

Roj: **SJM C 1/2017 - ECLI:ES:JMC:2017:1**Id Cendoj: **15030470012017100001**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Coruña (A)**Sección: **1**Fecha: **24/01/2017**Nº de Recurso: **168/2012**Nº de Resolución: **13/2017**Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ ABELLA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

D. JOSE MARIA FERNANDEZ ABELLA Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña y de su Partido Judicial ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº 13/2017

En A Coruña, 24 de enero de 2.017

Vistos por D. Eulalio Juez sustituto del Juzgado Mercantil nº 1 de A Coruña, los autos del Juicio Verbal 168/12-ML, sobre **ACCION COLECTIVA DE CESACION POR CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION ABUSIVAS Y POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA E ILICITA Y ACCION COLECTIVA RESTITUTORIA CONTRA LA ENTIDAD BANCO BANIF S.A.**, en el que son parte el demandante la ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (en adelante, ADICAE) representada por la Sra. Román Masedo asistida por el Sr. García Perulles y la demandada, BANCO BANIF S.A., representada por el Procurador Sr. Amenedo Martínez y asistida por el Letrado Sr. Capilla Casco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se registró, en el Juzgado Decano, la demanda promovida por ADICAE, contra la entidad mercantil BANCO BANIF S.A. (en adelante BANIF), en la que tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho de su pretensión finalizaba solicitando que, previos los trámites legales y el recibimiento del pleito aprueba se dicte sentencia por la que se declare que, en cuanto a la acción colectiva de cesación por condiciones generales de la contratación abusivas, declarando la nulidad de las cláusulas señaladas en el hecho sexto de la demanda y su no incorporación a los contratos de los actores y demás consumidores perjudicados por el hecho dañoso, se condenase a la demandada a eliminar de sus contratos este tipo de cláusulas nulas y abstenerse en los sucesivo de su utilización, librando mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción de la sentencia en el mismo y la publicación del fallo así como imposición de 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 la sentencia, conforme dispone el art 171 de la LEC.

En cuanto a la acción colectiva de cesación por publicidad engañosa e ilícita, se ordene a la demandada a la cesación de toda publicidad incluida la que figure en los propios contratos financieros y, como petición principal, la acción colectiva restitutoria se condene a la demandada a reintegrar a los consumidores perjudicados por el hecho dañoso las cantidades a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de todas las que fueron invertidas en los productos financieros emitidos por Lheman Brothers, comercializados por Banif, deducido lo que se obtenga en el momento del pago por la venta del mismo o del producto obtenido en la permuta o canje, sin comisiones ni gastos y deducidas las cantidades eventualmente percibidas hasta aquel entonces de los procedimientos concursales o de quiebra de Lheman Brothers.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.



SEGUNDO .- Contestada la demanda en los términos que constan en autos, se celebró la vista en la que las partes se ratificaron en su demanda contestándose la demandada en los términos que constan en acta; propuestas las pruebas consistentes en la documental adjuntada a autos el interrogatorio y las testificales se citó a las partes para la celebración de la vista.

Comparecidas las partes se practicó la prueba declarada pertinente efectuándose conclusiones, quedando pendiente la práctica de las testificales que constan en autos, las cuales se practicaron vía auxilio judicial.

Practicadas, las partes efectuaron conclusiones por escrito, quedando los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la presente controversia una acción de cesación por condiciones generales de contratación abusivas instando la declaración de nulidad de diferentes cláusulas de los contratos que formalizó la entidad bancaria demandada, una acción colectiva de cesación por publicidad engañosa e ilícita, instando en el suplico que la entidad demandada cese en la comercialización de los productos de los que no sea emisora, sin identificar a quien sea emisor, y a no comercializar como garantizados productos que no lo estaban, habiendo de informar correctamente al inversor según su clasificación previo elaboración de un test de idoneidad.

y, como petición principal, la acción colectiva restitutoria se condene a la demandada a reintegrar a los consumidores perjudicados por el hecho dañoso las cantidades a determinar en ejecución de sentencia sobre la base de todas las que fueron invertidas en los productos financieros emitidos por Lheman Brothers, comercializados por Banif, deducido lo que se obtenga en el momento del pago por la venta del mismo o del producto obtenido en la permuta o canje, sin comisiones ni gastos y deducidas las cantidades eventualmente percibidas hasta aquel entonces de los procedimientos concursales o de quiebra de Lheman Brothers.

SEGUNDO .- Sabido es que la Ley admite el ejercicio de las llamadas acciones colectivas, de cesación, retractación y declarativa, por parte de determinadas entidades (asociaciones y corporaciones de empresarios y profesionales, así como las de consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, entidades supranacionales o incluso el propio Ministerio Fiscal). En concreto, la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado, predisponente, a cesar en la conducta, así como a abstenerse de reiterarlas en un futuro la misma (art 53 TRLGDCU).

Ha de traerse a colación cuál es la finalidad y configuración de la acción de cesación, como la aquí entablada, y que se concreta en un corolario de pronunciamientos judiciales de los que hemos de reseñar las siguientes:

La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004, se refiere a las mismas señalando que "... Se trata de acciones que pretenden obtener una resolución judicial que ordene la cesación de una práctica prohibida o contraria a las concretas leyes que recogen la acción y la prohibición por parte de la autoridad judicial de que dicha práctica se repita en el futuro. Eventualmente, a pesar de que la conducta haya cesado en el momento de interponerse la demanda, puede pretenderse la prohibición de su realización siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Por tanto, comparando preceptos que las regulan, pueden establecerse como notas características comunes a todas las acciones de cesación las siguientes; en primer lugar se dirigen contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que respecto a las cuales existen serios indicios para temer su reiteración de modo inmediato; en segundo lugar no basta con que la conducta sea genéricamente perjudicial para los consumidores, sino que ha de contravenir la legislación que específicamente contempla la posibilidad de utilizar dicha acción ".

La Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 dispone que: " El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas)...No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención). La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola



(abstención de emplearla en lo sucesivo)... Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos 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 efecto, como ilustra la SAP Madrid, Sec. 28ª, de fecha 26-07-2013, en el Fundamento Jurídico Quinto, el control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas y el ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Partiendo pues, a la luz de lo señalado, cuales son las notas definitorias y comunes a las acciones de cesación ahora ejercitadas y sus efectos, bajo estos parámetros hemos de valorar si la petición de la actora se atiene a tales presupuestos o si faltan tales presupuestos jurídico materiales; hemos de asentar que algún sector doctrina ha mantenido que nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores al ser incompatible con las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y es que, lo que para un consumidor pudiere considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería, siendo ello una premisa que, como veremos, hemos de tener muy presente en el caso que nos ocupa. No obstante el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa, y es que negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva, supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, tal y como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art 51.1). La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de la contratación empleada en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de productos bancarios, propias de la contratación en masa.

TERCERO.- Aduce la actora que nos encontramos ante unos instrumentos financieros calificados como, complejos y de riesgo - participaciones preferentes, productos financieros estructurados o de estructura financiera y seguro conocido como Seguro Banif estructurado-, productos que fueron ofertados, previo asesoramiento de la entidad bancaria, a inversores minoristas conservadores a los que califica como desconocedor de conocimiento de estos productos y del funcionamiento de mercado desconociendo del riesgo que asumían al contratar estos productos.

En primer término, hemos de efectuar un análisis del marco en el que se desenvolvía esta vinculación contractual. Lo primero que hemos de concretar es que no nos encontramos en sede de banca privada, en la que los clientes tienen, con carácter general, conocimientos financieros más altos de los propios de un cliente de la red comercial ordinaria hasta el punto de que, en ocasiones, no era necesario que el banquero explicase determinados conceptos o características del producto, bien por estar versado el cliente en esos conocimientos, bien por haber hecho operaciones similares con anterioridad -véase la testifical del Sr. Abel , a la sazón ex empleado de la mercantil- sin desconocer que nos movemos en un ámbito comercial con peculiaridades propias inherentes al casuismo, terminología y constante innovación de fórmulas jurídicas, lo que hace necesario ahondar en la adecuada protección que se ha de dispensar al consumidor tanto en la fase precontractual, como en la contractual e, incluso, en la postcontractual, como ha sucedido en el caso que nos ocupa.

Resulta ello de suma importancia a la hora de abordar la alegación de la actora cuanto menta que se hizo un ofrecimiento indiscriminado del producto, sin perfilar al cliente, al que califica que minorista y de avanzada edad, alegación, vaya por delante, que se efectúa de forma genérica sin probatura alguna articulada al efecto para concretar la afectación y/o relación causa-efecto de dicha condición de edad avanzada y los conocimientos bancarios, aun cuando, cierto es, la carga probatoria se traslada al profesional financiero al cual



es exigible la diligencia de un ordenado empresario. Ha de recordarse que los art. 38 y 39 del RD 1310/2005 distingue entre tres clases de inversores en valores negociables: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado, siendo calificado el minorista, por exclusión, el que no es experto, ni cualificado, siendo merecedor de una mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela, previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario, pues la simple disposición de la información reglada y su registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores no desactiva la responsabilidad del emisor y demás sujetos intervinientes, ya que ello no produce el efecto de capacitar a todo inversor para considerar la naturaleza y riesgos, ni para evaluar la situación financiera actual y previsible del emisor. No obstante, no hemos de caer en la idea de asimilar la condición de minorista con inexperto toda vez que, la diferenciación se correlaciona con la concurrencia de una serie de requisitos objetivos que han de concurrir en cada inversor (art 78 LMV) -para ser clasificado como profesional ha de tener un patrimonio de 500.000 euros; haber ocupado un cargo profesional en el sector financiero durante al menos un periodo de un año; y haber realizado más operaciones al trimestre durante los últimos cuatro trimestres-, sin que ello suponga o presuponga que un inversor minorista no pueda ser un inversor de riesgo.

