequilibrio objetivo que privaría al consumidor del efecto más positivo que tiene la cláusula: poder exigir una copia de la Orden antes de firmarla.

<< A.- 9.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "Esta orden se tramita conforme a la política de ejecución de órdenes de la entidad, de la que una vez informado el cliente, ha sido aceptada por el mismo">>.

La representación procesal de la parte actora manifiesta que "Se hace constar que tal manifestación es asimismo una cláusula pre-redactada introducida unilateralmente por la entidad, como fórmula de eludir cualquier responsabilidad. En ningún caso se trata de una manifestación espontánea del cliente y no obedece necesariamente a la realidad".

La obligatoriedad de informar sobre la política de ejecución de órdenes viene establecida en el artículo 79 sexies de la LMV, que expresa lo siguiente:

"3. La entidad deberá informar a sus clientes sobre su política de ejecución de órdenes, siendo necesario que obtenga su consentimiento antes de aplicársela. Cuando dicha política permita que la entidad ejecute las órdenes al margen de los mercados regulados y de los sistemas multilaterales de negociación, los clientes deberán conocer este extremo debiendo prestar su consentimiento previo y expreso antes de proceder a la ejecución de las órdenes al margen de los mercados o sistemas señalados. El consentimiento se podrá obtener de manera general o para cada operación en particular.

La entidad deberá estar en condiciones de demostrar a sus clientes, a petición de éstos, que han ejecutado sus órdenes de conformidad con la política de ejecución de la empresa".

La pauta de valoración del posible desequilibrio objetivo de la cláusula la da el artículo 89.1, segundo inciso, de la LDCyU, que expresa que "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato".

La política de ejecución de órdenes » está especificada en el punto 9 del documento denominado "Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión" (documento nº 6 bis D de la demanda).

De tal manera que, si dicho documento no se firmó y la información no se recibió, estamos ante una cláusula que produce un desequilibrio objetivo en perjuicio del consumidor por suponer una declaración de conformidad sobre hechos ficticios y una declaración de adhesión a cláusulas que no ha tenido oportunidad de conocer antes de la celebración del contrato. Si se firmó y se informó, no hay un desequilibrio objetivo.

Con carácter general, *ex ante*, en una acción colectiva, no es posible apreciar el desequilibrio objetivo puesto que la acción colectiva hace abstracción de los casos concretos.

<<A.- 10.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "El ordenante declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere esta orden">>.

La obligación de información sobre el instrumento financiero la impone el artículo 79 bis.3 de la LMV:

"A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada...sobre los instrumentos financieros... 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".

Ocurre lo mismo que en el supuesto anterior. Con carácter general y abstracto, no es posible declarar el desequilibrio objetivo de la cláusula.

<<A.- 11.- EN EL SUPUESTO DE CONVENIENCIA DEL TEST la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "Asimismo declara que con fecha (...) ha realizado el test de conveniencia, facilitando la información necesaria para evaluar, según sus conocimientos y experiencia inversora en relación con el producto, la adecuación o no de la inversión, resultando conveniente para realizar la misma">>.

<< A.- 12.- EN EL SUPUESTO DE RESULTADO NO CONVENIENTE DEL TEST la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "Asimismo declara que el resultado del test de conveniencia realizado el (...) es negativo, por lo que ha sido informado de que el instrumento financiero al que se refiere esta orden no resulta adecuado para sus conocimientos y experiencia inversora en relación con el producto">>.

En las cláusulas expresadas en los dos párrafos precedentes, hay un motivo común de impugnación: En ningún caso se trata de una manifestación espontánea del cliente y no obedece necesariamente a la realidad.

La entidad está obligada a evaluar la conveniencia de la inversión, conforme a lo previsto en el artículo 214 de la LMV. Por medio de esta cláusula se traslada el resultado del test, por lo que no se aprecia que se produzca un desequilibrio objetivo.

En los casos en que el test resulta no conveniente, la entidad tiene la obligación de advertirlo y el artículo 214.3 de la LMV exige que “En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo (como son las participaciones preferentes) según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo”.

¿Puede plantearse una nulidad de la cláusula en cuestión por no haber incluido la referencia a la nota manuscrita, conforme al artículo 8.1 de la LCGC?

Aquí ya no se trataría de nulidad por abusividad por desequilibrio objetivo, sino de nulidad por ser contraria a Ley imperativa.

La respuesta ha de ser negativa, pues la normativa MiFID no tiene carácter imperativo. Lo expresa la STS de 15/2/14 (ROJ: STS 5411/2014) en los términos que siguen:

“(L)a normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación, al amparo del *art. 6.3 CC*

13. Conforme al art. 6.3 CC , «(l) os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención ». **La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero”.**

<< A.- 13.- EN EL SUPUESTO DE CANJE la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "Con la firma de la presente el Ordenante procede al canje de un número de Participaciones Preferentes Serie I igual número de Participaciones Preferentes Serie II que recibe. El canje de las Participaciones Preferentes Serie I tendrá lugar en la misma fecha de desembolso de las Participaciones Preferentes Serie II, todo ello conforme al procedimiento descrito en la Nota de Valores registrada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Las Participaciones Preferentes Serie I objeto de canje quedarán inmovilizadas a partir de esta fecha>>.

La representación procesal de la parte actora expresa al respecto:

“Se hace constar que tal manifestación es asimismo una cláusula pre-redactada introducida unilateralmente por la entidad, cuyo único fin es dar continuidad a las series a fin de no tener que reintegrar en ningún caso las cantidades impuestas por los clientes en la Serie I. De esta forma se les ha negado la posibilidad real, una vez decidida la amortización de la Serie I por la Caja de recuperar su dinero. En ningún

caso se trata de una manifestación espontánea del cliente y no obedece necesariamente a la realidad”.

Ya hemos manifestado que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2004 son también productos perpetuos, por lo que la emisora no está obligada a amortizarlos. El motivo del canje era que, si no se aceptaba el cambio a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), se perdía un interés del 7%, que era el que daban las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) durante los cinco primeros años, y se mantenía un interés más bajo, por que el interés máximo que se podía obtener de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2004 era del 5% (documento nº 7 de la demanda). El cambio obedecía, en principio, a dar una mayor rentabilidad a los que adquirieran las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

No se considera que sea una cláusula abusiva.

<< A.- 14.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la referencia "La presente orden es irrevocable">>.

Analizamos el posible desequilibrio objetivo, puesto que la cláusula no afecta al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación.

El precepto legal en que sustentamos el análisis es el artículo 1.733 del CC, referido al mandato, que establece que *“El mandante puede revocar el mandato a su voluntad, y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”*.

Además, no es cierto que las Órdenes de suscripción de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) fueran irrevocables: en la página 29 del Folleto Informativo (documento nº 16 de la demanda) se recogen supuestos de revocación de la Orden de Suscripción que llegaron a aplicarse [Rebaja de la agencia de ratings Moody's en la calificación crediticia de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II)].

Cuando analizamos el punto 5.3 del documento denominado Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión (documento nº 6 bis D de la demanda) se dice algo acorde con el 1.733 del CC, pero no acorde con la cláusula que estamos analizando. En dicho punto se dice que *las órdenes enviadas por el Cliente se entenderán realizadas en firme, sin perjuicio de lo cual, el cliente puede dar instrucciones para cancelar o modificar las órdenes siempre que lo haga con la antelación adecuada*. Esto es conforme con el carácter esencialmente revocable del mandato. Pero lo que se expresa en la cláusula analizada ("La presente orden es irrevocable") no. En consecuencia, produce un desequilibrio objetivo en perjuicio del consumidor.

La cláusula debe ser declarada nula por abusiva.

<<A.- 15.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte lateral izquierda los datos de la inscripción en el Registro Mercantil de Caja Madrid (en el Registro Mercantil de Madrid) y el CIF G-28029007>>, y no de la entidad emisora de las Participaciones Preferentes, lo que, según expresa la representación procesal de la parte actora, motiva que no se sepa con quién se está contratando realmente.

El error acerca de con quién se está contratando se ha de hacer valer como vicio del consentimiento. Estamos ante una cláusula informativa que no produce desequilibrio objetivo.

<<A.- 16.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "7.- Es responsabilidad del ordenante comunicar a la Entidad que no está sujeto al Reglamento Interno de Conducta en el ámbito del Mercado de Valores de ninguna entidad que, conforme a la legislación vigente, le impida operar a través de Caja Madrid">>.

Cierto que el artículo 80.1 de la LMV establece que "...cuantas personas o entidades realicen, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las normas contenidas en este Capítulo", y les obliga a mantener un código de conducta en cuanto a uso de información privilegiada, etc....

Desde el punto de vista del desequilibrio objetivo, resulta lógico exigir esta conducta a un inversor profesional.

Un consumidor minorista medio, lo normal, será que no sepa qué es un código de conducta.

El artículo 89 de la LDCyU establece:

"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las...declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato".

No se ha acreditado por las demandadas que se haya proporcionado información en este sentido a los consumidores intervinientes adhesivos simples ni aparece tal información entre la documentación suministrada. En el contrato denominado Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión (documento nº 6 bis D) se hacen algunas menciones al Reglamento Interno de Conducta (RIC; página 6 de 12 y ss.); pero no se llega a hacer una explicación clara de cómo y cuándo un cliente que contrata con CAJA MADRID está sujeto a un Reglamento Interno de Conducta y tiene la obligación de comunicarlo. En tal caso, resulta desequilibrado objetivamente exigir a un consumidor minorista que asuma la responsabilidad de comunicar algo que no conoce y que tampoco tiene oportunidad de conocer a través de la actuación e información de la entidad.

La abusividad y desequilibrio objetivo de la cláusula no deriva de que el ordenante (consumidor minorista) no esté sometido a un Reglamento de Conducta, que lo está. Deriva de atribuirle responsabilidad, por sistema, imponiéndole la obligación de manifestar algo que puede no conocer (si está sometido o no a un Reglamento Interior de Conducta) y que ni siquiera se le pregunta.

La cláusula debe ser declarada nula por abusiva.

<<A.- 17.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "2.- Es responsabilidad de los titulares en el momento de dar la orden, comprobar que todos los datos reflejados en la misma se corresponden exactamente con los de la operación que se pretende realizar, entendiéndose que con su firma prestan la conformidad expresa de los mismos>>.

El problema es que el error en la cumplimentación de la orden se produzca por el personal de la entidad financiera y, habiéndolo firmado el consumidor minorista, se entienda que con su firma prestó la conformidad expresa.

El artículo 89 de la LDCyU, expresa que "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables".

En la condición general analizada falta precisar que esa responsabilidad no se produce cuando el error o inexactitud no sean imputables al consumidor.

Por lo tanto ha de considerarse nula, por abusiva, la expresión "entendiéndose que con su firma prestan la conformidad expresa de los mismos", suprimiéndola de la cláusula analizada.

<<A.- 18.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "3. Las comisiones y gastos detallados en la orden se refieren, únicamente a la operación recogida en este documento, no estando incluidos los devengados por el depósito y administración de los valores objeto de la operación, ni los que puedan devengarse posteriormente por la prestación de servicios financieros o de otro tipo, derivados de dicha operación. En cualquier caso las comisiones y gastos aplicables están recogidos en el Libro de Tarifas de la Entidad, vigente en cada momento y que se podrá consultar en la página wyww.cajamadrid.es>>.

Las comisiones y gastos afectan al equilibrio precio prestación, luego son susceptibles de ser analizados desde el desequilibrio subjetivo que puedan producir.

Este Juzgador no entiende que, de la lectura de la cláusula, se saque la conclusión de que se está engañando al consumidor minorista.

Cualquier consumidor minorista medio que tenga, por ejemplo, unas acciones cotizadas depositadas en una entidad financiera, sabe que ésta cobra por el depósito y gestión de estos valores, ya que asume unas obligaciones en la venta de derechos de suscripción, cobro de dividendos, amortizaciones, intereses, transmisión de órdenes, etc...

En la cláusula en cuestión se dice que no se cobran comisiones de compra y/o venta por la suscripción de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Y así ha sido. En cambio, sí se cobran las comisiones por el Contrato de depósito o administración de valores, cosa que habitualmente hacen las entidades financieras.

Está perfectamente claro que lo que está exento de comisiones es la compra y la venta de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Pero no el depósito y administración de las mismas.

No se aprecia desequilibrio subjetivo ni abusividad.

<<A.- 19.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "4. El resultado de la ejecución de esta orden quedará debidamente registrado en la cuenta de valores indicada en la orden y que se regula mediante el correspondiente contrato de Depósito o Administración de Valores>>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que "El hecho de que la ejecución de la orden se realice a través de un contrato de depósito es otro de los elementos que ha llevado a los clientes a pensar que estaban "depositando" el dinero en Caja Madrid y no comprando Participaciones Preferentes emitidas por un tercero".

La confusión entre Contrato de depósito y depósito a plazo fijo ha de hacerse valer por error o vicio del consentimiento. Desde un punto de vista general y abstracto el inversor minorista medio puede distinguir entre el contrato que firma para depositar unos valores y una imposición a plazo fijo, y que por el contrato de Depósito o Administración se pagan comisiones y por efectuar una imposición a plazo fijo no.

Los valores que se anotan en cuenta precisan de una cuenta de valores. Las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) están representadas mediante anotaciones en cuenta (página 4 del Folleto Informativo, documento nº 16 de la demanda).

La cláusula refiere una operativa normal.

No se aprecia desequilibrio objetivo.

<<A.- 20.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "5. Para ejecutar esta orden es necesario que exista saldo disponible suficiente en la cuenta de liquidación en la que

se efectúen los cargos de la operación o títulos depositados en la cuenta de valores. En el caso de orden condicionada (...) >>.

Operativa normal. No se pueden comprar los valores si no hay efectivo en la cuenta bancaria (cuenta de liquidación) vinculada a la cuenta de valores.

No se aprecia desequilibrio objetivo.

<<A.- 21.- La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "6. Las comisiones y gastos que genera la transmisión y ejecución de esta operación se cargarán en la cuenta de la liquidación indicada en la orden >>.

La cláusula afecta al equilibrio precio prestación y debe analizarse el posible desequilibrio subjetivo que produce.

Lo cierto es que, si se ha entendido bien la condición general 3, lo único que dice la condición general 6 es que esas comisiones y gastos que genere la transmisión y ejecución de la Orden de compra/suscripción se cargarán en la cuenta (bancaria) de liquidación. Las comisiones y gastos que genera la transmisión y ejecución de la Orden de compra/suscripción son 0,00 €.

En la condición general 3 se distingue entre las comisiones de compra y venta de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), que son 0,00 €, y los gastos y comisiones que puedan generarse por el depósito y administración de las participaciones, así como por la prestación de servicios financieros. La posible abusividad de las cláusulas que imponen tales gastos y comisiones por el depósito o administración de las participaciones está en el Contrato de depósito o administración de valores.

No se considera que exista desequilibrio subjetivo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, deben declararse nulas por abusivas las cláusulas e incisos que se han dicho y declarar subsistente el contrato ORDEN DE COMPRA/SUSCRIPCIÓN.

La representación procesal de la parte actora plantea en el punto 3 del *petitum* de su demanda lo siguiente:

“En cuanto a las acciones de nulidad por condiciones generales de la contratación abusivas o ilícitas:

A).- Se declare la nulidad de todas las ORDENES DE COMPRA Y/O SUSCRIPCIÓN POR CANJE, suscritos por los actores con CAJA MADRID (siendo "BANKIA" la entidad sucesora de aquella) que figuran en el cuerpo de la demanda, por afectar a las condiciones generales nulas por abusivas o ilícitas a elementos esenciales del contrato, con sus efectos restitutorios (devolución por las demandadas de la cantidad invertida por cada uno de los actores más comisiones y gastos derivados de aquella operación, y correlativa transmisión por éstos de la propiedad

de las participaciones preferentes a las demandadas y de las sumas percibidas que tengan su origen en las participaciones preferentes -operando la correspondiente compensación-”.

Nos estamos refiriendo ahora a las Ordenes Compra y/o Suscripción por Canje, es decir, aquellas por las que los titulares de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2004 canjeaban estas por las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

Las cláusulas e incisos de cláusulas que se han declarado nulas por abusivas en la ORDEN DE COMPRA/SUSCRIPCIÓN (sin CANJE) también se repiten en las Ordenes Compra y/o Suscripción por Canje.

Tanto el artículo 83 de la LDCyU (“*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”) como el ya comentado artículo 10.1 de la LCGC expresan que la declaración de nulidad de las cláusulas o incisos de cláusulas abusivos no determinarán la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas. Asimismo, la STJUE de 14/6/12 (BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO) (ROJ: PTJUE 78/2012) y la STJUE 30/5/13 (ASBEEK BRUSSE) (RO. PTJUE 87/2013) mantienen que el contrato ha de subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Las cláusulas e incisos de cláusulas declarados abusivos regulan aspectos accesorios del contrato cuya supresión no impide su subsistencia. Por tanto, la declaración de nulidad de los mismos, no supone la nulidad de todo el contrato de ORDEN DE COMPRA/SUSCRIPCIÓN/CANJE. Al no producirse la nulidad de todo el contrato, no es posible la restitución de las prestaciones a la que se refiere el artículo 1303 del CC y, en consecuencia, **se ha de desestimar la pretensión del punto 5 del *petitum* de la demanda** consistente en “*A).- Que sean reintegradas las cantidades entregadas por los actores a CAJA MADRID (siendo "BANKIA" la entidad sucesora de aquella), que figuran en el cuerpo del presente escrito de demanda, así como las comisiones y gastos, consecuencia de la nulidad, que se determinen en ejecución de Sentencia, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de su cargo en cuenta*”.

