



Roj: **SJM C 34/2015 - ECLI:ES:JMC:2015:34**

Id Cendoj: **15030470022015100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **09/03/2015**

Nº de Recurso: **432/2012**

Nº de Resolución: **34/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 2A CORUÑA

SENTENCIA: 00034/2015

C/ ENRIQUE MARIÑAS S/N.- EDIFICIO PROA 7 PLANTA, (MATOGRANDE), A CORUÑA

Teléfono: 881881150-881881151

Fax: 881881152

N09470

N.I.G. : 15030 47 1 2012 0000913

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000432 /2012 -R

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICAE)., Hugo , Olegario , Jose Ramón , Aurelia , Alexis , Graciela , Donato

Procurador/a Sr/a. NURIA ROMAN MASEDO

Abogado/a Sr/a. MARIA LOURDES VILLARONGA ARTEAGA

DEMANDADO, DEMANDADO D/ña. CAIXA NOVA EMISIONES, S.A., NCG BANCO, S.A.

Procurador/a Sr/a. CARMEN BELO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. LUIS PIÑEIRO SANTOS

Dña. NURIA FACHAL NOGUER, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado Mercantil nº 2 de A Coruña ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº 34/2015

En A Coruña, a 9 de marzo de 2.015

Vistos por Dña. NURIA FACHAL NOGUER, MAGISTRADA JUEZ del Juzgado Mercantil nº 2 de A Coruña, los autos del Juicio Ordinario 432/12-R, sobre ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN POR CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y/O ILÍCITA Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE NULIDAD POR CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, en el que son partes los demandantes ADICAE, Hugo y Olegario , representados por la Procuradora Sra. Román Masedo y asistidos por la Letrada Sra. Villaronga Arteaga, y los demandados, NCG Banco SA y Caixanova Emisiones SA, representadas por la Procuradora Sra. Belo González y asistidas por el Letrado Sr. Piñeiro Santos, como intervinientes en calidad de demandantes Jose Ramón , Aurelia , Alexis , Graciela y Donato .



ANTECEDENTES DE HECHO

1.- En fecha 5 de diciembre de 2.012 la representación procesal de ADICAE, Hugo y Olegario presentó demanda de Juicio Ordinario contra NCG Banco SA y Caixanova Emisiones SA con base en los siguientes hechos:

Los hechos que dan origen al presente proceso se originaron con la comercialización de participaciones preferentes a un gran número de pequeños ahorradores, convertidos involuntariamente en inversores minoristas, con el único fin por parte de la entidad bancaria de sanear sus balances.

Este producto aparece regulado en la DA 3ª de la Ley 19/2003, que aprueba la DA 2ª de la Ley 13/75, que define las características de estos productos: carácter perpetuo, obligación de cotización en mercados secundarios organizados y posición en la que queda el inversor en caso de liquidación de la entidad emisora equiparable a un crédito subordinado.

El Real Decreto-Ley 24/2012 perfila un nuevo marco normativo: los titulares de participaciones preferentes y de deuda subordinada de entidades sometidas a reestructuración pueden verse obligados a asumir parte de las pérdidas de la entidad. Se establecen restricciones a su comercialización, que deberá gozar de mayor transparencia.

La demandante ADICAE es una asociación especializada para la protección de los derechos de los usuarios de servicios bancarios y seguros. Los codemandantes son **consumidores** que se vieron afectados por la venta de participaciones preferentes.

Los documentos contractuales relativos a la comercialización de estos productos financieros contienen cláusulas abusivas y de difícil comprensión:

Es nula la cláusula común a todas las órdenes de compra que recoge "en aplicación de la Directiva 2004/39/CE Caixanova informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible sobre sus conocimientos y experiencia inversora. El cliente reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones e instrumentos financieros".

La fecha de vencimiento del producto contratado, a larga duración o perpetuidad. Existe un desequilibrio importante en perjuicio del **consumidor**.

La cláusula de amortización anticipada se atribuye exclusivamente a la entidad emisora.

En el contrato de depósito o administración de valores se considera que también existen cláusulas abusivas; en concreto, la cláusula en la que se establece que el/los titulares está obligado a mantener en Caixanova una cuenta vinculada a este contrato y se dice que si los fondos no fuesen suficientes, el titular autoriza a Caixanova para asentar los importes de los gastos y comisiones derivados de la operación específica en cualquier otra cuenta que el titular mantenga en Caixanova, aunque produzca un descubierto... Y se reputa igualmente nula la cláusula en la que se establece que el titular se obliga a satisfacer a Caixanova las comisiones y gastos que ésta tenga establecidos para este contrato. En la cláusula cuarta, apartado 5, se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, pero no se acredita su entrega.

En la demanda se ejercitan las acciones de cesación derivadas de la LCGC y acciones de publicidad ilícita y/o acciones de cesación y rectificación derivadas de la LGP. Se invoca lo establecido en el art. 53 TRLGDCU, acción de cesación, para que se declare la ilicitud de la conducta seguida por la entidad en la comercialización de las participaciones preferentes. Se alegan ausencia de información, omisión de deberes de lealtad de la entidad financiera, inexperiencia o falta de cualificación del cliente para solicitar la nulidad de los contratos suscritos por los clientes. En cuanto a la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, se reputan nulas i) la cláusula por la que se atribuye la facultad de amortización anticipada del producto exclusivamente a la entidad emisora, ii) la cláusula por la que la retribución del producto queda condicionada a la obtención de beneficios distribuibles suficientes por parte de la entidad emisora. La acción de cesación por publicidad ilícita se sustenta en que se han producido comunicaciones publicitarias ilícitas, pues las entidades financieras se han aprovechado torticeramente de su denominación engañosa para asegurar el éxito de su colocación. Se ejercitan de forma acumulada las acciones de nulidad contractual, al tenor del artículo 9 LCGC; se invocan también vicios del consentimiento como fundamento de la acción de anulabilidad. Y al amparo de la normativa reguladora de sociedades mercantiles se afirma que existe responsabilidad de la entidad financiera subsumible en los deberes de información, rendición de cuentas y custodia a los que se refieren los arts. 263 y siguientes CCom. Se exige la indemnización de los daños y perjuicios al tenor del artículo 12 LCGC y 1.101 y concordantes CC.

Por todo ello, la parte actora interesa:



En cuanto a la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas señaladas en el Hecho Tercero de la demanda y su no incorporación a los contratos de los demandantes; que se condene a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas que se reputan nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; que se libre mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la Sentencia; que se publique el Fallo de la Sentencia en el BORME o en un periódico de los de mayor tirada; se imponga una multa a las demandadas conforme a lo dispuesto en el art. 171 LEC ; se condene a las demandadas a cesar en la práctica de comercializar participaciones preferentes a clientes con perfil minorista y a cesar en la práctica de comercializarlas como valor en deuda.

En cuanto a la acción colectiva de cesación por publicidad engañosa o ilícita, se solicita que se ordene a las demandadas a cesar en toda comunicación publicitaria, que consista en i) utilizar para su comercialización a clientes minoristas la denominación de "participación preferente", en la que se omita mencionar simultáneamente y de forma expresa sus características y riesgos, ii) publicitar las participaciones preferentes como si fuera un valor de deuda; y se proceda a la inclusión de la Sentencia en los tablones de anuncios de las sucursales por dos meses.

En cuanto a las acciones de nulidad por condiciones generales de la contratación abusivas o ilícitas y/o publicidad ilícita o engañosa, se solicita que se declare la nulidad de todas las órdenes de valores y contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos por los actores con las demandadas que figuran en el Hecho tercero de la demanda, por afectar las cláusulas nulas a elementos esenciales del contrato, con sus efectos restitutorios. Y, subsidiariamente, que se declare su anulabilidad y se condene a las demandadas a reintegrar a los actores las cantidades que figuran en el Hecho Primero de la demanda, así como las comisiones y gastos.