Pues bien, obviando cualquier comentario correlativo a la edad pues no se constata la más mínima correlación con la cuestión controvertida, es necesario apostillar la existencia de dos escenarios normativos, antes de la Directiva MIFID (La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa " MiFID ", acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive) aplicada en la legislación española con la ley 47/2007 de 19 de diciembre de 2007, en la que no existía una obligación de elaborar un perfil en sentido estricto o, al menos no recogerlo por escrito a diferencia de lo que sucede con la entrada de MIFID en la que es necesario dicha concreción documental y, si no encajase el producto con el perfil del cliente, conlleva que salten avisos que el cliente habría de firmar y aceptar.

Esta incorporación de MIFID a nuestro Derecho supuso, como ya apuntábamos, una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina. En cuanto a la categorización de los clientes, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección.

El cliente minorista es la categoría residual en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta.

El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. Por tal motivo se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información.

No obstante, ha quedado acreditado -véase testifical e interrogatorio practicada- que la entidad bancaria, a través del banquero, hacía, antes de MIFID, un análisis de cliente y de la calificación del riesgo de cada uno de ellos -"Scoring"- , y es que, sobre la importancia que tiene que el producto se adecúe al perfil del inversor, se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 2ª, Sentencia de 17 de abril de 2012, cuando dice que las entidades financieras deben proporcionar al inversor la información adecuada del producto, advirtiéndole del riesgo y especialmente aconsejar debidamente de la inversión en relación especial con las características y perfil del inversor; lo cierto es que los clientes, al menos los que, inicialmente, eran codemandantes, fueron evaluados, constandingo la firma de los test de idoneidad de los que se desprende que, al menos en los aportados a autos -doc. 40 a 59 adjuntado con el escrito de contestación-, no se desprende que estemos ante clientes de perfil conservador, tal y como refiere el actor, toda vez que, dos de ellos tienen, inicialmente, un perfil conservador (doc. 40 y 57) pasando, en un nuevo test, a un perfil de equilibrado y moderado, como también lo son los correlacionados en el doc. 40 y 44; otros doce lo son de perfil equilibrado (doc. 37, 39, 41, 45, 47, 49, 50, 55, 57 y 58); seis de perfil dinámico (doc. 42, 46, 52, 53, 54 y 56) al tener hasta el 80% de productos equivalente a renta variable y tres lo son de perfil agresivo (doc. 43, 48 y 59), perfil que fue conocido por los diferentes



clientes al haberse remitido el folleto informativo a modo de misiva de fecha 15 de octubre de 2007 (doc. nº 36) en el que se informaba, igualmente, de los riesgos de crédito o insolvencia, así precisa "... *Cualquier emisor privado, con independencia de su solvencia, incorpora un riesgo que suele ser superior al de los valores públicos; por eso, también suelen exigirse mayores rentabilidades...*"

Por tanto, la afirmación de estar ante clientes, todos ellos, de perfil conservador, choca frontalmente con la documental adjuntada a autos y ello, a su vez, ha de colegirse que estamos hablando, lo reiteramos por enésima vez, de clientes de banca privada ámbito en el que se contrata productos financieros de mayor o menor riesgo y complejidad, según los casos pero, en todo caso, diferente de un producto financiero conservador (depósito), que llevan a la necesidad de entender que los clientes son depositarios de conocimientos financieros, premisa esta refrendada por el perfil evaluado, lo que conlleva a la inequívoca consecuencia que, la posibilidad de ser influenciado, a los efectos de ser depositario de productos financieros, se diluya o, al menos, sea de más difícil consecución y ello, a su vez, ha de ponerse en relación con un hecho conocido por todo consumidor medio cual es que la inversión en el mercado bursátil, lleva inherente un riesgo de solvencia de los emisores, incluso aunque nos encontrásemos ante un valor de renta fija, por eso el alto tribunal en sentencia de fecha 14-11-2006 llega a cuestionar, en supuestos de operaciones especulativas, la aplicación de la LGDCU y así postula que "... *el problema analizado poco o nada tiene que ver con la defensa de los consumidores y usuarios, puesto que la operación en la que intervino el recurrente tiene carácter claramente especulativo cuya frustración final no puede trasladar retroactivamente la operación crediticia a ese ámbito normativo protector*", criterio seguido por diferentes resoluciones poniendo en evidencia la consustanciabilidad de la adquisición de este tipo de inversiones y el riesgo inherente en atención al susodicho el factor especulativo, por ello la AP de Las Palmas (SAP 05-06-2008) apunta que "...*en tales inversiones existe una incertidumbre sobre resultados pendientes de una evolución de la inversión, por eso, en aquella decisión inicial, pesa no la orientación o confianza que puede prestar el gestor sino el convencimiento propio de elegir, como apropiada al interés personal económico, una de entre las muchas alternativas de inversión financiera ofertadas en el mercado*".

CUARTO.- Otro punto que es esencial analizar, es la vinculación contractual existente entre las partes al entender la actora que existe una relación de asesoramiento financiero, extremo que es negado por la demandada al asentar que nos encontramos ante una comercialización y depósito y administración de valores.

Es un hecho indubitado que, dentro de la práctica bancaria, la función de la entidad emisora no ha sido simplemente la de comercializar un producto, sino que ha recibido la encomienda o encargo del cliente de asesorarle sobre qué productos de inversión adquirir, habiendo de precisar que, en ese supuesto, nos encontraríamos antes un servicio de "asesoramiento financiero", normalmente articulado a través de un contrato de gestión o asesoramiento de cartera, en los términos definidos por el artículo 63.1g) de la Ley de Mercado de Valores, que dice:

Se considerarán servicios de inversión los siguientes: g) *El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.*

Este contrato contiene unos deberes de información más acusados, que como veremos en las siguientes resoluciones, incluyen también el de mantener al cliente en continua información y asesoramiento sobre el estado de su inversión, perspectivas y dinámica de riesgos. La Jurisprudencia se ha manifestado claramente sobre la diferencia de ambos contratos, admitiendo a su vez la existencia de dos subcategorías en el contrato de gestión de cartera, llamadas "asesorada" y "discrecional".

Perfecto ejemplo definitorio es la SAP Baleares, sec. 5ª, 2-9-2011, y la sec. 5ª, SAP de 3-12-2012, o la SAP de Madrid de fecha 16-11-2001 cuando afirma que " *la actividad probatoria no permite afirmar con la debida claridad y necesaria certeza, la existencia de actos concluyentes e inequívocos que permitan evidenciar la asunción por la entidad de la obligación de asesoramiento. La única obligación que, con la debida certeza puede afirmarse comprometida por la demandante, es ofrecer información genérica sobre los productos existentes en el mercado y la intermediación en la realización de la operación*".

Una primera cuestión objeto de controversia, y que se reputa esencial al efecto de determinar el grado de información exigible a prestar por la entidad demandada, es determinar si el contrato suscrito por los demandantes con la entidad bancaria demandada es de simple administración de valores, o además de lo anterior, puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos o que comporte obligación de asesoramiento.



En este aspecto las entidades de crédito pueden ofrecer servicios de contenido muy diverso, y en la doctrina tradicionalmente se ha distinguido entre dos fórmulas de administración y gestión de valores: la directa que adopta la forma de administración conservativa de valores, y la indirecta que a su vez puede desdoblarse en individual, a través de la gestora de entidades de inversión, y conjunta, a través de persona interpuesta en la modalidad de gestión colectiva. En la primera de ellas, su finalidad es la simple conservación del contenido económico o una administración conservativa, y en la segunda es más dinámica. A la primera se refiere el artículo 308 del Código de Comercio Econ la custodia de la documentación, o, en su caso, mediante anotaciones en cuenta, y a la vez realizar el cobro en el momento de sus vencimientos y practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven su valor y los derechos que correspondan con arreglo a las disposiciones legales, entre ellos, en su caso, los derechos políticos. En cuanto a la segunda, además de tal administración conservativa, se trata de la obtención de rendimientos económicos extraordinarios, rentabilidad de la gestión y una eventual plusvalía, y se destaca que en el ámbito de los mercados de capitales reviste mayor complejidad y tecnificación con atenciones, necesidades de gestión y conocimientos cada vez más tecnificados a los que el inversor no puede hacer frente, precisando de profesionales altamente cualificados que obtengan la mayor seguridad, rentabilidad y liquidez de las inversiones realizadas con diversificación de riesgos y la gestión de carteras debe comprender con carácter necesario aquella actividad tendente a la extracción de rendimientos extraordinarios como resultado de una política de inversiones adecuada a la composición de la cartera.

En cuanto a los contratos de gestión de carteras, la STS de 11 de julio de 1998, distingue entre contratos de gestión de carteras "asesorada" y la "discrecional", en los siguientes términos: *"El contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el artículo 71 j) de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, al permitir a las Sociedades de Valores "gestionar carteras de valores de terceros", carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión "asesorada" de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión "discrecional" de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera..... El título VII de la Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el artículo 255 del Código de Comercio impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el artículo 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; en el ámbito del mandato regulado en el Código Civil, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo".*

Tras la entrada en vigor de la Ley 47/2007 y la modificación del artículo 63 de la LMV, se distingue entre servicios de inversión y servicios auxiliares, y, entre los primeros, en el apartado g) se recoge el de "asesoramiento en materia de inversión", entendiéndose por tal " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.

No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial", y en el apartado d), " La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.", y entre los segundos, esto es, servicios auxiliares, en el apartado 2.a), " la custodia y administración por cuenta del cliente de los instrumentos previstos en el artículo 2".