Los puntos 3.B) (“*Subsidiariamente, se declare su anulabilidad, con sus efectos restitutorios*”), 3.C) (“*Subsidiariamente, se declare la nulidad del canje por acciones, con sus efectos restitutorios*”) y 3.D) (“*Subsidiariamente, se declare la anulabilidad del canje por acciones, con sus efectos restitutorios*”) son pretensiones que se sustentaban en las acciones de nulidad y anulabilidad civil que originariamente se ejercitaban con la demanda. Al declararse la incompetencia objetiva de este tribunal para conocer de dichas acciones, **han de ser desestimados**.

SEXTO.2- CONTRATO DE DEPÓSITO O ADMINISTRACIÓN DE VALORES DE BANKIA.

Ha de indicarse que la nulidad de este contrato no daría lugar a la restitución del importe nominal invertido para la adquisición de las participaciones preferentes, sino de las comisiones y gastos cobrados por la entidad financiera. No es el contrato que da lugar a la inversión en PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Como ya se ha dicho, el contrato que da lugar a dicha inversión es la ORDEN DE COMPRA/SUSCRIPCIÓN/CANJE.

Se trata de un contrato accesorio que se utiliza por la entidad financiera para regular el depósito, la custodia y administración de cualquier tipo de valores negociables, ya sean PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), ya sean acciones cotizadas.

Analizamos las condiciones generales de la contratación impugnadas por el mismo orden seguido por la demanda.

<<B.- Previo.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, esquina superior izquierda el logotipo de Bankia, que como sucesora de Caja Madrid es garante y comercializador pero no emisor. De esta forma se traslada al consumidor la idea falsa de que se está contratando con Caja Madrid o Bankia, cuando esa no es la realidad y el Banco o la Caja actúa como intermediario y comisionista>>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que “del examen del documento se puede apreciar que se trata de un documento simulado porque en la fecha en que se encuentra datado (11/11/99) Bankia no existía todavía, SÓLO CAJA MADRID”.

A lo largo de la demanda, la referida representación procesal repite en varias ocasiones esta circunstancia, ya sea para indicar que el documento sido realizado con causa falsa por la entidad, o para decir que el documento se encuentra antedatado y por lo tanto se trata de un contrato falso (de causa falsa).

Con la finalidad de comprobar el alcance de lo manifestado por la representación procesal de la parte actora, hemos realizado una comprobación individualizada en los 100 primeros expedientes de los intervinientes adhesivos simples que continúan en el procedimiento (Referencias nº 4 a nº 287, ambos inclusive, de la reseña de intervinientes). Presentan la circunstancia señalada por la representación procesal de la actora (aparece el logotipo de BANKIA en el Contrato de depósito o administración de valores) los expedientes de Referencia nº 109, nº 116, nº 124, nº 146, nº 157, nº 179, nº 180, nº 205, nº 218 y nº 249. **Cuando se compara el número de cuenta de valores que figura en la Orden de Suscripción/Compra/Canje que figura en todos ellos, se observa que coincide exactamente con el número de la cuenta de valores que figura en el Contrato de depósito o administración de valores.** La misma cuenta de valores puede utilizarse por las dos entidades, CAJA MADRID y BANKIA, SA, cuestión de absoluta lógica por que ya hemos dicho que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA

MADRID 2009 (SERIE II) se representan por anotaciones en cuenta, con lo que la referencia de la cuenta de valores tiene importancia para que el cliente pueda conocer no sólo los ingresos y gastos que generan los valores sino también para que pueda conocer individualizadamente (no por un registro general) de qué valores es titular. Además, se observa que en todos los casos, menos en dos (los de Referencia nº 146 y nº 179) la fecha que figura en el Contrato de depósito o administración de valores es anterior a la fecha de recepción (entre el 22 y el 28 de mayo del 2009) que figura en la Orden de Suscripción/Compra/Canje mediante la que se suscribió la emisión de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). La explicación podría ser sencilla: dichos suscriptores ya tenían una cuenta de valores en CAJA DE MADRID antes de las fechas de suscripción de la emisión y se les respetó la misma cuenta que tenían, haciéndola figurar en la Orden de Suscripción/Compra/Canje. Al imprimir una copia del contrato a los clientes, por ejemplo, en el otoño del 2012 -cuando se está preparando la presente demanda- el sistema informático pone la fecha en que se abrió la cuenta de valores en CAJA MADRID y el logotipo de BANKIA, por que se imprime después del 30/7/10, fecha en que se constituye BANKIA. Los dos Contratos de depósito o administración de valores que tienen fecha posterior a mayo del 2009 (los de Referencia nº 146 y nº 179) también pueden ser explicados; ambos son dos supuestos de CANJE de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Los CANJES se produjeron en los años 2010-2011-2012, es decir, después de mayo del 2009. En mayo del 2009 es cuando se firman masivamente las Ordenes de Suscripción/Compra de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II). Mediante los CANJES los antiguos titulares de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) se desprendieron de ellas pasando a adquirirlas los nuevos titulares. Pues bien, en los dos casos las fechas de recepción de la Orden de Suscripción/Compra/Canje de los expedientes de Referencia nº 146 y nº 179 (7/11/11 y 20/9/11, respectivamente) son de la misma fecha o de fecha posterior a la del Contrato de depósito o administración de valores (7/11/11 y 12/9/11, respectivamente). Lógico; si un titular vende en el mercado secundario AIAF sus PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), otro las adquiere en una fecha posterior a mayo del 2009; y para adquirirlos, necesita tener una cuenta de valores que hace el mismo día que las adquiere (7/11/11) o que tenía hecha en días anteriores (12/9/11) a la espera de poder realizar la compra.

En todo caso, ninguna de las partes del procedimiento discute que las condiciones generales que figuran en los Contratos de depósito o administración de valores son exactamente las mismas que figuran en la mayoría de los Contratos de depósito o administración de valores presentados, que tienen el logotipo CAJA MADRID.

Evidentemente, las alegaciones de simulación y causa falsa y las del error producido a los suscriptores haciéndoles creer que contrataban con CAJA MADRID, cuando lo hacían con la emisora, CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, o de causa falsa por haberse antedatado la fecha de celebración del Contrato de depósito o administración de valores se han de hacer valer interponiendo la acción de nulidad civil ante el Juez de Primera Instancia.

No se efectúa declaración de abusividad.

<<B.- 1.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, esquina superior derecha el apartado "Contrato de depósito o administración de valores">>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora que "Se hace constar que tal denominación de conformidad con las últimas modificaciones de la LMV y de la normativa MiFID ha sido sustituida por el término más exacto de "CUSTODIA y administración de valores".

La confusión entre Contrato de depósito y depósito a plazo fijo ha de hacerse valer a través del error o vicio del consentimiento.

<<B.- 2.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte superior izquierda el apartado "Cuenta de liquidación (C.C.C.)>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora que "Es preciso recordar en este punto el contenido de la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") que contiene en su parte central izquierda el apartado "Cuenta liquidación inicial" y "Cuenta liquidación final". Como tercer elemento se hace constar la existencia de la "Cuenta de abono de cupones". Continúa manifestando: "de la comparación de ambas referencias no podemos sino preguntarnos la razón de que en el contrato sometido a examen no se refiera esa distinción artificial entre cuenta de liquidación inicial y final, y exista una clara contradicción. Reiteramos en este punto que, aparte de la amortización anticipada (que es una excepción), y siendo el producto perpetuo, es decir, sin vencimiento, la inclusión de cuenta de liquidación final se realiza por la Caja para que el cliente piense que el "call" o período de amortización (voluntario de la Caja) es el plazo de duración del contrato (de depósito, pues no olvidemos que fue comercializado como un depósito). En este sentido la inclusión de la Cuenta de liquidación final confunde al cliente que piensa que está "imponiendo" su capital en un depósito a cinco años, incurriendo en una clara contradicción con el carácter real de perpetuidad del producto. La "Cuenta de abono de cupones" de la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") se denomina en este contrato "Cuenta de abono de rendimientos (C.C.C.), dando lugar de nuevo a unas referencias confusas y heterodoxas que en nada ayudan a la comprensión de la terminología de los contratos por los clientes".

La referencia a la Cuenta de liquidación final también puede cumplir otra finalidad distinta a la de confundir al consumidor minorista. La referencia a Cuenta de liquidación final también es necesaria para ingresar el producto de la venta de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) en el mercado secundario organizado. Ya hemos dicho que la perpetuidad afecta al valor, pero no al titular, que podía intentar la venta de las participaciones en dicho mercado secundario. En el periodo que va de junio del 2010 a noviembre del 2011, se llegaron a hacer ventas de participaciones en el mercado secundario AIAF, por un importe total de 343.467.000 € (documento nº 22 de la demanda).

<<B.- 3.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte central centrada el apartado "REUNIDOS: (...) y de otra parte Bankia, S.A. (en adelante Bankia) con CIF A-I 4010342>>.

La representación procesal de la parte actora, tras reiterar la confusión que genera la referencia a BANKIA, SA, expresa que "por otra parte de la comparación del documento sometido a examen y de la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") que contiene en su parte lateral izquierda los datos de la inscripción en el Registro Mercantil de Caja Madrid (en el Registro Mercantil de Madrid) y el CIF G-28029007, se aprecia la contradicción de los elementos".

Son cuestiones que no afectan a la abusividad de la cláusula, a las que ya nos hemos referido en el punto B.- Previo.- y que, en cuanto a la contradicción de los elementos (BANKIA, SA y Registro Mercantil de Caja Madrid), debe ser hecha valer a través de los vicios o error del consentimiento.

<<B.- 4.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte central centrada el apartado "REUNIDOS: (...) y de otra parte Bankia, S.A. (en adelante Bankia) con CIF A-14010342, representada en este acto por los apoderados que se identifican en la firma del presente documento>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

"Es preciso señalar que en ninguna parte del documento se hace constar la identificación por nombre y apellidos de los apoderados, así como tampoco se incluye su DNI a efectos legales".

Tal alegación no tiene trascendencia respecto a la abusividad de las cláusulas, sin perjuicio de la que pueda tener para la eficacia del contrato.

<<B.- 5.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte central centrada el apartado "Se reconocen (...) convienen la formalización del presente contrato-tipo de depósito o administración de valores que se registrá por las condiciones generales que se detallan a continuación>>.

En relación a dicha cláusula la representación procesal de la parte actora expresa que resulta de plena aplicación "la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos y en cualquier caso lo relativo a la defensa de los consumidores y usuarios en tal sentido". No podemos sino expresar nuestra total conformidad con ella.

No se impugna la cláusula por abusividad y no procede hacer declaración al respecto.

<<B.- 6.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte central centrada el apartado "En prueba de conformidad firman el presente contrato del cual se entrega una copia a el/los titula/es>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora que “es una cláusula pre-redactada introducida unilateralmente por la entidad. Nos remitimos a lo ya expuesto en relación a este tipo de cláusulas que pretenden excluir la responsabilidad de la entidad en lo relativo a la entrega de documentación preceptiva”.

Lo que aparece recogido como cláusula abusiva en el artículo 86 de la LCGC es lo siguiente:

“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

6. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación”.

Estamos ante una cláusula susceptible de control de su posible desequilibrio objetivo. Dicho desequilibrio objetivo se produce cuando el consumidor pide una copia y no se le entrega por que, *de facto*, se le hace renunciar a la entrega del documento acreditativo de la operación. Pero tal como está formulada la cláusula, no puede establecerse *ex ante* su desequilibrio objetivo por que no sabemos si el consumidor pidió o no la copia. Es más; también puede servir para cumplir una finalidad favorable para el consumidor, como es la de poder exigir una copia del contrato antes de firmarlo. Sólo en el caso de que la pida y no se le entregue se produce el desequilibrio objetivo. Lo cual impide el control de abusividad de esta cláusula por el análisis general y abstracto que se efectúa con la acción colectiva, ya que no es posible saber, en abstracto y con carácter general, si el consumidor pidió o no la copia; y si la pidió, si la entidad la proporcionó o no. Sería la acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación la que permitiría controlar dicha abusividad.

Consecuentemente, no se declara abusiva.

<<B.- 7.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte central centrada el apartado relativo a la fecha "En MADRID, a 11 de NOVIEMBRE de 1999">>.

<<B.- 8.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte inferior centrada el apartado "Condiciones generales">>.

<<B.- 9.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13 (y en todas las demás), parte lateral izquierda los datos de la inscripción en el Registro Mercantil de Bankia (en el Registro Mercantil de Valencia) y el CIF A-14010342>>.

<<B.- 10.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 1 de 13, parte inferior centrada el apartado "Primera.- Regulación">>.

En relación a las impugnaciones expresadas en los cuatro párrafos precedentes, la representación procesal de la parte actora vuelve a insistir en las discordancias de la fecha con el sello de BANKIA, la causa falsa, la aplicación de la normativa de condiciones generales, y las contradicciones derivadas de que en la Orden de compra/suscripción aparezca en su parte lateral izquierda los datos de la inscripción en el Registro Mercantil de Caja Madrid (en el Registro Mercantil de Madrid) y el CIF G-28029007, y que el Contrato de depósito o administración de valores se refiera a BANKIA.

Nos remitimos a lo ya comentado al respecto y no son cuestiones que afecten a la abusividad de las cláusulas.

<<B.- 11.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte superior centrada la referencia "Las partes se someten expresamente a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores y, en general, a los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministerio de Economía>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“Esta referencia entra en contradicción con la disposición recogida en el propio contrato de depósito o administración de valores, página 7 de 13, párrafo segundo parte superior centrada "Bankia esta integrada en el Fondo de Garantía de Depósitos de las Cajas de Ahorro. Dicho Fondo tiene por objetivo garantizar los depósitos en dinero y en valores negociables e instrumentos financieros previstos en la Ley del Mercado de Valores constituidos en las Cajas de Ahorros (...)”. A la vista de lo expuesto la referencia a si es aplicable el Fondo de Garantía de Depósitos o el Fondo de Garantía de Inversiones no es clara, induciendo al cliente a pensar que la expresión Fondo de Garantía de Depósitos se realiza sobre la base de que la operación sometida a examen es un depósito de dinero al uso”.

Son cláusulas que no afectan al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación, susceptibles de ser controladas por el desequilibrio objetivo que puedan producir, en perjuicio del consumidor, en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Analizadas aisladamente las cláusulas, se limitan a la sumisión de las partes a la legislación procedente, a decir que Bankia está integrada en el Fondo de Garantía de Depósitos de las Cajas de Ahorro y que dicho Fondo tiene unos objetivos.

En el Resumen (Tríptico) del Folleto Informativo se dice claramente que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no son un depósito y que la emisión no está incluida entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos (documento nº 6 bis C de la demanda). En el Folleto Informativo (Nota de Valores, pagina 4, documento nº 16 de la demanda) se dice que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) están representadas mediante anotaciones en cuenta.

Si relacionando las dos cláusulas impugnadas, un consumidor que las leyó creyó que había contratado un depósito a plazo e, incluso, un empleado de la entidad financiera, estimulado por la percepción económica derivada del cumplimiento de Objetivos, le confirmó en su creencia, hay un error o vicio del consentimiento a acreditar con la correspondiente acción civil. Pero las características que la Ley 13/1985 determina para las participaciones preferentes combinan perfectamente algo propio de un depósito a plazo fijo (la percepción de una remuneración fija periódica) con ser valores negociables, sometidos a la LMV y cotizables en un mercado secundario organizado. Por eso decimos que son productos complejos e híbridos. Entonces, el problema no se produce por el desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones de las partes derivados de la concepción legal del producto financiero complejo, sino de lo que el consumidor minorista entendió que contrataba. Es decir; el problema no es de desequilibrio objetivo de las cláusulas sino de error del consentimiento derivado de la contratación de un producto complejo.

<<B.- 12.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada el apartado "Segunda.- Depósito o Administración. Los valores serán admitidos para su depósito y/o administración. Los títulos físicos, cuando existan, serán custodiados en la Cámara de Valores de Bankia, pudiendo ésta subdepositar los títulos o valores en otra entidad de depósito, en nombre y por cuenta del cliente, cuando así convenga para la mejor administración de los mismos, informando al cliente de tal circunstancia>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“De la comparación de la Condición General Primera y la Segunda se aprecia la abusividad de ésta última puesto que Bankia se arroga la facultad de subcontratar el depósito de valores. No olvidemos que la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la referencia "4. El resultado de la ejecución de esta orden quedará debidamente registrado en la cuenta de valores indicada en la orden y que se regula mediante el correspondiente contrato de Depósito o Administración de Valores". En este sentido y dada la necesidad de articular la ejecución de la orden por el depósito y administración de valores debemos indicar que es imposible para el cliente determinar cuándo se da la circunstancia de que "así convenga para la mejor administración de los mismos". Además Bankia se auto impone la mera formalidad de informar "al cliente de tal circunstancia" y no de que el cliente lo autorice, lo que es a todas luces abusivo. Es abusivo porque no debemos olvidar que lo que desencadena gastos y comisiones es el depósito (actualmente custodia) y administración de los valores. Este hecho puede determinar que Bankia subcontrate ese depósito y gane así otra comisión más, aunque expresamente no se repercuta al cliente por estar ya incluida dentro del margen financiero de la entidad”.