Subsidiariamente a la nulidad o anulabilidad, en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que se declare que la demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a los actores y que se condene a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios causados a los demandantes mediante el abono del importe equivalente a las concretas aportaciones realizadas por cada uno de ellos.

Todo ello con imposición de las costas procesales.

2.- Conferido el oportuno traslado a las demandadas, la representación de Caixanova Emisiones SA contestó a la demanda en fecha 4 de julio de 2.014 con base en los siguientes hechos:

Indebida acumulación objetiva de acciones

Falta de legitimación activa de Adicae: las acciones se ejercitan al amparo del artículo 11 LEC pero no existe un hecho dañoso común; no puede calificarse como hecho dañoso común los avatares contractuales de miles de **consumidores**

Indebida acumulación subjetiva de acciones

Falta de legitimación pasiva de Caixanova Emisiones SA. La demandante no mantiene relación comercial alguna con los demandantes y no tuvo más intervención que la relativa al folleto informativo de la emisión.

En cuanto al fondo, las participaciones preferentes se regulan en la Ley 13/85: los riesgos asociados a este producto estaban específicamente advertidos en la documentación precontractual y contractual suscrita por los demandantes.

Todas las condiciones que se incorporan en las órdenes de suscripción de valores que se aportan con la demanda no pueden tener la consideración de condiciones generales de la contratación, pues vienen impuestas por la Ley.

El folleto informativo de la emisión fue debidamente inscrito y autorizado por la CNMV.

No se ha acreditado el error en el consentimiento contractual.

La representación de NCG Banco contestó a la demanda por medio de escrito de fecha 4 de julio de 2.013, con base en los siguientes hechos y excepciones:

Indebida acumulación objetiva de acciones

Falta de legitimación activa de Adicae: las acciones se ejercitan al amparo del artículo 11 LEC pero no existe un hecho dañoso común; no puede calificarse como hecho dañoso común los avatares contractuales de miles de **consumidores**

Indebida acumulación subjetiva de acciones



Carencia sobrevenida de objeto

Falta de legitimación activa de Caixanova Emisiones SA. La demandante no mantiene relación comercial alguna con los demandantes y no tuvo más intervención que la relativa al folleto informativo de la emisión.

En cuanto al fondo, los empleados de la demandada pusieron a disposición de los clientes toda la información precisa para que conociesen las características y riesgos asociados a la contratación de este tipo de productos; además, dicha documentación se encontraba accesible al hallarse registrada en la CNMV. La emisión que se describe de participaciones preferentes Serie A, así como las condiciones que se describen, recogidas en el folleto informativo de la Emisión, confirma la legalidad del producto. Las cláusulas contenidas en la orden de valores no son condiciones generales de la contratación pues son inherentes a la naturaleza del producto.

En cuanto a las cláusulas que se reputan nulas, la consecuencia de la declaración de nulidad sería tenerlas por no puestas, pero nunca la devolución del importe invertido en las participaciones preferentes.

3.- Se citó a las partes al acto de la audiencia previa, que tuvo lugar el día 19 de noviembre de 2.013. A dicho acto compareció la parte actora y la parte demandada, debidamente asistidas y representadas. La parte actora se ratificó en su escrito de demanda y la parte demandada se personó en dicho acto.

Las partes propusieron prueba documental, interrogatorio de parte y testifical.

Por medio de Auto de fecha 20 de noviembre de 2.013 este Juzgado se estimó la indebida acumulación objetiva y subjetiva de acciones.

Por medio de Auto de fecha 28 de julio de 2.014 la Ilma Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución y acordó que procedía la acumulación de las pretensiones ejercitadas en la demanda, acciones de cesación e individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación, sin que procediese la tramitación acumulada de las acciones contractuales civiles fundadas en la infracción de las disposiciones generales del CC y sin que procediese la estimación de la carencia sobrevenida de objeto respecto a las acciones de cesación ejercitadas.

4.- Se celebró un nuevo acto de audiencia previa el día 21 de octubre de 2.014 y se acordó la práctica de prueba documental, interrogatorio de parte y testifical.

El acto del juicio se celebró el día 6 de febrero de 2.015, en el que se practicaron los medios de prueba propuestos y admitidos en el acto de la audiencia previa.

Tras los diversos desistimientos formulados, mantienen la condición de intervinientes en calidad de demandantes Jose Ramón, Aurelia, Alexis, Graciela y Donato.

Formuladas las conclusiones, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de ADICAE, Hugo y Olegario interpone la demanda que dio lugar al presente proceso contra NCG Banco SA y Caixanova Emisiones SA en ejercicio de varias acciones acumuladas, que han quedado delimitadas del siguiente modo, tras el dictado del Auto de fecha 28 de julio de 2.014 de la Ilma Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución y acordó que procedía la acumulación de las pretensiones ejercitadas en la demanda, acciones de cesación e individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación, sin que procediese la tramitación acumulada de las acciones contractuales civiles fundadas en la infracción de las disposiciones generales del CC y sin que procediese la estimación de la carencia sobrevenida de objeto respecto a las acciones de cesación ejercitadas.

Por tanto, de los pedimentos contenidos en el Suplico de la demanda, subsistirían en la presente *litis* tras el dictado de la mencionada resolución, los siguientes:

En cuanto a la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, la parte actora interesa en su demanda que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas señaladas en el Hecho Tercero de la demanda y su no incorporación a los contratos de los demandantes; que se condene a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas que se reputan nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; que se libre mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la Sentencia; que se publique el Fallo de la Sentencia en el BORME o en un periódico de los de mayor tirada; se imponga una multa a las demandadas conforme a lo dispuesto en el art. 171 LEC; se condene a las demandadas a cesar en la práctica de comercializar participaciones preferentes a clientes con perfil minorista y a cesar en la práctica de comercializarlas como valor en deuda.

A este respecto, se afirma que los documentos contractuales relativos a la comercialización de estos productos financieros contienen cláusulas abusivas y de difícil comprensión:

Es nula la cláusula común a todas las órdenes de compra que recoge "en aplicación de la Directiva 2004/39/CE Caixanova informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible sobre sus conocimientos y experiencia inversora. El cliente reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones e instrumentos financieros".

La fecha de vencimiento del producto contratado, que figura en las órdenes de compra, a larga duración o perpetuidad, también debe reputarse abusiva. Existe un desequilibrio importante en perjuicio del **consumidor**.

La cláusula de amortización anticipada que figura en el folleto informativo se atribuye exclusivamente a la entidad emisora.

En el contrato de depósito o administración de valores se considera que también existen cláusulas abusivas; en concreto, la cláusula en la que se establece que el/los titulares está obligado a mantener en Caixanova una cuenta vinculada a este contrato y se dice que si los fondos no fuesen suficientes, el titular autoriza a Caixanova para asentar los importes de los gastos y comisiones derivados de la operación específica en cualquier otra cuenta que el titular mantenga en Caixanova, aunque produzca un descubierto... Y se reputa igualmente nula la cláusula en la que se establece que el titular se obliga a satisfacer a Caixanova las comisiones y gastos que ésta tenga establecidos para este contrato. En la cláusula cuarta, apartado 5, se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, pero no se acredita su entrega.