Habida cuenta de que el contrato de asesoramiento exige una mayor diligencia en el cumplimiento del deber de información, la situación más común será que las entidades bancarias pretendan que se reconozca tan solo la simple contratación por parte del inversor de un contrato de depósito y administración de valores, mientras que el interés del cliente será el de demostrar la existencia de un contrato de gestión de cartera o la prestación efectiva de un servicio de asesoramiento financiero. A los efectos de dilucidar si nos encontramos ante uno u



otro, hay Jurisprudencia que afirma que procede acudir no solo a lo manifestado por la documentación, sino a la realidad del caso aun cuando en el caso que nos ocupa, recordemos, se ejercita una acción colectiva.

En este sentido resulta clarificador el pronunciamiento de la AP Asturias (Sección 7ª), sentencia núm. 431/2011 de 26 septiembre; el Tribunal, en ese asunto, concreta que, *" más allá de la denominación que se dio al contrato celebrado entre las partes ("contrato de depósito o administración de valores"), la entidad "BANIF" se obligó a prestar asesoramiento financiero a la actora, y de hecho se lo prestó, pues así se deduce del tipo de actividad a que se dedica la entidad (es la división de Banca privada del Grupo Santander), del perfil inversor de la demandante, y del hecho de que de la documentación obrante en autos se desprende con toda claridad que la entidad designó a la actora un "asesor de patrimonios..."*

Tal y como reseñábamos el actor entiende que la entidad bancaria prestaba un servicio de asesoramiento; no obstante, nuevamente, nos encontramos con una aseveración que carece del más mínimo soporte probatorio. Es más, la prueba articulada nos lleva a un razonamiento contrario al pretendido por el actor. Contamos en autos con la documental incorporada, el interrogatorio del Sr. Guillermo , la testifical de la Marí Luz ; a la sazón Directora de área; y del Sr. Abel , ex empleado de la entidad. Sin duda, es necesario apuntar que las informaciones verbales prestadas por empleados de la entidad financiera son susceptibles de prueba, aun cuando exista es relación jerárquica que mantiene con la propia entidad financiera y por ser ellos mismos parte interesada, tal y como se ha recogido en diferentes pronunciamientos en relación a la declaración testifical de empleados de la entidad -véase, entre otros, SAP Asturias 12-11-2010; Valencia 29-03-2011; Palencia 30-06-2011; Oviedo 04-04- 2011; Zamora 19-07-2011. Teniendo en cuenta dicha matización, a la hora de efectuar la valoración de sus declaraciones, todas ellas han sido coincidentes, sin ningún tipo de contradicción, en el sentido de que el Banco actuó como comercializador de los productos, dicho de otra manera, prestó un servicio al emisor del producto, sin que conste probatura alguna que acredita la existencia de recomendaciones personalizadas que fueran dirigidas a la adquisición de los productos Lehman, quedando ello, a su vez, corroborado con la documental mejor dicho, por la no incorporación ni constatación escrita de esa relación y/o vinculación de asesoramiento -véase relación contractual suscritos por los clientes inicialmente codemandantes. Doc nº 11 a nº 23- lo que le hubiere de impedir, al albur de su labor de custodia y administración de valores y administración de valores, tal y como se refleja en el contrato de depósito y administración, que tuviere una capacidad para operar de forma discrecional con los valores adquirente. No somos desconocedores del criterio mantenido por el TS en las sentencias núm. 102/2016, de 25 de febrero , y 411/2016, de 17 de junio, con cita de otras diversas resoluciones previas del alto tribunal, en la que precisa que para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera y es que basta con que exista una relación entre las partes en cuyo marco la entidad ofrezca el producto a los clientes y les recomiende su adquisición, criterio jurisprudencial refrendado en la reciente sentencia del TS de 14-11-2016, pero, lo reiteramos a fuerza de ser repetitivos, no consta la más mínima probatura que de cobijo a dicha aseveración.

El posicionamiento que hemos mantenido queda corroborado por un dato que también es denunciado; en efecto, se dice por la actora que los clientes ni siquiera conocían, en el documento de comercialización, el nombre del emisor y ello es consustancial con la dinámica de actuación de la entidad bancaria; pues bien, tal y como declaran las testificales, la entidad bancaria creaba una estructura y se la proponía a los clientes y cuando existía una cartera de clientes interesados, la propone a entidades emisoras para encontrar cual estuviere interesada con las mejores condiciones de emisión, información comercial en la que si figura una perfecta descripción del producto y características quedando evidenciado que la entidad bancaria no es la emisora de los mismos -véase documental incorporada correlativa a las presentaciones comerciales- aun cuando, reiteramos, en las boletas de reserva no siempre figuraba, por las razones apuntadas, aun cuando ha de precisarse que no en todas, a diferencia de lo que mantiene la demandante en esta acción colectiva pues, en algunas de las incorporadas a autos (doc nº 71 entre otras), si se concreta el nombre del emisor, lo que contradice lo mantenido por la parte en cuanto a esa generalidad apuntada.

No obstante, no podemos caer en el error de entender que ello comportaba un perfeccionamiento de la inversión y es que, en primer término, habría de encontrarse al emisor y con ello concretar, de una manera definitiva, las condiciones del producto y es, en ese momento, cuando podría perfeccionar la operación y es que, lejos de actuar, la entidad bancaria, de motu propio y de forma discrecional (ha de advertirse que, si existiere esa gestión asesorada, el gestor tendría un amplísimo margen de libertad en su actuación pudiendo perfeccionar las operaciones sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera) se han de firmar y se firman las órdenes de compra por cada uno de los clientes, órdenes de compra en la que se recogen ese condicionado definitivo y en el que se encuentra, entra otros extremos, el nombre del emisor y su código ISIN. Sobre este particular, las sentencias del TS núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de



25 de febrero, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, cual es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa.

Es necesario detenernos en la lectura de estas órdenes de compra; en efecto, de la lectura de las mismas se advierte, al margen de lo ya mentado relativo a la identificación del producto, y se concretan diversos escenarios de rentabilidad del producto incluyendo con las consecuencias de rentabilidad en caso de amortización anticipada y, muy especialmente significativo, es la concreción, en letra mayúscula y en negrita, los riesgos del producto comercializado calificándolo como de " **riesgo elevado**" con la advertencia expresa de que " *puede producir pérdidas patrimoniales en el principal invertido, pudiéndose obtener una rentabilidad negativa, se advierte que la rentabilidad del producto, globalmente considerada, está vinculada a la evolución de las acciones subyacentes, por lo que este producto podrá dar lugar a pérdidas patrimoniales a vencimiento*" es más, se llega a advertir que " *pérdida que podrá ser total si la referencia final de la acción subyacente con peor comportamiento relativo fuese igual a cero*"; otro tanto en relación a las participaciones preferentes (doc. nº 78) cuando refiere "... he sido advertido con carácter previo a la inversión de los posibles riesgos de tipo de interés, relativo a las circunstancias personales o factores temporales, de mercado, de cambio de divisas y riesgo político, así como los riesgos de carácter general de los mercados de valores asociados al producto que deseo contratar y, en su caso, de los potenciales efectos adversos que podrían conllevar los mismos sobre la inversión realizada". No otra conclusión se ha de deducir para con el otro producto cuestionado (Seguros Banif Estructurados) en los que, en sus condiciones particulares, se concreta " *Opción de inversión única.- ... El tomador de seguro asume el riesgo de la inversión a la que se vinculan las primas en dicha estructura financiera asumiendo así mismo el riesgo de una evolución negativa de la estructura financiera descrita y por lo tanto, la pérdida total o parcial de la inversión efectuada ...*" y en el propio contrato de seguro (doc. nº 76), se hace expresa advertencia de que " *por lo que este producto podrá dar lugar a pérdidas a vencimiento, si en la fecha de valoración final del índice subyacente es inferior al 90% de la referencia inicial y además este índice ha caído en algún momento durante la vida del bono un 30% desde la referencia inicial...*", habiendo de poner en evidencia, una vez más, la experiencia inversora inherentes a los clientes de la banca privada, al menos los inicialmente codemandantes, en inversiones que conllevan inherente un riesgo notorio y es que no se ha articulado la más mínima actividad probatoria que haya de desvirtuar la idea de encontrarnos ante una persona cualificada y perfectamente hábil para decidir en la concreta inversión, aun cuando, cierto es, que existen resoluciones que matizan que, una cosa es que desde hacía tiempo realizara inversiones y otra cosa muy distinta, que se tratara de un profesional avezado y conocedor de la complicada gama de productos financieros que aparecieron en el mercado bancario, bajo los auspicios de una economía estable, no obstante, lo reiteramos, la probatura articulada al efecto, brilla por su ausencia y es que nada en contrario se ha acreditado, salvedad hecha del histórico adjuntado por la demandada, de las operaciones comerciales de los inicialmente codemandantes. En dicha tesitura es necesario hacer referencia al máximo órgano regulador del mercado financiero precisando (véase doc. nº 73) la corrección de la comercialización de productos financieros por parte de la ahora demandada.

La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MIFID da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Como ya declara las mencionadas sentencias del TS núm. 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, dicho de otra manera, es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas.

Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores. Los deberes legales de información,



en nuestro caso los antes expuestos del R 629/1993, responde a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

Por otra banda, resulta evidente que dicho condicionado -véase órdenes de compra- se acomoda a lo establecido en el art 79 bis. 3 de la LMV al estipular: " *A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta... 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*", extremo este que contradice la existencia de una posible publicidad engañosa.