Estamos ante una cláusula susceptible de ser controlada por el desequilibrio objetivo que pueda producir.

La finalidad del subdepósito es la mejor administración de los valores. El artículo 310 del Código de Comercio dispone que “No obstante lo dispuesto en los



artículos anteriores, los depósitos verificados en los bancos, en los almacenes generales, en las sociedades de crédito o en otras cualesquiera compañías, se regirán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos”.

Si la disposición es para la mejor administración de los valores, no habría desequilibrio objetivo. Para cualquier otra disposición, conforme a los artículos 309 del Código de Comercio y 1.767 del CC, si la habría, ya que éstos preceptos exigen para los depósitos mercantil y civil, cuando el depositario quiere servirse de la cosa depositada, no sólo que el depositario informe al depositante sino que el depositante de su consentimiento al depositario para hacerlo.

Por tanto, no se aprecia desequilibrio objetivo y no se considera cláusula abusiva.

<<B.- 13.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada el apartado "Tercera. Derechos preferentes sobre valores depositados">>.

La representación procesal de la parte actora expresa una nueva referencia a BANKIA, como manifestación de la falsedad de la causa del contrato y a que la cláusula se refiere al R.D 629/1993 de 3 de mayo, normativa que a la fecha REAL del contrato s. e. u o. no se encontraba ya en vigor. Nos remitimos a lo expuesto al comentar el punto <<B.- Previo.-

No se aprecia desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

<<B.- 14.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada el apartado "Cuarta.- Exención de responsabilidad. “No obstante la diligencia que Bankia pondrá para cumplimentar las órdenes del/los titular/es, y para que los valores amparados por esta cuenta conserven el valor y los derechos que les correspondan, declina toda responsabilidad sobre los perjuicios que pudieran originarse en el retraso en la comunicación o cumplimentación de las órdenes del/los titular/es o ejercicio de derechos, debidos a cualquier causa de fuerza mayor ajena a su voluntad y/o caso fortuito">>.

Expresa la representación procesal de la parte actora “que se trata de una cláusula abusiva porque establece dos supuestos que se distinguen y separan por el nexa "o". Parece que se trata de una cláusula que pretende la exención de cualquier tipo de responsabilidad (y de ahí su nombre), de forma contraria además a la política de ejecución de órdenes de la entidad”.

No hay desequilibrio objetivo de derechos por que la exención de responsabilidad por fuerza mayor y/o caso fortuito está contemplada en el artículo 1.105 del CC (“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no

hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”).

<<B.- 15.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada el apartado "Quinta.- Comisiones. El depósito o administración de los valores, cualquiera que sea su materialización, devengará a favor de Bankia la comisión por los conceptos de depósito y administración que se determine en cada momento y que consistirá, con carácter general, en un tanto por ciento sobre el importe nominal de los valores depositados o administrados, con percepción por semestre o fracción, exceptuado los valores de Deuda Pública materializados en anotaciones en cuenta en la Central de Anotaciones del Banco de España, que no estarán sujetos a dicha comisión. Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro que tenga establecidas y publicadas Bankia quedando ésta obligada a comunicar al/los titular/es las modificaciones de las tarifas, indicando el plazo de su entrada en vigor, que no podrá ser inferior a dos meses desde la fecha de su recepción por aquel/aquellos.

La comisión por depósito o administración citada en el párrafo anterior, será independiente de las comisiones específicas que se cobren por cada tipo de operación realizada por cuenta del/los titulares, ya sea mediante orden directa de este/estos o derivada de las operaciones de cobro de dividendos o intereses, amortizaciones, devoluciones de capital u otros reembolsos. Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro tal y como se establece en la cláusula anterior>>.

La representación procesal de la parte actora expresa al respecto lo siguiente:

“Con la referencia "El depósito o administración de los valores, cualquiera que sea su materialización, devengará a favor de Bankia la comisión por los conceptos de depósito y administración que se determine en cada momento (...)" se introduce una cláusula abusiva que supone una norma en blanco, equivalente a la no información al cliente de las comisiones o gastos en el momento de la contratación. No debemos olvidar el hecho de que supuestamente por la orden de compra/suscripción no se generan gastos ni intereses (pero sí por la obligatoria ejecución a través del depósito y/o administración). Esta forma de operar es espuria pues traslada una gratuidad al cliente que no es cierta y traba una absoluta opacidad sobre el impacto financiero real de la operación en la esfera financiera del cliente...Este punto debe ser puesto en relación con la Condición General Segunda del contrato sometido a examen (en la que Bankia se auto reconoce la facultad de subcontratar el depósito o administración de valores) y con la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") que contiene en su reverso parte central la referencia "3. Las comisiones y gastos detallados en la orden se refieren, únicamente a la operación recogida en este documento, no estando incluidos los devengados por el depósito y administración de los valores objeto de la operación, ni los que puedan devengarse posteriormente por la prestación de servicios financieros o de otro tipo, derivados de dicha operación. En cualquier caso las comisiones y gastos aplicables están recogidos en el Libro de Tarifas de la Entidad, vigente en cada momento y que se podrá consultar en la página www.cajamadrid.es". Se hace constar que dado que la orden de suscripción/compra SIEMPRE se ejecuta por medio (a través) de un contrato de depósito y administración de valores que sí conlleva gastos, literalmente se está ocultando al cliente un elemento fundamental: el

alcanze real de las comisiones que genera la operación. La referencia "(...) y que consistirá, con carácter general, en un tanto por ciento sobre el importe nominal de los valores depositados o administrados (...)" debe ser puesta en relación con la Condición General Segunda del contrato sometido a examen (en la que Bankia se auto reconoce la facultad de subcontratar el depósito o administración de valores). En este sentido es claro que Bankia está duplicando, o a su voluntad, puede duplicar, los ingresos por comisiones: la comisión que cobra al cliente y la comisión o ganancia que obtiene de la subcontratación de un depósito y/o administración de valores, que dependiendo de las condiciones de mercado puede externalizar o asignar a una filial a efectos contables. Por otra parte se señala en dicha Condición General sometida a revisión que "Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro que tenga establecidas y publicadas Bankia quedando ésta obligada a comunicar al/los titular/es las modificaciones de las tarifas (...)". En este sentido resulta muy difícil de creer que si el contrato de depósito y administración no contempla las tarifas en sí mismo y lo único que contiene son oscuras y generales referencias a terceros documentos con las tarifas que Bankia tenga designadas (norma en blanco) -sin concretar otra vez- se vaya a comunicar la modificación de aquellas...Vaya por delante que no se hace constar en el contrato el supuesto tanto por cierto que se cobra en concepto del depósito y administración. Por otra parte se indica que "La comisión por depósito o administración citada en el párrafo anterior, será independiente de las comisiones específicas que se cobren por cada tipo de operación realizada por cuenta del/los titular/es (...)" En este sentido y poniendo en conexión este punto con el contenido de la Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación" en su reverso, podemos concluir que las referencias a gastos y comisiones de la operación vista como un todo (a pesar de que se articule artificialmente por la Caja a través de varios documentos complementarios que lo único que consiguen es dificultar el entendimiento del cliente) son GENERALES, ABSTRACTAS, INCONCRETAS Y OSCURAS por definición. Dentro de un *numerus apertus* se llega a citar incluso que la devolución de capital u otros reembolsos generarían una comisión. El inciso final de la Condición General sirve sólo para "despistar" más todavía al cliente pues refiere "Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro tal y como se establecen en la cláusula anterior" y evidentemente la cláusula anterior que lleva por rúbrica "Cuarta-Exención de responsabilidad" no tiene el pretendido contenido".

En relación a la cláusula y a las alegaciones de la representación procesal de la parte actora, es preciso aclarar unas cuestiones:

- Una cosa son las comisiones generadas por el Contrato de depósito o administración de valores y otra las generadas por la Orden de suscripción/compra. En la condición general 3 de la Orden de suscripción/compra se especifica claramente que "Las comisiones y gastos detallados en la orden se refieren, únicamente a la operación recogida en este documento, no estando incluidos los devengados por el depósito y administración de los valores objeto de la operación, ni los que puedan devengarse posteriormente por la prestación de servicios financieros o de otro tipo, derivados de dicha operación". En la condición general 6 de la Orden de suscripción/compra se dice que "Las comisiones y gastos que genera la transmisión y ejecución de esta operación se cargarán en la cuenta de la liquidación

indicada en la orden”. Las comisiones y gastos que se generan por la Orden de suscripción/compra, así como por la transmisión y ejecución de la misma son 0,00 €.

- Otra cosa distinta son las comisiones y gastos que se generan por el depósito o administración de los valores conforme al Contrato de depósito o administración. Aquí sí se cobran comisiones que se publicaban en la forma exigida por la Orden de 12/12/89 sobre tipos de interés y comisiones y la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, que era la legislación vigente entonces. En el punto Quinto de dicha Orden se dice que “Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente. No obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”. En el punto Sexto de dicha Orden se dice que “Las reglas sobre fechas de valoración y las tarifas de comisiones a que se refieren los números cuarto y quinto anteriores se redactarán de forma clara, concreta y fácilmente comprensible por la clientela, correspondiendo comprobar estos extremos al Banco de España cuando le sean remitidas antes de su aplicación. Dichas reglas y tarifas tendrán carácter público. Quien solicite su consulta tendrá derecho a efectuarla en cualquier oficina de la Entidad de crédito en cuestión, así como en el Banco de España. Sin perjuicio de ello, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España darán la publicidad adicional que estimen pertinente al contenido de dichos documentos”. CAJA MADRID disponía de un folleto con las Tarifas de Comisiones que podía consultarse en las sucursales o entregarse a los clientes (condición general Decimocuarta del Contrato de depósito o administración de los valores, documento nº 6 bis B de la demanda).

Las comisiones son el precio que el cliente tiene que pagar por las operaciones y servicios de custodia y administración de valores y por las operaciones específicas a las que se refiere el segundo párrafo de la cláusula analizada. Forman parte del equilibrio precio prestación y son susceptibles de ser controladas en función del desequilibrio subjetivo que producen, es decir, cómo las percibió el consumidor en función de las circunstancias concretas de la negociación. En función de las circunstancias de la negociación hay que decir que el punto en el que el cliente centra su atención es en la inversión de dinero que realiza para adquirir las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) y en la rentabilidad que va a obtener de las mismas. Las comisiones que se pudieran cobrar por el depósito y administración de esos valores son, para el cliente, secundarias, pues su repercusión económica es muy inferior a los intereses o cupones que se iban a cobrar. Según lo alegado por la representación procesal de la parte actora, cabe preguntarnos si la forma de especificar las comisiones en la operación de suscripción/compra de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID

2009 (SERIE II), con el contrato accesorio de depósito o administración de los valores, *provoca subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo de precio y prestación que puede pasar inadvertida para el adherente medio*. A criterio de este Juzgador, no. Sí es claro para el cliente que la Orden de suscripción/compra de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no generaba comisiones ni gastos. A grandes rasgos, el cliente o adherente medio pudo percibir que por el Contrato de depósito o administración de los valores se le iban a cobrar comisiones. En la condición general Decimocuarta del Contrato de depósito o administración de los valores se prevé la entrega de un ejemplar de las hojas del folleto de la Tarifa de Comisiones. En todo caso, esto no es una forma subrepticia de alterar el equilibrio precio prestación. Por lo tanto, no se aprecia ese desequilibrio subjetivo.

<<B.- 16.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 133 parte central centrada el apartado "Sexta.- Comunicaciones. Bankia remitirá al/los titular/es las liquidaciones de las respectivas operaciones al día siguiente hábil en que se produzcan. Los extractos de Cuenta de Valores serán remitidos cada vez que se efectúe un movimiento que altere su saldo anterior y, en cualquier caso, con periodicidad anual. La información más significativa contenida en los mismos será la siguiente: código de cuenta de valores, titularidad de la cuenta de valores, denominación de la clase de valor, movimiento efectuado, clave de movimiento saldo actual y valoración al último precio publicado a la fecha de la emisión del extracto para los valores con cotización oficial. Los valores no cotizados se valorarán por su nominal>>.

Esta cláusula no se refiere al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación, sino al momento, periodicidad y contenido de la información sobre la cuenta de valores que la entidad financiera proporcionará al consumidor.

No se aprecia un desequilibrio objetivo para el consumidor.

<<B.- 17.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada el apartado "Séptima.- Conformidad a extractos y liquidaciones. "El/los titular/es se compromete/n a dar conformidad o formular reparos a los extractos y liquidaciones que le/s envíe Bankia en el plazo de quince días naturales desde la fecha de aquellos, entendiéndose en otro caso, que presta/n su conformidad a unos y otras>>.

Esta cláusula es susceptible de ser analizada en función del desequilibrio objetivo.

Expresa al respecto la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA que se trata de una práctica bancaria habitual "que, incluso, está permitida expresamente por el legislador en otros ámbitos como, por ejemplo, la devolución de las operaciones de pago (vide art. 34 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago). En cualquier caso, esta estipulación no impide, como es lógico, desvirtuar la presunción de conformidad mediante prueba en contrario" (página 39 de la contestación de la demanda).

No se comparten las alegaciones de dicha representación procesal. El artículo 34 de la Ley 16/2009 se refiere a devoluciones de pago, algo que no es comparable a prestar la conformidad con una liquidación de una cuenta de valores. Es lógico que haya un tiempo limitado para retrotraer un pago que ya ha hecho una entidad financiera a la orden de un cliente. Pero como también dice la representación procesal de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA, con la cláusula en cuestión se está constituyendo una presunción de conformidad del consumidor con la operación y se hace pesar sobre el consumidor la carga probatoria de destruir esa presunción. Además, se impone al consumidor la carga de probar cuando está en las peores condiciones para hacerlo, careciendo de datos e información suficiente sobre la cuenta de valores, que son todos conocidos por el profesional. Como expresa constante jurisprudencia del TJUE [por todas, STJUE de 30/4/14 (KÁSLER) (ROJ: PTJUE 90/2014)] “según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y la jurisprudencia citada)”.

Pues bien; el artículo 88 de la LDCyU, establece que “En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

...2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

En el presente caso, por el principio de disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.7 de la LEC) la carga de la prueba corresponde al profesional, que es el que tiene todos los datos, medios materiales y humanos y preparación para poderla aportar; no al consumidor.

Se aprecia un desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor.

La cláusula se declara nula por abusiva.

<<B.- 18.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 3 de 13, parte central centrada el apartado "Octava.- Titularidad. La Cuenta de Valores podrá abrirse, con las excepciones establecidas en el párrafo siguiente, a nombre de un solo Titular o de varios (en ambos casos, en adelante, el Titular). En este último supuesto, el régimen será solidario y por tanto la disponibilidad será indistinta por cualquiera de los cotitulares excepto que todos los cotitulares determinen la disponibilidad conjunta de los valores (...) Los Titulares indistintos se autorizan mutuamente para que cualquiera de ellos, mediante su firma pueda ejercitar, por sí solo, frente a Bankia, la totalidad de los derechos dimanantes de la titularidad de los valores depositados en la cuenta. En todo caso, la responsabilidad de los mismos frente a Bankia será solidaria>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“La entidad presume la concurrencia de solidaridad indistinta en el caso de que existan varios titulares lo cual favorece mucho la contratación y facilita la operativa interna de la entidad pero disminuye el nivel de seguridad jurídica para los clientes, vulnerando además el principio de interpretación restrictiva de los actos jurídicos y la norma que señala que en caso de duda sobre el carácter del negocio jurídico y lo querido por las partes se entenderá querida la menor transmisión de derechos posibles. Un ejemplo de lo que señala se integra en el último apartado de la Condición General que señala que "Los Titulares indistintos se autorizan mutuamente para que cualquiera de ellos, mediante su firma pueda ejercitar, por sí sólo frente a Bankia, la totalidad de los derechos dimanantes de la titularidad de los valores depositados en la cuenta. En todo caso la responsabilidad de los mismos frente a Bankia será solidaria". La entidad permite que uno sólo de los titulares actúe (sin la aprobación de los demás) y se arroga la facultad de reclamar frente a todos y no sólo ante aquél que actuó”.

Esta cláusula es susceptible de control por desequilibrio objetivo, para lo que se tendrá en cuenta lo siguiente:

El artículo 1137 del CC establece que “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”.

La entidad financiera puede constituir una obligación solidaria cuando las partes tengan voluntad de constituir una única obligación.