En cuanto a la acción colectiva de cesación por publicidad engañosa o ilícita, se solicita que se ordene a las demandadas a cesar en toda comunicación publicitaria, que consista en i) utilizar para su comercialización a clientes minoristas la denominación de " **participación preferente** ", en la que se omita mencionar simultáneamente y de forma expresa sus características y riesgos, ii) publicitar las participaciones preferentes como si fuera un valor de deuda; y se proceda a la inclusión de la Sentencia en los tablones de anuncios de las sucursales por dos meses.

En cuanto a las acciones individuales de nulidad por condiciones generales de la contratación abusivas o ilícitas y/o publicidad ilícita o engañosa, se solicita que se declare la nulidad de todas las órdenes de valores y contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos por los actores con las demandadas, que figuran en el Hecho tercero de la demanda, por afectar las cláusulas nulas a elementos esenciales del contrato, con sus efectos restitutorios. Y, que se condene a las demandadas a reintegrar a los actores las cantidades que figuran en el Hecho Primero de la demanda, así como las comisiones y gastos.

Como destaca el Auto de fecha 28 de julio de 2.014 de la Ilma Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, el Juzgado de lo Mercantil cuenta con competencia objetiva para conocer de las acciones individuales y colectivas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, pero carece de la misma para las acciones estrictamente contractuales con invocación de lo normado en el CC, cuyo conocimiento corresponde al Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, las cuestiones referentes a la concreta información recibida por cada **consumidor** y a la existencia de posibles vicios del consentimiento, quedan fuera del ámbito del presente procedimiento.

Una vez resueltas las excepciones procesales alegadas por las demandadas en sus escritos de contestación a la demanda, y atendiendo a la delimitación fáctica y jurídica que resulta ineludible en virtud del contenido del Auto de fecha 28 de julio de 2.014 de la Ilma Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, la cuestión de fondo debatida y discutida por la parte demandada se ciñe a los siguientes extremos:

Falta de legitimación activa de Adicae: las acciones se ejercitan al amparo del artículo 11 LEC pero no existe un hecho dañoso común; no puede calificarse como hecho dañoso común los avatares contractuales de miles de **consumidores**

Falta de legitimación pasiva de Caixanova Emisiones SA. La demandante no mantiene relación comercial alguna con los demandantes y no tuvo más intervención que la relativa al folleto informativo de la emisión.

Las participaciones preferentes se regulan en la Ley 13/85: los riesgos asociados a este producto estaban específicamente advertidos en la documentación precontractual y contractual suscrita por los demandantes.

Todas las condiciones que se incorporan en las órdenes de suscripción de valores que se aportan con la demanda no pueden tener la consideración de condiciones generales de la contratación, pues vienen impuestas por la Ley.

El folleto informativo de la emisión fue debidamente inscrito y autorizado por la CNMV.



En fase pre-contractual, los empleados de la demandada pusieron a disposición de los clientes toda la información precisa para que conociesen las características y riesgos asociados a la contratación de este tipo de productos; además, dicha documentación se encontraba accesible al hallarse registrada en la CNMV. La emisión que se describe de participaciones preferentes Serie A, así como las condiciones que se describen, recogidas en el folleto informativo de la Emisión, confirma la legalidad del producto. Las cláusulas contenidas en la orden de valores no son condiciones generales de la contratación pues son inherentes a la naturaleza del producto.

En cuanto a las cláusulas que se reputan nulas, la consecuencia de la declaración de nulidad sería tenerlas por no puestas, pero nunca la devolución del importe invertido en las participaciones preferentes.

SEGUNDO .- Fijados los términos del debate, en primer lugar debe entrarse a resolver la excepción de falta de legitimación activa de ADICAE que se invoca por ambas demandadas.

El artículo 11.1 LEC dispone que "(s)in perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de **consumidores** y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los **consumidores** y usuarios ". Asimismo, el apartado 2, relativo al ejercicio de las acciones de defensa de los intereses colectivos de **consumidores** y usuarios, reconoce legitimación a " las asociaciones que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados ." Por último, el apartado 3, en relación a las acciones en defensa de los intereses difusos, la ley exige además a las asociaciones de **consumidores** y usuarios que sean "representativas" conforme a la ley.

Paralelamente, el art. 16 LCGC legitima para el ejercicio de las acciones de cesación a "(l)as asociaciones de **consumidores** y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937 , General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los **consumidores** ".

Dichos preceptos no definen qué se entiende por asociación de **consumidores** y usuarios ni los requisitos que la misma debe reunir sino que se remite a lo dispuesto en su normativa específica, lo cual supone una remisión a los arts. 22 y siguientes del RDL 1/2007 .

La actual regulación se encuentra en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios, aprobado mediante Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que define, en su art. 23.1 a las asociaciones de **consumidores** y usuarios: " Son asociaciones de **consumidores** y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los **consumidores**, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados ". Estableciendo, a continuación, el artículo 24, regulador de la legitimación de tales asociaciones, que: " 1. Las asociaciones de **consumidores** y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los **consumidores** y usuarios. Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los **consumidores** ."

Por último, dicha legitimación supraindividual viene también regulada y reconocida, para los supuestos de publicidad ilícita (entre los que se incluye la publicidad engañosa), en la legislación específica que ampara la acción ejercitada. Formulada en este caso una acción de cesación de conducta desleal en materia de publicidad ilícita, la legitimación de la demandante vendría reconocida por el 33.3 b) de la Ley de Competencia Desleal que faculta para su ejercicio a " las asociaciones de **consumidores** y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los **consumidores** ."

Por tanto, la legitimación activa de ADICAE encuentra fundamento en el artículo 11.2 LEC , pues al tenor del precepto mencionado aquélla se encuentra legitimada para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados, de la asociación, y para la defensa de los intereses generales de los **consumidores** y usuarios. En el caso de ejercicio de acciones colectivas, como así acaece con la acción de cesación al amparo del artículo 12.2 LCGC y acción de cesación por publicidad ilícita (artículo 32 LCD , en relación al art. 33 del mismo texto legal), se encuentra justificada en este caso en la existencia de un hecho dañoso común, como es la suscripción de las respectivas órdenes de compra de las participaciones preferentes. En concreto, la primera de las acciones colectivas interpuestas en la demanda, la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, no va dirigida a obtener una declaración judicial de nulidad de un contrato por ausencia de alguno



de los elementos esenciales, sino que esta acción colectiva está dirigida a eliminar de un tipo de contratos las condiciones generales incluidas en el mismo que sean contrarias a la ley (al tenor del art. 8.2 LCGC son nulas en los contratos celebrados con los **consumidores** las cláusulas de condiciones generales que sean abusivas, tal y como son definidas por el artículo 10 bis y DA 1ª TRLGDCU): el efecto pretendido con el ejercicio de tal acción es la tutela de derechos de incidencia colectiva, respecto de una pluralidad de **consumidores** perjudicados, precisamente por la inclusión de las condiciones generales que se consideran abusivas y, por ende, nulas, en las órdenes de compra suscritas por los **consumidores** afectados.

Por otra parte, los argumentos aducidos por la parte demandada para justificar la falta de legitimación activa de ADICAE, al haber solicitado en el punto primero del Suplico de la demanda que " *se declare la nulidad de las cláusulas abusivas señaladas en el Hecho Tercero de la demanda y su no incorporación a los contratos de los actores* ", nos hallamos ante una acción colectiva de cesación, para cuya interposición está legitimada la demandante ADICAE, al tenor del artículo 11.1 y 2 LEC y conforme a lo establecido en el artículo 16.3 LCGC. La pretensión de la actora es de la " *obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz* " (art. 12.2 LCGC), que es precisamente la petición que se dirige a este órgano judicial en la letra B) del punto 1º del Suplico de la demanda (" *que se condene a las demandadas a eliminar de sus contratos este tipo de cláusulas declaradas nulas y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización* ").