Plantea la demandante varias cuestiones que es preciso abordar: por una parte, la existencia de una posible existencia de que se abonasen por los valores un precio superior al mercado, con una intencionalidad comercial del banco en cuanto a la colocación de productos Lehman Brothers existiendo un conflicto de intereses. Ni que decir tiene que la primera de las aseveraciones roza lo anecdótico, toda vez que es una aseveración especulativa, dada al azar, sin argumentación alguna o probatura al respecto pese a la objetividad de dicho postulado que hubiere de permitir tal acreditación, esencial para concretar el hecho dañoso común el cual es un elemento básico para acreditar la acción resarcitoria común ahora ejercitada, como tampoco existe la más mínima evidencia de siquiera, una comunicación por parte de la entidad bancaria, referida a uno de los clientes de la entidad, en la que recomendase o instase la adquisición de productos Lheman.

Centrándonos pues, en la segunda de las alegaciones habremos de recordar que la normativa MIFID también amplía a través del artículo 70 LMNV la regulación preexistente dedicada a las situaciones de conflictos de interés, obligando a las entidades a evitar por una parte, las situaciones de conflicto de interés y, en caso de darse, tienen la obligación de informar al cliente sobre su existencia y, finalmente, adoptar las cautelas necesarias para resolverlas sin perjuicio de éste. Al respecto, habremos de afirmar que el caso paradigmático es el supuesto en el que las entidades bancarias comercializaban a través de su oficinas las participaciones emitidas por ellas mismas, supuesto en el que el conflicto es más que evidente, pues ellas mismas, y a tenor de todo lo que ya hemos hablado, estaban más interesadas en la captación de recursos propios para el saneamiento de su balances que en aconsejar de forma cabal y honesta a sus clientes. Así lo dice la sentencia de la AP Baleares, sec. 5ª, S 21-3- 2011, cuando dice: " *Así, no es que los actores se personaran en la oficinas de la entidad demandada y teniendo conocimiento del producto financiero, solicitaran más información sobre sus características y las ventajas o desventajas de dicha inversión; al contrario, de la declaración del apoderado de la sucursal Sr..., y quien intervino directamente en la formalización del contrato de compraventa litigioso, cabe concluir que fue dicho apoderado quien, de entre todos los productos financieros de que disponía, ofreció el concertado, producto que además era el que más convenía a los intereses de la propia entidad bancaria, pues, el destino del importe de la emisión de las participaciones, era servir a los recursos propios de la propia entidad...*"

Podemos remontarnos al ya derogado Real Decreto 629/1993 en cuyo anexo se regulaba un Código General de Conducta de los mercados de valores en el que se hacía mención específica a la necesidad de evitar conflictos de intereses. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 25ª, S 28-12-2012, los desglosa en las normas de conducta establecidas en el mencionado título VII de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente al tiempo de conclusión del contrato litigioso, pueden sintetizarse (artículo 79) en las siguientes: 1.- Obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. 2.- Obligación de organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. 3.- Obligación de desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. 4.- Obligación de disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. 5.- Obligación de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. 6.- Obligación de garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes. 7.- Obligación de abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros



sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto. 8.- Obligación de dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

La cuestión queda completamente regulada al aparecer el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en cuyo artículo 44 se dice que los conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes. Al objeto de identificar los conflictos de interés conforme lo dispuesto en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten servicios de inversión deberán tener en cuenta, como criterio mínimo, si la propia empresa, o bien una persona competente u otra persona directa o indirectamente vinculada a aquella mediante una relación de control, se encuentra en alguna de las siguientes situaciones: a) La entidad o la persona en cuestión puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a costa del cliente, o, b) tiene un interés en el resultado del servicio prestado o de la operación efectuada por cuenta del cliente, distinto del interés del propio cliente en ese resultado, o, 59 c) tiene incentivos financieros o de cualquier otro tipo para favorecer los intereses de terceros clientes, frente a los propios intereses del cliente en cuestión, o, d) la actividad profesional es idéntica a la del cliente, o, e) recibe, o va a recibir, de un tercero un incentivo en relación con el servicio prestado al cliente, en dinero, bienes o servicios, distinto de la comisión o retribución habitual por el servicio en cuestión. En cualquier caso, tal y como se señala en el mencionado artículo 70 quáter de la Ley no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente.

Quizá la sentencia que mejor trate este tema de todas a las que he tenido acceso es la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Vigo, con fecha 16 de mayo de 2013. Por tanto, el conflicto no surge tanto porque la entidad busque un beneficio propio, algo consustancial a cualquier actividad con ánimo de lucro, sino que ese beneficio actúe en contra de los intereses del cliente o a costa de los mismos. Es necesario recordar lo mentado por el representante de BANIF, Don. Guillermo, cuando adujo que cuando el emisor subyacente era el Grupo Santander se le obligaba al cliente a afirmar un documento especial para eludir cualquier tema relacionada con ese posible conflicto de intereses.

El caso que nos ocupa no define un supuesto recurrente de conflicto de intereses, pues no existe una concentración entre el creador, estructurador, comercializador, es más, se adjunta a autos (doc. nº 64) certificación en la que se concreta un listado de emisores de productos distribuidos por BANIF lo que permite deducir que actuó conforme dispone la CNMV que ha pedido a las entidades financieras que *"eviten los conflictos de intereses que supone su doble condición de emisor y comercializador"* e informen de la conveniencia adquirir determinado producto, ya que a veces *"el inversor carece de conocimientos y experiencia para comprender su naturaleza"*

Es evidente que este modus operandi, no concurre en el caso que nos ocupa, es un esquema que no es potencialmente generador de conflictos de intereses, ya que no existiría el riesgo cierto de que las recomendaciones del asesor/comercializador vayan orientadas, de forma prioritaria, a los intereses de la contrapartida y no a los del cliente. Debe recordarse que el banco es el mero intermediario de la operación, tal y como hemos razonado ut supra, no actuando por cuenta propia y como quedo corroborado con las declaraciones efectuadas en el acto de la vista, muy especialmente del Sr. Abel, al afirmar y reafirmar, que se aseguraba que los clientes supiesen y conociesen el riesgo del producto financiero contratado con sus características que ya venía colegidas en el informe comercial, profundizando en ellos y todo ello se reiteraba en el momento de la firma de la orden de compra.

Dicho argumentario ha de llevarnos a que las alegaciones de la parte decaigan por las razones apuntadas.

QUINTO.- Siguiendo con lo mantenido en el escrito rector, se imputa a la demandada que no informó a los clientes de la evolución de las inversiones, ni del deterioro de la calidad crediticia de Lheman a pesar de ser conocida y que, una vez producida la quiebra, no informó adecuadamente a los clientes llegando a presionarles para aceptar la permuta de productos que se califica como abusiva.

La CNMV en la Circular 1/1996 de 27 de marzo (norma 13ª) determina la necesidad de remitir *"con periodicidad trimestral, si hubiese habido alteraciones en la composición de la cartera y, anual en todo caso, información clara y concreta de la situación de la cartera de valores o de valores y efectos depositados..."* y *"en el caso de contratos de gestión de carteras, además de información trimestral a que se refiere el párrafo anterior, al menos semestralmente, se incluirá información referida a, como mínimo, una comparación entre la situación de la cartera en el momento en que se efectuó la última comunicación y el movimiento habido durante el periodo incluyendo el del efectivo, así como detalle de: valores nominales y efectivos, número de valores comprados y vendidos o prestados, pagos de cupones o dividendos, fechas de conversión o canje y amortizaciones ..."*, " Esta



información, deberá remitirse mensualmente cuando la cartera gestionada presentara pérdidas a final de mes, con respecto al fin de mes anterior y cuando la naturaleza de las operaciones o el riesgo inherente a las mismas exigieran, por razones de prudencia, una mayor información al cliente"; dicha obligación informativa se ratifica, en términos idénticos, en el art 70 del RD 212/2008 de 15 de febrero determinando la obligación de exigir la remisión con carácter anual el estado de los productos contratados.

En el presente caso, la testifical del Sr. Abel , como el resto de las testificales que constan en autos, fue clara a la hora de concretar que en las reuniones periódicas y habituales habidas con los clientes explicaba el posicionamiento en el que se encontraba sus posiciones, pero es que consta -véase doc. nº 81 a nº 102- extractos integrados remitidos en la que se precisaba, bien con carácter trimestral o semestral, la evolución antedicha pero es que también se efectuaba una información sobre la marcha de los mercados -véase doc. nº 103, 104 y 105, recordemos documental no impugnada- analizando la situación, su evolución y la perspectiva futura. En atención a ello, la actora cuestiona que era público y notorio la inminente quiebra de Lheman aserto que, nuevamente, se hace sin sustento probatorio alguno, siquiera un informe que hubiere de dar sustento al mismo, bien al contrario las empresas rating calificaron los productos Lheman con un rating "A" (doc. nº 106) siendo uno sólo de fecha 28 de mayo el que recomendada la venta de acciones Lheman, venta que no anuncio de una situación de tal inestabilidad que desembocase en la quiebra de septiembre de 2008, siendo buena muestra de ello lo apuntado nada más y nada menos, que el Comité Europeo de Reguladores de Valores de fecha 23 de marzo de 2009, por el Fondo Monetario Internacional (informe de fecha 10 de enero de 2011) o la CNMV cuando apunta que "*hasta los últimos días de Lheman Brothers, su posición de liquidez, se mostraba relativamente robusta. Se habían observado algunas señales de tensión, algunas contrapartes habían mostrado cierto nerviosismo y existían indicios de que la confianza en el mercado era frágil. No obstante, mantenía su posición general de liquidez y el grupo contaba con un respaldo, como era el acceso a las líneas de liquidez de la Reserva Federal y del BCE*", calificaciones que, pese a que están cuestionadas a nivel de mercados, su importancia y credibilidad siguen siendo evidente hasta el punto de seguir siendo tenidas en cuenta por el legislador.