El TS [por todas, STS 8/10/10 (ROJ: STS 5471/2010)] ha reinterpretado la no presunción de solidaridad de las obligaciones en los supuestos en que existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones, interna conexión entre ellas o cuando se produce unidad de fin de las prestaciones, expresándolo en los términos literales que siguen:

“El principio de no presunción de solidaridad ha sido reinterpretado por esta Sala en el sentido de admitirla cuando, no siendo expresa, *"existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones"* e *"interna conexión entre ellas"* (STS de 2 marzo 1981); completando lo anterior, la *sentencia de 15 marzo 1982* dice que existe solidaridad cuando se produce *"unidad de fin de las prestaciones"*, cosa que ocurre siempre que estén destinadas en común a satisfacer la necesidad del acreedor. Esta doctrina ha sido aplicada por las *sentencias más recientes de 27 julio 2000, 19 abril 2001 y 31 octubre 2005* , entre otras. Además, el *Art. III.- 4:103 DCFR (Draft of Common Frame of Reference, 2009)* dice que si los términos de la obligación no establecen la forma en que los deudores se obligan, la responsabilidad de dos o más en el cumplimiento de la misma obligación es solidaria (trad. propia)”.

En el caso de varios titulares que abren una misma cuenta de valores existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones, interna conexión entre ellas y

unidad de fin de las prestaciones por parte de todos los titulares de la cuenta. En consecuencia, es lógico establecer la solidaridad.

El artículo 1141 del CC establece que “Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos”.

El artículo 1144 del CC dice que “El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”.

En definitiva; la cláusula objeto de análisis es acorde con el régimen jurídico de las obligaciones solidarias establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no adolece de desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor.

<<B.- 19.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 3 de 13, parte central centrada el apartado "Décima.- Contratación telemática. El Titular autoriza expresamente a Bankia, si ésta la considera necesario, a grabar y/o registrar en su integridad, mediante cualquier soporte técnicamente válido a tal efecto, las comunicaciones e instrucciones telemáticas producidas durante la contratación telemática del Depósito, y acepta expresamente el valor probatorio de dichas grabaciones y registros en juicio y fuera de él...>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora: “Pues bien en este caso se arroga la entidad la facultad de predeterminar los medios de prueba de un eventual e hipotético procedimiento, y la consideración jurídica de aquellos en la valoración judicial, adelantando su validez al juicio de valor del Juzgado al que corresponda el examen del asunto en concreto”.

La cláusula va referida al supuesto de contratación del depósito o administración de valores por medio de los Servicios Telemáticos Financieros ofrecidos por Bankia.

Es una cláusula susceptible de ser analizada desde el punto de vista del desequilibrio objetivo que pudiera producir.

En la contratación telemática de los Servicios Telemáticos Financieros debe partirse de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 22/2007, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros:

“1. En la comercialización a distancia de los servicios financieros, deberá quedar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero. Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado para los fines

para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.

2. Se entiende por proveedor de una técnica de comunicación a distancia toda persona, física o jurídica, pública o privada, cuya actividad comercial o profesional consista en poner directamente a disposición de los proveedores de servicios financieros una o más técnicas de comunicación a distancia”.

Pues bien; establecida la necesidad de que quede constancia de las ofertas y de la celebración de los contratos en un soporte duradero, la propia Ley establece reglas de la carga de la prueba que afectan al proveedor (entidad financiera). Así, el artículo 17 de la Ley 22/2007 determina que “Corresponderá al proveedor la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones que le incumban al amparo de esta Ley, en materia de información al consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución”.

Luego el consumidor no puede relegar al proveedor de la carga de la prueba de tales extremos aceptando expresamente el valor probatorio de dichas grabaciones.

Se estaría ante una cláusula abusiva del artículo 88 de la LDCyU, que establece que “En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:

2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

El artículo 24 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información establece que:

“1.- La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”.

Una cosa es que la entidad financiera esté autorizada a presentar a juicio el soporte electrónico como prueba documental y otra muy distinta que el consumidor acepte expresamente el valor probatorio de esas grabaciones que, evidentemente, tiene derecho a negar, por que el que debe valorar la prueba en juicio es el Juez, sin que le venga ya valorada por la cláusula incluso, sobre extremos que corresponde probar al proveedor (entidad financiera).

Se produce un desequilibrio objetivo en perjuicio de los derechos del consumidor, concretamente, de sus garantías procesales, ya que el inciso “y acepta expresamente el valor probatorio de dichas grabaciones y registros en juicio y fuera de él” es una cláusula abusiva comprendida en el artículo 88.2 de la LDCyU.

En consecuencia, se declara nulo, por abusivo, el inciso “y acepta expresamente el valor probatorio de dichas grabaciones y registros en juicio y fuera de él”, que debe ser suprimido de la cláusula.

<<B.- 20.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 4 de 13, parte central centrada el apartado "Duodécima.- Compensación. Si como consecuencia de las operaciones originadas por la Cuenta de Valores se produjera descubierto en la cuenta indicada para el cargo de las cantidades correspondientes, el titular autoriza y faculta expresamente a Bankia para que compense, con cargo a los saldos acreedores que pudieran existir en cualquiera de sus cuentas o depósitos, incluidas aquellas en moneda extranjera y los depósitos valores, cualquier saldo deudor que pudiera generarse como consecuencia de dicho descubierto. El Titular no podrá disponer de los saldos acreedores que presenten tales cuentas ni de los depósitos efectuados sin antes cancelar los saldos deudores que pudieran registrarse como consecuencia de la prestación de este servicio. A los efectos anteriores, el Titular autoriza y faculta expresamente a Bankia con carácter irrevocable para efectuar, con la finalidad de cancelar o reducir los saldos o posiciones deudoras del Titular, los traspasos de fondos que sean precisos, enajenando o realizando los valores o depósitos que el mismo tenga en Bankia, incluso solicitando en su nombre, las correspondientes autorizaciones administrativas o de cualquier clase, cuando fuere preciso. El ejercicio de esta facultad de compensar no implicará de por sí la extinción de la deuda mantenida frente a Bankia hasta tanto esta no sea íntegramente satisfecha”.

Gran parte de los motivos por los que la representación procesal de la parte actora considera que esta cláusula es abusiva tienen en común señalar que no tiene sentido compensar lo adeudado con saldos de otras cuentas bancarias “que expresamente no están adscritas al cumplimiento del contrato de referencia” cuando se han designado las cuentas (bancarias) de liquidación inicial y de liquidación final. Continúa expresando la representación procesal de la parte actora. “...debemos indicar que la autorización que se arroga Bankia no es tal, ni mucho menos es irrevocable, en el sentido de que deja vacía de contenido la determinación de una cuenta específica de referencia para el contrato (nos podemos preguntar que sentido tiene designar una cuenta si Bankia puede “coger lo quiera” de cualquier cuenta). La facultad que se auto atribuye Bankia le permitiría, de ser tolerada, resarcir sus créditos frente al cliente aún a costa de aplicar depósitos y/o vender valores a pérdida para propio cliente. Esta cláusula es manifiestamente abusiva”.

El presupuesto para proceder a la compensación de los saldos existentes en otras cuentas distintas de la de liquidación es que, precisamente, en ésta última no haya saldo. De tal manera que, ante la inexistencia de saldo en las cuentas de liquidación, forzosamente se ha de acudir al saldo de otras cuentas del consumidor si se quiere compensar.

La compensación de saldos de otras cuentas bancarias con varios titulares ha sido tratada por la STS de 16/12/09 (ROJ: STS 8466/2009), que la admite en los términos que siguen:



“El razonamiento jurídico de la sentencia recurrida es plenamente asumible en la perspectiva de que nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto...no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "*ad intra*" con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente”.

Establece el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 que “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

La cláusula de la compensación de saldos ha de ser analizada desde el punto de vista de su posible desequilibrio objetivo.

A la vista de la redacción de la cláusula, la compensación se realiza “con cargo a los saldos que pudieran existir...cualquier saldo deudor que pudiera generarse como consecuencia de dicho descubierto”.

La redacción de la cláusula no parece ser contraria a las exigencias de la buena fe, pues si la entidad compensa hasta el límite de “cualquier saldo deudor que pudiera generarse como consecuencia de dicho descubierto”, quiere decir que no va a retener más cuentas que las que necesite para cubrir el saldo deudor. También se autorizan los traspasos para cancelar o reducir los saldos o posiciones deudoras del titular. De la redacción de la cláusula, no resulta recogida la mala fe de retener saldos de cuentas muy por encima del saldo deudor impidiendo al cliente disponer del exceso sobre el saldo deudor o reteniendo innecesariamente alguna el saldo de alguna otra cuenta.

No se aprecia un desequilibrio objetivo en la cláusula en cuestión.

<<B.- 21.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 4 de 13, parte central centrada el apartado "Decimotercera.- Domicilio...El titular se compromete a comunicar por escrito a Bankia, cualquier variación de los datos facilitados en la apertura de la cuenta y en particular, los cambios de domicilio, considerándose como recibidas las comunicaciones de todo tipo que Bankia dirija al último domicilio que haya sido comunicado>>.

En principio, la parte de cláusula que se ha impugnado, debe ponerse en relación con el párrafo siguiente de la cláusula:

“Bankia no responde de los perjuicios ocasionados por la falta de comunicación del cambio de domicilio...”.

Dicha exoneración de responsabilidad está sustentada en una falta de diligencia o negligencia del cliente (artículo 1.101 del CC) para lo que resulta necesario que se haya informado al cliente de la obligación de comunicar los cambios de domicilio. Que se consideren como recibidas las comunicaciones enviadas al último domicilio, tiene menos trascendencia que la exoneración de responsabilidad por no haber comunicado el cambio.

No se considera que produzca un desequilibrio objetivo siempre que se haya informado al cliente; por que la exoneración de responsabilidad viene originada por la negligencia del cliente en la comunicación del cambio de domicilio.

<<B.- 22.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 4 de 13, parte central centrada el apartado "Decimocuarta.- Entrega de documentación. En este acto se hace entrega al/los titular/es de un ejemplar del presente contrato, así como de un ejemplar de las hojas del folleto de la Tarifa de Comisiones (...)">>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que dicha manifestación "no se corresponde con la realidad. Vaya por delante en cualquier caso que la documentación relativa al contrato debería haberse entregado no en el momento de la contratación sino con carácter previo tal y como señalan tanto el Banco de España como la CNMV”.

La referida representación procesal no considera que una cláusula que recoge la obligación de la entidad de entregar al cliente un ejemplar del contrato y de las hojas del folleto de la Tarifa de Comisiones sea –como no podía ser de otra forma– una condición abusiva. Alega que no se cumplió dicha obligación. En tal caso, estamos ante un incumplimiento contractual, pero no ante una cláusula abusiva.

<<B.- 23.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 5 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "A.- Modificaciones e incorporaciones efectuadas al contenido del contrato de depósito o administración de valores de Bankia. Con motivo de la adaptación de su Contrato de Depósito o Administración de Valores (en adelante el Contrato) a las novedades normativas introducidas por la Ley 47/2007 (...) y por el Real Decreto 217/2008 (...) se han realizado los siguientes cambios e incorporaciones al referido contrato">>.

La representación procesal de la parte actora expresa que “Nos remitimos a todo lo expuesto en relación a la concurrencia de una causa falsa del contrato. No olvidemos que la página final del Anexo I (10 de 13) lleva la fecha 11 de noviembre de 1999. Como es lógico y natural adaptar un contrato a unas normas que según la

fecha del propio Anexo existirán OCHO AÑOS DESPUÉS es harto difícil, lo cual nos lleva a pensar que el contrato no obedece a la realidad. Por otra parte nos debemos preguntar como es posible que el Anexo lleve la misma fecha del contrato al que complementa. La respuesta es sencilla: toda la instrumentalización negocial ha sido redactada unilateralmente por la entidad y tiene una causa falsa. Si la fecha es correcta, Bankia no existía, y si la fecha no es correcta, es claro que el contrato se ha antedatado por la entidad con propósitos espurios”.

Nos remitimos a lo comentado en relación al punto <<B.- Previo, en el que se exponen las conclusiones obtenidas tras haber realizado una comprobación individualizada en los 100 primeros expedientes de los intervinientes adhesivos (Referencias nº 4 a nº 287 de la reseña de intervinientes) y que damos aquí por reproducido.

A nivel de la protección de los intereses colectivos, no puede decirse que la entidad antedata el contrato con fines espurios cuando mantiene el mismo número de cuenta de valores en todos los contratos.

La representación procesal de la parte actora ha de hacer valer tales pretensiones de causa falsa por el ejercicio de la acción de nulidad radical del contrato ante los Juzgados de Primera Instancia.

La causa falsa no puede ser apreciada en el presente procedimiento para determinar la abusividad de la cláusula.

No se aprecia que la cláusula sea abusiva.

<<B.- 24.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 5 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Cambio de la denominación del contrato: A fin de ajustarse a la nueva denominación recogida en la normativa, el Contrato pasa a denominarse "Contrato Tipo de Custodia y Administración de Instrumentos Financieros">>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

“En dicha Condición General se señala que el Contrato pasa a denominarse "Contrato Tipo de Custodia y Administración de Instrumentos Financieros". Hay que decir que la normativa interna adapta el nombre del contrato a las necesidades de claridad que antes no tenía (pues el depósito de valores puede ser confundido y de hecho así se confunde con el depósito dinerario en su sentido más amplio y reconocido). Pues bien, llama la atención que en el encabezamiento (esquina superior derecha) de la propia página 5 de 13 del contrato de depósito o administración de valores se siga señalando precisamente eso "contrato de depósito o administración de valores". A la vista está que el cambio de denominación no ha sido correctamente ejecutado por la entidad con el único fin de no cumplimentar el cambio operado por la normativa (por ello lo relegan al Anexo y no se hace constar en su encabezamiento aún a pesar de que la fecha real de redacción y firma del contrato es posterior). Ello determina que la claridad del contrato se vea perjudicada

y el cliente no pueda distinguir si lo que está contratando es un depósito (que cualquier persona entendería como un depósito de dinero) o una compra de valores (con la correspondiente CUSTODIA de los mismos)".

Hemos de remitirnos a lo expuesto en el punto <<B.- Previo, para concluir que lo que refiere la representación procesal de la parte actora, no es el caso de 90 de los 100 expedientes de intervinientes adhesivos simples comprobados, en los que el Contrato de depósito o administración de valores está hecho con CAJA MADRID y no se produce el cambio de denominación de Contrato de depósito o administración de valores a "Contrato Tipo de Custodia y Administración de Instrumentos Financieros".

Sería una cuestión a decidir por error del consentimiento.

<<B.- 25.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 5 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Incorporación del término Instrumento Financiero en el contrato">>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que "Lo señalado en el apartado anterior es de aplicación al presente caso. Nos remitimos a lo expresado en relación a que la entidad elige no aclarar el contenido de los contratos sino a través de complementos que de forma directa dificultan la integración de todos los elementos del contrato".

Por nuestra parte, igualmente nos remitimos a lo expresado en los puntos <<B.- Previo y <<B.- 24.

<<B.- 26.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 5 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Salvaguada de los Instrumentos Financieros y los fondos: De conformidad con lo recogido en el Contrato, Bankia mantiene los valores e instrumentos financieros de sus clientes en cuentas individualizadas a nombre de cada uno de ellos. No obstante, existe la posibilidad de utilizar cuentas globales para el caso de que se opere en mercados extranjeros y en los que la práctica habitual exija la utilización de este tipo de cuentas. Sobre este particular, la nueva normativa ha establecido la obligación de recoger expresamente en el Contrato esta circunstancia informando sobre la entidad que tiene la cuenta global y los riesgos resultantes del depósito en cuentas globales. En este sentido, se incorpora en la Cláusula 2º del Contrato lo siguiente:

"Los valórese instrumentos financieros del Cliente se mantendrán en cuentas individualizadas a su nombre.

El Cliente es informado y autoriza expresamente a Bankia para que, con sujeción a la normativa vigente y cuando así lo en/a la operativa habitual de los Mercados Extranjeros, pueda subcontratar con otra u otras entidades especializadas ii reconocida solvencia y prestigio internacional, las junciones de depósito y custodia de los valores e instrumentos financieros extranjeros que figuren en la cuenta de

valores a nombre del cliente, mediante una Cuenta Global ("omnibus") abierta a nombre de Bankia, debidamente identificada e individualizada por ésta, y separada de la propia cuenta de la entidad>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora:

"En relación a la posibilidad de "utilizar cuentas globales para el caso de que se opere en mercados extranjeros y en los que la práctica habitual exija la utilización de este tipo de cuentas" y a la posibilidad de "subcontratar con otra u otras entidades especializadas de reconocida solvencia y prestigio internacional, las funciones de depósito y custodia de los valores e instrumentos financieros extranjeros que figuren en la cuenta de valores a nombre del cliente (...)" nos remitimos a lo ya expuesto en relación a la consideración de abusiva de facultad de subcontratación de dichos servicios".

Nos remitimos a lo expresado en el punto <<B.- 12 en relación al subdepósito.

No se aprecia que la cláusula sea abusiva.