Y, en cuanto a la acción de cesación por publicidad ilícita, se solicita en la Súplica de la demanda que se ordene a las demandadas a cesar de toda comunicación publicitaria que consista en utilizar para su comercialización a clientes minoristas la denominación de "participación preferente" y su publicitación como si fuera un valor de deuda. Nuevamente, es el artículo 33.2 LCD el que confiere legitimación activa a las asociaciones de **consumidores** y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el TRLGDCU para la interposición de las acciones reguladas en el art. 32.1, nº 1 a 4, de la LCD (entre las que se encuentra la acción de cesación).

FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE CAIXANOVA EMISIONES SA

Se alega en la contestación a la demanda formulada por la representación de Caixanova Emisiones SA, la falta de legitimación pasiva de la demandada., pues ésta no mantiene relación comercial alguna con los demandantes y no tuvo más intervención que la relativa al folleto informativo de la emisión.

Para resolver la cuestión relativa a la falta de legitimación pasiva de Caixanova Emisiones SA para soportar las acciones entabladas en el presente proceso, debe acudirse a las previsiones específicas de la LCGC y LCD.

Establece el art. 17 LCGC " *La acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas* ". Por tanto, la legitimación pasiva de Caixanova Emisiones SA requeriría, en cuanto a la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, que dicha entidad haya hecho uso de las condiciones generales que se reputan nulas. Atendiendo a los estrictos términos en que se encuentra delimitada la legitimación pasiva en cuanto al ejercicio de la acción de cesación contemplada en el art. 12 LCGC, debe estimarse la excepción planteada por Caixanova Emisiones SA, pues su intervención quedó restringida a la emisión de las participaciones preferentes suscritas por los actores, sin que concurra el requisito de que haya hecho "uso" efectivo de las participaciones preferentes de cuya emisión se encargó.

En cuanto a la acción de cesación por publicidad ilícita y/o engañosa, el artículo 34 LCD establece " *las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización* ". En lo que respecta a la intervención de Caixanova Emisiones SA, ésta fue la emisora de las participaciones preferentes suscritas por los demandantes, si bien no mantiene relación contractual alguna con aquéllos. Su intervención se ciñe al folleto de la emisión, pero no tuvo intervención alguna en lo que respecta a la comercialización del producto, efectuada en exclusiva por la codemandada NCG Banco.

En tales circunstancias, sí se encuentra justificada la legitimación pasiva de la demandada Caixanova Emisiones SA en lo que atañe a la acción de cesación por publicidad engañosa y/o ilícita, en la medida en que resulta acreditado que, o bien ha realizado el acto que se reputa constitutivo de tal publicidad engañosa y/o ilícita, o bien ha cooperado en su realización.

Cuestión distinta es la relativa a las acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación que se entablan de forma acumulada en la demanda, pues respecto de las mismas no concurre en ningún caso la legitimación pasiva de Caixanova Emisiones SA, en la medida en que no intervino en el proceso de comercialización de las participaciones preferentes, ni suscribió las órdenes de valores ni fue parte en los contratos de depósito y administración de valores, por lo que las acciones interpuestas al amparo de los artículos 8 y 9 LCGC deben dirigirse exclusivamente contra la codemandada NCG Banco.



A CCIÓN DE CESACIÓN

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas en contratos concertados con **consumidores**, como resulta de los arts. 12 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 53 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de art. 7 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores** y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los **consumidores**, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución.

La acción de cesación regulada en el artículo 12 LCGC tiene por su naturaleza la finalidad de obtener una sentencia que condene al predisponente de una condición general de la contratación a cesar en su utilización y precisamente por ello tiene una vocación de generalidad y un alcance y proyección colectivos caracterizados por su indeterminación, trascendiendo los intereses individuales de los sujetos afectados.

Es por ello que la LCGC en congruencia con la naturaleza y finalidad de la acción de cesación, sólo atribuye legitimación para su ejercicio a determinados sujetos o entidades que menciona expresamente en su ya citado precepto 16, que hay que ponerlo en relación con el artículo 11.1 LEC.

Por tanto, cuando una asociación de **consumidores** y usuarios ejerce un acción colectiva, como la de cesación y las accesorias a ésta (de restitución e indemnización), no lo hace en sustitución procesal de los intereses individuales de sus asociados, sino en un interés propio aunque no individual sino colectivo, determinado por los fines y objetivos por los que se constituyó.

Se interesa en la demanda formulada por ADICAE, en cuanto a la acción de cesación por condiciones generales de la contratación, que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas señaladas en el Hecho Tercero de la demanda y su no incorporación a los contratos de los demandantes; que se condene a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas que se reputan nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Igualmente, en la Súplica del escrito rector, punto primero, letras F) y G), se solicita que se condene a las demandadas a cesar en la práctica de comercializar participaciones preferentes a clientes con perfil minorista y a cesar en la práctica de comercializarlas como valor en deuda.

El primer presupuesto que debe concurrir para que la acción colectiva pueda prosperar es que se identifiquen las cláusulas cuya eliminación se pretende, ya que su validez ha de ser contrastada con la Ley, ex artículo 8 y 12 LCGC.

Las cláusulas que se identifican como abusivas, según el Hecho Tercero de la demanda, serían las siguientes:

En todas las órdenes de compra se hace constar " *En aplicación de la Directiva 2004/39/CE Caixanova informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible sobre sus conocimientos y experiencia inversora. El cliente reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones e instrumentos financieros* ".

La fecha de vencimiento del producto contratado, que figura en las órdenes de compra, a larga duración o perpetuidad, también debe reputarse abusiva. Existe un desequilibrio importante en perjuicio del **consumidor**.

La cláusula de amortización anticipada que figura en el folleto informativo se atribuye exclusivamente a la entidad emisora. Literalmente se recoge " *las participaciones preferentes serie D se emiten por tiempo indefinido. Sin embargo, podrán amortizarse total o parcialmente en cualquier momento a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, a voluntad del emisor...* "

En el contrato de depósito o administración de valores se considera que también existen cláusulas abusivas; en concreto, la cláusula en la que se establece que " *el/los titulares está obligado a mantener en Caixanova una cuenta vinculada a este contrato, en la que se recogerán los abonos y cargos dimanados del mismo y de los valores, obligándose a efectuar las correspondientes provisiones de fondos en dicha cuenta para hacer frente a las obligaciones contractuales. Si los fondos no fuesen suficientes, el titular autoriza expresamente a Caixanova para asentar los importes de los gastos y comisiones derivados de la operación específica de que se trate en cualquier otra cuenta que el titular mantenga en Caixanova (ya sea de titularidad única o indistinta), aunque produzca un descubierto...* " Y se reputa igualmente nula la cláusula en la que se establece que " *el titular se obliga a satisfacer a Caixanova las comisiones y gastos que ésta tenga establecidos previstos para este contrato y la operatoria regulada, así como a reembolsar los gastos que haya realizado relativos a los valores* ". En la cláusula cuarta, apartado 5, se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, pero no se acredita su entrega.



El artículo 82 TRLGDCU equipara la protección que merece el **consumidor** frente a las cláusulas no negociadas individualmente y a las prácticas comerciales no consentidas expresamente (" *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*").

En cuanto a las características inherentes al producto (participaciones preferentes), vienen recogidas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (art. 7.1) y Disposición Adicional Segunda, que establece específicamente:

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

a) Ser **emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea** , que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

c) **Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes** , si bien:

i) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

ii) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto.

En todo caso, **el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles** en la entidad de crédito emisora o dominante.