Por tanto, por desgracia, esa presunta previsión carece de soporte alguno dando lugar a la crisis mundial que nos ha tocado vivir.

Una vez acaecida la quiebra (15 de septiembre de 2008), se dice por el actor, que no se informó adecuadamente a los clientes y que se presionó a estos para aceptar la permuta de productos calificándola como abusiva. Es necesario hacer el corolario de notificaciones efectuadas por la entidad bancaria a resultas de la quiebra, a saber: a) El 16 de septiembre de 2008 se remite misiva a los clientes (doc. nº 117); b) Diferentes notas informativas (doc. nº 118 y 119); c) Contratación de servicios jurídicos para ponerlo a disposición de clientes afectados a efectos de insinuar créditos en el concurso de Lheman (doc. nº 120). Por tanto, es evidente que se informó, de una forma inmediata, sobre la situación resultante, una vez acaecida la quiebra de Lheman, en contra de lo mantenido por la parte actora, dando la posibilidad de asesoramiento jurídico y apoyo formal para reclamar sus derechos, incluso aunque fuere un cliente que no optase por la permuta -véase declaración del Sr. Abel . En consecuencia, dicha pretensión ha de estar abocada a su desestimación.

SEXTO.- Ejercita la actora acciones en materia de condiciones generales de la contratación con relación al siguiente clausulado: con la definición del objeto de contratación de la orden de compra de valores; con la cláusula en la que se exonera de responsabilidad del contrato de administración y gestión de carteras, y con las del contrato global de adhesión; y con las cláusulas del contrato de permuta de bonos (cláusula primera, segunda, tercera, quinta, séptima, octava y décima).

Es necesario recordar que el concepto de condición general de la contratación debe buscarse en su propia normativa, en concreto, en el artículo 1 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, (en adelante, LCGC), cuando afirma que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesto 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; habiendo de precisar que, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión .

De la propia redacción del artículo 1 de la Ley de 1998 cabe extraer sus dos principales características, a saber, que la condición general de la contratación es una cláusula o estipulación contractual predispuesta e impuesta por una de las partes (predisponente) a la otra (aceptante o adherente), cuya libertad contractual queda limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo, de la misma, y que es el instrumento propio utilizado en la contratación en masa o por adhesión (véase "Contrato de adhesión"). La peculiaridad, por tanto, de las condiciones generales de la contratación también reside en el hecho de que no son ambas partes las que



la redactan de común acuerdo, sino que ésta es impuesta por una de ellas a la otra, que no puede más que aceptarla o rechazarla. Ahora bien, para que la "cláusula no negociada individualmente" alcance la categoría de "condición general de la contratación", requiere además que habrá de nacer bajo la necesaria finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, normalmente de adhesión, por eso especifica la propia Ley que, el hecho de que alguna cláusula haya sido negociada individualmente, como ya apuntábamos, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. A estos efectos, el propio Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1998 delimita claramente estas figuras cuando, al abordar la cuestión relativa al carácter prohibido de toda condición o cláusula abusiva en protección de los consumidores, afirma que *"una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual"*.

Como dice la STS de 9 de mayo de 2013, la consideración como condición general de la contratación entraña, a tenor del artículo 1 de la LCGC, que se trate de cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa).

Y precisa el alto tribunal, en la citada resolución, que no puede equiparse a negociación el simple hecho de que se tenga la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; como tampoco la posibilidad, siquiera teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios, circunstancias que, como veremos, no acontecen en el caso que nos ocupa. Por otra parte, la STS recuerda que en la normativa vigente fruto de la transposición de la Directiva 93/13 no se requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a todos los contratos que celebre la entidad, ni exige la inevitabilidad, sólo que se trate de "cláusulas no negociadas individualmente".

Íntimamente relacionadas, las condiciones generales de la contratación encuentran expresa regulación en la ya citada Ley 7/1998 que supuso la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 93/13/CEE, *"sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores"*. No obstante, el legislador optó por mantener la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) (véase "contrato de adhesión"), aunque modificada y ampliada. En definitiva, se ha mantenido una duplicidad normativa, con distintos ámbitos de aplicación y un criterio general común, como es la absoluta prohibición de las denominadas "cláusulasabusivas" cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose incluso a la regulación de la Ley de 1984 respecto de la propia definición de cláusula abusiva (artículo 10 bis de la Ley 26/1984) y de aquellas específicas que han de reputarse abusivas contenidas en su Disposición Adicional Primera (hoy en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). Por lo demás, sus ámbitos subjetivos de aplicación difieren, por cuanto la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se aplica a todo contrato que contenga condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente u oferente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), no necesariamente consumidor, pues el adherente, aclara el artículo 2.2 LCGC, podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad, lo que conlleva que la alegación efectuada por la demandada, en cuanto a lo acreditar el actor, la condición de consumidores de los afectados, quede inocua. En definitiva, las condiciones generales utilizadas frente a un profesional quedarán sometidas a los controles generales previstos por la Ley de 1998, a excepción del control de su abusividad por la Ley de 1984, del que quedan excluidas por disposición expresa del artículo 8.2 de la LCGC, así como por el espíritu propio de tal control fruto del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (que establece *"que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles"*).



Es un hecho notorio que, en determinados sectores, (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él, circunstancia esta que no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente. Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación, no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, véase sentencias núm 244/2013, de 18 de abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar, sin más, en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, porque carecería manifiestamente de fundamento.

Partiendo de esta premisa, es necesario puntualizar que el uso de condiciones generales de la contratación presenta idéntico riesgo que, en general, la utilización del contrato de adhesión, como es el de la existencia de posibles abusos por parte del predisponente. Es evidente que en esta tipología de contratos las partes no pactan en igualdad de condiciones, siendo sumamente significativo el hecho de que una de las partes encuentra limitada la autonomía de su voluntad a la mera "libertad de contratar", a decidir si acepta o no, pero carece de auténtica "libertad de contratación", es decir, a influir de manera decisiva en el contenido y regulación de la relación jurídica que entabla (véase "contrato"); de ahí la especial preocupación mostrada por el legislador tras la aparición de la contratación en masa o por adhesión. Riesgo que, evidentemente, se agudiza en relación con los contratos que recaen sobre bienes o servicios de primera necesidad, tanto por la naturaleza del objeto sobre el que recae (contratos de seguros, transporte, bancarios, comunicaciones...), como en cuanto a los posibles adherentes (generalmente consumidores) que carecen de los conocimientos jurídicos necesarios y que, por ello, necesitan de una especial protección. En definitiva tal y como apunta Raiser (vid. Raiser, L. *Das Rect. Der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1961) " *el empresario al fijar unilateralmente las reglas de contratación no sólo ha de atender a su legítimo provecho, sino a procurar un trato leal y equitativo con el consumidor, que en muy pocos casos reparará incluso en la lectura detallada del documento ante las nulas posibilidades de modificación como ha puesto de manifiesto la doctrina al referirse al consumidor "oit" (one in thousand)*"

En necesario reseñar que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación prevé dos tipos de control, tendentes bien a evitar, con carácter previo, la utilización de condiciones generales que no reúnan unas mínimas garantías para el adherente (control "abstracto" o de incorporación); bien a revisar el contenido de cláusulas ya incorporadas a un contrato (control "concreto" o de contenido).

El control de incorporación pretende, no ya verificar la legalidad de las condiciones generales del contrato ya otorgado, sino proteger el propio acto de otorgamiento (más bien, de adhesión) mediante específicos controles de redacción de las cláusulas y de su propia accesibilidad, por ello se establece con carácter general, que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículo 5.5 LCGC), así como que no se incorporarán al contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (artículo 7.b LCGC), a salvo, respecto de estas últimas, cuando hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que establezca en su ámbito expresas normas sobre transparencia. Dicho en otros términos, la aceptación por escrito únicamente convalida las cláusulas dictadas con arreglo a su normativa específica sobre transparencia contractual, pero no en cuanto a las ilegibles, oscuras, ambiguas o incomprensibles en sí mismas.

Como especialidad, la infracción de estas previsiones determina, no la aplicación de la regla general de interpretación "contra proferentem" del artículo 1288 del Código Civil, sino la falta de incorporación (de acceso) de la cláusula al contrato, como si nunca hubiese existido, lo que es objeto de pedimento en la presente litis; por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha entendido de forma unánime, que la apreciación de la oscuridad, ambigüedad o incomprensibilidad de la cláusula queda reservada al intérprete (es decir, a



los Tribunales) cuyo "criterio ha de prevalecer, salvo que se alcance un resultado absurdo, arbitrario, ilógico o que infrinja preceptos legales". De otro lado, también con carácter previo, se debe garantizar el acceso del adherente a las condiciones generales, como única forma de salvaguardar la única autonomía de que goza éste, su "libertad de contratar". Por ello, tampoco se entienden incorporadas al contrato como condiciones generales aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando esto sea necesario (artículo 7.º de la LCGC); afirmando que, no se entenderá que existe aceptación a la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y le haya facilitado un ejemplar por escrito de las mismas o bien, cuando el contrato no tenga que formalizarse por escrito (es decir, en aquellos en que el predisponente únicamente entrega un resguardo justificativo de la contraprestación recibida) se exige que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar donde deba otorgarse el contrato, que las inserte en la documentación del contrato o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido al tiempo de la celebración (artículo 5 de la LCGC), siendo esta una de las cuestiones que habremos de abordar en la presente resolución.