*<<B.- 27.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 6 y 7 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Medidas adoptadas para garantizar la protección de los valores e instrumentos financieros o fondos de los clientes: ... Bankia dispone de una política de protección de activos que incorpora las medidas adoptadas para garantizar la *protección de los valores e instrumentos financieros o fondos del Cliente, conforme los principios establecidos en la normativa aplicable relativos a la custodia y administración de los instrumentos financieros confiados por sus clientes. La Política se encuentra a disposición de los clientes en el portal de Internet de Bankia (www.bankia.com) y en cualquiera de sus oficinas, entregándose, en función de la categoría asignada al cliente, un resumen de la misma dentro del contrato marco de información de las condiciones de prestación de servicios de inversión.**

Bankia está integrada en el Fondo de Garantía de Depósitos de las Cajas de Ahorro. Dicho Fondo tiene por objetivo garantizar los depósitos en dinero y en valores negociables e instrumentos financieros previstos en la Ley del Mercado de Valores constituidos en las Cajas de Ahorros hasta un importe máximo fijado en la normativa española por depositante. La ejecución de la garantía que presta el Fondo se realizará cuando se produzcan las circunstancias establecidas en la normativa vigente.

De conformidad con la legislación vigente tendrán la consideración de valores garantizados los valores negociables e instrumentos financieros previstos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, que hayan sido confiados a la entidad de crédito en España o en cualquier otro país, para su depósito o registro o para la realización de algún servicio de inversión. Dentro de los valores garantizados se incluirán, en todo caso, los que hayan sido objeto de cesión temporal y sigan anotados o registrados en la entidad cedente.

En lo concerniente a la garantía referida en los apartados anteriores para servicios de inversión o actividades de depósito o registro de valores, el fondo cubrirá la no restitución de los valores o instrumentos pertenecientes al inversor perjudicado como consecuencia de las situaciones previstas en la normativa reguladora del Fondo de Garantía de Depósitos (situaciones de insolvencia o asimilables). En el presente supuesto, en ningún caso se cubrirán pérdidas del valor de la inversión o cualquier riesgo de crédito.

Para mayor información sobre el Fondo de Garantía de Depósitos y sobre los valores e importes garantizados, el Cliente puede consultar la página web del mismo en la siguiente dirección: www.fgd.es>>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que “se traslada al cliente que se garantiza la protección de valores y fondos uniendo tal referencia a la siguiente: "Bankia está integrada en el Fondo de Garantía de Depósitos de las Cajas de Ahorro. Dicho Fondo tiene por objetivo garantizar los depósitos en dinero y en valores negociables e instrumentos financieros previstos en la Ley del Mercado de Valores constituidos en las Cajas de Ahorros hasta un importe máximo fijado en la normativa española por depositante. La ejecución de la garantía que presta el Fondo se realizará cuando se produzcan las circunstancias establecidas en la normativa vigente". Con esta manifestación es claro que el cliente no sepa si está contratando un depósito de dinero (cubierto por Fondo de Garantía de Depósitos) o está comprando valores (estarían cubiertos por el Fondo de Garantía de Inversiones). Vaya por delante que la referencia al Fondo de Garantía de Depósitos se hace con la única y exclusiva intención de que el cliente piense, en todo caso, que está contratando un depósito de dinero, tal y como fue señalado por los comerciales de la entidad”.

El Juez, cuando se ha presentado una acción colectiva, no puede abstraer lo que entendieron todos y cada uno de los intervinientes adhesivos simples al leer que se hacía una referencia al Fondo de Garantía de Depósitos. Esto puede hacerse en una acción civil de vicio o error en el consentimiento. En la acción colectiva, las características del producto financiero y si lo percibieron o no como un depósito a plazo fijo no vienen dadas por cómo lo entendieron los inversores minoristas; las características del producto financiero vienen dadas por el contrato; en este caso, a efectos prácticos de conseguir la devolución de lo invertido, por la Orden de suscripción/compra. Pues bien; en la Orden de suscripción/compra no hay ninguna característica del producto, ni de las prestaciones a recibir por los inversores minoristas. Entonces, ha de aplicarse la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 en la que se dice con total claridad que el producto es perpetuo. Luego, en la acción colectiva, el Juez no puede sacar la conclusión de que lo que se vendió era un depósito a plazo, por más que insista repetidamente la representación procesal de la parte de actora. Esta insistencia tenía algún sentido cuando se ejercitaban acciones individuales de nulidad del artículo 8 de la LCGC y todo el sentido del mundo cuando se ejercitaban las acciones de nulidad radical por vicios del consentimiento. Pero se renunció a las primeras y se declaró la incompetencia objetiva de este tribunal para conocer de las segundas en resoluciones firmes. De manera que no vamos a insistir más en esta cuestión y la daremos por reproducida cada vez que se aluda hechos cuya significación jurídica es el error en el

consentimiento de los inversores minoristas que creyeron que estaban adquiriendo una imposición o depósito a plazo fijo cuando, en realidad, adquirieron las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

Lo mismo ocurre con la siguiente alegación que efectúa la representación procesal de la parte actora:

"En lo concerniente a la garantía referida (...). En el presente supuesto, en ningún caso se cubrirán pérdidas del valor de la inversión o cualquier riesgo de crédito". Es preciso recordar en este punto que el producto fue comercializado como si de un depósito (renta fija) se tratara. "Para cualquier información sobre el Fondo de Garantía de Depósitos y sobre los valores e importes garantizados, el Cliente puede consultar la página web del mismo en la siguiente dirección: www.fgd.es". Sirva como ejemplo de la intención de la entidad de presentar el producto como seguro o garantizado la gran reiteración de estos términos a lo largo de la Condición General sometida a examen ("Fondo de Garantía de Depósitos", "garantizar los depósitos", "la ejecución de la garantía", "valores garantizados", "garantía referida", "importes garantizados", etc.)."

En el Folleto Informativo (documento nº 16 de la demanda) se dice que las "Participaciones Preferentes Serie II no son valores de renta fija" (página 3 del Folleto, Nota de Valores). Si un comercial de CAJA MADRID dijo que eran valores de renta fija y un consumidor minorista lo creyó así, ha de ejercitar acciones por vicios de consentimiento, y no adherirse a una acción colectiva.

<<B.- 28.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 7 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Información relativa a incentivos: La nueva normativa determina qué tipo de incentivos están permitidos que sean percibidos y pagados por las Empresas de Servicios de Inversión. Entre dichos incentivos se encuentran los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios pagados o entregados a un tercero o a una persona que actúe por cuenta de aquel, y los ofrecidos por un tercero o por una persona que actúe por cuenta de aquel, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en la norma. En este sentido, a los efectos del cumplimiento de las referidas condiciones, se incorpora al final de la Cláusula 5ª del Contrato, el siguiente párrafo:

"Bankia, como consecuencia de la prestación del servicio de administración y custodia, a fin de conseguir un aumento de calidad del servicio prestado y actuando siempre en el interés óptimo del cliente, puede recibir o entregar honorarios, comisiones o beneficios no monetarios cuya existencia, naturaleza y cuantía (o, cuando la cuantía no se pueda determinar, el método de cálculo de esa cuantía) constan o está disponible en el portal de Internet de Bankia (www.bankia.com) o en sus oficinas. No obstante, el cliente conserva el derecho en todo momento de recibir, cuando así lo solicite, información exacta y detallada por parte de Bankia sobre dichos incentivos".

Manifiesta al respecto la representación procesal de la parte actora que al decirse que Bankia, como consecuencia de la prestación del servicio de

administración y custodia puede recibir o entregar honorarios, comisiones o beneficios no monetarios, se está creando un posible conflicto de intereses en todo el proceso relativo al depósito y administración (CUSTODIA Y ADMINISTRACIÓN) de valores”.

La cláusula puede afectar al equilibrio precio prestación, susceptible de ser controlada en el desequilibrio subjetivo que produzca.

Lo primero que ha de indicarse es que los incentivos están permitidos y regulados en el artículo 59 b) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, de Empresas de Servicios de Inversión (Normativa MiFID), entendiéndose por tales los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios pagados o entregados a un tercero o a una persona que actúe por cuenta de aquél, y los ofrecidos por un tercero o por una persona que actúe por cuenta de aquél, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

i) La existencia, naturaleza y cuantía de los honorarios, comisiones o beneficios no monetarios o, cuando su cuantía no se pueda determinar, el método de cálculo de esa cuantía, deberán revelarse claramente al cliente, de forma completa, exacta y comprensible, antes de la prestación del servicio de inversión o servicio auxiliar.

ii) El pago de los incentivos deberá aumentar la calidad del servicio prestado al cliente y no podrá entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente.

Por tanto, la finalidad de los incentivos es aumentar la calidad del servicio y no entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa financiera de actuar en interés del cliente.

La cláusula analizada expresa que los incentivos tienen esas finalidades y que el cliente conserva el derecho en todo momento de recibir, cuando así lo solicite, información exacta y detallada por parte de Bankia sobre dichos incentivos.

En tal caso, si el cliente lee la cláusula de forma completa, no se entiende que se produzca un desequilibrio en su perjuicio.

<<B.- 29.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 7 de 13 a 10 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "B.- Información relativa a cuentas globales">>.

La representación procesal de la parte actora expresa al respecto que “Se hace constar que tales referencias no son de aplicación al presente supuesto, motivo por el cual no se examinará su contenido en este momento”.

En consecuencia, nada que analizar.

<<B.- 30.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 10 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte

central centrada el apartado "El Cliente manifiesta haber leído íntegramente este contrato con todas sus condiciones generales y el presente anexo y haber sido debidamente informado por Bankia en todos aquellos aspectos del contrato sobre los que ha requerido algún tipo de aclaración".

Cláusula que no afecta al objeto principal del contrato ni al equilibrio precio prestación, susceptible de ser controlada en función del desequilibrio objetivo.

En una acción individual de nulidad podría aplicarse el artículo 89 de la LDCyU que, "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las ...declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato".

En una acción individual de nulidad, el Juez puede valorar si un concreto consumidor minorista fue informado o no de las condiciones generales del contrato a partir de la prueba practicada: testigos, documentos, etc...

En una acción colectiva, el Juez no puede hacer abstracción de si fueron o no informados de todas las condiciones generales del contrato todos los intervinientes adhesivos simples del presente procedimiento.

De tal manera que no puede declararse la abusividad de la cláusula.

<<B.- 31.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 10 de 13 (Anexo I al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "En MADRID, a 11 de NOVIEMBRE de 1999".

Expresa la representación procesal de la parte actora: " Nos remitimos a lo ya expuesto en relación a la fecha del contrato y la imposibilidad de que se trate de un contrato de Bankia como sugiere el contenido del contrato".

Expresamos nosotros: nos remitimos a lo manifestado al analizar los puntos <<B.- Previo y <<B.- 24.

<<B.- 32.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 11 de 13 (Anexo II al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "Modificaciones e incorporaciones efectuadas al contenido del contrato de depósito o administración de valores de Bankia".

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora: "Nos remitimos a todo lo expuesto en relación a la concurrencia de una causa falsa del contrato. No olvidemos que la página final del Anexo II (13 de 13) lleva la fecha 11 de noviembre de 1999. Como es lógico y natural adaptar un contrato a unas normas que según la fecha del propio Anexo existirán OCHO AÑOS DESPUÉS es harto difícil, lo cual nos lleva a pensar que el contrato no obedece a la realidad".

Por nuestra parte nos remitimos a lo expresado en los puntos <<B.- Previo y <<B.- 24

<<B.- 33.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 11 de 13 (Anexo II al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado "La autoridad de supervisión competente es el Banco de España, sito en la calle Alcalá núm. 48, 28.014 de Madrid".

De nuevo alude la representación procesal a un error o vicio del consentimiento concluido de los términos en los que expresa sus alegaciones a la cláusula del párrafo precedente:

“Se hace constar que tal manifestación lleva a la confusión pues por la división de materias de los supervisores en aquellos supuestos en el que se trate de valores y/o instrumentos financieros no estrictamente bancarios las reclamaciones deberán dirigirse al Banco de España. Este es otro elemento más que lleva al cliente a pensar que está contratando un depósito en el sentido más habitual de la palabra. Es más llama la atención a esta parte el hecho de que tratándose de anexos a contratos que tienen por objeto valores no se haga ni siquiera una mención a la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES”.

Nos remitimos a lo que manifestamos en el punto <<B.- 27, que damos aquí por reproducido.

<<B.- 34.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 12 de 13 (Anexo II al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada, apartado "(iv) El cliente salvo que manifieste lo contrario mediante la marcación de la casilla contenida en este contrato, consiente en el tratamiento de sus datos por parte de Bankia, incluso una vez concluida su relación con la misma, para (...)" y "(v) El cliente salvo que manifieste lo contrario mediante la marcación de la casilla contenida en este contrato, consiente en el tratamiento de sus datos por parte de Bankia, incluso (...)".

Dice la representación procesal de la parte actora: “La abusividad de esta referencia radica no sólo que (de nuevo) la entidad se vuelve a arrogar la facultad omnímoda del tratamiento de datos para cualquier propósito comercial (para ella y todo el grupo de empresas) sino en que la supuesta autorización se realiza en forma negativa, es decir, se presume la autorización salvo que se señale lo contrario de forma específica por el cliente. Hasta tal punto llega la facultad que se auto atribuye la entidad que indica que incluso en el caso de que el cliente ya no ostente dicha condición se mantendría la autorización. Dicha referencia es salvo superior criterio judicial abusiva”.

Estamos ante una cláusula que no afecta al objeto principal del contrato ni al equilibrio entre precio prestación.

Es una cláusula en la que ha de analizarse el posible desequilibrio objetivo.

El artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD, en adelante) establece que “No será preciso el consentimiento ...cuando (los datos de carácter personal) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento...”. Pese a la no necesidad del consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal (artículo 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999).

Para ver la forma concreta de prestar el consentimiento el artículo 15 de Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD, en adelante, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre), exige que se *“deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos”*, lo que sucederá cuando *“se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato”* (artículo 15 del RLOPD). Esta casilla figura en el modelo de Contrato de depósito o administración de valores presentado como documento nº 6 bis B de la demanda. Cuando el consumidor minorista no quiere prestar su consentimiento y quiere oponerse al tratamiento de sus datos de carácter personal, basta con que marquen la casilla recuadrada existente en el documento.

En consecuencia, se han cumplido los requisitos de la LOPD y del RLOPD y no se aprecia el desequilibrio objetivo en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

<<B.- 35.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 13 de 13 (Anexo II al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado “El Cliente manifiesta haber leído íntegramente este contrato con sus condiciones generales y el presente anexo y haber sido debidamente informado por Bankia en todos aquellos aspectos del contrato sobre los que haya requerido algún tipo de aclaración”.

Nos remitimos a lo manifestado al analizar el punto <<B.- 30.-, que damos aquí por reproducido.

<<B.- 36.- El contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 13 de 13 (Anexo II al contrato de depósito o administración de valores), parte central centrada el apartado “En prueba de conformidad, se suscribe el contrato junto con sus condiciones generales y el presente anexo por duplicado, en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento, recibiendo el Cliente un ejemplar del mismo>>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que “es imposible que el contrato se firmara en papel con el membrete de Bankia en la fecha que se ha hecho constar, 1999”.

Ya hemos explicado razones de que las fechas aparezcan antedatadas, remitiéndonos a los expresado en el punto <<B.- Previo.

En cuanto al posible desequilibrio de la cláusula, nos remitimos a lo expuesto en el punto <<B.- 22, que damos aquí por reproducido.

<<B.- Contrato de depósito o administración de valores de Caja Madrid>>.

La representación procesal de la parte actora, en relación a este contrato –que es el firmado por la mayoría de los intervinientes adhesivos- se remite a lo expresado en relación al contrato de depósito o administración de valores de Bankia, que tiene el mismo contenido.

Igualmente, nosotros nos remitimos a lo ya analizado en relación a aquel contrato.

SEXTO.3.- INFORMACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INVERSIÓN.

Se trata de un documento de carácter esencialmente informativo que también aparece firmado por cliente y entidad financiera en el que se concretan las condiciones y forma en que la entidad financiera va a prestar los servicios de inversión al cliente (documento nº 6 bis D de la demanda). En consecuencia, podemos considerarlo un documento contractual.

Para analizar la posible abusividad de las cláusulas, es preciso que estas incidan de alguna manera en los derechos y obligaciones a las partes, por que la abusividad se aprecia sobre cláusulas que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (artículo 3.1 de la Directiva 93/13). Esto no quiere decir que necesariamente la cláusula recoja, otorgue, conceda o establezca derechos y obligaciones a las partes del contrato, pero si es necesario que incida de alguna manera en esos derechos y obligaciones.

Seguimos el orden y clasificación de impugnación de condiciones generales de la contratación expresado en la demanda.