El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

d) **No otorgar a sus titulares derechos políticos** , salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.

e) **No otorgar derechos de suscripción preferente** respecto de futuras nuevas emisiones.

f) **Tener carácter perpetuo** , aunque el emisor podrá acordar la **amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España** , que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad.

g) **Cotizar en mercados secundarios organizados** .

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes 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 de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, 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 cuotapartícipes.



i) En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos.

j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento.

k) La oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 78 bis. 3. e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. *Letra k) del número 1 de la disposición adicional segunda redactada por la disposición final primera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre). Vigencia: 15 noviembre 2012*

l) *En el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 euros y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 euros".*

La STJUE RWE Vertrieb de fecha 21 de marzo de 2013 señala que no pueden ser sometidas a los controles previstos en la Directiva 93/13 aquellas cláusulas contractuales que se limitan a aplicar al contrato en cuestión el contenido de las normas legales o reglamentarias que de forma imperativa regulan la prestación de un servicio (art. 1.2 Directiva 93/132). A estos efectos, se consideran que son imperativas aquellas normas nacionales que se apliquen independientemente de la elección de los contratantes y también las aplicables por defecto en ausencia de voluntad en contra de las partes.

En el supuesto enjuiciado, por los motivos indicados, no pueden ser reputadas abusivas las cláusulas que establecen como fecha de vencimiento del producto contratado, a larga duración o perpetuidad, ni la cláusula de amortización anticipada (que se atribuye exclusivamente a la entidad emisora), pues se trata de las algunas de las características principales de los valores que adquirirían.

El hecho que los títulos de participaciones preferentes o deuda subordinada depositadas no tengan liquidez inmediata y dependan de su venta en un mercado secundario, no depende de las condiciones de ese contrato, sino de la naturaleza del producto depositado, por lo que la condición en ningún caso puede ser nula por ese motivo.

Por otra parte, debe traerse a colación cuál es la finalidad y configuración de la acción de cesación, como la aquí entablada por ADICAE.

La Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004 EDJ 2004/6929, 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 EDJ 2013/170122 dispone que: " **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** . 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... "

La STS de 17 de junio de 2.010 señala que no existe óbice para estimar la acción de cesación en aquellos casos en que, como en el presente, la parte predisponente no hace uso de la condición predispuesta en el contrato de adhesión al tiempo de la presentación de la demanda, pero existe la posibilidad futura de utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, máxime cuando la demandada no manifiesta su compromiso de no uso, se opone a la acción y se limita a señalar que no ha seguido comercializando el producto en el que la estipulación se incorpora, en los términos que resultan de los contratos controvertidos.

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. 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 de que son notas definitorias y comunes a las acciones de cesación ahora ejercitadas, la abstracción, la generalidad y el peligro de reiteración, debe entrarse a valorar, bajo estos parámetros, si la petición de la actora se atiene a tales presupuestos o si faltan tales presupuestos jurídico materiales.

En particular, ha de examinarse el presupuesto jurídico material consistente en el riesgo de continuidad en el clausulado que pueda reputarse ilícito.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por un lado, se ocupa de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, para lo que se establecen mecanismos voluntarios y obligatorios de gestión de instrumentos híbridos de capital, que afectarán tanto a las participaciones preferentes como a la deuda subordinada, y atribuye al FROB la competencia para acordar la aplicación de estas acciones e instrumentarlas en los términos que permite la Ley. Por otro lado, como dice su exposición de motivos, se "prevén medidas de protección del inversor, de manera que la Ley da respuesta decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años" (DAª 13).

La Disposición Adicional 13 de la Ley 9/2012 , que se refiere a "la comercialización a minoristas de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles y financiaciones subordinadas computables como recursos propios", establece lo siguiente:

"La comercialización o colocación entre clientes o inversores minoristas de emisiones de participaciones preferentes, instrumentos de deuda convertibles o financiaciones subordinadas computables como recursos propios conforme a la normativa de solvencia de entidades de crédito, exigirá el cumplimiento de los requisitos siguientes:



a) La emisión ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes o inversores profesionales de al menos el cincuenta por ciento del total de la misma, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a cincuenta, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el artículo 78 bis.3.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

b) En el caso de emisiones de participaciones preferentes, o instrumentos de deuda convertibles de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital , el valor nominal unitario mínimo de los valores será de 100.000 euros. En el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo será de 25.000 euros.

La presente Disposición tiene la consideración de norma de ordenación y disciplina del mercado de valores, constituyendo su incumplimiento una infracción muy grave conforme a lo previsto en el título VIII de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores.

Lo dispuesto en las letras a) y b) anteriores no resultará de aplicación en el ámbito de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada regulados en el capítulo VII de esta Ley ni a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada emitidos al objeto de canjear otros valores de este tipo emitidos con anterioridad al 31 de agosto de 2012".

En el supuesto litigioso, el clausulado relativo al producto objeto de impugnación no circula en las condiciones enjuiciadas dentro del tráfico mercantil, por lo que queda asegurada la definitiva exclusión de cualquier riesgo de utilización de las mismas, bajo las condiciones que dan lugar al presente enjuiciamiento. Asimismo, la comercialización de participaciones preferentes entre clientes o inversores minoristas, instrumentos de deuda convertibles o financiaciones subordinadas computables como recursos propios, exigirá el cumplimiento de los requisitos exigidos conforme a la normativa actualmente vigente: ello no sólo hace inoperante el clausulado contractual que se ha impugnado en la demanda (en los extremos que se reputan abusivos), sino que también permite constatar que no resulta factible que las prácticas comerciales que se califican como "irregulares" puedan reiterarse en el futuro para este tipo de instrumentos financieros. A ello se une el canje de las participaciones preferentes y deuda subordinada por otros instrumentos de capital, que ha quedado debidamente acreditado por medio de la prueba documental aportada a autos (en virtud de Resolución de 7 de junio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de NCG Banco SA, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el FROB y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea).

Por todo ello, tampoco puede ser estimada la acción de cesación interpuesta para que se cese en la práctica de comercializar participaciones preferentes a clientes con perfil minorista o como un valor de deuda.

Además, en lo que atañe a la cláusula de amortización anticipada que figura en el folleto informativo, que se atribuye exclusivamente a la entidad emisora (" las participaciones preferentes serie D se emiten por tiempo indefinido. Sin embargo, podrán amortizarse total o parcialmente en cualquier momento a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, a voluntad del emisor... "), no puede calificarse tal previsión como una condición general de la contratación, en los términos del artículo 1 LCGC, pues se trata de una característica del producto que se reflejaba en el folleto informativo autorizado por la CNMV.

Por último, en lo que respecta a la posible abusividad de la cláusula cuarta, apartado 5, del contrato de depósito o administración de valores, en la que se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos (y que según la parte actora, sería abusiva, al no haberse acreditado su entrega, en realidad se está cuestionando por la actora el incumplimiento de las condiciones u obligaciones que se describen en dicha estipulación, pretensión que no alberga conexión alguna con el objeto de una acción de cesación por condiciones generales de la contratación.

ACCIÓN DE PUBLICIDAD

El art. 2 de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad , define la publicidad como " toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones ". En su art. 3 considera ilícita, entre otros supuestos, la publicidad engañosa. En su art. 6 LGP establece que " las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal ". Por último, como norma de cierre del sistema, el art. 18 de la Ley de Competencia Desleal establece que " la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal ". La actora ejercita la acción de cesación que prevé el art. 32.1.2 LCD y que puede ejercitar las asociaciones de **consumidores**, art. 33.3 LCD ; el artículo 6 bis de la LGP se remite, en cuanto



al catálogo de acciones que pueden ejercitarse contra la publicidad ilícita, a lo establecido en el Capítulo IV de la LCD .

En el presente caso, no se han concretado correctamente por la parte actora, cuáles serían los concretos actos de publicidad que podrían ser calificados como engañosos e ilícitos. El argumentario de Caixanova relativo a la emisión de participaciones preferentes Serie D y las Circulares aportadas por la parte demandada a requerimiento de la parte actora no pueden ser consideradas como "mensaje publicitario", sino que se trata de documentación que contiene información adicional, a disposición de los potenciales clientes a quienes podrían ser comercializadas las participaciones preferentes (p. 3 de la Circular 94/09). Es más, en el argumentario comercial se indica que al comercializar el producto se va a dirigir a clientes minoristas con perfil de conocimientos y experiencia inversora o clientes minoristas que hayan contratado algún título con Caixanova con anterioridad, entre otros. Y los riesgos del producto figuran especificados en el argumentario comercial (p.e. "no es posible asegurar que el inversor pueda venderlas con carácter inmediato", el pago está condicionado a la obtención de beneficios por parte de la entidad y su grupo, valores perpetuos, riesgos en el orden del prelación, ect). Por tanto, ni se trata de documentos con contenido publicitario ni excluyen la información sobre los principales riesgos de este producto, que resultan inherentes a la propia naturaleza del producto (art. 7.1 de la Ley 13/1985 y DA Segunda de la Ley); en definitiva, las circulares, argumentario y folleto informativo aluden a los requisitos y condiciones legales propios de la naturaleza del producto contratado, sin que la información que se reflejaba en dichos documentos pudiera resultar engañosa acerca de los riesgos propios de tal producto, precisamente porque se hacía expresa mención de aquellos riesgos.

Verdaderamente, la parte actora parece reconducir esta supuesta publicidad engañosa al modo de comercialización del producto, al considerar que los empleados de la entidad facilitaban información que no revelaba las verdaderas características de las participaciones preferentes o que muchos de los clientes que contrataron este producto no fueron informados sobre los riesgos que resultaban inherentes a tal contratación. Ello no puede considerarse como publicidad, sino más bien una práctica comercial dirigida a promover la adquisición de estos productos por parte de clientes de la Caja, que aumentaba sus recursos propios mientras los clientes asumían riesgos ciertos y constatables, de los que no habrían sido correctamente informados. Así se desprende de la Circular 117/06, donde se indica de modo expreso que este tipo de emisiones cubren importantes objetivos, como dotar de recursos propios a la entidad, apoyar el cumplimiento de criterios de solvencia, etc y que los tipos de interés deberían ser suficientemente atractivos de cara al cliente. En la Circular 94/2009 se denota el interés de la entidad en reforzar el coeficiente de solvencia de la caja, para lo cual se trazaba ese plan de actuación en el que la emisión de participaciones preferentes Caixanova Serie D era un pilar básico; la entidad pretendía, obviamente, conseguir una mayor fortaleza financiera y reorganizar la estructura del pasivo. Mas ni la estrategia trazada en tal sentido, ni las Circulares emitidas para conseguir colocar esta emisión en "operaciones de menudeo" a clientes minoristas (P. 3 de la Circular), constituyen un acto susceptible de ser calificado como publicidad ilícita; y mucho menos cabe considerar que tal actuación constituiría un supuesto de publicidad engañosa, susceptible de ser reconducida a los artículos 20 a 27 LCD (o, con carácter general, arts. 5 y 7 LC), a los que se remite en este punto el artículo 3 de la LGP tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre , pues en la Circular se indican expresamente las características de las participaciones preferentes y las condiciones de la emisión.

El comportamiento observado por la entidad demandada, por medio de sus empleados (puesto de manifiesto por medio de la prueba testifical de otros clientes afectados por la comercialización de participaciones preferentes) constituiría, en efecto, una práctica comercial incardinable en el artículo 82 TRLGDCU, pues causa un desequilibrio indudable en perjuicio del **consumidor**: en este sentido, ha resultado acreditado que estas prácticas estaban directamente encaminadas a lograr la contratación de participaciones preferentes por parte de clientes de perfil minorista, sin que se les hubiese facilitado toda la información precisa para **comprender** los riesgos inherentes a la contratación de este producto (así, los testigos aludieron a que habían recibido llamadas telefónicas de empleados de la entidad, en los que se les ofrecía un producto seguro, altamente rentable, exento de riesgos, garantizado): los clientes minoristas contrataron este producto sin que por parte de la entidad bancaria se desplegara la labor informativa con toda la diligencia profesional que le incumbía, a fin de cerciorarse de que los clientes comprendiesen que la rentabilidad de las participaciones preferentes se vinculaba a la existencia de beneficios distribuibles, su carácter perpetuo, la ausencia de garantía del Fondo de Garantía de Depósitos. Tales prácticas no consentidas expresamente han de reputarse abusivas pues, de forma contraria a la buena fe causan, en detrimento del **consumidor**, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes.

Ahora bien, tales prácticas abusivas (que así serían calificadas, al tenor del art. 82 TRLGDCU) han cesado en la actualidad y, lo que resulta más importante, tampoco pueden reiterarse, al socaire de la normativa en vigor.



En lo que respecta al folleto informativo de la emisión, fue debidamente autorizado por la CNMV, y reproducía las características que para estos productos establece la Ley 13/85. Asimismo, el **Tríptico de participaciones preferentes** expone de manera detallada los factores de riesgos de los valores (entre los que se incluyen el riesgo de perpetuidad, orden de prelación, no percepción de las remuneraciones, riesgo de mercado, entre otros, así como las principales características de la emisión). Difícilmente puede argumentarse que ello ha constituido un acto de publicidad ilícita y/o engañosa, pues no puede olvidarse que el prisma desde el que se examina tal engaño es el propio de un proceso colectivo en el que se ha ejercitado una acción de cesación y no el que podría suscitarse en el marco de un proceso declarativo en el que se invocase la concurrencia de posibles vicios del consentimiento. Lo mismo debe decirse para el folleto informativo de la emisión, pues aunque sí estaría destinado a comunicar o facilitar información sobre la emisión de participaciones preferentes, detalla de manera profusa todas y cada una de las características de los valores, legislación aplicable y riesgos del producto, entre lo que se reiteran los de carácter perpetuo, orden de prelación, derechos económicos (condicionados a la existencia de beneficios distribuibles) o no concesión de derechos de políticos.

Cuestión distinta, y extremadamente alejada del examen que debe acometerse en el ámbito de una acción de cesación, es si los clientes que suscribieron estos productos fueron informados de tales características, o si torticeramente los empleados de la entidad que llevaron a cabo su comercialización ocultaron algunos de los riesgos para obtener su "colocación" a clientes minoristas, en los términos que incentivaba la entidad. En este sentido, las acciones que se promueven al amparo de la normativa reguladora de sociedades mercantiles (rendición de cuentas y deber legal de custodia), arts. 263 y siguientes del CCom, no pueden adelantar sus pretendidos efectos a la fase de negociación precontractual, cuestión esta última que redundaría en la posible existencia de vicios del consentimiento contractual; mas la parte demandante reconoce en su demanda que estas infracciones se referirían a deberes de rendición de cuentas y deberes de custodia; sin embargo, tales incumplimientos tampoco permiten declarar la nulidad de los contratos suscritos por los actores, ni mucho menos puede amparar una condena de la demandada a abonar, en concepto de daños y perjuicios, una cantidad equivalente a las aportaciones realizadas por cada uno de los actores, pues este eventual pronunciamiento estaría condicionado a una estimación de la acción de nulidad relativa o una declaración de nulidad del contrato por efecto de la estimación de la acción individual de nulidad por condiciones generales de la contratación: sin embargo, la primera de las acciones mencionadas se encuentra fuera del ámbito de competencia objetiva de este Juzgado y la segunda sólo, como se razonará a continuación, sólo habrá de ser estimada en parte y sin que la cláusula declarada nula afecte a elementos esenciales del contrato, de conformidad con el artículo 1261 CC.

En conclusión, por lo que respecta al elemento publicitario a examinar, en modo alguno puede asimilarse a una alusión al proceso de comercialización. Las alegaciones sobre el concreto proceso de comercialización han de valorarse a la luz de los concretos elementos probatorios que permitan comprobar lo realmente ocurrido, ajenos al marco regulador de las acciones que nos ocupan, y propios de un proceso declarativo en el que se ejerciten acciones basadas en la normativa general contractual civil, que han quedado expresamente al margen del presente procedimiento.

No cabe por ello en primer lugar declarar engañosa una publicidad que no ha sido concretada de manera acertada, ni obtener por esta vía un pronunciamiento judicial de nulidad del modo en que se comercializó el producto a los inversores/clientes minoristas.

En todo caso, a lo anterior habría de añadirse que tampoco concurren, como sucede con la acción de cesación por condiciones generales de la contratación que se ha ejercitado en la demanda, los presupuestos legales que permitirían estimar la acción de cesación por publicidad ilícita: como se ha dejado expuesto, las acciones de cesación **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 el supuesto litigioso, resulta palmario que la acción colectiva de cesación resulta extemporánea (tardía), pues la demandada ha acreditado que se ha evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la comercialización de participaciones preferentes empleando para su posible publicitación los medios que pudieron emplearse en las condiciones que se han reputado ilícitas y/o engañosas.

TERCERO .- Se ejercitan de forma acumulada en la demanda las acciones individuales de nulidad por condiciones generales de la contratación, al amparo de los artículos 8 y 9 LCGC.

Establece el art. 8 LCGC " *serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un **consumidor**, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios".

En cuanto a las acciones individuales de nulidad y no incorporación, el art. 9 LCGC dispone que "la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

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

Por lo que respecta a las condiciones generales que figuran en contratos celebrados con **consumidores** y usuarios, el art. 8.2 reputa nulas las condiciones generales que sean abusivas, remitiéndose en este punto a lo establecido en el art. 10 bis y DA 1ª TRLGDCU (los artículos 80 a 91 sustituyen la vieja regulación recogida en el anterior artículo 10 bis de la Ley; se establece en el art. 82 "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor**, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato").

En el presente procedimiento, únicamente mantienen su condición de demandantes individuales, tras los múltiples desistimientos formulados a lo largo del curso del proceso, Hugo y Olegario. Respecto de ambos demandantes, se interesa que se declare la nulidad de todas las órdenes de valores y contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos por los demandantes, por afectar a condiciones generales nulas por abusivas, con efectos restitutorios.

Las peticiones subsidiarias de nulidad y/o anulabilidad, formuladas al amparo de la normativa contractual civil, quedan al margen del presente proceso, por pertenecer al ámbito de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia.

En lo que respecta a los intervinientes en calidad de demandantes, debe tenerse en cuenta que este Juzgado accedió a la intervención de varios **consumidores** afectados por la comercialización de participaciones preferentes, al tenor de lo establecido en el art. 13 LEC ("en particular, cualquier **consumidor** o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos"). Mas tal intervención lo es a los efectos de coadyuvar a las acciones entabladas por ADICAE, ya que dicha asociación litigaba en este proceso en defensa de los intereses de sus asociados y en defensa igualmente de los intereses generales colectivos de los **consumidores** afectados por la comercialización de participaciones preferentes, ex art. 11.2 LEC.

El artículo 15 de la LEC se refiere a la publicidad e intervención en procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de los **consumidores** y usuarios y dispone que "cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el **consumidor** o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido".

Por tanto, si bien se admitió la intervención de Jose Ramón, Aurelia, Emilio, Cecilia, Leandro, Lucía, Sergio, Virtudes, Bernabe, Consuelo, Alexis, Graciela, Donato y Marisa, en calidad de demandantes, ello no les facultaba para formular una acción individual de nulidad de condiciones generales, al amparo del artículo 9 LCGC, por lo que esta acción únicamente debe ser resuelta en cuanto a los demandantes iniciales que mantienen en la actualidad tal condición.

Determinación del carácter abusivo de una cláusula contractual

Para realizar esta tarea es necesario partir de los artículos 80 a 91 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de **Consumidores** y Usuarios aprobada por el RDL 1/2007 de 16 de noviembre. Estos artículos sustituyen la vieja regulación recogida en el anterior artículo 10 bis de la Ley.

Los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente se recogen en el artículo 80:

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.



Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al **consumidor** y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El *concepto de cláusulas abusivas* se recoge en el artículo 82.

a. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del **consumidor** y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

b. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

c. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

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:

vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

limiten los derechos del **consumidor** y usuario,

determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

impongan al **consumidor** y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Análisis de las acciones individuales de nulidad entabladas por Hugo y Olegario

En el Suplico de la demanda se ha interesado que se declare la nulidad de las órdenes de valores y contratos de adquisición de participaciones preferentes suscritos por los demandantes, con los efectos restitutorios y reintegro de las cantidades entregadas por cada uno de los demandantes, así como las comisiones, sin perjuicio del reintegro o descuento por los actores de las cantidades que hayan recibido por cualquier concepto.

No obstante, tales pedimentos declarativos, con las pretensiones accesorias de restitución de cantidades y/o daños y perjuicios, sólo podrían acogerse en el supuesto de que la declaración de nulidad de las condiciones generales que se reputan nulas, una vez expulsadas del contrato, contaminase de nulidad a todo el contrato, por no poder subsistir sin las estipulaciones que se reputan nulas por abusivas.

En tal sentido, es el propio artículo 10 de la LCGC el que dispone "*la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*".

La normativa de protección que ha diseñado la Directiva comunitaria 93/13, del Consejo, nos conduce a una nueva categoría de ineficacia, nueva y distinta de las categorías contempladas en el art. 1300 CC (nulidad de pleno derecho y anulabilidad). La nulidad parcial, como categoría original y distinta de la nulidad total o de la nulidad relativa, presenta notas características que ayudan a entender el régimen de protección diseñado por la Directiva 93/13, a saber:

En el caso de una cláusula abusiva, el negocio jurídico nace válido al tenor del art. 1.261 del CC, y si se declara la nulidad, no afecta al negocio jurídico que documenta el contrato, sino a una cláusula en concreto.

La ineficacia propugnada por el legislador comunitario es un supuesto de **ineficacia funcional**, pues la expulsión del negocio jurídico de una cláusula contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de reestablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación adhesiva o en masa. De esta forma, la "nulidad de pleno derecho" con que sanciona las cláusulas abusivas el artículo 83 del TRLGDCU (" **las**



cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas . A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el **contrato** , el cual, no obstante, **seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas** "), *no es propiamente una ineficacia estructural, sino una ineficacia funcional* (SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 6 de marzo de 2014 y SAP Islas Baleares (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2014). La nulidad a la que se refiere el art. 83 del TRLGDCU es una "nulidad parcial", dicho así de la nulidad que pretende la expulsión del contrato de la cláusula abusiva sin que contamine esta declaración a todo el contrato.

*La nulidad parcial proscribire la práctica denominada en la doctrina como "reducción conservadora de la validez" : la nulidad parcial, al perseguir el objetivo de proteger al **consumidor** e impone la expulsión de la cláusula contractual declarada nula por abusiva y la imposibilidad de llenar la laguna legal mediante una interpretación integradora del contrato. No obstante, la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Árpád Kásler/Jelzálogbank) recuerda que " en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un **consumidor** no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional "*

Sentado lo anterior, únicamente resta por examinar si las cláusulas de condiciones generales que se han calificado como abusivas y, por ende, nulas, deben ser expulsadas del clausulado de los contratos suscritos por los demandantes:

En primer lugar, en las órdenes de compra se recoge " *en aplicación de la Directiva 2004/39/CE Caixanova informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible sobre sus conocimientos y experiencia inversora. **El cliente reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones e instrumentos financieros** "*. Nos hallamos ante una cláusula de condiciones generales, pues cumple los requisitos que permiten conferirle tal carácter, al tenor del art. 1 LCGC (cláusula predispuesta, cuya incorporación al contrato ha sido impuesta por el predisponente y con vocación de incorporación a una pluralidad de contratos). Acerca de su carácter abusivo, se comprueba con claridad que se trata de una cláusula no negociada individualmente (art. 80 TRLGDCU) que, de forma contraria a las exigencias de la buena fe, causa (en detrimento del **consumidor**) un desequilibrio importante de la situación jurídica en la que el **consumidor** se encuentra: en este sentido, la STJUE de 16 de enero de 2014 (caso Constructora Principado / José Ignacio Menéndez Álvarez), llega a la conclusión de que un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el **consumidor** se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. Por tanto, no sólo ha de producirse un desequilibrio económico. En el supuesto enjuiciado, la condición general analizada pretende repercutir exclusivamente sobre el cliente la carga de comprender los riesgos inherentes a las inversiones que contrata, sin tener en cuenta los deberes de información y transparencia que asume la entidad bancaria. De este modo, el cliente se encuentra en una clara situación de desequilibrio, pues asume una responsabilidad exclusiva por la contratación del producto de inversión, con los riesgos asociados, y correlativamente la entidad demandada queda exonerada de cualquier reproche que pudiera realizarse por las circunstancias concurrentes en el cliente, su bagaje intelectual, a fin de que pudiera representarse la trascendencia económica y riesgos inherentes a la inversión. El carácter abusivo de la cláusula de condiciones generales conlleva su expulsión del contrato, conforme al art. 9, si bien la orden de compra mantiene su validez, pues dicha declaración de nulidad no afecta a los elementos esenciales del contrato, ex art. 1261 CC (*vid . artículo 9.1 LCGC*).

Se reputa abusiva la fecha de vencimiento del producto contratado, que figura en las órdenes de compra, a larga duración o perpetuidad: como ha sido anteriormente razonado, se trata de una de las características del producto, por lo que no cabe realizar un control de abusividad. La *STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Barclays Bank, S.A.)* : analiza la exclusión de la Directiva 93/13 prevista en su artículo 1.2 y llega a la conclusión de que " *están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones* " .

También se reputa abusiva la cláusula de amortización anticipada que figura en el folleto informativo, que se atribuye exclusivamente a la entidad emisora. Literalmente se recoge " *las participaciones preferentes serie D se emiten por tiempo indefinido. Sin embargo, podrán amortizarse total o parcialmente en cualquier momento a partir del quinto año desde la fecha de desembolso, a voluntad del emisor...* " . No cabe considerar que, en este supuesto, nos hallemos ante una condición general de la contratación, pues la mención de esta previsión en el folleto informativo de la emisión no puede reputarse cláusula contractual, ni tiene la consideración de



condición general de la contratación, al tenor del artículo 1 LCGC, en la medida en que el folleto informativo reproduce las características del producto y no constituye uno de los elementos integrantes del clausulado del contrato.

En el contrato de depósito o administración de valores se considera que también existen cláusulas abusivas; en concreto, la cláusula en la que se establece que " *el/los titulares está obligado a mantener en Caixanova una cuenta vinculada a este contrato, en la que se recogerán los abonos y cargos dimanados del mismo y de los valores, obligándose a efectuar las correspondientes provisiones de fondos en dicha cuenta para hacer frente a las obligaciones contractuales. Si los fondos no fuesen suficientes, el titular autoriza expresamente a Caixanova para asentar los importes de los gastos y comisiones derivados de la operación específica de que se trate en cualquier otra cuenta que el titular mantenga en Caixanova (ya sea de titularidad única o indistinta), aunque produzca un descubierto...* ". Y se reputa igualmente nula la cláusula en la que se establece que " *el titular se obliga a satisfacer a Caixanova las comisiones y gastos que ésta tenga establecidos previstos para este contrato y la operatoria regulada, así como a reembolsar los gastos que haya realizado relativos a los valores* ". En la cláusula cuarta, apartado 5, se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, pero no se acredita su entrega. Pues bien, la primera de las estipulaciones que se reputa abusiva no tiene tal consideración, pues la existencia de una cuenta vinculada resulta precisa para realizar los abonos y cargos derivados del producto contratado; los importes de las comisiones y gastos serán imputados en otra cuenta que mantenga en la misma entidad, el mismo cliente, sin que en la redacción de la cláusula se aprecie desproporción o imposición de cargas desproporcionadas, en detrimento del **consumidor**, pues la cláusula no añade previsión adicional alguna a lo ya contemplado en los artículos 1195 y siguientes del CC . La cláusula de condiciones generales, por la que el cliente se obliga a satisfacer las comisiones y gastos previstos para el contrato tampoco resulta abusiva, pues en términos abstractos esta estipulación obliga al cliente a abonar comisiones y gastos derivados de la contratación del producto, sin que se haya acreditado que en las circunstancias concurrentes se hayan impuesto comisiones o se hayan generado gastos de todo punto desproporcionados y, por ende, abusivos. Por último, en cuanto a la cláusula en la que se dice que se hace entrega de la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, no resulta abusiva tal estipulación, si bien la falta de entrega en cada supuesto concreto es cuestión que afectará a la información suministrada al cliente y podrá ser valorada para emitir un juicio de valor acerca de la formación del consentimiento contractual, mas esta cuestión excede del marco de la acción individual de nulidad que se ha interpuesto en la demanda.

CUARTO .- En cuanto a las costas, conforme al apartado 1 del artículo 394 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.

FALLO

DESESTIMO la demanda interpuesta por ADICAE, representada por la Procuradora Sra. Román Masedo y asistida por la Letrada Sra. Villaronga Arteaga, en la que intervienen en calidad de demandantes Jose Ramón , Aurelia , Alexis , Graciela y Donato contra los demandados, NCG Banco SA y Caixanova Emisiones SA, representadas por la Procuradora Sra. Belo González y asistidas por el Letrado Sr. Piñeiro Santos, en ejercicio de una acción de cesación por condiciones generales de la contratación y por publicidad ilícita y/o engañosa.

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Hugo y Olegario , representados por la Procuradora Sra. Román Masedo y asistidos por la Letrada Sra. Villaronga Arteaga, contra la demandada NCG Banco SA, representadas por la Procuradora Sra. Belo González y asistidas por el Letrado Sr. Piñeiro Santos, en ejercicio de una acción individual de nulidad por condiciones generales de la contratación. Y, en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la condición general que se recoge en las respectivas órdenes de compra suscritas por ambos demandantes con la demandada, que establece " *en aplicación de la Directiva 2004/39/CE Caixanova informa de que la operación solicitada es adecuada, de acuerdo con la información disponible sobre sus conocimientos y experiencia inversora. El cliente reconoce que es el único responsable de asegurarse de que comprende los riesgos asociados a sus inversiones e instrumentos financieros* ". En consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del contrato en el que se inserta.

Se desestiman las restantes peticiones contenidas en el Suplico de la demanda.

Todo ello sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.



Publicación: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