La transparencia, respecto de los elementos esenciales, cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto, pero ha de precisarse que no hay control de equilibrio de prestación, sino de control de claridad para que le pueda ser imputado al adherente el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato; esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. Por tanto, la finalidad inherente a la transparencia respecto de los elementos esenciales es el de garantizar que el cliente conozca, o pueda conocer, la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto, no obstante no hay control de equilibrio de prestación, sino de control de claridad para que le pueda ser imputado al consumidor el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Lo reiteramos por enésima vez, esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. Los elementos esenciales en cuanto están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento (inclusión, transparencia) y viceversa las demás condiciones generales o cláusulas predispuestas que no está sometido a controles de consentimiento suficientes, debe quedar sometido a especial control de contenido. En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor y es que no se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podría ser prevista, aunque esté justificada objetivamente; no obstante ha de matizarse que no cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido así, están sometidas a control las cláusulas que contengan suplementos que supongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos.

SÉPTIMO.- En relación a la Orden de Compra de valores se cuestiona, en primer término, la cláusula referida al conocimiento de los riesgos del producto.

Sin duda, habremos de reiterar los argumentos expuestos en los expósitos que anteceden en el sentido de que, en la citada cláusula, se describe el producto que es objeto de adquisición y es que, como ya apuntamos, cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, lo que conlleva que "este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" tal y como concreta el TS en Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014. Ello nos ha de llevar a la conclusión de que la entidad bancaria no suministró una deficiente información ni en cuanto a la identidad del emisor del bono (Lehman Brothers), ni en cuanto al riesgo especulativo de la inversión, aspectos esenciales que fueron claramente explicados antes de la contratación en el correspondiente folleto de presentación o exposición comercial del producto, ante un cliente que, según la prueba practicada, no fue ajeno al funcionamiento del mismo, a sus riesgos y a la identidad del emisor.

Por tanto, la cláusula supera tanto el control de incorporación al ser clara y comprensible, sin ambigüedad recogiendo en negrita el ser " **un producto de riesgo elevado**" y que "puede producir **pérdidas patrimoniales**



en el principal invertido" llegando a precisar que se puede "obtener una **rentabilidad negativa**", con una clara distinción del emisor y de Banif sin que sean identificables.

Sobre este particular, las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 102/21016, de 25 de febrero, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, por otra parte el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente « en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información « clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea « entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente, acreditado en autos, por tanto, al superar el control de inclusión y transparencia, conlleva que no pueda ser declarada abusiva.

OCTAVO.- Otra de las cláusulas impugnadas es la relativa a la exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria. En concreto la cláusula 4.2 del contrato tipo de administración y gestión de carteras (" *El banco quedará exonerado expresamente por el Titular de toda responsabilidad derivada del resultado económico último de la gestión, asumiendo el titular expresamente y desde ahora las posibles pérdidas operativas que, por circunstancias intrínsecas del propio mercado o como consecuencia del riesgo inherente a toda inversión en valores, pueda producirse*") y la cláusula 5.13 Anexo del contrato global de adhesión (" *El banco no será responsable por ningún menoscabo, pérdida o perjuicio que pudiera producirse respecto a valores o instrumentos financieros contratados, como consecuencia de un procedimiento concursal, insolvencia o defectuoso funcionamiento de terceros emisores o de cualquiera entidades relacionadas con la emisión correspondiente*").

Como bien apunta algún sector de la doctrina, la normativa MIFID, remite al intermediario a confiar en la información que el propio inversor le suministre a los efectos de valorar su perfil, salvo que sepa o pueda saber, que la misma es manifiestamente inexacta o incompleta. Este cortafuegos que se crea en defensa del inversor, puede ser utilizado en su contra al modo en que los contratos de adhesión suelen contener cláusulas generales de exoneración de responsabilidad en los que el consumidor afirma haber sido plenamente informado de todas las circunstancias de su inversión o incluso imputan a su culpa los errores de valoración que pudieran hacerse en la calificación, por haber emitido información incompleta o inveraz. Sin duda, como sucede en cualquier vinculación contractual, ha de hacerse un análisis de la totalidad del clausulado respectivo y es que no hemos de obviar, por una parte, que se trata de una inversión calificada como de riesgo elevado, con una información precontractual, contractual y post contractual, que fue dada por la entidad bancaria, estando vinculados los resultados a la evolución del mercado financiero habiendo de recordar que, la entidad bancaria, no es la emisora, sino el colocador del producto contratado.

De ello no podemos extraer la conclusión a la que llega o pretende llegar, el actor, en cuanto a que ello supone una exoneración de la entidad bancaria para con las obligaciones inherentes a su actuar, máxime cuando, recordémoslo, nos encontramos ante una acción colectiva. Es evidente que dicha exoneración, según el tenor literal de esta, se reconduce a un extremo que escapa de su ámbito de control. En estos casos, se considera que dicho tipo de cláusulas resultan adecuadas, puesto que no suponen la traslación al cliente de la responsabilidad de verificar un aspecto que es obligado para la entidad intermediaria a diferencia de algunas cláusulas exoneratorias en las que, al mismo tiempo que afirman que el cliente ha sido asesorado e informado por el banco, niegan que éste pueda considerarse responsable de los defectos de información o que su actuación pueda calificarse como de asesoramiento, cláusula exoneratoria que algunas sentencias que niegan efectos a estas -véase SAP Murcia, sec. 5ª, S 1-4-2011, entre otras-, pero, lo reiteramos, este no es el caso que nos ocupa, tal y como hemos razonado.

En consecuencia, dicha pretensión no ha de ser acogida.

NOVENO.- Impugna el actor diversas cláusulas del contrato de permuta, en primer término la cláusula primera (" *Por lo demás, el cliente reconoce la excepcionalidad de la situación y que BANIF ha procedido a la celebración del presente contrato libremente, por razones exclusivamente comerciales y tomando en consideración los compromisos asumidos por el cliente en este contrato, por lo que no viene obligado en el futuro, incluso en*



situaciones excepcionales, a actuar del mismo modo respecto de las Participaciones Preferentes o de cualquier otra inversión efectuada por el cliente en la que haya intervenido BANIF con cualquier carácter").

No se especifica en la demanda la razón por la que se plantea la abusividad de esta cláusula, lo que, ya lo anticipamos, va a ser una omisión generalizada, y es que, de la lectura de la misma, no se advierte la existencia de desequilibrio ni se puede ubicar dentro de la denominada lista negra de cláusulas abusivas recogida en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU, es decir aquellas cláusulas que en cualquier circunstancia son abusivas: " 4. *No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.*"

Lo cierto es que, dicho contenido bien se ubica dentro de lo que es una política empresarial por la que opta la entidad, dentro de su libertad contractual, sin que ello suponga, lo reiteramos, la privación de facultad alguna al inversor.

De la misma manera se impugna, por abusiva, la cláusula segunda ("*El cliente se compromete, en la correspondencia al esfuerzo económico de BANIF a (i) encomendar a BANIF la custodia de las participaciones preferentes y, si el cliente dispone o transmite cualquiera de las participaciones preferentes a depositar la contraprestación obtenida por el cliente por esa disposición o transmisión en BANIF y/o invertir esa contraprestación a través de BANIF; y (ii) mantener (y, en la medida de lo posible, incrementar) el volumen de depósitos e inversiones que en la actualidad mantiene con BANIF, al menos durante el plazo en que las Participaciones Preferentes permanezcan en circulación, sin perjuicio de las modificaciones que quieran llevar a cabo sobre los instrumentos financieros y productos en que esté invertido en cada momento*"). Es necesario remitirnos, expresamente, a los fundamentos jurídicos que anteceden en los que se ha analizado el cumplimiento del deber de información efectuado por la entidad bancaria tanto en la fase pre contractual, contractual y post contractual, momento en el que no sólo se produjo el asesoramiento a cargo de la entidad bancaria sino que propuso la permuta de los bonos emitidos por Lheman por otros emitidos por el Grupo Santander; sin duda, es un hecho indubitado, dicha medida supuso un costo para la entidad (véase doc, nº 121). Si hemos de entrar en el particular análisis de la permanencia exigida en dicho contrato -advértase como las testificales practicadas, llegaron a afirmar que algunos clientes que optaron por la permuta no cumplieron dicha obligación de permanencia, sin que la entidad exigiese responsabilidad alguna por ello -; sin duda, hemos de concluir, a resultas de la prueba practicada en autos, que la estipulación objeto de controversia, es una verdadera condición general, predispuesta por la entidad financiera sin que los prestatarios hayan intervenido en la redacción, es más, ni siquiera tuvieron posibilidad de influir en la supresión de la estipulación o en su contenido. Así, hay que tener en cuenta que una condición es, precisamente, general porque es generalmente impuesta y predispuesta por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio o renunciar a la contratación (AP Madrid, sec. 11ª, S 21-2-2006), pero ello enmarcándolo en la situación precaria en la que se encontraban los clientes una vez acaecida la quiebra de Lheman.

Por otra banda, hemos de precisar que, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal no impide su consideración como tal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste. Cuestión distinta -véase STS 9 de mayo de 2013- es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él. La regla general es la de no sujeción al control de abusividad, pues la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, indica que la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara, y comprensible ni a la relación calidad /precio de la mercancía o de la prestación; sin embargo, en la Sentencia del T.J.U.E. de 3 de junio de 2010, se reconoció la posibilidad de que la normativa nacional autorice el control jurisdiccional de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, aunque esta cláusula esté redactada de manera clara y comprensible dado que no se puede impedir a los Estados miembros que mantenga o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva 93/13, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Y continúa el alto tribunal argumentando que las cláusulas que son condición general que describen y definen el objeto principal del contrato, no están sujetas al control de abusividad, como regla general, pero sí están sometidas a un doble control de transparencia. Por tanto, este tipo de cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, siendo relevante destacar que " a) *el hecho de que se refieran al objeto principal*



del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para la inclusión en el mismo; b) el conocimiento de la cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias-singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial" (requisito de la transparencia de la cláusula, en aplicación de la doctrina de la repetida STS 9 de mayo de 2013).