<<D.- 1.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 1 de 12, el apartado "1. MIFID... Uno de los mecanismos de protección a los clientes que establece MIFID consiste en la puesta a disposición de los clientes de información sobre la entidad que le presta dichos servicios u ofrece dichos productos y sobre las condiciones aplicables en la prestación de los mismos (,,)>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora, que “en primer lugar es preciso señalar que se consigna en dicho documento de adhesión que "Uno de los mecanismos de protección a los clientes que establece MIFID consiste en la puesta a disposición de los clientes de información sobre la entidad que le presta dichos servicios u ofrece dichos productos y sobre las condiciones aplicables en la prestación de los mismos (,,)", Pues bien, en este punto debemos manifestar que no ha sido así pues Caja Madrid no ha aclarado que la entidad con la

que se estaba contratando no era ella misma (Caja de Ahorros) sino una tercera sociedad de la que tiene el 100%. Es por ello que la información que se ha dado al cliente bancario no era correcta ni en relación a la entidad que le presta los servicios ni a la entidad que ofrece dichos productos”.

La representación procesal de la parte actora ve la cláusula como la inducción a error al consumidor, pues se le hace creer que los servicios de inversión se los presta CAJA MADRID, cuando la entidad con la que se estaba contratando era CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, cuestión que debe llevarse al error o vicio del consentimiento.

Se trata de una cláusula informativa que no atribuye derecho alguno y, en consecuencia, no se aprecia desequilibrio alguno.

<<D.- 2.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 1 de 12, el apartado "2. CLASIFICACIÓN COMO CLIENTE". Dicho apartado indica que "CAJA MADRID en aplicación de la normativa MIFID, ha procedido a la clasificación de sus clientes y, conforme a la misma, ha quedado Vd. incluido en la categoría de cliente minorista, otorgándole de este modo el nivel de protección máximo">>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora: “Pues bien a pesar de la calificación se ha ofrecido a los clientes un producto de riesgo sin avisar de las auténticas características del mismo y lo que es más, ocultando su verdadera naturaleza como si de un depósito se tratase”.

En tal caso, la irregularidad se habría producido por la manipulación del empleado comercial de CAJA MADRID en la presentación de las características del producto, pero no por la cláusula en sí que, lo que hace, es otorgar al cliente minorista el máximo nivel de protección.

Como se ha expresado, las conductas de los empleados comerciales de CAJA MADRID en la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no son objeto de análisis en el presente procedimiento, si no están reflejadas en el contrato como condición general de la contratación y la ocultación de las características de las preferentes que pudiera hacer un empleado de CAJA MADRID al comercializarlas, no tiene reflejo contractual. Como hemos repetido hasta la saciedad, dichas conductas si pueden tener reflejo por sus consecuencias: con motivo de la ocultación de dichas características, el cliente minorista pensó equivocadamente que contrataba un depósito a plazo fijo cuando no era así. Y en tal caso, tales conductas pueden sustentar la nulidad del contrato por error o vicio del consentimiento; acción de la que no puede conocer el Juez de lo mercantil como ya se dijo por resolución firme.

<<D.- 3.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 1 y 2 de 12, el apartado "3. DATOS GENERALES DE CAJA MADRID. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en adelante CAJA MADRID, con sede social en la Plaza de Celenque, nº 2.28013. Madrid, es una entidad de crédito sometida a la supervisión de Banco de España y



habilitada para prestar los servicios de inversión regulados en la Ley del Mercado de Valores y sus normas de desarrollo...>>.

Expresa al respecto la representación procesal de la parte actora: "Se hace constar que por la Caja de Ahorros se utiliza indistintamente la referencia Caja Madrid para referirse a Emisor (Caja Madrid. Finance Preferred S.A.) y a Garante/Comercializador (Caja Madrid) de forma espuria, induciendo voluntariamente al cliente al error de pensar que está contratando con ella misma un depósito en vez de estar comprando unos valores emitidos por un tercero con el cual comparte nombre pero no características. Es más los datos que se refieren son los de Caja de Ahorros (Garante) y no los de esa tercera empresa. Esta parte se remite a lo ya expuesto en relación a los logotipos del encabezamiento y los datos del Registro Mercantil contenidos en el documento. En adición a lo expuesto podemos comprobar como en la página 2 de 12 se hace referencia como supervisor al Banco de España y no a la CNMV, pese a incluirse dicha referencia en el documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de INVERSIÓN".

La representación procesal de la parte actora se refiere de nuevo a la inducción de error a los clientes minoristas y, por tanto, a un vicio del consentimiento. No se refiere a la abusividad de la cláusula. Nos remitimos a lo expuesto en el punto <<D.-2.

<<D.- 4.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 1 de 12, el apartado 4. PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 4.1. Regulación de los servicios..."En aquellos casos en los que la normativa aplicable exige la utilización de un contrato-tipo, CAJA MADRID, cumple con los requisitos legales exigibles y pone a disposición de los clientes el contrato-tipo aprobado según la normativa aplicable". 4.2 Actuación de CAJA MADRID: CAJA MADRID actúa bajo los principios de imparcialidad, honestidad y profesionalidad establecidos en la normativa MiFID. "4.3 Evaluación de idoneidad o conveniencia: Conforme a lo establecido en la normativa MIFID, la prestación de determinados servicios de inversión exige la verificación de la idoneidad de las operaciones propuestas por la entidad o la conveniencia de los instrumentos financieros para el Cliente, en función de su experiencia y conocimientos para lo cual, será necesario que el Cliente aporte determinada información a CAJA MADRID con la finalidad de que pueda dar un debido cumplimiento a la normativa MIFID...4.4 Información sobre los instrumentos financieros: CAJA MADRID facilitará información a los clientes sobre los distintos instrumentos financieros que se pueden contratar y/o adquirir s través de la entidad y pondrá a su disposición los folletos de emisión y ofertas publicas de venta de valores en cuya colocación participe, así como los folletos de los fondos o sociedades de inversión que comercialice o de cualquier otro instrumento financiero que comercialice y que lleve asociado un folleto, conforme a la normativa existente en cada momento. 4.5 Comisiones y Gastos: La prestación de los diferentes servicios de inversión que se pueden contratar con CAJA MADRID lleva aparejada la repercusión de comisiones y gastos, que se detallan en el folleto de Tarifas de Comisiones, Condiciones y Gastos repercutibles a Clientes y Normas de Valoración...>>.

La representación procesal de la parte actora realiza una serie de comentarios en relación a estos puntos que no tienen que ver con el carácter abusivo de las cláusulas, sino con destacar que “no ha existido una negociación de los términos de los contratos pues los mismos responden a un contrato pre-redactado”, lo cuál es inherente a las condiciones generales de la contratación que, por lo demás, son perfectamente legales y reconocidas como una nueva forma de contratación frente a la tradicional contratación individual del CC. También alude a irregularidades que se hayan podido cometer en la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) expresando que “En relación al apartado "4.2 Actuación de CAJA MADRID" que señala que "CAJA MADRID actúa bajo los principios de imparcialidad (...)" es preciso decir que no podemos estar de acuerdo por cuanto es palmaria la existencia de un conflicto de intereses con el cliente: la Caja pretendía capitalizarse a costa de sus propios clientes para asegurarse los ratios de la EBA. Esa es la razón de que el producto se comercializara a los mejores clientes (mejores en el sentido de más fieles), cuya naturaleza suele ser por norma general conservadora. Es evidente que la Caja se benefició de sus informes internos de rentabilidad por cliente, depósitos por cliente (listados de posiciones y depósitos), propensión al consumo, etc. de forma que se elegía a clientes "que nunca protestan". Así mismo, la representación procesal de la parte actora expresa que no se han realizado correctamente los test de idoneidad y conveniencia, “pues se ha dado prevalencia a los intereses de la entidad frente a los de los clientes...(y tras hacer referencia a lo que considera inducciones para hacer a los clientes que contrataban un depósito a plazo fijo expresa) debemos concluir en todo caso la iniciativa de la entidad en la colocación indiscriminada y sin la más elemental atención al perfil de productos como los litigiosos”.

Lo que la representación procesal de la parte actora, plantea, en síntesis, es un incumplimiento de la normativa MiFID en la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).

De nuevo, la forma correcta de hacer valer este incumplimiento es el error en el consentimiento. Nos ilustra al respecto la STS de 20/1/14 (ROJ: STS 354/2014) en los términos que siguen:

“Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio

prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Pues bien; si en el caso de la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) los test fueron realizados indebidamente, por tratarse de una emisión “vital para la entidad (Recursos propios)”, con una fijación de Públicos objetivos ambiciosa, indicando las cifras de colocación que cada oficina debía realizar y unos incentivos para los empleados de CAJA MADRID encargados de comercializar [ver documento interno de Banca de Particulares de CAJA MADRID, Dirección de Zona de Toledo, referido a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), documento nº 14.a) del escrito de personación de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN y documento nº 26 de los aportados por la representación procesal de la actora en la audiencia previa], o bien por que como pone de manifiesto la CNMV en su Informe de 17/5/10 (documento nº 25 de los aportados por la actora en la audiencia previa) los test de conveniencia e idoneidad aplicados en la comercialización presentasen determinadas deficiencias, puede presumirse en los clientes una falta de conocimiento del producto contratado y de sus riesgos asociados que vicia su consentimiento. Pero como se ha expresado con insistente reiteración, de dicha acción no puede conocer este Juzgador.

Las cláusulas reflejadas no son impugnadas por su abusividad, sino que lo que se impugna son las prácticas irregulares cometidas en la comercialización del producto que han podido concretarse en la generación de un error en el consentimiento, haciendo creer a los consumidores minoristas que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) eran lo que no eran: un depósito o imposición a plazo fijo.

<<D.- 5.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 2 de 12 y siguientes, el apartado "5. RECEPCIÓN, TRANSMISIÓN Y EJECUCIÓN DE ÓRDENES...5.1 Objeto del Servicio: Mediante el servicio de ejecución, transmisión y recepción de órdenes el Cliente nombra a CAJA MADRID comisionista para que intermedie en su nombre operaciones relativas a la adquisición, venta o traspaso de instrumentos financieros negociados en los Mercados Nacionales y Extranjeros de conformidad con las órdenes e instrucciones impartidas por el Cliente...5.2 Utilización del servicio. Las órdenes que se reciban del Cliente se ejecutarán conforme a la política de ejecución de órdenes seguida por CAJA MADRID para obtener el mejor resultado posible...5.3 Forma de envío de las órdenes: ...Las órdenes enviadas por el Cliente se entenderán realizadas en firme. Sin perjuicio de lo anterior el Cliente podrá dar instrucciones...5.4 Actuación bajo el principio de "sólo ejecución ": En relación a las órdenes dadas por el Cliente sobre instrumentos financieros no complejos y a iniciativa suya, es decir tramitadas bajo el principio de "sólo ejecución", CAJA MADRID no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento financiero al que se refiere la orden, por lo que no podrá hacer advertencia alguna en cuanto a si es o no conveniente para el Cliente, realizando la operación bajo su responsabilidad. 5.5 Gastos y costes: Los costes y gastos estándar del servicio de ejecución y transmisión de órdenes se detallarán en lo resguardos de las órdenes correspondientes que el Cliente transmita a CAJA MADRID>>.

Las alegaciones que al respecto efectúa la representación procesal de la parte actora se centran en que, cuando se señala que "el Cliente nombra a CAJA MADRID comisionista se traslada al consumidor la idea falsa de que se está contratando con Caja Madrid, cuando esa no es la realidad y la Caja actúa como intermediario y comisionista. En relación a que "CAJA MADRID actúa como transmisora, recibiendo las órdenes de sus clientes (...)", la representación procesal dice que no es cierto, pues la iniciativa para la contratación de un producto emitido por una sociedad participada al 100% por Caja Madrid ha partido de ella y de nadie más. Se alega que "nada se ha referido sobre esa ejecución de órdenes, pues el cliente pensaba que estaba imponiendo su dinero, y abriendo un depósito súper remunerado".

En relación a la parte de cláusula que indica que "Las órdenes enviadas por el Cliente se entenderán realizadas en firme. Sin perjuicio de lo anterior (...)", la representación procesal de la parte actora alega que se trata de una cláusula abusiva, sin mayor concreción. Se trataría de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato de prestación de servicios de inversión así como al equilibrio precio prestación. Es susceptible de control del posible desequilibrio subjetivo. La necesidad de que la orden recibida del cliente sea en firme viene explicada en la misma cláusula:

"Las órdenes enviadas por el Cliente se entenderán realizadas en firme. Sin perjuicio de lo anterior el Cliente podrá dar instrucciones para cancelar o modificar las órdenes, poniéndolo en conocimiento de CAJA MADRID con la antelación suficiente, quien tratará de llevar a cabo la cancelación de la orden o ejecutarla de acuerdo con las nuevas instrucciones, siempre y cuando la orden no se haya ejecutado".

La necesidad de recibir órdenes en firme, y no supeditadas a determinados hechos o condiciones, es doble:

- La entidad financiera ha de responder de la realización del servicio financiero y necesita saber de una forma clara lo que el cliente pide.

- El artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, dispone que "Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos **por servicios solicitados en firme** o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". De tal manera que, si el servicio no se solicita en firme, la entidad financiera no devenga comisiones.

La redacción de la cláusula deja un cierto margen al consumidor minorista para cancelar la orden dada en firme y rectificar posibles decisiones erróneas o cambios de parecer.

No se aprecia un desequilibrio subjetivo.

En relación al apartado "5.4 Actuación bajo el principio de "sólo ejecución "expresa la representación procesal de la parte actora que " es preciso decir que es asimismo abusiva. En cualquier caso y dado que se hace referencia a instrumentos "no complejos" dicha referencia no sería de aplicación al presente caso al tratarse las participaciones preferentes de instrumentos complejos. De acuerdo con la no aplicación de la cláusula a las participaciones preferentes, calificadas como productos complejos.

Para la apreciación del desequilibrio es preciso tener en cuenta que el artículo 79 bis de la LMV no exige a la entidad financiera evaluar los conocimientos y experiencia del cliente, indicándoles si el producto es o no adecuado, cuando se trate de productos no complejos y el servicio se preste a iniciativa del cliente (artículo 79 bis.8 LMV). La cláusula transcribe la normativa MiFID (Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008).

En ese sentido no se aprecia desequilibrio en la cláusula.

Es cierto que la cláusula no resulta de aplicación a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) por ser producto complejo y no haberse prestado el servicio a iniciativa del cliente.

<<D.- 6.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 4 de 12, el apartado "6. INFORMACIÓN SOBRE INCENTIVOS. En la prestación de sus servicios de inversión, CAJA MADRID puede pagar o recibir de terceros honorarios, comisiones o beneficios no monetarios, siempre que los mismos sean establecidos para aumentar la calidad del servicio de inversión prestado al Cliente y se le comunique su existencia de forma clara y precisa. El Cliente tiene derecho a solicitar de CAJA MADRID información

más detallada sobre los referidos cobros y pagos con carácter previo a la contratación de un servicio de inversión>>.

La representación procesal de la parte actora alude al “conflicto de intereses existente en la comercialización de las participaciones preferentes pues Caja Madrid se reserva el derecho de percibir honorarios, comisiones o beneficios no monetarios de Caja Madrid Finance Preferred (que por otra parte es suya al 100%)”.

En relación a los incentivos, hemos de remitirnos a lo ya manifestado en el punto <<B.- 28 y a su regulación en el artículo 59 b) del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, de Empresas de Servicios de Inversión (Normativa MiFID).

La cláusula en cuestión es conforme con lo que establece el referido precepto y, en ese sentido, no se aprecia desequilibrio.

<<D.- 7.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 7 de 12, el apartado "8.4 Identificación de los potenciales conflictos de interés. El Grupo Caja Madrid dispone de procedimientos para identificar potenciales conflictos de interés que puedan surgir en la prestación de servicios y actividades de inversión y de servicios auxiliares>>.

La representación procesal de la parte actora manifiesta que “en el presente supuesto el conflicto de intereses no se crea en la vida del contrato sino en su mismo nacimiento pues el objetivo perseguido por la entidad Caja Madrid es capitalizarse a costa de sus clientes ya que por aquella fecha era la única posibilidad de la que disponía”.

Los artículos 70 quater de la LMV (en la redacción dada por la Ley 47/2007) y 49 del Real Decreto 217/2008 (Normativa MiFID) obligan a las entidades financieras a identificar los conflictos de interés y a tener una política de gestión de los mismos.

En cuanto al aludido conflicto de intereses desde la generación del contrato, téngase en cuenta que las participaciones preferentes son, por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, recursos propios de la entidad, con lo que el conflicto de interés al que alude estaría en la propia definición del producto financiero.

La cláusula impugnada se limita a informar de que CAJA MADRID dispone de tales procedimientos.

La cláusula no es abusiva, pues se limita a una mera finalidad informativa de que se está cumpliendo con lo exigido por la Normativa MiFID

<<D.- 8.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 8 de 12, el apartado "8.8 Comunicación de la política a los clientes: El contenido de la Política se comunicará a los clientes de las sociedades del Grupo. La Política del Grupo Caja Madrid está publicada en la web institucional (www.cajamadrid.es). Asimismo, una copia de la misma se

encuentra a disposición de los clientes en las oficinas de las sociedades del Grupo>>.

Expresa la representación procesal de la parte actora que “no consta la comunicación a los clientes de documento alguno relativo a la política interna de Caja Madrid”, en el sentido de que se incumplía la Normativa MiFID. Pues bien; en tal caso, los perjuicios para los consumidores minoristas vienen del incumplimiento de la Normativa por la entidad; pero no de la abusividad de la cláusula que, en la práctica, supondría declarar nula la cláusula que la entidad debió cumplir y que no ha cumplido.

<<D.- 9.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 8 de 12, el apartado "8.11 Principios rectores de la elaboración y utilización del análisis financiero:...A los efectos de la presente política se considera "informes de inversiones" todo informe o información que "recomiende o proponga una estrategia de inversión, de forma explícita o implícita, referente a uno o varios instrumentos financieros o emisores de instrumentos financieros, destinado a los canales de distribución o al público y que responda a la denominación de "informe de inversiones" o términos similares. Cuando un documento, que sea emitido por una Entidad del Grupo, sea una comunicación publicitaria, se identificará explícitamente como tal...>>.

La representación procesal de la parte actora alude a que “en el presente supuesto se ha recomendado "ACTIVA O EXPLÍCITAMENTE" la contratación de las participaciones preferentes pero no indicando claramente que se trataba de un producto emitido por una sociedad del grupo Caja Madrid sino señalando que se contrataba con Caja Madrid, Caja de Ahorros, un depósito súper remunerado. No obstante lo anterior en ningún momento se señalaba expresamente al cliente que se trataba de inversiones de riesgo, sino más bien todo lo contrario. Se señala que "Cuando un documento que sea emitido por una Entidad del Grupo, sea una comunicación publicitaria, se identificará explícitamente como tal". En el presente supuesto, curiosamente, los documentos (resumen de la emisión y otros) NO se realizaban por su emisor (la sociedad mercantil bajo la forma de Sociedad Anónima, Caja Madrid Finance Preferred) sino directamente por el comercializador y garante (la Caja de Ahorros, Caja Madrid)”.

La cláusula en cuestión define que se entiende por servicios de inversión. La representación procesal de la parte actora alude a unas omisiones en la descripción de ese servicio de inversión (“no indicando claramente que se trataba de un producto emitido por una sociedad del grupo Caja”) y mencionando expresiones que decía aparecían en la contratación (“señalando que se contrataba...un depósito súper remunerado), cuando en ninguna parte de la contratación aparece ese depósito súper remunerado. Dicha representación procesal no alude al supuesto mencionado en la cláusula, que alude a la necesidad de identificar las comunicaciones publicitarias como tales, como resulta de la obligación impuesta por el artículo 79.2, inciso segundo, de la LMV (en su redacción dada por la Ley 47/2007) (“Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales”). La representación procesal de la parte actora alude a que quien realizaba los documentos (Resumen de la emisión y otros) no era el emisor. Lo cierto es que

tanto el Resumen (documento nº 6 bis C de la demanda) como el Folleto Informativos (documento nº 16 de la demanda), aparecen encabezados por CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA.

En definitiva; nada que se refiera a la cláusula transcrita, sino a lo que debió poner y no puso y a quien realizó los documentos y debía realizarlos, según la representación procesal de la actora.

<<D.- 10.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 9 de 12, el apartado "9. POLÍTICA DE EJECUCIÓN DE ORDENES. ...De cara a la aplicación de los preceptos contenidos en esta Política, se considerará que CAJA MADRID actúa como ejecutor en aquellas situaciones en las que el Cliente deposita su confianza y experiencia en CAJA MADRID para que sea ésta quien tome la decisión respecto a cómo se ejecuta la orden, de forma que pueda influir en el resultado obtenido por el Cliente. Por tanto, bajo este principio, no resultarán de aplicación los preceptos contenidos en esta Política, y por tanto no estará sometida al régimen de mejor ejecución, la operativa con aquellos instrumentos financieros para los que CAJA MADRID no toma decisión alguna sobre la ejecución de la orden sino que es el Cliente quien acepta una oferta específica de CAJA MADRID para comprar o vender un instrumento financiero de su cartera propia. Con carácter general, CAJA MADRID realiza este tipo de operativa para renta fija pública y privada, tanto nacional como internacional y derivados cotizados en mercados no organizados (OTC), incluidos depósitos estructurados y otros productos estructurados.

CAJA MADRID, al ejecutar las órdenes dadas por los clientes, tendrá en cuenta como criterios que definen el ámbito de aplicación de la Política de Ejecución de Ordenes, las características: (i) del cliente, incluida la categorización como cliente minorista o profesional, (ii) de la orden, (iii) de los instrumentos financieros objeto de la orden y (iv) de los centros de ejecución o intermediarios a los que puede dirigirse esa orden.

Esta Política de Ejecución de Órdenes será de aplicación a todos los clientes minoristas y profesionales a los que se preste un servicio de transmisión o ejecución de órdenes respecto a los instrumentos financieros en ella incluidos. La Política de Ejecución de Órdenes no será aplicable a los servicios de ejecución y transmisión de órdenes prestados a contrapartes elegibles, salvo en el caso de que dicha contraparte elegible solicitase su cambio a la categoría de cliente profesional o minorista, de acuerdo con el procedimiento establecido por CAJA MADRID.

Dentro del ámbito de la Política de Ejecución de Órdenes, CAJA MADRID podrá actuar como transmisora (recibe las órdenes de sus clientes que son transmitidas a otro intermediario financiero) o como ejecutora de órdenes (recibiendo y ejecutando las órdenes de sus clientes directamente) en función del tipo de instrumento financiero objeto de negociación. De esta forma, la mejor ejecución para los clientes cuando CAJA MADRID actúa como "Transmisora de órdenes de clientes" se obtendrá, mediante la selección adecuada del intermediario y cuando CAJA MADRID actúa como "Ejecutora de órdenes por cuenta de clientes", mediante la selección adecuada del centro de ejecución. Con independencia de la posición que

ocupa CAJA MADRID en la cadena de ejecución, el proceso de selección del centro de ejecución o intermediario se estructura en las siguientes etapas:

A continuación se indican para cada instrumento financiero los centros de ejecución e intermediarios preferentes:

...- Para Emisiones propias de CAJA MADRID que formen parte de sus recursos propios, es Intermediario Preferente: Sistema interno de CAJA MADRID. En este caso no se aceptan órdenes de clientes profesionales”.

Por la representación procesal de la parte actora se expresa que “vaya por delante que las referencias que se contienen a continuación son abusivas en el sentido de que pretenden excluir la existencia de asesoramiento por parte de Caja Madrid yendo contra la realidad de los hechos. En relación al apartado "P. 1 Ámbito de aplicación y contenido básico" es preciso señalar que cuando se indica que "se considerará que CAJA MADRID actúa como ejecutor en aquellas situaciones en las que el Cliente deposita su confianza y experiencia en CAJA MADRID para que sea ésta quién tome la decisión respecto a cómo se ejecuta la orden, de forma que pueda influir en el resultado obtenido por el Cliente" se aplica unilateralmente por la Caja de Ahorros un criterio abusivo a todas luces, salvo superior criterio. Precisamente en los casos en los que el cliente bancario, por su desconocimiento del entorno técnico, deposita sus intereses en la entidad, como profesional, existe un asesoramiento y no una ejecución de órdenes”.

Por este Juzgador, no se aprecia que haya asesoramiento, por que la actuación de CAJA MADRID que se describe no consiste en formular recomendación acerca de qué producto se puede contratar, sino que se limita a “tomar la decisión de cómo se ejecuta la orden” dada por el Cliente. Ha de tenerse en cuenta que se está describiendo la Política de Ejecución de Órdenes (artículo 79 sexies de la LMV-Ley 47/2007) y no el servicio de asesoramiento (artículo 79.bis 6 de la LMV-Ley 47/2007).

Sigue refiriendo la representación procesal de la parte actora: “continúa diciendo el apartado 9.1 que ‘Por tanto bajo este principio, no resultarán de aplicación los preceptos contenidos en esta Política, y por tanto no estará sometida al régimen de mejor ejecución, la operativa con aquellos instrumentos financieros para los que CAJA MADRID no toma decisión alguna sobre la ejecución de la orden sino que es el Cliente quién acepta una oferta específica de CAJA MADRID para comprar o vender un instrumento financiero de su cartera propia’. Este punto debe ser puesto en relación con la referencia, ya realizada, a que la iniciativa en la comercialización de estos productos ha partido de la entidad”.

Al respecto indicar que el principio de mejor ejecución, generalmente entendido como la obtención del mejor precio para el cliente, tiene sentido cuando la orden se ejecuta en mercados externos y multilaterales, no cuando se ejecuta en un mercado interno, en el que la ejecución de las órdenes no va a generar grandes diferencias de precio para los clientes.

La representación procesal de la parte actora formula críticas en relación a que las participaciones preferentes NO son renta fija, tal y como se proclama por la entidad y a que no tiene razón de ser que se equipare el tratamiento de clientes minoristas y profesionales y añade:

“A continuación se indican para cada instrumento financiero los centros de ejecución e intermediarios preferentes: -Para emisiones propias de CAJA MADRID que formen parte de sus recursos propios, es Intermediario Preferente: Sistema interno de CAJA MADRID. En este caso no se aceptan órdenes de clientes profesionales”. De esta referencia debemos extraer dos consecuencias: 1º.- Primera: Que la emisión de participaciones preferentes, a pesar de hacerse a través de una tercera sociedad del grupo, participada al 100% por la Caja, es en su integridad de Caja Madrid, y 2º.- Segunda: EL HECHO DE QUE NO SE ACEPTEN ÓRDENES DE CLIENTES PROFESIONALES PRUEBA QUE ESTABA DESTINADA EN SU INTEGRIDAD AL TRAMO MINORISTA”.

Efectivamente; las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) es una emisión propia de CAJA MADRID que forma parte de sus recursos propios y tendría como Intermediario Preferente “el Sistema Interno de CAJA MADRID”, añadiéndose en el documento lo siguiente:

“En este caso no se aceptan órdenes de clientes profesionales”.

Esta no aceptación de órdenes de clientes profesionales sería nula, por ser contraria a Ley imperativa, desde la entrada en vigor de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y también sería nula actualmente conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta (*Comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios*) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

En el momento en que se emite el documento, no era nula por ser contraria a Ley imperativa por que la Legislación vigente lo permitía.

Se trata de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato pues se refiere a la ejecución de órdenes, considerada un servicio de inversión (artículo 631 b) de la LMV-Ley 47/2007].

Es susceptible de ser controlada por el desequilibrio subjetivo que produce.

Perjudica los derechos y a los intereses colectivos de los consumidores, pues el propio legislador ha considerado que una forma de proteger al consumidor es que en las emisiones de participaciones preferentes al menos el 50% de la emisión vaya dirigido exclusivamente a clientes profesionales, puesto que así se garantiza que al emisión está a precios de mercado y el precio de las preferentes se corresponde con el valor razonable (ver Informe de la CNMV sobre los casos, documento nº 22 de la demanda). De tal manera que sólo llegan a los consumidores minoristas las emisiones que han pasado el filtro del inversor profesional.

Por tanto, se considera que el inciso “En este caso no se aceptan órdenes de clientes profesionales” de la condición general produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato en perjuicio del consumidor.

Debe ser declarado nulo por abusivo.

<<D.- 11.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 10 y 11 de 12, el apartado "10. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL">>.

La representación procesal de la parte actora reitera sus objeciones en cuanto a la Protección de Datos de Carácter Personal, a la aceptación por el cliente de la política de ejecución de órdenes y a la declaración de haber recibido información sobre los principios generales de la política de ejecución de órdenes de la entidad y sobre cómo ampliar dicha información, así como la posibilidad de comunicar datos entre Caja Madrid y empresas del grupo.

En relación a las alegaciones sobre protección de datos, damos por reproducido lo expresado en el punto <<B.- 34.- y en relación a las declaraciones de adhesión del consumidor, a lo manifestado en el punto <<A.- 9.-

SÉPTIMO.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN IMPUGNADAS EN EL FUNDAMENTO DE DERECHO VII DE LA DEMANDA (páginas 503 y ss.).

La representación procesal de la parte actora efectúa la impugnación de diversas cláusulas “que entendemos no sólo que sean abusivas, sino de tal trascendencia, que su nulidad conllevará la ineficacia de todo el contrato”.

Las cláusulas que impugna las designa por referencias genéricas a las características de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) y serían las siguientes:

1º.- La cláusula de vencimiento del producto, al establecerse a PERPETUIDAD.

2º.- La cláusula por la que la facultad de amortización anticipada del producto se atribuye exclusivamente a la entidad emisora.

3º.- La cláusula por la que las partes (emisor y adquirente) se someten al derecho extranjero, en cuanto a la regulación de sus relaciones se refiere.

4º.- La cláusula por la que la retribución del producto está condicionada a la obtención de beneficios por parte de la entidad emisora.

Ya hemos explicado que la característica de la contractualidad de las condiciones generales impide al Juez conocer de la nulidad de las condiciones generales de la contratación que no estén incorporadas a un contrato.

Pues bien; la representación procesal de la parte actora parte del concepto equivocado de que el Resumen de la emisión (documento nº 6 bis C de la demanda) es un contrato. El Resumen de la emisión, también denominado Tríptico o Ficha del Producto, es una parte del Folleto Informativo de la emisión (artículo 37 del Texto Refundido de la LMV, en adelante TRLMV). Como ya hemos avanzado, ni el Folleto Informativo ni el Resumen son contratos. Tienen una finalidad informativa para “permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores” (artículo 37.1, párrafo segundo, del TRLMV). En definitiva: informan de los derechos que quedan incorporados al valor negociable PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) desde el momento en que se constituyen por inscripción en el registro contable de valores representados por anotaciones en cuenta.

De las 4º cláusulas impugnadas, sólo una, la cláusula de vencimiento del producto, al establecerse a PERPETUIDAD ha pasado al Contrato Orden de Suscripción/Compra de una forma muy breve: en una casilla de la carátula inicial de la Orden, donde pone “VENCIMIENTO” “PERPETUO”.

Como hemos indicado que la extensión no es una condición esencial de las condiciones generales de la contratación (artículo 1.1 de la LCGC), entendemos lo que la condición general dice es que el producto, especificado en otra casilla como “PARTICIP. PREFERENTES CAJA MADRID 2009” no tiene PLAZO DE VENCIMIENTO o que su duración es PERPETUA.

Pero no ocurre lo mismo con las otras tres condiciones generales de la contratación que, de los documentos impugnados (el Folleto Informativo de la emisión no es impugnado por la representación procesal de la parte actora), sólo aparecen en el Resumen o Tríptico. De tal manera que no podemos conocer de la impugnación de dichas cláusulas por no ser condiciones generales de la contratación al no haber quedado incorporadas a un contrato.

Tampoco podríamos conocer de la nulidad de dichas cláusulas si se entendiera que lo incorporado al contrato Orden de Compra/Suscripción es la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, que se aplica como derecho supletorio ante la ausencia de regulación de derechos del titular de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) por que, como expresan los considerandos y el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y numerosas resoluciones del TJUE [STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) (ROJ: PTJUE 93/2014), STJUE 30/5/13 (ASBEEK BRUSSE) (RO. PTJUE 87/2013), STJUE 21/11/02 (COFIDIS) (ROJ: PTJUE 117/2002) y STJUE 21/3/13 (RWE VERTRIEB) (ROJ: PTJUE 50/2013)], las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo, no estarán sometidos a las disposiciones de la Directiva. Se parte de que el legislador tienen en cuenta el equilibrio de los derechos de las partes derivados del contrato sin que pasen a la ley las cláusulas abusivas.

Pues bien; lo que acabaos de exponer en el párrafo precedente, es también lo que pasa con la única e las características de las participaciones preferentes que ha pasado al contrato Orden de Suscripción/Compra: LA PERPETUIDAD.

La Disposición Adicional Segunda.1 de la Ley 13/1985, en la redacción aplicable a la emisión de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II), establecía lo siguiente:

“Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta Ley tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España”.

Al ser la perpetuidad de las participaciones preferentes una característica definida en la Ley, no se puede controlar su carácter abusivo por impedirlo los considerandos y el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 y numerosas resoluciones del TJUE [STJUE 30/4/14 (BARCLAYS BANK) (ROJ: PTJUE 93/2014), STJUE 30/5/13 (ASBEEK BRUSSE) (RO. PTJUE 87/2013, STJUE 21/11/02 (COFIDIS) (ROJ: PTJUE 117/2002) y STJUE 21/3/13 (RWE VERTRIEB) (ROJ: PTJUE 50/2013)].

Luego, las peticiones de declaración de nulidad por abusividad solicitada en el FUNDAMENTO DE DERECHO VII DE LA DEMANDA han de ser desestimadas.

También ha de ser desestimada la pretensión que se formula en el punto 1, letra I) del *petitum* de la demanda, consistente en que “*Se imponga a las demandadas una multa, en la cuantía que se estime oportuno, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial con respecto al plazo señalado en Sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, puesto que la condena al pago de dichas multas está condicionada a algo que no ha ocurrido: que las demandadas se nieguen a ejecutar la sentencia condenatoria firme.

OCTAVO.- LA ACCIÓN DE COLECTIVA DE CESACIÓN POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA E ILÍCITA.

La representación procesal de la parte actora refiere que los actos de publicidad engañosa son los documentos aportados con el bloque documental nº 6 bis de la demanda. Es decir:

A.- Orden de compra/suscripción. Documento 6 bis A.

B.- Contrato de depósito o administración de valores. Documento 6 bis B.

C- Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II: Documento 6 bis C.



D.- Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión. Documento 6 bis D.

E.- Test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes. Documento 6 bis E.

F.- Pantallazo interno. Documento 6 bis F.

G.- Parte de un documento de presentación del producto. Documento 6 bis G.

H.- Pantallazo de la intranet de Caja Madrid. Documento 6 bis H.

Lo que se entiende por publicidad, está definido en el artículo 2 de la Ley 34/1988, General de Publicidad (LGP, en adelante) en los términos que siguen:

“A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

- Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

Si la finalidad de la publicidad es promover la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones, no constituyen actos de publicidad:

- *Los documentos de contratación del producto*, por que no están destinados a promover la contratación sino que son, o bien la propia contratación, es decir, el resultado de la publicidad, o bien documentos exigidos para poder realizar esa contratación. En este sentido, la Orden EHA/18/2010, de 11 de junio, de Regulación y Control de la Publicidad de los Servicios y Productos Bancarios expresa en su artículo 2.2 que “No se consideran actividades publicitarias y, por tanto, quedan excluidas de esta Orden...b) Aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación”. Teniendo en cuenta lo expuesto no son documentos publicitarios, por ser la propia contratación en sí misma, la “Orden de compra/suscripción” (Documento 6 bis A) y el “Contrato de depósito o administración de valores” (Documento 6 bis B). Tampoco son documentos publicitarios por ser exigidos para poder realizar la propia contratación la “Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión” (Documento 6 bis D), que es un documento firmado por el suscriptor/inversor minorista en el que se le informa de las modificaciones introducidas por la Normativa MiFID y el “Test de conveniencia Renta Fija Participaciones Preferentes” (Documento 6 bis E).

- *Los destinatarios a los que se dirige el acto también pueden determinar que un documento sea un acto de publicidad o no lo sea.* Para que un determinado documento sea un acto de publicidad, aparte de que tenga una difusión pública, es

necesario que el acto publicitario se dirija a los destinatarios que van a efectuar los contratos objeto de la promoción publicitaria. En ese sentido, no están dirigidos a los clientes o consumidores minoristas que debían suscribir las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II):

a).- El “Pantallazo interno” (Documento 6 bis F), que es la impresión de imagen de pantalla de ordenador de uso interno de la entidad financiera referida a la fecha de vencimiento 7/7/50.

b).- El documento denominado “Parte de un documento de presentación del producto” (Documento 6 bis G), que corresponde a una presentación interna dirigida al personal de la entidad.

- *Los documentos que no están referidos a la comercialización de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II).* El documento denominado “Pantallazo de la intranet de Caja Madrid” (Documento 6 bis H), lleva como fecha de acceso al mismo el 29/3/06 y, se refiere, como puede verse, a las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2004.

De tal manera que el único documento destinado a la publicidad de la emisión es el “Resumen de la emisión de Participaciones Preferentes Serie II” (Documento 6 bis C), también denominado Tríptico o Ficha del Producto, que es una parte del Folleto Informativo (documento nº 16 de la demanda). Además de cumplir la finalidad informativa que le atribuye la LMV, el Tríptico o Resumen tiene un indudable carácter publicitario ya que presenta mucha mayor facilidad de consulta que el Folleto Informativo y suele ser puesto a disposición de los clientes de varias maneras y en distintos lugares, por ejemplo, en las propias oficinas de la entidad financiera donde se consulta más cómodamente que el Folleto Informativo, por ser más manejable y sencillo.

El Folleto Informativo no es objeto de impugnación.

La impugnación formulada por la parte actora se dirige a considerar tales documentos como publicidad ilícita y engañosa. La versión de la LGP aplicable a la emisión de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) es la anterior a la que resultó de las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad. Dicha LGP englobaba dentro de la publicidad ilícita distintas formas de publicidad, entre ellas la publicidad engañosa (artículo 2 LGP). Definía la publicidad engañosa como “la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”. La **Directiva 114/2006, de 12 diciembre, de publicidad engañosa y publicidad comparativa, define la publicidad engañosa atendiendo no sólo al engaño que produce en el destinatario sino al perjuicio que es capaz de crear a los competidores de quien efectúa la publicidad; la define como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o**

puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor;" (artículo 2 b) de la Directiva 114/2006).

La representación procesal de la parte actora concreta los actos que considera de publicidad ilícita y engañosa en el *petitum* de la demanda como los siguientes:

"1º.- Utilizar para su comercialización a clientes "minoristas" la denominación "Participación Preferente", en las que se omite mencionar simultáneamente y de forma expresa todas y cada una de las concretas características y riesgos de dicho producto financiero".

El Resumen, Tríptico o Ficha del Producto es una parte del Folleto Informativo.

Este Folleto Informativo fue autorizado por la CNMV.

En el Resumen, Tríptico o Ficha del producto de la emisión se explica lo siguiente:

- Las características del producto, describiendo que es un producto complejo y perpetuo que no es un depósito.

- "El adjetivo "preferente" que la legislación española otorga a las participaciones preferentes NO significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados".

- En cuanto a los riesgos del producto financiero, se especifican y describen cada uno los siguientes:

"Factores de riesgo de los valores: Riesgo de no percepción de las remuneraciones... Riesgo de absorción de pérdidas... Riesgo de perpetuidad... Riesgo de orden de prelación... Riesgo de Mercado... Riesgo de liquidez o representatividad de las Participaciones Preferentes en el mercado... Riesgo de liquidación de la emisión... Riesgo de variación de la calidad crediticia... Factores de riesgo del Emisor y del Garante..."

"2º.- Publicitar las participaciones preferentes como si fueran un producto de deuda".

Cuando la representación procesal habla de producto de deuda, se está refiriendo a que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) se publicitan como un producto en el que se reconoce un derecho de crédito a su titular frente a la entidad, que está obligada a devolver el importe invertido. Como ha puesto de manifiesto la STS de 25/2/16 (ROJ: STS 610/2016) "el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago".

Pues bien; en el Resumen no hay publicidad en el sentido de expresar que las participaciones preferentes otorgan un crédito a su titular y constituyen una deuda de la entidad emisora. Se especifica claramente que la emisión de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) “no constituye un depósito bancario y, en consecuencia, no se incluye entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos”. Un depósito bancario puede considerarse deuda, puesto que integra el pasivo de la entidad y ésta ha de devolverlo. Se indica que las participaciones preferentes no son una deuda **cuando se especifica que el emisor no tiene obligación de reembolsar su principal** cuando se determina el riesgo de perpetuidad: “Estos valores son perpetuos (es decir, **el Emisor no tendrá la obligación de rembolsar su principal**. No obstante, transcurridos cinco años desde la Fecha de Desembolso, el Emisor podrá, en cualquier momento, amortizar total o parcialmente las Participaciones Preferentes Serie II, con autorización previa del Banco de España y del Garante. En ese supuesto el inversor recibirá el precio de amortización que consistirá en su valor nominal más, en su caso, un importe igual a la Remuneración devengada y no satisfecha hasta la fecha establecida para la amortización”. De la definición del riesgo de perpetuidad se obtiene claramente la conclusión de que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) no son un producto de deuda, por que la entidad emisora no está obligada a devolver el importe de la inversión (amortizarla) como consecuencia del reconocimiento de un derecho de crédito al inversor, sino por su libre y voluntaria decisión de proceder a la amortización de la emisión, con la autorización del Banco de España.

“3°.- Publicitar las participaciones preferentes como si fuera un producto de renta fija”.

En el Resumen se hacen varias referencias a que las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) cotizan en el mercado AIAF DE RENTA FIJA, pero no se dice que sean un producto de renta fija. La CNMV autorizó a la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (“AIAF”) para que las participaciones preferentes cotizaran en el mercado español de renta fija privada (AIAF).

Hubo cierta confusión acerca de si las participaciones preferentes eran o no renta fija. En una guía informativa publicada por la CNMV con el título “Qué debe saber de los productos de renta fija”, (documento nº 2 de la contestación de la demanda de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA) incluye, entre los distintos productos de renta fija, las participaciones preferentes.

En el Folleto Informativo de la emisión de las PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) se dice claramente que “Las Participaciones Preferentes Serie II no son valores de renta fija cuya percepción a vencimiento esté asegurada, ya que son valores de carácter complejo que puede conllevar pérdida del principal....” (documento nº 16 de la demanda, página 3) y en el Resumen no se dice en ninguna parte que lo sean.

“4º.- Publicitar las participaciones preferentes como si fuera un producto con fecha de vencimiento”.

En el Resumen no se publicitan las participaciones preferentes como si fueran un producto con fecha de vencimiento. Se dice que “tienen carácter perpetuo”, que “Estos valores son perpetuos (es decir, el Emisor no tendrá la obligación de reembolsar el principal)” y en cuanto a las PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA EMISIÓN se dice: “Plazo: Perpetuo, con posibilidad de que el Emisor amortice anticipadamente a partir del quinto año”.

También queda clara en el Resumen que la posibilidad de amortizar la inversión es algo totalmente voluntario para la entidad emisora, puesto que las participaciones preferentes son capital propio (capital de nivel 1 adicional) y, en consecuencia, el capital propio cumple unas funciones de garantía que implica dotarlo de una estabilidad, con lo que no puede estar sometido al deseo del suscriptor de que se le reembolsen las participaciones.

“5º.- Publicitar las participaciones preferentes con el logotipo de Caja Madrid (Caja de Ahorros, hoy Banco) cuando el emisor es una tercera entidad”.

El Resumen viene encabezado por “CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA”. Dicha sociedad está participada al 100% por CAJA MADRID y pertenece a su Grupo. A continuación, aparece en el Resumen el logotipo de CAJA MADRID que es, gráfico (la imagen de un oso) y descriptivo (con las palabras “CAJA MADRID”). Pero en el Resumen, en las PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA EMISIÓN, viene especificado que el “Garante” de la emisión es “CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID”.

De tal manera que puede aparecer en el Resumen CAJA MADRID por su condición de garante.

En consecuencia, no hay publicidad engañosa o ilícita en el Resumen, Tríptico o Ficha del Producto de la emisión de PARTICIPACIONES PREFERENTES CAJA MADRID 2009 (SERIE II) y la acción colectiva de cesación por publicidad ilícita o engañosa ha de ser desestimada.

NOVENO.- RESTO DE PEDIMENTOS FORMULADOS EN EL PETITUM DE LA DEMANDA.

En el punto 4 del *petitum* de la demanda se formula una pretensión en cuanto a la acción subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios:

“A) Se declare que las partes demandadas han incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a los actores referidas en los "Fundamentos de Derecho" de la demanda”.

Es una pretensión que va vinculada a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, para cuyo conocimiento ya se ha declarado la falta de competencia de este Juzgado.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, accesoria a la acción colectiva de cesación, vincula la indemnización de daños y perjuicios no al incumplimiento contractual, sino a la declaración de nulidad de una cláusula o condición general cuya aplicación se ha demostrado originadora de los perjuicios. Las cláusulas o incisos de cláusulas que se han declarado nulos no dan lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En el punto 5 del *petitum* de la demanda se formula la pretensión de que “En consecuencia de todo ello, se condene a las demandadas a...B).- Restituir igualmente a mis mandantes las pérdidas económicas y patrimoniales que les ha supuesto la irregular contratación de participaciones preferentes incluidos los conceptos por daños y perjuicios así como los de indisponibilidad de líquido al amparo de lo dispuesto en el Art. 1106 del Código Civil en relación con los arts. anteriores del mismo cuerpo legal. C) Subsidiariamente, caso de no estimarse la nulidad o anulabilidad de los contratos, interesamos se condene a la entidad demandada, BANKIA como sucesora de CAJA MADRID y como titular de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. a resarcir los daños y perjuicios causados a los actores, debiendo reintegrar a los mismos las aportaciones realizadas”. También se trata de pretensiones de la demanda vinculadas a la nulidad del contrato por error en el consentimiento, o anulabilidad o incumplimiento contractual, acciones para cuyo conocimiento este Juzgado se ha declarado no competente.

En consecuencia con todo lo expuesto, la demanda ha de ser parcialmente estimada.

DÉCIMO.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.-

Cuando se declaran nulas, por abusivas, determinadas condiciones generales, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales *erga omnes*, es decir, no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

La STS de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013) establece como uno de los requisitos para que la sentencia produzca efectos *erga omnes*, que se haya solicitado los demandantes, cosa que en el presente caso no se ha producido.

Además, ha de tenerse en cuenta que la legitimación de ADICAE para ejercitar las acciones accesorias de devolución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios se admitió a condición de que lo hiciera solamente respecto a sus asociados que se han personado como intervinientes adhesivos simples. Luego los posibles efectos económicos de la sentencia ya la limitaban a los que habían sido parte en el proceso.

En consecuencia, la sentencia no tendrá efectos *erga omnes*, sino limitados a quienes han sido parte en el proceso.

UNDÉCIMO.- PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.-

La representación procesal de la parte actora ha interesado la publicación del fallo de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en un periódico de los de mayor circulación, salvo que el Juez acuerde la publicación en ambos, con los gastos a cargo de la demandada.

La STS de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013) indica al respecto que el "artículo 21 LCG atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicidad del fallo de la sentencia junto con el texto de la cláusula cuya nulidad se declara o cuya utilización se prohíbe, lo que debe ponerse no en relación con el eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 22 LCG, a cuyo tenor "[e]n todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

Por tanto, la publicación de la sentencia es una facultad del Juez que ha de orientarse hacia la finalidad práctica de conseguir la difusión del contenido de la prohibición.

Por ello, se considera más práctica la publicidad a través de un periódico de los de mayor difusión de la provincia, a cargo de las demandadas y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia que a través del BORME.

DUODÉCIMO.- PROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS.

En los procesos declarativos, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad (artículo 394.2 LEC). En el presente caso ninguna de las partes litiga con temeridad y no se hace expresa condena en costas.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORROS Y SEGUROS DE ESPAÑA, los intervinientes adhesivos simples y por la representación procesal de D. LÁZARO VILLASECO DE LA CALLE y D^a. PURIFICACIÓN COBOS MARTIN contra CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA y contra BANKIA, SA,

DECLARAR la nulidad, por abusivas, de las cláusulas e incisos de cláusulas que se han expresado en el **FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO** de esta resolución, con la siguiente ubicación y redacción:

Punto <<A.- 14 de esta resolución. La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su parte inferior central la siguiente cláusula:



"La presente orden es irrevocable"..

Punto << A.- 16 de esta resolución. La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central la siguiente cláusula:

"7.- Es responsabilidad del ordenante comunicar a la Entidad que no está sujeto al Reglamento Interno de Conducta en el ámbito del Mercado de Valores de ninguna entidad que, conforme a la legislación vigente, le impida operar a través de Caja Madrid".

Punto << A.- 17 de esta resolución. La Orden de compra/suscripción (o "Resguardo de operación") contiene en su reverso parte central el siguiente inciso de cláusula:

"2.- ..."entendiéndose que con su firma prestan la conformidad expresa de los mismos".

Punto <<B.- 17 de esta resolución.- El Contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 2 de 13, parte central centrada, la siguiente cláusula:

"Séptima.- Conformidad a extractos y liquidaciones. "El/los titular/es se compromete/n a dar conformidad o formular reparos a los extractos y liquidaciones que le/s envíe Bankia en el plazo de quince días naturales desde la fecha de aquellos, entendiéndose en otro caso, que presta/n su conformidad a unos y otras"

Punto <<B.- 19 de esta resolución. El Contrato de depósito o administración de valores contiene en su página 3 de 13, parte central centrada el apartado "Décima.- Contratación telemática", párrafo cuarto, el inciso de la siguiente cláusula:

"y acepta expresamente el valor probatorio de dichas grabaciones y registros en juicio y fuera de él".

Punto <<D .- 10 de esta resolución.- El documento de Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión contiene en su página 10 de 12, apartado "9. POLÍTICA DE EJECUCIÓN DE ORDENES.", párrafo quinto, la siguiente cláusula:

"En este caso no se aceptan órdenes de clientes profesionales",

CONDENAR a las demandadas a CESAR en la utilización de las expresadas condiciones generales de la contratación, a eliminarlas de sus contratos y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización,

LIBRAR mandamiento al titular del REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN para la inscripción de la presente sentencia en el mismo,

ORDENAR la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, a cargo de las demandadas y en el plazo de quince días desde la notificación de la sentencia

y DEBO ABSOLVER del resto de los pedimentos de la demanda a CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA y a BANKIA, SA, sin que proceda condena en costas, debiendo cada parte satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. Al notificarse la resolución a las partes, se indicará **LA NECESIDAD DE CONSTITUCIÓN DE DEPÓSITO PARA RECURRIR, ASÍ COMO LA FORMA DE EFECTUARLO.**

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e//a Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.