Por otra parte, la cláusula impugnada, aunque se trate de una cláusula impuesta, no por ello excluye que se trate de una cláusula conocida y aceptada, pues tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentida e incorporada al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica - art. 1261.1º CC -, como por exigirlo de forma expresa el art. 5.1 de LCGC, las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo. Pues bien, la citada cláusula define, de una forma clara e indubitada, la obligación de mantenimiento de la inversión como contraprestación para perfeccionar la permuta efectuada. Razonamiento que es perfectamente aplicable para con la cláusula tercera impugnada cuando menta (" ... En consecuencia, el cliente renuncia a iniciar y, en su caso, se compromete a desistir de inmediato de las iniciadas, cualquier acción o reclamación contra BANIF por cualquier causa relacionada con la compraventa o las circunstancias que posteriormente han acaecido respecto a este ...")

Se impugna la cláusula cuarta ("El cliente se obliga a colaborar con BANIF en todo cuanto sea necesario para hacer valer los derechos del titular del bono en los procedimientos de insolvencia de su emisor, garante o demás eventuales garantes, en la medida que fuera necesario, firmando cuantos documentos sean precisos al efecto y BANIF se compromete a cooperar con el cliente en lo necesario a tal fin. El cliente declara haber recibido con carácter previo a la firma de este contrato toda la información exigible por la normativa vigente sobre la oferta de instrumentos financieros y, en particular, una descripción general de la naturaleza de los riesgos de la Participaciones Preferentes, sus características generales y de los riesgos inherentes a estas y, en particular, del riesgo de pérdida total o parcial de la inversión por insolvencia del emisor, de tipo económico, político y de toda índole que afectan a los mercados de instrumentos financieros, al sistema financiero y a la economía en general, así como al nuevo horizonte de inversión que implica sus suscripción. A efectos del cumplimiento de la Directiva de la Comunidad Europea relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID) y sin perjuicio de la generalidad de declaraciones y reconocimientos contenidos en el cuerpo del presente contrato.

El cliente reconoce expresamente que BANIF no le ha ofrecido asesoramiento en relación con la suscripción de este contrato o la adquisición de Participaciones Preferentes.

El cliente reconoce expresamente que BANIF, en base al conocimiento interno del cliente y a las manifestaciones que éste ha efectuado, ha considerado que (i) el cliente cuenta con conocimientos y experiencia suficientes para entender el funcionamiento del contrato, las Participaciones Preferentes y los riesgos asociados al contrato y las Participaciones preferentes y (ii) el cliente tiene a su disposición información suficiente y adecuada e la documentación que ha sido facilitada, confirmando el cliente la corrección de los puntos (i) y (ii).

El cliente acepta expresamente el nuevo horizonte temporal de la inversión que se deriva de la firma de este contrato y de la adquisición de las participaciones preferentes.

El cliente reconoce que las Participaciones preferentes se transmiten al cliente como parte de un acuerdo negociado privadamente y no en virtud de la oferta pública (en el sentido de cualquier normativa de valores que pueda ser aplicable)".

En cuanto a la obligación de colaboración, exigible al cliente, anterior titular de los bonos permutados, no llegamos a comprender en que medida ello comporta una privación y/o limitación de los derechos reconocidos a los inversores y es que no hemos de obviar, que la entidad emisora entro en situación de quiebra con la necesidad de que los acreedores se personaran en ese proceso e insinuaran sus créditos, pudiendo ser, en algún caso, esencial la colaboración del anterior titular de los bonos, obligación inherente, por otra parte, a los preceptuado en el CC - art 1469, 1554.3 entre otros.

Más dudas genera el resto del condicionado hasta el punto de que la información dada, el reconocimientos de los servicios prestados por la ahora demandada, ya han sido abordados en los expósitos que anteceden.

Es necesario recordar que 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 y, 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 el alto tribunal en sentencias 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre y 489/2015, de 16 de septiembre, en las que 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 y 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, cumpliendo 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.

Ello ha de colegirse con el dato que, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada, no determina, de por sí, la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por el TS en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras. No otra cosa se precisa en la normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MIFID, pues da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

No compartimos la posición del actor en cuanto a que nos encontramos ante una ficción sobre la comunicación de las características y riesgos del producto entregado en permuta de los bonos Lheman y es que, nuevamente, nos encontramos ante una orfandad probatoria absoluta, es más, en los contratos adjuntados se reseñan anexos con la firma del cliente, en los que consta la recepción del mismo para que, una vez examinados,



aceptasen o no el mismo -véase doc. nº 123 en el que constan los recibís- y ello, a su vez, ha de colegirse con un hecho objetivo cual fue la situación creada por la quiebra de Lheman con la agitación social que ello comportó lo que, obviamente, hubo de extremar, aun más, las precauciones de los afectados a la hora de analizar y de optar por la mentada permuta o, en su caso, optar por reclamar sus derechos en el proceso de quiebra de Lheman, sin aceptar la permuta ofertada, con todos sus condicionados entre los que se incluye -véase inciso final- la descripción del riesgo inherente a un producto que se entrega en permuta del primigeniamente contratado definiendo el objeto del mismo después de haber pasado un test de idoneidad.

Por tanto, la pretensión de declarar que la información recibida fue ficticia -ex art 89.1 LDCU- decae a la luz de lo razonado.

Se impugna la Cláusula quinta (*" Este contrato, los términos y condiciones contenidos en este contrato y cualquier información suministrada por una Parte a la otra Parte relacionada con este contrato (la "Información") deberá ser mantenidos en secreto y tratadas como estrictamente confidenciales por la parte que reciba esta información"*).

No precisa la parte el motivo de la abusividad de la citada cláusula y es que no se acierta a comprender como esta supone una limitación de los derechos del inversor, máxime cuando estamos ante un pacto configurado, como sucede en multitud de ocasiones, en el ámbito de contratación privada, sin que se atisba a ser contraria a la buena fe, ni deroga ni limita el alcance de sus derechos ni comporta una declaración de conformidad con un hecho ficticio; razonamientos que son plenamente aplicables para la Cláusula séptima (*" acuerdo íntegro"*).

Por tanto, se desestiman dichas pretensiones.

Otra de las cláusulas impugnadas de este contrato de permuta es la Cláusula octava (*"Con la mayor amplitud permitida en Derecho, el cliente, incondicional e irrevocablemente, autoriza e instruye a BANIF para que realice en nombre y cuenta del cliente cualquier acción que el cliente pueda tener que realizar en virtud de este contrato"*). Ciertamente, la citada cláusula ha de ser interpretada en el sentido de facultar a la entidad para ejercitar las acciones oportunas dimanantes del bono permutado y para con el cual se interesaba la máxima colaboración (cláusula cuarta) no obstante la redacción resulta excesivamente amplia y limitativa de los derechos del permutante por cuanto se define como una renuncia *" incondicional e irrevocable"*.

Es necesario recordar que el TS -véase STS 8 de septiembre de 2014, precisa *" 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, art 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TRLGDCU) 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 "*.

Por tanto, la cláusula controvertida, en la amplitud mentada, ha de entenderse como abusiva al causar un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato, siendo evidente que una renuncia, de forma incondicional e irrevocable, a las actuaciones que sean debidas con arreglo al propio contrato de permuta, lo que es tanto como dejar inocuas las posibles acciones que, como contratante del producto permutado, pudiese corresponderle contra el emisor conllevando un agravamiento de su posición sin que conste que beneficio obtiene aquel renunciando a derechos que conforme a la norma pudiese corresponderle y hacerlo de manera incondicional e irrevocable. No ha de pasarse por alto que no existen elementos de hecho para afirmar que, de haber conocido las consecuencias jurídicas y económicas de su renuncia, hubiere suscrito la misma, como tampoco se puede concluir, a la vista de la prueba practicada, que la renuncia a los indicados derechos fuere condición necesaria para la formalización de la permuta.

En consecuencia, habremos de actuar conforme a los términos de la resolución del TJUE (resolución de fecha 14 de junio de 2012, asunto C-618-10, caso Banesto) cuando apunta *" 65.- Así del tenor literal del apartado 1 del citado art 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula abusiva a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. 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 de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible"*.



En el caso de autos, el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente al carácter incondicional e irrenunciable, no supone una integración o modificación de su contenido sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a la autorización incondicional e irrevocable otorgada a Banif para realizar en nombre y cuenta del cliente, las actuaciones que sean debidas con arreglo al contrato de permuta.

En último término, se impugna la Cláusula décima (*"Este contrato se regirá e interpretará de acuerdo con el derecho español común. Las partes, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, acuerdan someter cualesquiera controversias y litigios que puedan surgir entre ellas en relación con este contrato a los juzgados y tribunales del domicilio del demandado"*).

Conviene recordar que la utilización de esta cláusula suele ser típica en los contratos de adhesión referida a la inserción en los mismos de la cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio del actor, en efecto, las empresas que confeccionan los contratos de adhesión suelen tener la práctica de incluir en sus contratos estas cláusulas que sujetan a los consumidores que suscribieron esos contratos y que les exigen litigar en la sede de la empresa contratante, lo que al final es un inconveniente adicional para el consumidor si desea llevar a juicio a la empresa por algún incumplimiento. Sobre esto ya se ha pronunciado el alto tribunal, entre otras STS 13-11-98, recordando la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que consideran abusivas, entre otras y aparte de los conceptos generales, las cláusulas de sumisión, de discutible aplicación con efecto horizontal, frente a las particulares, pero que sí ha sido admitido tal efecto directo, para declarar nula una cláusula de sumisión, por las sentencias del TS de 8-11-86, 30-11-96 y 5-7-97. No es menos cierto que, antes de la aprobación de la LCGC, no se consideraban abusivas las mismas STS 27-1-99 (en ellas se correlaciona las STS 23-09-96; 31-05-91; 18-06-92; 22-07-92), en las que se aplicaba con criterio taxativo la literalidad de la cláusula de sumisión expresa, aun cuando, cierto es, no existía el sustento legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que impedía a los tribunales rechazar esa cláusula contenida en los contratos.

No podemos olvidar que, en el caso de que en un contrato las partes han acordado que exista sumisión expresa, será Juez competente para conocer del asunto el Juez que voluntariamente y de conformidad han establecido las partes, no obstante, a la hora de analizar si una cláusula como esta es abusiva deben cumplirse dos condiciones; por una parte que no haya sido negociada individualmente y, por otra parte, que cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Por tanto, habremos de analizar el contenido del contrato para valorar si hubo opción, o no, de que se negociaran las cláusulas en el mismo y, respecto al perjuicio al consumidor, resulta obvio que alterar las reglas de la competencia territorial le puede suponer inconvenientes y molestias, porque si el consumidor demanda a la empresa en base a la LEC art.51 recordemos que se recoge que: *"Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad"*. Con ello, se entiende que siendo lo normal que el consumidor hubiera realizado el contrato en unas dependencias de una sucursal existente en su propio domicilio le resulta menos perjudicial ejercitar la acción en su domicilio, coincidente con el de la mercantil en su sede desplazada, que acudir por regla general a los tribunales de donde posiblemente hubiere querido la empresa al fijar la sumisión expresa en el contrato.

Como ya apuntábamos el legislador ha tenido un especial celo en la protección del consumidor, así en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la redacción anterior a su modificación por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación regula y define en su art.10 las condiciones generales de los contratos, considerando inválidas por abusivas las cláusulas que *"perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios"*. Noción que, como recuerda la SAP Toledo de 27-01-00, que parecida noción de las cláusulas abusivas se contiene en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, estimando que lo son aquellas que no se han negociado individualmente, al haber sido redactadas con carácter previo sin que haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión, y entre las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, las que tengan por objeto o efecto *"suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubiertos por las disposiciones jurídicas (...)"*. Estos criterios se han visto ratificados por la Ley 7/1998, de 13 de abril, que efectúa formalmente la transposición de la mencionada Directiva comunitaria al Derecho interno español, y en virtud de la cual (disposición adicional primera) el antiguo art.10 bis de la Ley de Defensa de los



Consumidores y Usuarios establecía que, " en todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley", como es el caso de " la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble" (disp. adic. 1ª.5.27).

Por ello, al objeto que ahora nos ocupa, la jurisprudencia ha declarado que las cláusulas de sumisión expresa contenidas en las condiciones generales de los contratos de adhesión son abusivas y nulas, al no ser objeto de negociación bilateral, dado el marcado carácter impositivo de la misma, e implican un desequilibrio de derechos y obligaciones, así como un perjuicio desproporcionado y no equitativo para el consumidor, ya que obliga a uno de los contratantes a litigar lejos de su domicilio con las dificultades que esto conlleva, representando un privilegio que altera la posición paritaria que las partes deben mantener en las obligaciones recíprocas (véase STS 23-07-93; 20-07-94; 23-09-96; 5-07-97 y 13-11-98, entre otras). Hacemos especial hincapié en la STS 18-9-98 en la que se recuerda que la doctrina del TS califica dichas cláusulas (relativas a la sumisión expresa) como abusivas en atención a la protección que ha de dispensarse a los consumidores, toda vez que dicho pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral, que implica expresión conforme de las voluntades concordadas de los contratantes, lo que determina la nulidad del mismo, ya que la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor del servicio convenido, dado el marcado carácter impositivo de la misma.

La Disp. Adic. 1ª L 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación, que introduce, que en su aptdo. V.27 definió como cláusula abusiva " la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto al que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto del derecho del Consumidor, a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en el inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato"; y la más reciente legislación en materia de consumidores y usuarios también protege al consumidor frente al establecimiento de cláusulas donde se fije de forma preceptiva la sumisión al tribunal del domicilio de la empresa contratante que confeccionó el contrato de adhesión. Así, el actual art.82.4.f) del R.D. Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias se postula en el sentido que «en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: (...) f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. De la misma forma el art.90 que lleva por rúbrica Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable añade que " Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble."

Quiere esto decir que es absolutamente ineficaz, por nula, una cláusula incluida en un contrato de adhesión en la que se fije la sumisión a un tribunal distinto al tenido por competente según las reglas de la competencia territorial de los arts. 50 y s LEC, cual es el caso que nos ocupa.

DÉCIMO.- Otra de las cuestiones planteadas en la demanda es la existencia de una posible vulneración de la normativa societaria sobre operativa con cuentas globales, las llamadas cuentas ómnibus, al no constar la autorización expresa y escrita de los clientes.

Hemos de apuntar, prima facie, que la LMV (art 70 ter f) recoge y desarrolla la anotación de la titularidad de valores precisando que "Adoptar las medidas adecuadas para proteger los instrumentos financieros que les confían sus clientes y evitar su utilización indebida. En particular, no podrán utilizar por cuenta propia los instrumentos financieros de los clientes, salvo cuando éstos manifiesten su consentimiento expreso..." , no obstante ha de precisarse que no se ejercita la acción por vicio en el consentimiento, sino que se considera que dicha práctica es oscura, inusual y que ha perjudicado los derechos de los clientes de Banif. Tal y como se ha determinado, no podemos compartir que sea una práctica inusual pues la normativa (LMV) recoge esta posibilidad, como también el Reglamento de la Sociedad de Gestión de los Sistemas de registro, Compensación y Liquidación de valores; la cuestión es si se ha solicitado autorización a los clientes para utilizar estas cuentas globales de conformidad con lo establecido en la Circular 1/1998 de la CNMV (aplicable a las sociedades y agencias de valores) y el RD 217/2008 de 15 de febrero, con ocasión de la trasposición de la normativa MIFID. Pues bien, consta en autos (doc. nº 36 de la contestación) como se envió a todos los clientes, en fecha 15 de octubre de 2007, carta en la que se hace expresa mención a la posible utilización de las cuentas y en las cuentas suscritas a partir de noviembre de 2007, se incluía autorización del cliente para su utilización y para los que tenían contrato anterior se les remitió, en fecha 10 de diciembre de 2007 (doc. nº 127), carta en la que se efectuaba la modificación a fin de adecuarlo a la normativa MIFID, entre ellas la utilización de cuentas globales.



Por tanto, entendemos que no consta o no se ha acreditado, la existencia de perjuicio para los clientes (no más costes, no hay o al menos no se ha acreditado, daño alguno para estos) daño alguno para que ese reproche de lugar a la acción resarcitoria que ahora nos ocupa. En consecuencia, dicha pretensión no ha de ser estimada.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, conforme -ex art 394 de la LEC- , no procede imponer las costas a ninguna de las partes, pues la complejidad jurídica inherente a las acciones colectivas que se han entablado en la demanda, así como el hecho de que se trata de una cuestión jurídica de índole interpretativa, conlleva la justificación de no efectuar un especial pronunciamiento en materia de costas procesales, al margen de haberse estimado en parte las pretensiones articuladas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO, PARCIALMENTE, la demanda interpuesta por la ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE), representada por la Sra. Roman Masedo asistida por el Sr. García Perulles, contra la demandada, BANCO BANIF S.A., representada por el Procurador Sr. Amenedo Martínez y asistida por la Letrado Sr. Capilla Casco, en consecuencia:

DEBO DECLARAR Y DECLARO que la nulidad de la cláusula la Cláusula octava del contrato de permuta (*"Con la mayor amplitud permitida en Derecho, el cliente, incondicional e irrevocablemente, autoriza e instruye a BANIF para que realice en nombre y cuenta del cliente cualquier acción que el cliente pueda tener que realizar en virtud de este contrato"*) y, en consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a la autorización "incondicional e irrevocable" otorgada a Banif para realizar en nombre y cuenta del cliente, las actuaciones que sean debidas con arreglo al contrato de permuta.

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la Cláusula décima del contrato de permuta (*"Este contrato se regirá e interpretará de acuerdo con el derecho español común. Las partes, con renuncia expresa a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, acuerdan someter cualesquiera controversias y litigios que puedan surgir entre ellas en relación con este contrato a los juzgados y tribunales del domicilio del demandado"*).

DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a eliminar de sus contratos este tipo de cláusulas declaradas nulas y de abstenerse en lo sucesivo de su utilización.

DEBO ACORDAR Y ACUERDO que se libre mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la Sentencia en el mismo.

DEBO ACORDAR Y ACUERDO la publicación de la sentencia, una vez alcanzada firmeza, junto con el texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor circulación, de ámbito nacional, con cargo a la demandada.

QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO que la demandada ha de informar al Juzgado sobre las medidas adoptadas para prevenir la reiteración en el futuro de la conducta litigiosa, acordando que se impondrá una multa coercitiva de tres mil euros por cada día que transcurra, a partir de los dos meses siguientes a la fecha de su firmeza, en el caso que BANCO BANIF S.A. no cumplimente los pronunciamientos adoptados.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra la presente resolución cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial de A Coruña - Sección Cuarta- que deberá interponerse ante este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y ss. De la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero. Para la admisión del recurso, la parte recurrente habrá de acreditar documentalmente haber constituido, en el momento de su interposición, un depósito de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado.