

**Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª).**
Sentencia núm. 834/2009 de 22 diciembre
[RJ\2010\703](#)

CONTRATOS: NULIDAD: procedencia: contratos de inversión a plazo atípica: clausulado preestablecido mediante condiciones generales de contratación: nulidad por falta de transparencia: cláusula que prevé sin la debida claridad y transparencia una vinculación de la remuneración de la inversión a la evolución del valor de unas acciones y puede suponer pérdidas; extensión de la nulidad, por su vinculación causal a aquéllos, de operaciones posteriores similares suscritas para enjugar las pérdidas: INFRACCION DE NORMAS ADMINISTRATIVAS: efectos: determina la nulidad cuando, analizadas la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico concluido.

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION: ACCIONES: de cesación: requisitos: innecesaria realización de la conducta cuya cesación se solicita en el momento de la presentación de la demanda.

PRUEBA (LECiv 1/2000): CARGA: inaplicabilidad del art. 217 LECiv/2000 a los casos en que el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba.

SENTENCIA: INCONGRUENCIA; inexistencia: adecuación del fallo a las pretensiones de las partes: aplicación del principio «iura novit curia»: libertad del tribunal para la calificación de los hechos y la selección de la norma aplicable, sin alteración de los hechos que fundamentan la pretensión.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL: MOTIVOS: vulneración del art. 24 CE: reconducción a este cauce del error en la valoración de la prueba por haberse realizado de manera ilógica o arbitraria, razonando una ruptura de las pautas lógicas de suficiente importancia; infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso: desestimación: denegación de prueba en segunda instancia: prueba admitida y no practicada en la primera: imputabilidad a la parte que no reiteró su práctica como diligencia final.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 407/2006

Ponente: Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su primer fundamento de derecho. El TS declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la Sentencia dictada el 14-11-2005 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número 407/2006, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Caja Rural de Valencia, S. Coop. de Crédito (actualmente Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja Soc. Coop. de Crédito), aquí representada por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, contra la [sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 584/2005 por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14 de noviembre de 2005 \(PROV 2007, 43510\)](#), dimanante del procedimiento ordinario número 821/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (ADICAE) representada por la procuradora D^a. María Concepción Giménez Gómez en sustitución, por renuncia del procurador D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

-El Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia dictó sentencia de 15 de marzo de 2005 en el procedimiento ordinario n.º 821/2003, cuyo fallo dice:

23 de junio de 2010

© Thomson Aranzadi

1

«Fallo

»Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora D.ª Alicia en nombre de ADICAE, contra Caja Rural de Valencia, declaro, la nulidad de la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad a que nos hemos referido, así como la presentación del contrato tal como se realiza por falta de claridad e ilegalidad al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, produciendo error por falta de información suficiente y adecuada, debiendo cesar en esta actividad y no incidir en lo sucesivo en la misma. Se desestima la petición de nulidad respecto a los contratos de compra de acciones, depósitos horizonte y otros, si bien se tienen en cuenta por estar relacionados, y se condena a la Caja Rural a devolver las cantidades que se indican en el fundamento tercero de esta resolución y que ascienden a un total de doscientos veinticuatro mil ciento ochenta y tres con noventa y un euros (224 183,91 €), más los intereses legales desde la presentación de la demanda, y sin hacer pronunciamiento sobre costas».

SEGUNDO

-La Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó [sentencia de 14 de noviembre de 2005 \(PROV 2007, 43510\)](#) el rollo de apelación n.º 584/2005 , cuyo fallo dice:

«Fallo

»Primero. Desestimamos el recurso de apelación promovido por la representación de Caja Rural del Mediterráneo RuralCaja S. Coop. de Crédito contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , que confirmamos, con imposición a la indicada recurrente de las costas procesales derivadas de su recurso de apelación.

»Segundo. Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros -ADICAE- contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , y con confirmación del pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, añadimos los siguientes pronunciamientos:

»1) Declaramos la nulidad del contenido del Anexo II al Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20 y en su consecuencia condenamos a la entidad demandada a restituir a cada uno de los afectados por la suscripción del referido Anexo el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento -cláusula T- y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento, conforme al contenido del Fundamento Jurídico Sexto, segundo, subapartado 1) de la presente resolución.

»2) Declaramos la nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, condenando a la entidad demandada a restituir a los adquirentes el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra, conforme al contenido del Fundamento Jurídico Sexto segundo, subapartado 1) de la presente resolución.

»3) Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

TERCERO

-La sentencia contiene los siguientes fundamentos jurídicos:

«Se acepta la declaración de hechos probados y los Fundamentos Jurídicos de la resolución recurrida, salvo en lo que se oponga al contenido de la presente resolución

»Primero. Síntesis de la Sentencia apelada.

»La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia de 15 de marzo de 2005 -tomo XVII de las actuaciones, folios 5 785 y siguientes- objeto de apelación, declara probados los siguientes hechos:

» A finales de los años 90 comenzaron a proliferar en las entidades bancarias, junto a las imposiciones a plazo típicas, las que se ha dado en llamar imposiciones a plazo atípicas definidas por la circular 3/2000 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como "contratos no negociados en mercados secundarios organizados, por los que una entidad de crédito recibe dinero o valores, o ambas cosas, de su clientela, asumiendo una obligación de reembolso consistente, bien en la entrega de determinados valores cotizados, bien en el pago de una suma de dinero, o ambas cosas, en función de

la evolución de la cotización de uno o varios valores, o de la evolución de un índice bursátil, sin compromiso de reembolso íntegro del principal recibido".

»En base a esta modalidad la Caja Rural de Valencia a partir del mes de marzo de 1999, comercializó 24 ediciones sucesivas de este producto entre sus clientes, sin discriminación alguna. En las diecinueve primeras no hubo problema, pero de la 20 a la 24 (E-20 a E-24) ambas inclusive, comercializados el año 2000, sí, ya que los clientes tuvieron pérdidas que afectaron al capital invertido.

»Este producto se articuló mediante un documento que tiene un clausulado preestablecido por la Caja, que consta de dos hojas. Una primera escrita en letra verde salvo la que figura en los espacios rellenos a máquina y las condiciones particulares que también están escritas a máquina, con el anagrama y el nombre de Caja Rural Valencia en el que consta en su parte superior la denominación de Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad (E-20 o 21 etc.). Después la fecha, la oficina, la fecha de apertura y el código cuenta cliente, e inmediatamente debajo de esto la firma del cliente con el conforme y la de los representantes de la Caja. Después ya viene el nombre del cliente y las condiciones particulares en las que consta el nominal invertido, la fecha de apertura y la fecha de vencimiento (que en este caso era a poco más de tres meses), el periodo de liquidación y la remuneración que tenía el tramo corto de 1,5 % fijo y luego el 5% para el periodo de los tres meses. Y pone en letra igual a lo demás "capital no garantizado según condiciones anexo". A continuación vienen las condiciones generales en una letra tan pequeña que se lee con dificultad y se refieren también a otros productos muy distintos a este. En otra hoja blanca con la letra impresa en negro, sin el anagrama de la Caja en la parte superior, sólo se lee un título en mayúsculas que dice Condiciones Particulares Adicionales del Contrato de Imposición a Plazo Fijo "Depósito Alta Rentabilidad E-24" (u otra), y contiene, entre otras, dos cláusulas que dicen textualmente como sigue (con la salvedad de que puede variar el nombre de las acciones de una a otra emisión):

»L) El interés que devengará la cantidad por la que se constituye esta imposición, el cual será liquidado en todo caso, con independencia de la comisión que se establece en la condición siguiente:

»a) Hasta el (fecha según contrato), el 1,5% nominal anual.

»b) Desde el (fecha según contrato) y hasta el vencimiento el 5% nominal anual.

»M) Además, el depósito devenga una eventual retribución o comisión a favor de la Caja depositaria, a aplicar sobre el capital depositado y liquidar con valor de la fecha de vencimiento, cuya exigibilidad y cuantía vendrá condicionada por la posible caída de cotización de las acciones (y en los mercados bursátiles respectivamente) de (entidad emisora según contrato), en lo sucesivo "la acción" como se expresa a continuación.

»a) Si la diferencia entre el "precio de cierre" de cada acción de los emisores mencionados a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el respectivo "precio de cierre" de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es igual o inferior al 20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo (la cotización ha subido o ha caído menos de un 20% en el periodo analizado, de fecha a fecha), no se aplicará comisión alguna. Ej. Si el precio de cierre de la acción al (fecha según contrato) es de 25,00 € y el valor al cierre al (fecha según contrato) es igual o superior a 20,00 €, no se aplicará comisión alguna.

»b) Si la diferencia entre el "precio de cierre" de la acción a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el "valor de cierre" de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es superior al 20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo (la cotización ha bajado más de un 20% en el periodo analizado, de fecha a fecha), se aplicará una comisión sobre el principal cuyo importe será igual al exceso sobre dicho 20%, expresándose la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza. Ej. Si el precio de cierre de la acción al (fecha según contrato) es de 25€ y el valor de cierre al (fecha según contrato) es inferior a 20€, se devengará la comisión. Siguiendo con el ejemplo, si la cotización al cierre de (fecha según contrato) fuera de 19,15 € (depreciación del 23,4%), entonces la comisión sería del 3,4%.

»c) Para la determinación de la posible comisión a aplicar se calculará la depreciación de cada una de las acciones en el periodo analizado y únicamente se tomarán en cuenta aquellos valores que se hayan depreciado más del 20% ponderando la comisión resultante en un cuarto por cada uno de los valores señalados. (Ej. Si en el periodo analizado la acción de (entidad emisora, en este ejemplo Sonera) se deprecia un 13,28%, la de (entidad emisora, en este ejemplo Cap Gemini) un 5,9 %, la de (entidad emisora, en este ejemplo SAP) un 2,9 % y la de (entidad emisora, en este ejemplo Equant) se deprecia en un 21,57 %, la comisión a aplicar atendería únicamente a la depreciación de (entidad emisora, en este ejemplo Equant) y su cuantía será el 25% de 1,57; un 0,393%.

»Al objeto de que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo que asume, se hace constar que los valores expresados en euros más altos (M) y más bajos (m) de cotización de las acciones tomadas como referencia y su fecha han sido los siguientes en los últimos meses: Sonera 95,49 € (M) 6/3/00 y 12,80 €(m) 20/3/99; Cap Gemini 360 € (M) 10/3/00 y 126 € (m) 20/4/99; SAP 859 € (M) 7/3/00 205,25 € (m) 20/4/99 y Equant 128,9 € (M) 10/2/00 y 38,5 € (m) 24/5/99.

»Al final de la hoja firma a la izquierda el cliente y a la derecha los representantes de la Caja.

»Este producto se ofreció y contrató de modo indiscriminado en las distintas oficinas que la Caja tiene en la provincia de Valencia, encargándose el director de las oficinas de la contratación, sin que en la mayoría de los casos se explicara a los clientes la particularidad de este producto, en cuanto no era una imposición a plazo típica, pues se podía perder parte o todo el capital, y sobre todo teniendo en cuenta que eran jubilados, agricultores etc., con una mentalidad muy conservadora, poco amigos de asumir riesgos, y que siempre venían contratando imposiciones a plazo fijo típicas. También muchos clientes, por no decir casi todos, no leían el contenido del contrato y se fiaban de lo que les decía el director, limitándose a firmar, creyéndose que se trataba de una renovación más de un plazo fijo que ya tenían, ajenos totalmente al riesgo de pérdida que existía, puesto que no se les había advertido, y además el texto era difícil de entender para personas que no tuvieran una mínima preparación financiera.

»Cuando pasaron los tres meses en cada contrato se hizo la liquidación del mismo y se pagaron los intereses convenidos, pero como la caída en la cotización de las acciones a que estaba ligado el depósito fue más elevada de lo esperado, afectó a la devolución del capital, con el consiguiente porcentaje de pérdida según las ediciones:

»E-20 6,78 %

»E-21 12,58 %

»E-22 7,12 %

»E-23 14,77 %

»E-24 3,63 %

»Cuando los clientes recibieron en su casa el documento donde constaba el cargo correspondiente a la pérdida se sorprendieron, ya que no lo esperaban, al creer que era un plazo fijo, como siempre, y en ningún caso el capital podría verse afectado, y fueron a protestar a las distintas oficinas con un gran disgusto, que a algunos les produjo hasta depresión, pues eran los ahorros de su vida, obtenidos con tanto trabajo. Ante la presión de muchos clientes, que se sentían engañados (no quiere decir esto que otros no fueran debidamente informados y decidieran libremente o ellos se informaran y tomaron la decisión que creyeron oportuna en su momento), la Caja les ofreció el llamado "Anexo II" (sólo a los suscriptores de la E-20), para comprar las acciones, esperar a que subiera la cotización y venderlas para recuperar la pérdida, y los clientes decidieron libremente lo que más les convenía, quedando las acciones a nombre de la Caja en depósito de la misma. También arbitró la Caja otros productos para tratar de paliar la pérdida de estos clientes que estaban tan dolidos, como por ejemplo los llamados "Depósitos Horizonte", que también algunos clientes suscribieron libremente. La evolución de la cotización de las acciones a que estaban ligados los depósitos ha sido negativa. Según los expertos este producto denominado "imposición a plazo atípica" debe dirigirse a aquellos clientes que tengan una mínima preparación financiera.

»Al final, dada la casuística de cada cliente y la complejidad por ambas partes se presentan sendas propuestas de liquidación de estas pérdidas, de las cuales una vez estudiadas se toma como referencia la presentada por la Caja Rural, y que obra a los folios 5685 a 5688.

»La Caja Rural desde el año 2000, y dada la conflictividad que ha generado este producto no ha vuelto a comercializarlo.

»Y argumenta:

»1) Que la acción de cesación ejercitada por la representación de la parte actora, y que la cláusula M objeto de denuncia por su redacción farragosa y de difícil comprensión ha de declararse nula en la forma en que aparece redactada, debiendo prosperar la acción de cesación aun cuando la entidad demandada haya dejado de comercializar el producto desde el año 2000 por razón del mal resultado obtenido.

»2) La comercialización indiscriminada del producto -que debía dirigirse únicamente a clientes con una mínima preparación financiera- con ausencia de información clara a los clientes en orden a la existencia de posibilidades de pérdida del capital, sin advertir que se trataba de un producto no sólo de alta rentabilidad sino también de alto riesgo. Asimismo argumenta la falta de transparencia de la cláusula M que si bien no permite considerar que hubo mala fe por parte de la entidad demandada, si permite valorar la existencia de cierta negligencia que trató de paliar a posteriori mediante soluciones aplicadas y negociadas con cada cliente concreto. La confusa redacción de la expresada cláusula en relación con el carácter conservador de los clientes - impositores a plazo fijo- a quienes se ofreció el producto, unido al fenómeno de confianza depositada en el director de la entidad bancaria sin lectura del texto del contrato, generó la existencia de error en el consentimiento que el Juzgador de Instancia califica de esencial, inexcusable, reconocible por parte de la entidad financiera profesional -pese a lo cual ésta no advirtió el eventual error en sus clientes- e inducido por la misma, por falta de una presentación clara del producto en el que se aprecia la ausencia de información destacada de las consecuencias desfavorables de su aceptación. Cuanto se ha expuesto conduce al Juzgador de Instancia a concluir en la declaración de nulidad de los contratos suscritos, pero no así de los celebrados subsiguientemente para paliar las consecuencias de aquellos al haber sido éstos contratos subsiguientes libremente aceptados por los clientes dentro del ámbito de su autonomía de voluntad. Y todo ello teniendo presente el contenido de las resoluciones de la Audiencia

Provincial de Soria de 12 de febrero de 2004 y de la Palma de Mallorca de 15 de noviembre de 2004.

»3) Finalmente, en el Fundamento Jurídico Cuarto, el Juzgador de Instancia cuantifica las cantidades a restituir a cada uno de los clientes que relaciona y que resultan de los folios 5685 a 5688 de las actuaciones, según listado de pérdidas aportado por la entidad demandada Caja Rural.

»Concluye estimando parcialmente la demanda formulada por ADICAE contra la entidad Caja Rural de Valencia y declara nula la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad, así como la presentación de los mismos por falta de claridad e ilegalidad, al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, produciendo error por falta de información suficiente y adecuada, por lo que declara el cese de la expresada actividad, desestimando la pretensión de nulidad también deducida por la actora en relación a los contratos de compra de acciones, depósitos horizonte y otros, y condena a la mercantil demandada a devolver las cantidades que relaciona en el Fundamento Jurídico Tercero por un total de doscientos veinticuatro mil ciento ochenta y tres euros con noventa y un céntimos de euro, más intereses desde la presentación de la demanda y sin hacer pronunciamiento en materia de costas procesales.

»Segundo. Resumen del contenido del recurso de apelación formulado por Caja Rural del Mediterráneo RuralCaja S. Coop. de Crédito.

»Contra la expresada resolución prepara y formaliza el recurso de apelación la representación de la entidad Caja Rural del Mediterráneo RuralCaja S. Coop. de Crédito -folios 5856 a 5901- que articula su defensa en los motivos que, seguidamente, y a modo de mera síntesis, se relacionan:

»1) En relación con la declaración de Hechos Probados que se contiene en la sentencia apelada.

»a. Contenido del párrafo tercero: la descripción que contiene la sentencia es correcta si no fuera que no resalta que esa letra igual se refiere a letra en mayúsculas Capital No Garantizado Según Condiciones Anexo por contraposición a lo que sigue diciendo la sentencia en el punto y seguido siguiente.

»b) La inclusión del adjetivo "indiscriminado" tras la transcripción de las cláusulas L y M de las condiciones particulares, pues argumenta que no hubo campaña de comercialización del producto y que la selección en los productos bancarios y financieros se produce en la relación o contacto individual entre cliente y entidad, resultando de lo actuado que de un total de 782.676 personas, únicamente 5.814 contrataron el mismo estando limitada la contratación por la propia entidad a la intervención de los directores. Impugnó, asimismo, la apreciación del Juzgador en orden a la falta de explicación a los clientes de las particularidades del producto, que se efectúa por razón de las propias declaraciones de interesados, por lo que alegaba la infracción del artículo 316.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la valoración de las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 del mismo cuerpo legal, máxime cuando existen otras declaraciones en el proceso -que relacionaba a los folios 5863 a 5866- que contradicen la afirmación de que las particularidades del producto no fueron correctamente explicadas por los directores, incluso por parte de algunos de los propios interesados, como en el caso de D. Marco Antonio o de D. Cayetano .

»c. Considera erróneas las conclusiones de la declaración de hechos probados relativas a la no lectura por los clientes del contenido del contrato, firma basada en la confianza y dificultad de comprensión del texto.

»d. Impugna la declaración relativa a lo inesperado de las pérdidas por parte de los clientes a que se refiere el antepenúltimo párrafo de la declaración de hechos probados.

»e. Destacó la aportación objetiva al proceso de elementos e indicios suficientes para descartar que la demandada fuera hacedora y merecedora de un sentimiento de engaño en los clientes reclamantes, resaltando que la sentencia no declara que los clientes fueran engañados sino que los mismos se sintieron engañados, lo que se contrapone a los actos posteriores de los reclamantes incluidos por ADICAE en la demanda porque la mayoría de ellos continuaron contratando productos con la demandada y concertando imposiciones a plazo fijo o manteniendo cuentas de valores abiertas en la entidad.

»f. Se impugna la declaración como hecho probado relativa a que según los expertos el producto denominado "imposición a plazo atípica" deba dirigirse a clientes que tengan una mínima preparación financiera, resultando de la prueba practicada y de la declaración de dos expertos financieros -D. Genaro y D. Millán - que la explicación y comprensión de este producto era relativamente sencilla, todo ello en relación con la declaración de los testigos D.^a Sandra y D. Carlos Jesús .

»g. Finalmente impugnó la afirmación que se contiene en la sentencia en orden a que la oferta se realizó a jubilados, agricultores, etc., con mentalidad conservadora y poco amiga de asumir riesgos, pues tal afirmación no resulta del material probatorio aportado a las actuaciones.

»2) En relación con la acción de cesación y el pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se condena a la recurrente al cese en la actividad y a no incidir en lo sucesivo en la misma, destacó no ser de aplicación la acción de cesación del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (mencionada por la actora) sino la del artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuestión que no resulta baladí, pues en atención al contenido de la segunda de las normas citadas si la conducta ya ha finalizado al tiempo de ejercitar la

acción, sólo podrá prosperar la misma "si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato", habiendo reconocido el propio Juzgador en la sentencia que se apela que desde el año 2000 el contrato no se ha vuelto a usar por su representada, no siendo por tanto ajustado a derecho el pronunciamiento que se contiene en la resolución recurrida. La cláusula controvertida no es una condición general de la contratación, pues la predisposición contractual no genera por sí misma la existencia de condiciones generales de la contratación pues cualquier cliente podía contratar con la demandada imposiciones a plazo fijo sin tener que sujetarse a tal condicionado, siendo eludible su aplicación. Añadió que la sentencia incurre en incongruencia

extra petita

respecto de la acción ejercitada, puesto que si la demandante la pretendía justificar en la supuesta nulidad de la cláusula M por abusiva, aún alegando erróneamente -a su entender- el artículo 12.2 de la LCGC, entendía que desestimado que la cláusula fuera abusiva, como correctamente efectúa la sentencia apelada, no cabría acoger la acción de cesación fundada en dicho carácter abusivo, y ello aunque pudiese ampararse en la nulidad que declara la sentencia sobre la base, no de su carácter abusivo, sino de otros motivos distintos. La actora no ejercitó la acción del artículo 10, ter de la LGDCU por lo que al estimarla la sentencia incurre en "incongruencia extra petita".

»3) Sobre el pronunciamiento por el que se declara la nulidad de la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad, así como la presentación del contrato tal como se realiza por falta de claridad e ilegalidad al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, por infracción del artículo 10.1.a de la LGDCU, alegó que el pronunciamiento no es ajustado a derecho, por lo que impugnaba expresamente la nulidad declarada de la cláusula M. Sobre la base de las opiniones doctrinales que citaba en sustento de su tesis, argumentaba que la nota de "transparencia" -que engloba concreción, claridad y sencillez- no se puede abordar como hace el Juzgador de instancia desde la reducción al redactado externo del texto de una cláusula, por más incomprensible que éste sea -que no lo era a su juicio- sino desde la amplitud de la información facilitada y suministrada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas. Destacó que la cláusula M es perceptible -legible-, cumple con la exigencia de estar debidamente separada de las demás y se ajusta al requisito de sencillez pues prescinde del lenguaje "científico" insertando incluso tres ejemplos para la garantía de comprensión por los clientes, entendiendo el Juzgador que el requisito de "concreción" se cumple pues se precisan las consecuencias en tres apartados distintos, con mención de los valores más altos y más bajos de cotización para que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo asumido. Finalmente añadió que del dictamen de la Registradora encargada del Registro de Condiciones Generales de la Contratación resulta que la redacción aportada es clara, por cuanto que el cliente conoce perfectamente el tipo de contrato que se le ofrece sin necesidad de remisión a textos o documentos que no se facilitan, estando igualmente equilibradas las prestaciones.

»4) En relación con la acción de nulidad y el pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se declara la nulidad de la cláusula M de referencia por razón de la declaración de producción de error por falta de información suficiente y adecuada, reiteró que no estamos en presencia de una condición general, y discrepó de la afirmación que se contiene en la resolución apelada en orden a la incorrecta puesta en el mercado del producto so pretexto de la exigencia de una mínima preparación financiera, la existencia de una comercialización indiscriminada y falta de información, por cuanto que tales afirmaciones no se sujetan al resultado de la prueba practicada. Destacó la inexistencia de obligación en orden a la elaboración de un folleto informativo, antes bien al contrario, estaba expresamente exonerado de tal deber, resultando por otra parte que la información se incorporaba en el mismo contrato, sin remisiones o reenvíos a otros textos o documentos externos al mismo, suministrándose además información por los propios directores de las oficinas, como resulta del material probatorio incorporado. Afirmó que era un tanto extraño que precisamente todos los reclamantes -o al menos los 14 que declararon- afirmaran que les indujo a error un contrato que no leyeron, pese a que alguno de ellos reconoció -Sr. Marco Antonio - que se le entregó antes de firmarlo, que lo tuvo físicamente en su poder para poder firmarlo en casa, y pese a ello ni lo leyó ni solicitó más información. Destacó la acreditación de la práctica de entrega del contrato al cliente para que pudiera proceder a su examen -como en el caso de la Sra. Sandra -, no habiéndose acreditado por el contrario y pese a lo que se dice en la sentencia apelada que se tratara de un público en general conservador, resultando que algunos de los contratantes ya habían suscrito ediciones anteriores del mismo producto que no dieron lugar a reclamación alguna, a cuyo fin relacionaba a los folios 5891 y 5892 a los clientes que así lo hicieron con el ánimo de desvirtuar la afirmación de la sentencia que califica como chocante que pasaran de imposiciones a plazo típicas a imposiciones atípicas. Rechazó la argumentación que se contiene en la sentencia relativa a la apreciación de error de consentimiento excusable, reconocible e inducido, y que el mismo concurra en todos los reclamantes citados por la actora en sus escritos de demanda y ampliación, sin que se haya intentado acreditar por la entidad demandante la concurrencia de error en todos los reclamantes. Todo ello con análisis de las resoluciones judiciales que estimaba de su interés en relación con el contenido y forma del contrato, así como las citadas en la sentencia apelada, para discrepar de su aplicabilidad al supuesto enjuiciado.

»5) Respecto del pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se condena a la entidad demandada a devolver las cantidades que se indican en el fundamento jurídico tercero -cuarto en realidad- y que ascienden a un total de 224.183,91 euros, más intereses legales desde la presentación de la demanda, afirmó que su pretensión revocatoria es consecuencia de cuanto tenía argumentado previamente.

»Terminaba por suplicar del Tribunal de alzada la revocación de la sentencia apelada en los pronunciamientos impugnados en su escrito, desestimando totalmente la demanda interpuesta en su día por ADICAE contra su representada.

»Se opuso a su contenido la representación de la entidad actora en los términos que resultan del escrito de contestación, a los folios 5963 y siguientes de las actuaciones.

»Tercero. Síntesis del recurso formalizado por ADICAE.

»También preparó y formalizó recurso de apelación la representación de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros -ADICAE- en los términos que resultan del escrito que consta unido al tomo XVII del proceso, folios 5902 a 5927, del que resulta, a modo de mera síntesis:

»1) Su disconformidad con la sentencia recurrida por no declarar la nulidad de los contratos subsiguientes al Depósito Originario, al haber incurrido en una errónea apreciación de la prueba testifical y documental practicada en el acto de juicio oral, que acredita no sólo la ausencia de información sino también el actuar negligente y doloso de RuralCaja. Considera el recurrente que no puede concluirse que los contratos subsiguientes fueran libremente suscritos únicamente sobre la base de que "... hubo muchos que no los suscribieron y otros tomaron diversas soluciones según su preferencia..." pues únicamente 25 personas de 183 no los suscribieron y las soluciones las imponía la Caja. Reiteró que ha quedado acreditado que desde el inicio y en los sucesivos actos ha existido una total ausencia de información por parte de la entidad demandada, determinante de un claro error en el consentimiento prestado por todos los perjudicados, no sólo en el contrato inicial sino también en los sucesivos. Falta de información que devino en una actuación negligente y dolosa de la demandada que era conocedora del perfil de clientes y manejaba información privilegiada con respecto a la posible subida de las acciones que colocaron a sus clientes. Y destacó que su recurso ha de entenderse bajo la existencia de tres prismas fundamentales:

»a. El deber de información que le corresponde a toda entidad bancaria en relación con el principio de buena fe contractual y la Ley General de Consumidores y Usuarios.

»b. El deber de información y asesoramiento que le corresponde a toda entidad que opere en el Mercado de Valores, en relación igualmente con el principio de buena fe contractual y la Ley General de Consumidores y Usuarios, a cuyo efecto invocó el contenido del artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores que impone a las entidades de crédito y a las personas y entidades que actúen en el Mercado de Valores actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

»c. Las características y tipología de las acciones que adquirieron la mayoría de los perjudicados, dado que provenían de un contrato de Opción Put Europea suscrito entre Banco Cooperativo Español de Crédito y RuralCaja, cuyo contenido era desconocido por los perjudicados, y del que resulta un juego financiero arriesgado por tratarse de contratos relativos a acciones que por su naturaleza son de alta volatilidad, con las consecuencias para los clientes de la entidad demandada que son objeto del procedimiento.

»2) Alegó como segundo motivo de apelación que el Juzgador de Instancia incurre en error de valoración de la prueba testifical y documental practicada en el acto de juicio, al no declarar nulo el Anexo II, que no es sino una continuación del primer contrato que adolece, en consecuencia, de los mismos defectos que el primero, no pudiendo concluirse que fueran libremente suscritos por los clientes de la demandada. Que tal Anexo es una continuación resulta de su propia denominación "Anexo II a las condiciones particulares del contrato de imposición a plazo fijo" y la continuación correlativa del orden de las cláusulas del E-20 inicial, único supuesto en el que tuvo lugar el anexo, cuya redacción no responde a los parámetros de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones exigibles. Así, resulta de sus estipulaciones que los clientes -que no son los titulares de las acciones por ser RuralCaja la titular- no asumen la totalidad de los resultados favorables y en cambio sí los desfavorables, no resultando cierto que la Caja adquiera las acciones con la finalidad de evitar gastos al cliente. Destacó, asimismo, la falta de legibilidad de las cláusulas -texto abigarrado y letra mínima- y reiteró el contexto contractual entre la demandada y el Banco Cooperativo Español -Contrato de Opción Put Europea- que obligaba a RuralCaja a comprar las acciones cuando Banco Cooperativo Español ejercitara su derecho de venta, lo que ocurría cuando las acciones habían disminuido en más de un 20% de su valor. Los clientes no fueron quienes adoptaron la solución de suscripción del Anexo II, que había redactado la propia demandada y que sometió a la firma de sus clientes en el momento en que estos fueron conocedores de las pérdidas sufridas, siendo destacar el hecho de la premura de la firma que impide la consulta con un profesional y que constituye una técnica de captación del consentimiento. En cuanto al perfil del cliente, insistió en su carácter conservador lo que propició la firma del Anexo II con la única finalidad de recuperar su dinero, pese a lo cual no fueron debidamente informados de que corrían un riesgo aún mayor, todo lo cual representa una vulneración del deber de información que corresponde a la entidad demandada que es quien comercializa el producto de alto riesgo precisamente con clientes con los que existía una especial relación de confianza. Interesaba, por ello, la declaración de nulidad del Anexo II al no haber sido respetadas las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones con arreglo al contenido del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

»3) El tercero de los motivos de apelación expresados por la parte actora tiene por objeto la denuncia de error en la valoración de la prueba testifical y documental practicada en el acto de juicio oral al no declarar la nulidad de los contratos de compraventa de acciones. Resaltó al efecto que la mayoría de los perjudicados adquirió unas acciones que en tan solo tres meses habían disminuido de valor en más de un 20%, así como que los directores, cuando los clientes percibieron las pérdidas derivadas de un presunto plazo fijo, aprovecharon para intentar colocar las acciones como único

medio para la recuperación del capital, como resulta de la clase de acciones adquiridas, fechas correlativas en el tiempo, órdenes de compra... y pone de manifiesto la actuación dolosa por parte de la entidad demandada y el error de consentimiento en los clientes, quienes no fueron correctamente informados pese a la obligación que resulta en tal sentido de la Ley del Mercado de Valores que obliga a reforzar la información -máxime si se atiende al perfil de los clientes: consumidores sin conocimiento financieros -por razón de lo arriesgado de la operación. Concluyó afirmando que si hubieran conocido el riesgo que asumían, evidentemente, no hubieran firmado.

»4) Destacó la actuación dolosa de la demandada al transmitir a sus clientes unas acciones que ella misma no quería porque sabía que su caída era inminente, y así resulta del propio contenido del escrito de contestación a la demanda - página 28- cuando se hace referencia al hecho notorio de la caída de las acciones a medida que avanzaba el mes de septiembre de 2000. Trasladó el riesgo a sus clientes beneficiándose de una situación de claro conflicto de intereses recogido en la Ley de Mercado de Valores.

»5) La sentencia, para fijar las cantidades a devolver, únicamente ha tenido en consideración las presentadas por RuralCaja, que no coinciden con las presentadas por la actora, interesando que el cálculo de las pérdidas sean las aportadas por la demandante.

»Terminó por suplicar la íntegra estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia de instancia y la íntegra estimación de las pretensiones deducidas por su representada con expresa condena en costas a la parte demandada.

»Al contenido del expresado recurso de apelación se opuso la representación de la entidad demandada por las razones que constan en el escrito de oposición que consta unido a los folios 5934 a 5962.

»Cuarto. Objeto de la apelación y sistemática que seguirá la presente resolución.

»Es doctrina reiterada del TS (SS de 13 de mayo de 1992, 21 de abril y 4 de mayo de 1993, 14 de marzo de 1995 y 28 de julio de 1998 , entre otras) la de que los tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, resultando del artículo 456.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera Instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación."

»Delimitados por tanto los términos del debate en la alzada por cada una de las partes recurrentes, procede que este Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones sometidas a su consideración, lo que exige, conforme al contenido de la norma citada y el artículo 218 del mismo cuerpo legal, el examen por separado de cada uno de los dos recursos formulados, comenzando -por razones de coherencia interna y de sistemática a tenor de las respectivas peticiones- por la resolución del recurso planteado por la representación de la entidad demandada Caja Rural Valencia S. Cooperativa de Crédito, pues de prosperar el expresado recurso de apelación quedaría vacío de contenido el formulado por la parte actora.

»Quinto. Resolución del recurso planteado por Caja Rural.

»Primero. El primero de los motivos de apelación va dirigido a combatir el contenido de la declaración de hechos probados, precedentemente transcrita, en los términos que resultan del Fundamento Segundo de esta sentencia, lo que implica, en definitiva, la invocación por la demandada de la existencia de error en la valoración de la prueba con trascendencia en la declaración de hechos probados.

»Conviene recordar al efecto, como tiene declarado la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 25 de enero de 2002 , que: "la valoración probatoria es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores. Cabe añadir que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga, y si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso."

»Siendo así, este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación en el artículo 456.1 de la LEC 1/2000 ha procedido a examinar los aspectos de la declaración de hechos probados que cuestiona la entidad recurrente en relación con la actividad probatoria desplegada en la instancia, tanto en lo relativo a la documental respectivamente aportada como a la amplia actividad desplegada en el acto de juicio y documentada en el correspondiente soporte audiovisual. De tal examen llegamos a las siguientes conclusiones:

»a) No existe óbice alguno en admitir por este Tribunal, a modo de mero complemento de la declaración de hechos probados que consta al folio 5791 de las actuaciones, que en la frase que dice "Y pone en letra igual a lo demás 'capital

no garantizado según condiciones anexo" diga "Y pone en letra mayúscula igual a lo demás 'Capital No Garantizado Según Condiciones Anexo" pues ciertamente así se aprecia en la casilla de condiciones particulares de los contratos de depósito de alta rentabilidad origen del procedimiento, en el que todos los datos que se incluyen en la misma (capital, condiciones, apertura, vencimiento...) descritos en la sentencia de instancia, aparecen tipografiados en letra mayúscula.

»b) No compartimos, sin embargo, la impugnación que se hace de la inclusión del adjetivo "indiscriminado" tras la trascripción de las cláusulas L y M de las llamadas Condiciones Particulares y al referirse el Juzgador "a quo" al ofrecimiento y comercialización del producto en las distintas oficinas que la entidad demandada tiene en la provincia de Valencia. El adjetivo "indiscriminado" ha sido correctamente utilizado por el Juzgador al referirse a la forma en la que, en la práctica, se comercializaron por Caja Rural los depósitos de alta rentabilidad litigiosos, pues resulta de la amplísima prueba testifical practicada que este producto fue suscrito por pequeños inversores de distinta procedencia: labradores, auxiliares administrativos, jubilados, amas de casa, arquitectos técnicos, graduados sociales, empleados en general (en almacenes de naranja, en la construcción...), ceramistas,..., sin tener en cuenta -a tenor del resultado de la prueba practicada- que, por sus peculiares características, no debía ofertarse a quien no tuviera unos mínimos conocimientos financieros, por razón de su complejidad. Téngase presente, a los efectos que se vienen indicando, que incluso algún testigo de la parte demandada, como es el caso Doña Marina (CD 10/19 vídeo 14, a partir del minuto 41:14), recibió la información por vía telefónica, indicando que la llamaron a su casa para preguntar si estaba interesada sin que llegara a acudir a la sucursal porque le explicaron, por teléfono, las particularidades del producto. El hecho de que la explicación de los caracteres del depósito estuviera encomendada únicamente a los Directores de la Sucursal no desvirtúa lo anteriormente manifestado, como tampoco el hecho de que los testigos aportados por la parte demandada (en su mayor parte empresarios, constructores o promotores, aunque también -pero menos- algún jubilado, ama de casa o labrador) hayan manifestado que se les explicó convenientemente el riesgo derivado de la suscripción del depósito, pues que se les explicara adecuadamente en algunas de las sucursales o a algunos de ellos -incluidos los Sres. Marco Antonio y Cayetano a que se refiere la entidad recurrente- no desvirtúa el hecho de que otras personas no recibieran suficiente información o que recibiendo información no tuvieran, sin embargo, la capacidad necesaria para comprender los verdaderos caracteres de aquello que aceptaban o para evaluar el riesgo real que representaba la suscripción - caso del Sr. Cayetano al referirse al señalar que sólo perdería de producirse una catástrofe -, razón por la que no apreciamos en modo alguno la infracción que se predica del artículo 316.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la valoración de las declaraciones de los perjudicados, pues el Juzgador "a quo" las ha valorado como indica el precepto, con arreglo a las reglas de la sana crítica, asimilando a los perjudicados no litigantes a la parte actora, en los términos que resultan del artículo 301.2 de la LEC, apreciando la actividad probatoria desplegada en su conjunto, con las conclusiones que resultan de la declaración de hechos probados que ahora se combate.

»c) Tampoco podemos compartir las alegaciones que efectúa la representación de Caja Rural en orden a la conclusión que se contiene en la declaración de hechos probados referente a la ausencia de lectura por los clientes del contenido del contrato y la suscripción del mismo por razón de la relación de confianza que mediaba con los Directores de la Sucursal, así como por razón de la dificultad de comprensión del texto del documento. La prueba practicada en las diferentes sesiones en que se prolongó la celebración del juicio revela que la operativa seguida en la contratación del producto es la que aparece correctamente descrita en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida: los clientes, en su mayoría, actuaron en función de la relación de confianza que el asesoramiento del Director de la sucursal les ofrecía -ya por el hecho de su prolongada relación de clientela en una determinada sucursal, ya como consecuencia de su profesionalidad- y no leyeron en su mayoría las condiciones que aparecen impresas en los contratos de depósito de alta rentabilidad, aun cuando en alguno de los casos incluso llegaron a llevarse a su domicilio el documento para que lo firmara algún familiar -cónyuge, hijos...-. Téngase presente, a los efectos que señala la recurrente, que el hecho de que "únicamente" declararan catorce interesados entre los más de cinco mil clientes que dice la recurrente que contrataron el producto, no impide que el Juzgador de instancia haya podido formar adecuadamente su convicción, pues no cabe olvidar que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil establece mecanismos de ponderación en el proceso, y así, por ejemplo, aunque parece no poner límite al número de testigos a proponer por las partes -Art. 363- señala que los gastos que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la que los haya presentado, y lo que es más importante, añade en su párrafo segundo: "Cuando el tribunal hubiese escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerase que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado."

»d) Impugna, asimismo la entidad bancaria recurrente, la declaración que se contiene en el antepenúltimo párrafo de hechos probados de la sentencia de instancia referente a que los clientes se vieron sorprendidos por lo inesperado de las pérdidas. La actividad probatoria desplegada en la instancia revela la corrección de la declaración efectuada en tal sentido por el Juzgador "a quo". La declaración de Don Genaro -testigo propuesto por la representación de la parte demandada y especialista en la materia- confirma que ni siquiera en el ámbito financiero se esperaba que pudiera producirse una caída tan significativa de las acciones vinculadas a los contratos de alta rentabilidad que suscribió Caja Rural con sus clientes. El expresado testigo -economista vinculado a la entidad Banco Cooperativo de Crédito- tras explicar ampliamente la operativa de las Opciones, afirmó (CD n.º 13, vídeo 22 correspondiente a la sesión de juicio del 2 de febrero de 2005) que las expectativas del mercado respecto de las acciones de Deutsche Telekom, KPN, etc. en las fechas litigiosas eran de crecimiento, pues en el mes de marzo de 2000 habían conseguido una cotización muy alta que se había corregido a la baja -muy a la baja- en el mes de mayo, por lo que se pensaba por los analistas financieros que después de esa corrección desmedida, y por la calidad y liquidez de las compañías a que correspondían las acciones, adquirirían estabilidad ya que habían caído anteriormente de forma más que suficiente y señaló que, lo que indicaba el

sentido común es que las acciones iban a repuntar, pero no fue así, y añadió, a preguntas de la parte demandante que los análisis se equivocaron en sus previsiones y que era impensable creer que fueran a caer de nuevo en tanta proporción. Tan expresivo fue este testigo que utilizó expresiones como "hemos sido torpes" o "nos equivocamos" en referencia a que tenían que haber previsto que podían seguir cayendo las acciones y no lo previeron. Hemos de destacar que el testigo de la parte demandada Don Millán (CD 14, vídeo 23, a partir del minuto 33:41) afirmó al inicio de su declaración que en el segundo semestre del año 2000 se produjo un movimiento bursátil absolutamente atípico y catastrófico, que se ha constatado con el paso del tiempo, y que afectó a las telecomunicaciones. Por otra parte, de la declaración del testigo de la parte demandada Don Severiano (CD 12 vídeo 17, a partir del minuto 26:23) resulta que al verificarse las liquidaciones y constatarse las pérdidas, algunos clientes acudieron a la oficina preguntando qué había pasado, y que incluso el director ya se había desplazado a casa de los clientes para explicar lo ocurrido, coincidiendo los testigos de la parte demandada Sra. Otilia -a partir del minuto 00:40-, Sr. Carlos Jesús y Sr. Cornelio -a partir del minuto 40:43- en el hecho de que ante la situación producida los directores de las sucursales presionaron a la central con ánimo de compensar a los clientes por la pérdida sufrida, con ánimo de no perder la clientela afectada. De cuanto se ha expuesto no puede extraerse más que la conclusión que se recoge en la sentencia de primera instancia en orden a que las pérdidas sufridas por los pequeños inversores de Caja Rural resultaron inesperadas, pues el hecho de que fuera a producirse esta situación era incluso impensable para los analistas que servían de referencia a la entidad Banco Cooperativo, que había contratado, a su vez, con Caja Rural. Ello se ha de poner en conexión, por otra parte, con la creencia de muchos de los clientes de haber contratado una imposición a plazo fijo tradicional -y no atípica-, según las liquidaciones que constan en los documentos bancarios aportados a los autos, en muchos de los cuales -a mero título de ejemplo se reseña la libreta al folio 2349, el extracto de cuenta al folio 2382, o la Liquidación IPF al folio 2557, entre otros muchos- se utilizaba la expresión "Ints. IPF" o "Cancela IPF" o "Imposic. Plazo Fijo" sin indicar en tales expresiones el carácter atípico de la inversión, al que se hizo tanta referencia a lo largo del proceso para distinguir -precisamente- entre las imposiciones a plazo fijo típicas -que no representan riesgo para el capital- y las imposiciones también a plazo fijo atípicas, como las que constituyen objeto de enjuiciamiento en el presente litigio. Téngase presente que el testigo de la parte demandada Don Millán (CD 14, vídeo 23, a partir del minuto 33:41) tras afirmar que el producto era fácil de explicar a los clientes, e indicar que no era necesario tener grandes conocimientos financieros para comprender el riesgo que implicaba, reconoció, sin embargo, que sí se necesitaban unos mínimos conocimientos financieros, y aunque dijo que tales conocimientos venían referidos a la comprensión de que "a mayor rentabilidad mayor riesgo", admitió que el producto no necesariamente iba dirigido a cualquier consumidor, sino a personas con conocimientos y relación bancaria normal, admitiendo a preguntas del magistrado "a quo" que era posible que hubiera clientes que no lo llegaran a entender en cuanto al riesgo asumido, destacando, finalmente, la importancia de explicarlo de forma adecuada.

»e) El siguiente motivo de impugnación de la declaración de hechos probados tiene por objeto el sentimiento de engaño manifestado por los clientes, que, como reconoce la parte recurrente no significa que la sentencia diga -que no lo dice- que los mismos fueran engañados, quedando vinculada la cuestión a la información recibida y a la interpretación efectuada de tal información por los distintos clientes de la entidad bancaria demandada. Consideramos que el motivo de apelación no puede prosperar porque la prueba practicada revela que los perjudicados manifestaron haber tenido ese sentimiento, y el contenido de la argumentación del motivo es especulativa en el sentido de tratar de dilucidar el aspecto subjetivo de ese sentimiento que recoge la sentencia y sus consecuencias, respondiendo a un planteamiento más filosófico que jurídico.

»f) No puede prosperar la impugnación que se efectúa respecto de la declaración que se contiene en la sentencia relativo a que la "imposición a plazo atípica" debía dirigirse -según los expertos- a clientes con una mínima preparación financiera, pues nuevamente resulta de la actividad probatoria desplegada en las presentes actuaciones, referida con anterioridad, y muy concretamente a las declaraciones de los testigos de la parte demandada Sres. Genaro y Millán -ya citados- quienes explicaron cómo este tipo de productos antes de dirigirse al gran público se oferta entre entidades bancarias, seguidamente a clientes específicos y únicamente cuando se consolida se ofrece a todo tipo de inversores, conviniendo ambos, ante las preguntas del magistrado "a quo" en la importancia de una explicación adecuada del mismo a los eventuales inversores. Conviene destacar -documento al folio 2352 y siguientes, entre otros- que en las contestaciones realizadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a los clientes que formularon reclamación ante tal organismo se justifica el retraso en contestar en el hecho de que "las especiales características del producto financiero objeto de su reclamación nos han obligado a solicitar en reiteradas ocasiones comentarios y aclaraciones a la propia Caja Rural de Valencia, así como a intercambiar escritos y mantener conversaciones con el Banco de España al objeto de unificar criterios y deslindar las competencias de ambos Organismos sobre este tipo de depósitos". Es la propia CNMV- en contra de lo argumentado por la Caja Rural en los escritos dirigidos a la misma para excluirlo del conocimiento de la comisión -quien califica el producto litigioso como "contrato financiero atípico" frente a la posición de la Caja Rural que lo definía como "captación de pasivo a menos de cuatro meses" y pone de relieve su complejidad, excluyente de la afirmación de la ausencia de necesidad de mínimos conocimientos financieros. No compartimos los argumentos que expresa la recurrente a los folios 5870 y 5871 en el escrito de formalización del recurso de apelación en orden a que el producto es de relativamente sencilla comprensión, máxime cuando la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el ámbito de sus competencias y con sus conocimientos específicos de la materia, afirma: "creemos conveniente señalar que el propio contrato y sus anexos de condiciones adicionales no nos parecen conformes con las buenas prácticas de los mercados de valores, ya que la información que suministran no se ajusta a los parámetros de calidad que la norma aconseja", añadiendo más adelante y con ocasión de afirmar que la literalidad del contrato no obedece a su verdadera naturaleza, que "esta afirmación parece ser reconocida por la propia entidad, quien, en las explicaciones que

en respuesta a nuestros requerimientos nos ha remitido dice 'que las palabras utilizadas en el contrato para describir la operación que se propone no se ajustan a su contenido real'.

»g) Finalmente, y en lo que a la impugnación del último de los aspectos de la declaración de hechos probados se refiere, no podemos compartir la argumentación que se contiene en el recurso de apelación de Caja Rural -folios 5871 y siguientes- en orden a que del material probatorio no resulta que la oferta se efectuara a jubilados, agricultores, etc., debiendo remitirnos a cuanto ya hemos dejado expuesto con anterioridad al considerar que el producto fue dirigido a todo tipo de público -como reconoció el testigo de la parte demandada Don. Cornelio al decir "clientes de todo tipo, gente con nómina, abogados, pensionistas..."- y al hecho de que a todos y cada unos de los perjudicados y testigos presentados por la parte demandada se les preguntó expresamente en el acto de la vista y con ocasión del interrogatorio, la actividad profesional que desplegaban o habían desplegado, con el resultado precedentemente señalado.

»Segundo. Constituye motivo de apelación el relativo a la determinación de la acción ejercitada a efectos de prosperabilidad de la misma, la normativa aplicable y la alegación por la mercantil recurrente de incongruencia extra petita

en los términos que se han expuesto -en síntesis- en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, destinado a poner de manifiesto los puntos que combate la entidad Caja Rural por vía de recurso de apelación.

»Y hemos de destacar al efecto que, con arreglo al contenido del artículo 218.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes." Y que en materia de congruencia de las resoluciones judiciales, se ha venido a declarar por el Tribunal Constitucional que "...desde las Sentencias 20/1982, de 5 May.; 14/1984, de 3 Feb.; 14/1985, de 1 Feb.; 77/1986, de 12 Jun.; y 90/1988, de 13 May ., una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso; al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita

o

extra petita partium

(por todas, SSTC 90/1988, de 13 May., y 111/1997, de 3 Jun .), cuyos contornos han decantado secularmente los tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Como ya declaró la STC 222/1994, de 18 Jul. (FJ 2), con cita de doctrina anterior, el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre la parte dispositiva de la resolución de que se trata y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la

causa petendi

y el

petitum

". Igualmente declara que los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho y la doctrina correctos a los hechos y cuestiones debatidas en el pleito, aunque no hubieran sido alegados por los recurrentes, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional en Sentencias 172/1994 (La Ley Juris. 2560-TC/1994) y 222/1994 (La Ley Juris. 829253/1994), al afirmar que "la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio "iura novit curia", ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso", o en la 187/1994, de 20 de junio (La Ley Juris. 17181/1994), razonando que "no existe ni puede existir incongruencia con relevancia constitucional cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos jurídicos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando las razones esenciales de la pretensión ejercitada, porque, al actuar así, se limita a cumplir la función que jurisdiccionalmente tiene asignada, sometido sólo al imperio de la ley (artículo 117.1 CE)" y, asimismo, en la número 87/1994, de 14 de marzo (La Ley Juris. 2456 -TC/1994), cuando dice que "el principio "iura novit curia" exime a los Tribunales de la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo a las alegaciones de los litigantes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos". Ello, siempre que no se altere la causa petendi y no se sustituya el "thema decidendi".

»La parte recurrente alega, como se viene indicando, que la sentencia apelada incurre en el vicio de incongruencia a tenor de la acción ejercitada por la representación de la parte actora y la normativa aplicada en la sentencia recurrida.

» La parte actora ejercita la acción de cesación del artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , que fundamenta en su escrito de demanda y en cuanto al fondo del asunto se refiere, en los artículos 8.1 y 2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, así como 10.1 a y c, y 10 bis 1 y 2, en relación con la Disposición Adicional Primera en los apartados que cita, todos ellos de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios -folios 29 y siguientes del escrito de demanda -, argumentando la parte recurrente que si la actora fundamentaba su acción de cesación en el carácter abusivo de la cláusula M y si la conducta que se imputa a la actora en relación con tal estipulación había finalizado al tiempo de ejercitar la acción -como resulta del antecedente de hecho 13.º de la sentencia apelada- por cuanto que no se ha comercializado el producto litigioso desde el año 2000, la consecuencia no puede ser otra que la improcedencia de la aplicación del artículo 12.2 , y argumenta que: a) la cláusula

controvertida no es una condición general de la contratación por no concurrir todos los presupuestos legales para que así sea calificada (se podían concertar imposiciones a plazo fijo sin tener que someterse al clausulado predispuesto específicamente para estos contratos de contenido financiero) y b) que la sentencia incurre en incongruencia porque no calificando como abusiva la cláusula controvertida no puede estimarse la acción de cesación en relación con la declaración de nulidad por motivos distintos de aquel, y destaca que la demandante no había ejercitado la acción del artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que es la que se aplica por el Juzgador de Instancia, incurriendo en incongruencia.

»Planteado el argumento impugnatorio en los términos expresados, no podemos compartir las alambicadas conclusiones que expone la parte recurrente en orden a la incongruencia que se predica de la sentencia apelada. Consideramos -con el magistrado "a quo"- que la estipulación M controvertida es una condición general de la contratación, al margen del nombre que se le ha dado por la propia entidad bancaria en los contratos controvertidos, al calificarla, junto con otras como "condiciones particulares adicionales del contrato de imposición a plazo fijo depósito alta rentabilidad". La estipulación M es una condición general por cuanto que ha sido redactada de forma previa y unilateral por la entidad predisponente -Caja Rural -, integra el contenido básico del contrato de depósito de alta rentabilidad al que el consumidor se adhiere, reuniendo los caracteres que resultan del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , en virtud del cual son condiciones generales "... las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos" siendo de recordar que el hecho de que exista una negociación parcial de alguna o varias cláusulas no excluye la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al resto del contrato "si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión." Y esta es la situación que se produce en el supuesto enjuiciado, en el que no podemos estimar el argumento de la recurrente para eludir tal calificación basada en la existencia de otros productos de imposición a plazo fijo ofertados por la apelante, porque lo que es bien cierto es que todos los contratos de depósito examinados contienen la misma estipulación M, que era ineludible para quien contrataba ese depósito en concreto.

»Siendo así, la conclusión es la aceptación del contenido del Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida en lo que a la nulidad de la cláusula M se refiere por falta de claridad y sencillez con vulneración del artículo 10.1 .a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por las razones que seguidamente se exponen:

»1) Porque la parte actora ha sostenido en los hechos de su escrito de demanda que la estipulación M cuya nulidad pretende es una cláusula predispuesta -folios 9 y 30- de la que predica su falta de transparencia -folio 10 -, resultando del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación -invocado por la demandante y citado en la sentencia- que "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 aquellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", sin perjuicio de la particularidad que resulta del apartado 2 del precepto en relación con las cláusulas abusivas, no apreciándose tal carácter en la resolución de instancia.

»2) Como razona el Juzgador "a quo" la estipulación M falta a los parámetros de claridad y sencillez en la redacción que resultan de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -artículo 10.1 a)- y ello permite la calificación de nulidad que resulta de la resolución recurrida, sin que el hecho de que la cláusula no se haya considerado como abusiva conduzca a la apreciación de una acción distinta de la ejercitada por la actora y estimada en la sentencia: la acción de cesación del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . La expresada norma contempla la posibilidad de ejercicio de la acción de cesación respecto de las condiciones generales "que se reputen nulas" sin necesidad de que además de nulas sean calificadas de abusivas, teniendo por objeto la obtención de una sentencia que condene al demandado a eliminarlas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

»3) Finalmente, el artículo 10.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que dispone es la aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación -y por tanto, la aplicación del artículo 12.2 invocado por la actora- cuando las cláusulas a que se refiere el artículo 10.1 -expresamente alegado por la demandante- "tienen el carácter de condiciones generales" pues en este caso quedan también sometidas a las prescripción de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedando cerrado el círculo de protección.

»La recurrente argumenta en su escrito de formalización del recurso de apelación que ADICAE debió ejercitar la acción que resulta del artículo 10 ter de la LGDCU y no la contemplada en el artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que por tanto debe desestimarse la acción de cesación porque el magistrado "a quo" reconoce que desde el año 2000 no se ha vuelto a comercializar el producto y con arreglo al apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera y del artículo 10 ter citado, habiendo finalizado la conducta al tiempo del ejercicio de la acción es necesario acreditar que "existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato" y tales indicios no constan acreditados en autos.

»En relación con las acciones de cesación, cierto es que la Disposición Adicional Tercera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios introducida por el artículo 3.3.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre , de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios ("B.O.E." 29 octubre) con vigencia desde el 18 noviembre 2002, disponía en

sus apartados 1 y 2 que: "1. A falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato." Tal texto resulta esencialmente coincidente con el del artículo 10 ter de la LGDCU , en su vigente redacción -introducida por el artículo 3.1.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre -, cuando dice: "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato."

»Respecto a la aplicación de tales preceptos al supuesto enjuiciado consideramos que no lo es el artículo 10 ter porque la acción de cesación que contempla el mismo se refiere a las cláusulas abusivas, como es de ver del tenor del apartado 1 que dice que: "contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación." Y tampoco la Disposición Adicional Tercera , pues no cabe olvidar que la acción ejercitada por la demandante tiene su origen en la petición de nulidad de la condición general que se viene examinando y no frente a "conductas de empresarios o profesionales" a que se refiere la norma invocada por el recurrente, lo que nos conduce de nuevo al contenido del artículo 10.3 de la LGDCU que nos remite a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y por tanto, al artículo 12.2 del indicado texto legal.

»Siendo correcta por tanto la aplicación que se hace en la sentencia de instancia del artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación , la cuestión que plantea el recurrente es la relativa a la determinación de si cesada de facto la conducta cuestionada, puede prosperar o no la acción de cesación, pues la sentencia apelada tras indicar que "la acción que se ejercita en principio sería procedente" -refiriéndose, como se ha dicho, a la acción del artículo 12.2 ejercitada por ADICAE- añade que "otra cosa es que prospere o no" y finalmente la acoge limitándose a decir -tras la declaración de nulidad de la cláusula- "debe prosperar la acción de cesación que se ejercita (artículo 12 de la ley 7/98) , aunque dado el mal resultado obtenido, desde el año 2000 no se ha vuelto ya a comercializar el producto".

»Conforme al contenido del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , aplicable por razón de la calificación efectuada anteriormente de la cláusula M como tal, "La acción de cesación se dirige a 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". En el precepto indicado -a diferencia de los alegados por el recurrente- la consecuencia no se anuda a la necesidad de acreditar la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato cuando la conducta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción.

»Siendo así, y teniendo en consideración el texto de los preceptos citados que prevé, en todos los casos, situaciones de futuro - utilización en lo sucesivo- y de agotamiento de la conducta cuyo cese se postula, consideramos 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.

»En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, de 11 de mayo de 2005 (Pte. Sr. Zarco Olivo, Base de Datos Tirantonline, TOL 646784 y TOL 636660) dictada con ocasión de un pleito iniciado por la Organización de Consumidores y Usuarios, que solicitaba la nulidad de 17 cláusulas de los contratos de cuentas corrientes, tarjetas, préstamos y préstamos con garantía hipotecaria del BBVA, Bankinter, Caja Madrid y BSCH. En la referida sentencia, y en lo que relativo a la alegación de falta de uso alegado por una de las entidades bancarias, dice en su Fundamento Sexto: "tampoco puede prosperar la alegación de dicha mercantil apelante relativa a la falta de uso de las cláusulas antedichas en la medida que la presente resolución responde a pedimentos de la entidad actora referidos a hechos anteriores a la presentación a la demanda y cuya inobservancia actual por parte de Caja Madrid tampoco garantiza, frente a la OCU, que en lo sucesivo no vuelvan a utilizarse."

»Tercero. El tercero de los motivos de apelación formulados por la representación de la entidad Caja Rural manifiesta su discrepancia con la declaración de nulidad de la cláusula M de anterior referencia, que no considera ajustada a derecho, al entender que la misma reúne los requisitos exigibles de claridad y sencillez -al prescindir del lenguaje científico e incorporar ejemplos de aplicación -, estando debidamente separada de las demás condiciones que integran el documento contractual.

»No podemos acoger el motivo de apelación y nuevamente hemos de dar por reproducida la fundamentación jurídica que resulta de la sentencia apelada (Fundamento Tercero, apartado b) pues la mera lectura de la estipulación que obra transcrita en el antecedente de hechos probados de la sentencia recurrida, pone de relieve que la estipulación examinada

no reúne los requisitos de comprensibilidad, claridad y sencillez que resultan del artículo 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 .a) de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, en los términos que describe la recurrente a los folios 5882 y 5883 de las actuaciones. Tampoco podemos acoger el argumento desde la perspectiva de que el análisis de la misma no debe realizarse en la forma efectuada por el Juzgador, esto es, sin tener en consideración la amplitud de la información facilitada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación, pues esa información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatarse que se haya producido en todos los casos, ni la forma en que la misma operó.

»Es por ello que el análisis debe efectuarse con los parámetros legales apuntados y su interpretación jurisprudencial. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencia de 13 de marzo de 1999 -Ponente: O'Callaghan Muñoz, La Ley Juris.: 3543/1999- dice en relación con las condiciones generales de la contratación y el artículo 5.4 de la L 7/1998, de 13 de abril , que: "...deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente ".

»Siendo así, es de ver que a la cláusula controvertida llegamos por el reenvío que se hace en la primera página del contrato de "Depósito de alta rentabilidad" cuando se advertía que el capital no estaba garantizado según las condiciones del anexo, lo que impide una primera percepción de su contenido de forma clara por parte del consumidor. Situada en el anexo al documento se aprecia -como indicara el Juzgador de Instancia en la declaración de hechos probados- que aún siendo la letra utilizada para su redacción superior en tamaño a la utilizada para las Condiciones Generales de la primera página del documento, sigue siendo pequeña -especialmente para personas de determinada edad -, siendo asimismo su extensión considerable, con uso de lenguaje financiero específico ("caída de cotización", "precio de cierre", "valor de cierre", expresión de "la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza", determinación de la comisión mediante cálculos de depreciación...), y comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos referenciados. Por otra parte, y como se ha destacado con anterioridad, incluso se utilizan indebidamente alguno de ellos como es el caso de la palabra "comisión" con la que en realidad se describe la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas por la compraventa de los valores. Así lo entiende la Comisión Nacional del Mercado de Valores al resolver sobre las reclamaciones efectuadas, indicando expresamente que se hace en el documento "una utilización incorrecta de las palabras" que definen el contrato, y, además, la existencia de contradicciones en el examen conjunto de las condiciones analizadas pues en la cláusula O del mismo anexo se establece que "el importe de la imposición será abonado..." en su totalidad al cliente, pese a que en el apartado correspondiente a las "comisiones" a favor de la caja depositaria, se prevé que la recuperación del capital sea inferior al inicialmente invertido.

» Es cierto que el texto del Anexo es legible, pero su presentación invita -como ha acontecido en la mayor parte de los casos- a su firma sin lectura, por tratarse de un documento íntegramente impreso, en letra pequeña, distribuido en dos columnas y en el que únicamente se recoge como excepción al contenido impreso un número -identificativo del contrato al que se une -en el encabezamiento, y un espacio para la recogida de las firmas a los suscribientes. Por otra parte, lo único que se resalta en mayúsculas es el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión "Depósitos de Alta Rentabilidad E-..." y el nombre de Caja Rural Valencia, que es lo que se percibe a primera vista por el lector.

»A tenor de lo expuesto, y teniendo presente que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores expresa, en relación con el contrato litigioso que su opinión es la de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que este pudiera hacer un juicio fundado de la inversión que se le proponía", calificando de mala práctica bancaria la seguida en este caso por Caja Rural Valencia, resulta imposible acoger los argumentos de la recurrente en orden a que la estipulación M integrada en ese contexto, reúne los requisitos legales de claridad y transparencia que predica la entidad, pues aun cuando sea físicamente legible no es fácilmente comprensible. No podemos acoger el argumento expresado en el Recurso en orden a que el Registrador de Condiciones Generales de la Contratación y el Juzgador de Instancia desconozcan la realidad social por el mero hecho de que en el teletexto o en cualquier periódico cualquier consumidor español pueda acceder a la información bursátil, pues que esa información pueda obtenerse a través de tales medios o de internet no implica que todos los ciudadanos con cierta capacidad económica para poder invertir -disposición de ahorros- estén capacitados para comprender el alcance y contenido de esa información.

»Respecto del Dictamen emitido por la Registrador Titular de Condiciones Generales de la Contratación de Valencia - folio 831 y 832 de las actuaciones- en el que se ampara la recurrente, conviene indicar que el objeto del mismo era la valoración del posible carácter abusivo de la cláusula M por lo que la conclusión que se contiene en el mismo en orden al contenido lógico de los apartados a y b de la indicada estipulación, debe entenderse referida a la cuestión examinada -el carácter o no abusivo de la estipulación- y no en orden al cumplimiento por la misma de los parámetros de claridad, sencillez y transparencia que se vienen analizando en este apartado, sin que sea posible desconocer que el indicado informe señala que "ciertamente el contenido de la cláusula resulta francamente susceptible de interpretaciones diferentes". Y ello sin entrar a valorar la calificación que resulta del dictamen en orden a considerar abusivo el apartado c) de la cláusula M, cuestión ésta que excede de lo que constituye la apelación de Caja Rural y respecto del cual no procede que el Tribunal haga ahora consideración alguna por tenerlo expresamente vetado a tenor del contenido del artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

»Cuarto. El siguiente motivo de apelación deducido por la representación de RuralCaja incide en aspectos que ya han sido analizados con anterioridad al examinar los argumentos relativos a la impugnación de determinados extremos de la declaración de hechos probados, por lo que, en evitación de innecesarias reiteraciones hemos de dar por reproducido cuanto hemos expresado precedentemente en orden a la naturaleza de la cláusula M y su calificación como condición general de la contratación, así como en lo relativo a la forma en que operó la comercialización del producto o la falta de lectura del contrato por los perjudicados que fueron interrogados en el acto del juicio, limitándonos ahora a examinar aquellos aspectos que no han sido objeto de tratamiento anterior y muy concretamente al relativo al error en el consentimiento, pues considera la recurrente que cualquier cliente familiarizado con las imposiciones a plazo fijo tradicionales "podía percibir, con total sencillez, que estos contratos eran un producto distinto a un plazo fijo de capital garantizado" y destacó: a) la ausencia de la diligencia exigible a "un buen padre de familia" respecto de los perjudicados, pues al menos los 14 interrogados en el acto de juicio reconocieron no haber procedido a la lectura del contrato, añadiendo que difícilmente la cláusula controvertida podía haberles inducido a error si no la leyeron; b) la ausencia de prueba sobre el carácter conservador de los inversores afectados en atención al hecho de que algunos habían suscrito ediciones anteriores del contrato y de forma no encadenada sino con saltos en el tiempo; c) ausencia de error en lo que se refiere a la esencia del contrato, al discrepar de la afirmación que se contiene en la sentencia en orden a que el mismo afectó al capital invertido, d) la ausencia de prueba del error excusable, reconocible e inducido de cada uno de los afectados representados por la entidad ADICAE, pues el error no se ha producido en todos los clientes de RuralCaja, es imputable a los perjudicados porque se podía haber evitado con una diligencia media o regular, no ha habido ocultación de datos o silencio por parte de la demandada pues se indicaba en el documento contractual en mayúsculas Capital No Garantizado y en la segunda hoja del contrato -anexo- se explicaba cómo se liquidaba el contrato, siendo la cláusula M legible, comprensible y detallada con ejemplos, amén de la información facilitada por los directores de la sucursal a quienes estaba encomendada la contratación del producto dando completa y cumplida información a los clientes.

»La resolución de este motivo de recurso parte de la premisa de que el ámbito en el que se produce la contratación origen de la demanda es el de la contratación bancaria y que los perjudicados representados por la entidad demandante ADICAE ostentan la condición de consumidores, lo que implica la aplicación del marco especial de tutela que resulta de la normativa tuitiva que les es aplicable.

»Se ha de destacar, al efecto, como señala algún autor, que la especial complejidad del sector financiero -terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

»Ha sido objeto de estudio el relativo a la problemática específica de las operaciones en mercados de valores, y más concretamente los eventuales desajustes entre el asesoramiento y las necesidades del inversionista, destacando, en relación con la información, la llamada Teoría del "Perfil de Inversor", derivada de la normativa aplicable.

»La Ley de Mercados de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo disponía el Art. 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, al decir las entidades de crédito que actuaran en el Mercado de Valores debía atenderse, entre otros, a los siguientes principios y requisitos: "a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado", "c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios", "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados" (el destacado en negrilla es nuestro).

»Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata -Art. 5.3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores, de obligada observancia con arreglo al contenido del artículo 78 b) de la Ley de Mercado de Valores anteriormente citada-.

»Ya se indicaba así en el anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios -BOE 21 de Mayo- al disponer que todas las personas y entidades deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, conteniendo el artículo 4 relativo a "Información sobre la clientela" las bases sobre las que se asienta la Teoría del "Perfil del cliente" a que se ha hecho referencia anteriormente, al ordenar que "- 1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer." El artículo 5 relativo a

la "Información a los clientes" añadía que. "1 . Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.... 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.... 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes. b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento...." (los destacados en negrita son nuestros).

»Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio, pues resulta de los apartados b) y c) del artículo 2 que "las entidades deberán asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos, c) Las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente ("criterios generales de inversión") en el correspondiente contrato. Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente" (los destacados en negrita son nuestros)

»La propia Comisión Nacional del Mercado de Valores en el informe anual sobre reclamaciones correspondiente a 1998 ya recomendaba a las entidades financieras que además de interesarse por el perfil del inversor y señalarle los riesgos de la inversión, fueran particularmente escrupulosas cuando la operación implicase la selección de mercados radicados en otros países.

»El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de Enero de 2003 -Ponente: Sr. Almagro Nosete, La Ley Juris.: 794/2003 - declara:

»"...Ya la Ley del mercado de valores de 1988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad".

»Teniendo presente cuanto se ha expuesto en relación con el resultado de la prueba practicada en las presentes actuaciones, no cabe sino la desestimación del motivo de apelación, por las razones que se contienen en el apartado c) del Fundamento Tercero de la resolución recurrida con arreglo a las precisiones que haremos a continuación.

»Cierto es, como razona la parte recurrente, que es diligencia exigible a todo contratante la relativa a la lectura de los documentos contractuales que suscribe y la de adecuada comprensión de aquello que se somete a su decisión mediante la formulación de cuantas preguntas sean necesarias para una adecuada formación de su juicio decisor. La diligencia de un buen padre de familia así lo exige, por lo que, no pueden aprobarse de forma genérica las conductas omisivas de tal

deber de prevención.

»Sin embargo, siendo así, y sin que cuanto se dirá a continuación signifique que este Tribunal apruebe en modo alguno la omisión de la diligencia exigible también a todo consumidor (pues no compartimos la cultura "del dónde hay que firmar" a que se refiere la Sentencia de Instancia con cita de la de la Audiencia Provincial de Soria de 12 de febrero de 2004), no cabe desconocer -como impone el artículo 3.1 del CC- la realidad social actual y del momento en que se produjeron los hechos que se someten a nuestro enjuiciamiento (menor conocimiento general del mercado bursátil, desconocimiento de la evolución de las acciones tecnológicas...), así como la propia dinámica de funcionamiento del sector bancario -respecto del que son constantes las denuncias de malas prácticas-, y el hecho relevante de que a la diligencia exigible al consumidor -que es la genérica de un buen padre de familia-, se ha de contraponer la exigible al profesional asesor que, como se ha indicado con anterioridad -y por razón de la normativa precedentemente citada- es la específica de un ordenado comerciante y un representante leal.

»En este contexto es en el que procede el examen de la cuestión controvertida -y los argumentos del motivo del recurso de apelación -y el que justifica- teniendo presentes los perfiles profesionales a que se ha hecho referencia con ocasión de la resolución del primero de los motivos de recurso- la forma en que actuaron los consumidores afectados que buscaban legítimamente una buena rentabilidad para sus ahorros, acudiendo -en la mayoría de los casos- a las sucursales de la entidad demandada con la que venían trabajando desde hacía varios años, existiendo lazos de confianza con los empleados -director- de las mismas hasta el extremo de que podían llevarse los contratos a su casa para que pudieran firmarlo sus familiares sin acudir al banco, confiados en el asesoramiento de estos profesionales, suscribiendo un contrato que -aparentemente- no podía conducirles a una situación de pérdida como la que realmente se produjo.

»Es cierto, y así ha de reconocerlo el Tribunal, que en la primera página del contrato y en el recuadro de condiciones particulares se indicaba en mayúsculas -como en el resto del contenido de tal recuadro- "Capital No Garantizado" pero a esta expresión se añadía la siguiente "Según Condiciones Anexo" y era en ese condicionado anexo, extenso, escrito en tamaño de letra sensiblemente inferior y de lectura farragosa por su contenido técnico -como se ha indicado con ocasión del análisis de la condición M- en el que se contempla la dinámica del producto y la vinculación de la rentabilidad al comportamiento bursátil de las acciones extranjeras que se relacionan en ellos. Por otra parte, no resulta baladí la afirmación que se hace al inicio de este párrafo en orden a que todo el contenido del recuadro que se cumplimentaba en el interior del impreso estaba escrito en mayúsculas, porque al estar escrito en el mismo formato todo el texto a cumplimentar, se pierde de alguna manera la posibilidad de que resalte a primera vista la expresión sobre la que tanto hincapié realiza la parte recurrente.

»No procede reproducir ahora cuanto se ha dicho con anterioridad en relación con el contrato -semántica inadecuada, contenido literal que no responde a la verdadera naturaleza del mismo,...- ni sobre la calificación de la actuación de Rural Caja como "mala práctica" por la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores por falta de ofrecimiento al cliente de información clara, precisa y congruente.

»Es suficiente con destacar que, teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, estos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca, que actuando de buena fe, no valoraron adecuadamente el riesgo que hacían asumir a sus clientes, como igualmente hemos destacado con anterioridad. Esta es la consecuencia de la contraposición de las respectivas actuaciones de quien acude al profesional para recabar asesoramiento con ánimo inversor y de quien, con arreglo a la normativa anteriormente expuesta debe ser capaz de analizar el perfil inversor del cliente que tiene ante sí para ofrecerle el producto más adecuado a sus necesidades y capacidad inversora, lo que genera la relación de confianza determinante de la decisión del consumidor, y el hecho, habitualmente frecuente -aunque indeseable- de firmar un documento sin proceder a su lectura.

»En este marco concreto de responsabilidad la conducta no diligente del perjudicado -concretada esencialmente por la parte recurrente en la ausencia de lectura del documento- queda totalmente absorbida por la conducta del profesional asesor, que no dotó al consumidor de la información exigible con arreglo a los parámetros normativos precedentemente expuestos y de obligado cumplimiento, ya por la propia configuración y contenido del contrato, ya por las explicaciones verbales que se pudieran dar en cada caso concreto y en el entorno social que se viene comentando.

»Coincidimos pues con lo expresado por el Juzgador de Instancia cuando, con ocasión del análisis de diversas resoluciones judiciales en el apartado e) del Fundamento Tercero concluye que la entidad demandada no tuvo en consideración el perfil inversor de sus clientes y que la información o no existió o fue inadecuada, para concluir en la responsabilidad de la entidad demandada. Asimismo hacemos nuestro el análisis que realiza el Juzgador a quo de los diversos folletos acompañados por la propia entidad demandada con la contestación a la demanda (de Banesto, Bankpyme, Kutxa) de los que se deduce -para productos similares a los comercializados por la demandada- la necesidad de pleno conocimiento de sus riesgos y características, así como de conocimientos técnicos adecuados.

»Quinto. La desestimación de los anteriores motivos de apelación implica la desestimación del quinto de los motivos argüidos por la recurrente, pues como resulta de su escrito de formalización del recurso, la impugnación del pronunciamiento de condena por el que se fijan las cantidades indemnizatorias a los perjudicados es consecuencia de cuanto tenía argumentado con anterioridad, razón por la que al no prosperar los argumentos en que se sustenta el

motivo, no pueden extraerse las consecuencias pretendidas por la parte.

»Sexto. Resolución del recurso formulado por la representación de ADICAE.

»Desestimado que ha sido el recurso formulado por la representación de Caja Rural del Mediterráneo procede entrar en el análisis de las cuestiones planteadas por ADICAE, si bien hemos de partir de la premisa de que la expresada entidad ha consentido el pronunciamiento de la sentencia recurrida en orden a la causa de nulidad de la cláusula M - analizada con ocasión del recurso anterior-, de manera que, como reitera la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en sentencias de 21 de abril y 4 de mayo de 1993 y 14 de marzo de 1995 aunque es facultad de los tribunales de alzada la de revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, así como para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, también lo es que ello tiene el límite de aquellos aspectos en que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso haya quedado firme y no sea, por consiguiente, recurrido. Es decir que el pronunciamiento de la sentencia de 1.ª instancia que ha sido consentido por la parte a quien perjudica -única que está legitimada para recurrirlo- debe ser tenido por firme y con autoridad de cosa juzgada y no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación, al haber quedado totalmente fuera de su ámbito de conocimiento.

»Por tanto, en el supuesto que se somete a nuestra consideración el examen de la cláusula M controvertida ha quedado agotado con el recurso planteado por RuralCaja que mostró su conformidad con la no calificación de tal estipulación como abusiva, combatiendo la declaración de nulidad acogida por el Juzgador "a quo" por razón de su falta de transparencia, sin que la entidad ADICAE haya insistido en su recurso en el planteamiento efectuado en la instancia en orden al carácter abusivo que le imputó en la demanda.

»Hecha la precedente consideración, no cabe desconocer -tampoco- la doctrina jurisprudencial en orden a la imposibilidad de introducir alegaciones nuevas por vía del recurso de apelación. Declara el Tribunal Constitucional, ya en Sentencia de 15 de enero de 1996 , que la segunda instancia se configura en nuestro ordenamiento procesal como una " *revisio prioris instantiae* ", en la que el tribunal ad quem revisa lo actuado por el Juzgado a quo, tanto la *questio facti* , como la *questio iuris* , añadiendo en la Sentencia de 18 septiembre 2000 , que esa revisión relativa tanto a los hechos, como a las cuestiones jurídicas, tiene dos limitaciones: la *reformatio in peius* y el principio de *tantum devolutum quantum appellatum* , insistiendo en ello el Tribunal Supremo que establece que es en la demanda y en la contestación donde únicamente pueden quedar fijados definitivamente los términos del debate litigioso (SS. del TS de 15-6-82, 10-10-84, 30-5-86, 6-3-90, 10-11-90, 20-12-94 y 25-2-95 , entre otras), siendo reiterada la jurisprudencia (SS. del TS de 8-6-98, 15-6-98, 18-9-99, 25-9-99, 28-12-99, 28-3-00, 19-4-00 y 10-6-00 , entre otras muchas) que declara que han de quedar al margen de la alzada las cuestiones nuevas por infringir los principios de contradicción y defensa, al comportar una alteración de los términos en que quedó planteado el debate litigioso, de manera que no pueden ser tomadas en consideración en la alzada, aquellas cuestiones que quedaron fuera del debate en la instancia, so pena de conculcar los principios de preclusión, contradicción y defensa, reflejados en el principio latino " *pendente apellatione, nihil innovetur* ", pues lo contrario implicaría una patente infracción del artículo 24 de la Constitución al no haberse dado a la otra parte la posibilidad de alegar y probar lo que estimara conveniente a su derecho sobre tan novedosas cuestiones (Sentencias del Tribunal Supremo 18-6-90, 20-11- 90, 5-12-91, 20-12-91, 3-4-93 ...).

»Fijados los límites en que debe desenvolverse la resolución de esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia, procede entrar en el examen de los diversos aspectos que integran el contenido del escrito de formalización del recurso de apelación de ADICAE contra la sentencia de 15 de marzo de dos mil cinco .

»Primero. Uno de los ejes esenciales del recurso -que queda integrado por los apartados 1 a 4 relacionados en el Fundamento Jurídico Tercero de esta resolución- gira en torno al pronunciamiento de la sentencia por el que se desestima la pretensión de nulidad de los contratos subsiguientes al Depósito de Alta Rentabilidad al que se ha venido haciendo referencia a lo largo de los razonamientos precedentes, con alegación de error en la valoración de la prueba y error de consentimiento derivado de la omisión del deber de información que incumbía a la entidad demandada respecto de sus clientes.

»Así como la sentencia de instancia contiene una amplia y exhaustiva motivación en orden a la declaración de nulidad de la cláusula M predispuesta en los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad E... y las consecuencias de su nulidad, no puede decirse lo mismo en orden a la desestimación de la pretensión de la demandante relativa a la declaración de nulidad de los contratos subsiguientes -y en esto coincidimos con la afirmación efectuada por la recurrente al folio 5905 de las actuaciones-, pues el apartado d del Fundamento Jurídico Tercero -en el que se resuelve la pretensión- dice únicamente que: " El Anexo II, que suscribieron algunos clientes, para la adquisición de acciones, los Depósitos Horizontales y otras soluciones, son perfectamente válidos y contratados libremente por los clientes, dentro del ámbito de

su autonomía de voluntad (artículo 1225 del Código Civil), sin que exista vicio del consentimiento u otra razón que permita declarar su nulidad, aunque se tengan en cuenta por su relación con el primero, a efectos de calcular la pérdida y cantidad a pagar; y lo prueba el hecho de que muchos no los suscribieron y otros tomaron diversas soluciones según su preferencia, y además la adquisición de acciones sólo se dio con respecto al DAR E- 20".

»Vistos los términos en que quedó resuelta la cuestión en la instancia y en los que se formula el recurso de apelación en impugnación del pronunciamiento derivado del anterior razonamiento -sí como la oposición articulada frente al mismo-, este tribunal viene obligado al examen de las alegaciones oportunamente deducidas por las partes tanto durante la sustanciación del proceso en la primera instancia como con ocasión del recurso de apelación, en relación con la actividad probatoria desplegada - consecuencia de la alegación de error en la valoración de la prueba- para fijar las conclusiones que seguidamente se expondrán en relación con los contratos que han sido controvertidos por ADICAE en la alzada, y todo ello como consecuencia de la función revisora atribuida por el artículo 456 de la LEC a los Tribunales de Apelación, dentro de los límites a que nos hemos ido refiriendo a lo largo de esta sentencia. Queda, por tanto, también, vinculado el Tribunal por la obligación que resulta del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a que la sentencia deberá contener las declaraciones exigidas por las pretensiones oportunamente deducidas, decidiendo los puntos de controversia en el debate de la alzada.

»En el escrito de demanda, la pretensión de nulidad que constituye ahora el objeto de análisis, se centraba en tres relaciones contractuales distintas: 1) el llamado Anexo II a la E-20 de los Depósitos de alta rentabilidad por entender - entonces- que las cláusulas que se contienen en el mismo son nulas por abusivas, 2) los contratos de Imposición Horizonte por falta de consentimiento o por consentimiento inducido a la contratación -con cita de los artículos 1261 y 1265 del CC- y 3) las compraventas directas de acciones que siguieron, en algunos casos, a las liquidaciones de los contratos de depósito de alta rentabilidad por consentimiento inducido a la contratación, estando las operaciones edificadas sobre valores con alto nivel de riesgo. Sustentaba la actora la pretensión de nulidad en la contravención por la demandada de la normativa sobre transparencia determinante de nulidad en virtud del contenido de los artículos 6 del CC, 25 y 26 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios por estar catalogados los productos como de especial protección, y por razón del carácter profesional y especializado del prestador del servicio financiero, que tiene obligación de evitar la colisión de intereses con sus clientes y de velar por los intereses del inversor, con adecuación de los productos a sus necesidades -Fundamento IV B) del escrito de demanda-.

»De la lectura del escrito de interposición del recurso de apelación de ADICAE -folio 5902 y siguientes-, la solicitud de declaración de nulidad y la argumentación en torno a la misma, no se refiere ya a la totalidad de las relaciones contractuales de anterior referencia, sino que la motivación se circunscribe exclusivamente al Anexo II -sin alegar ahora el carácter abusivo de las condiciones que lo integran-, y a la compra directa de acciones, que, en ambos casos -afirma la recurrente- traen causa de los Depósitos de Alta Rentabilidad en sus ediciones E-20 a E- 24. No se hace ninguna referencia a los llamados Depósito Horizonte, razón por la que debemos entender que la parte recurrente consiente el pronunciamiento de instancia en lo que a los mismos se refiere, de manera que no cabe ahora entrar a examinar tales contratos Depósito Horizonte, sin perjuicio de tenerlos en consideración a los efectos de cuantificación del perjuicio, en los mismos términos que resultan de la sentencia de instancia, pues ciertamente, estos contratos de depósito a plazo fijo típicos -que no atípicos- se ofertaron a los perjudicados dentro del marco de la política iniciada por la entidad demandada para compensar las pérdidas soportadas por sus clientes por razón de la suscripción de los Contratos de Depósito de Alta Rentabilidad, en los términos que expresaron los testigos de la parte demandada Doña Otilia (CD 12/19 video 17), o Don Severiano (CD 12/19 vídeo 17 a partir del minuto 26).

»Procede, por tanto, limitar la apelación al examen del llamado Anexo II -en los términos delimitados, pues ya no se alega el carácter abusivo de las condiciones- y a la compra directa de acciones; examen que procede realizar por separado, tal como impone el artículo 218 de la LEC vigente, y como efectúa la parte actora recurrente en su escrito de formalización del recurso de apelación.

»I. Sobre el Anexo II.

»Discrepamos de la sentencia de instancia en orden a la declaración de validez del referido contrato y en orden a la afirmación que se contiene en la misma sobre inexistencia de vicio de consentimiento, discrepando -por tanto- de la conclusión de que el contrato fue libre y conscientemente consentido por los clientes que habían suscrito la E-20 del Contrato de Depósito de Alta rentabilidad, dentro del marco de la libre autonomía de la voluntad.

»Y basamos nuestra discrepancia en las siguientes razones:

»1) Vencido el primer contrato E-20 en fecha 4 de septiembre de 2000, fecha en que la entidad demandada ya era conoedora de las circunstancias que habían determinado la pérdida de capital de sus clientes (como resulta de la prueba practicada), se procedió por la mayoría de los afectados por la E-20 -relacionados en la demanda y en la ampliación- a la firma de ese Anexo II, configurado como continuación del contrato de depósito de alta Rentabilidad. La suscripción del anexo implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural- conforme a la cláusula M que se ha declarado nula por la sentencia de instancia. La vinculación entre el E-20 y el Anexo II no es baladí a efectos de la nulidad que se pretende por la Asociación demandante, como se razonará seguidamente.

»La mera lectura del documento Anexo II revela la vinculación entre ambos contratos pues el nombre del documento

ya pone de manifiesto que se trata de un Anexo -"anexar" en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa "unir o agregar una cosa a otra con dependencia de ella"-, y se dice, además, en el título que lo encabeza, que ese Anexo II lo es "a las condiciones particulares adicionales del contrato de imposición a plazo fijo 'depósito de alta rentabilidad e-20' n.º...", resultando que si las condiciones indicadas -entre las que se incluía la M controvertida- finalizaban en la letra Q, las del segundo anexo comienzan en la letra R.

»Pero es más, empieza haciendo referencia precisamente a la cláusula cuya nulidad se ha declarado, pues la condición R es del siguiente tenor literal: " Se hace constar que el precio de cierre de las acciones de... el 2 de junio de 2000 fue de... Euros y que al día de suscripción de este anexo se cotización está por debajo de... Euros, por lo que se ha devengado la comisión prevista en la letra M) de las condiciones particulares del documento contractual al que se incorpora este segundo anexo", cláusula M a la que asimismo se hace referencia en la condición T.

»Tiene declarado la doctrina científica en interpretación del artículo 1303 del C. Civil -relativo a los efectos de la nulidad contractual- que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido, habiendo determinado la jurisprudencia que aun no siendo posible fijar reglas generales para la determinación de cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con el se relacione, la cuestión relativa a la propagación de la ineficacia debe resolverse en sentido afirmativo "no solo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino también cuando... presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso seguido" (STS de 10 de noviembre de 1964).

»Participando las condiciones del Anexo II de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo (condiciones generales de la contratación, y no condiciones particulares como se pretende por la demandada), y siendo el anexo posterior consecuencia del primero, se cumplen en el supuesto examinado los presupuestos de propagación de los efectos de la nulidad al acto posterior, en los términos que resultan de la Sentencia del Tribunal Supremo reseñada.

»2) Las razones que han determinado la confirmación por este Tribunal de Alzada del pronunciamiento de declaración de nulidad de la condición M son igualmente extrapolables al contenido de las condiciones que integran el Anexo II (condiciones generales de la contratación predispuestas en documento impreso por la demandada a doble columna, con tamaño de letra reducido, utilización de lenguaje financiero específico,...), con la particularidad, en este caso concreto, de que la parte predisponente que redacta el condicionado, lo configura como si fuera el cliente no profesional el que hubiera realizado el estudio financiero determinante del contenido del documento con carácter previo a su confección como modelo, pues dice, por ejemplo, en la estipulación S "algunos titulares consideran que la evolución de la cotización de... evolucionará al alza y han solicitado a la Caja que ejercite la opción que servía de cobertura al 'Depósito Alta Rentabilidad E- 20', recibiendo el 4 de septiembre de 2000 las acciones correspondientes a dicha cobertura...", o en la T "por expresa petición de los titulares del contrato financiero 'Depósito Alta Rentabilidad E-20'...la Caja queda facultada y se obliga a efectuar un adeudo en la cuenta en la que es abonado su nominal, por el 50% del mismo y a abonar el importe de la comisión percibida, regulada en la letra M) del documento contractual, todo ello con valor del 4 de septiembre de 2000...".

»Ya se había expresado anteriormente -al resolver el recurso de apelación de Rural Caja- el perfil de los clientes afectados, por lo que resulta, cuando menos dudosa, la afirmación que se contiene en el documento expresado referente a que la iniciativa contractual del Anexo II procede de los consumidores perjudicados y de su evaluación de la "evolución al alza" de la cotización de los valores adscritos a la operación, así como en lo relativo a que fueran los clientes quienes solicitaran de la Caja que ejercitase la opción que servía de cobertura al depósito atípico, máxime cuando el ejercicio de tal opción no era algo que pudiera decidir libremente la demandada, a tenor del contenido de los documentos aportados al tomo IV, folios 1993 y siguientes, consistentes en confirmaciones de operaciones de Opcion Put Europea entre el Banco Cooperativo Español y la Caja Rural, en relación con las claras y contundentes manifestaciones del testigo experto traído al proceso por RuralCaja, Don Genaro (CD 13 de 19, vídeo 22 a partir del minuto 56:30) cuando relató cómo en la operativa propia del ejercicio de las opciones, RuralCaja -vinculada contractualmente con el Banco Cooperativo-, estaba al final de la cadena, resultando de la documental -documento 15 de la contestación a la demanda- que estaba obligada en caso de ejecución de la opción a liquidar por entrega de diferencias de efectivos, y es indudable que la opción fue ejecutada por Banco Cooperativo y Caja Rural soportó el pago a que se había comprometido.

»3) Coincidimos con la parte demandante recurrente en que nuevamente la entidad demandada omitió la diligencia que le era exigible por vulneración de los deberes de información y de transparencia que le incumbían con arreglo a la normativa que hemos reseñado en el subapartado cuarto del Fundamento Jurídico Quinto de la presente resolución, que damos ahora por reproducida en evitación de innecesarias reiteraciones.

»La normativa de referencia aun cuando no fue citada inicialmente con indicación de precepto concreto y norma jurídica en la que se integra, sin embargo fue apuntada por la actora en la demanda al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad -folios 31 a 34-, y desarrollada más extensamente con ocasión de la formalización del recurso de apelación, sin que de tal hecho pueda concluirse que se ha producido una variación o alteración de lo que constituyó el objeto de la pretensión en la instancia pues como se ha señalado con anterioridad, la actora ya alegó la vulneración de la normativa sobre transparencia, la contravención del deber de información que incumbe al profesional en la prestación de servicios financieros y la colisión de intereses entre la entidad demandada y sus clientes.

»No ha sido acreditado que en la suscripción del Anexo II se informase a los consumidores en los términos que resultan de la Ley de Mercado de Valores y Código General de Conducta de los Mercados de Valores a que se ha hecho anterior referencia, y especialmente en lo relativo a las vinculaciones de la propia demandada con la operación de que trae causa el Anexo.

»Del interrogatorio que se hizo a los perjudicados que lo suscribieron, únicamente se desprende la inmediatez con la que se ofrece la firma del mismo en relación con el momento en que se constata la pérdida, vinculando su aceptación a la argumentación que se hizo a los clientes afectados de que su finalidad era la recuperación del dinero que se había perdido -así resulta de la condición R antes reseñada-, ignorando éstos la naturaleza y funcionamiento de las Opciones, respecto de las cuales solicitaban a la Caja, en ese documento que firmaban, que procediera a su ejercicio, cuando como se ha señalado, la Caja ya estaba vinculada por razón de los contratos de Opción Put Europea que tenía concertados con la entidad Banco Cooperativo Español.

»Sin perjuicio de cuanto se ha expuesto con anterioridad sobre los deberes que incumbían a la demandada con arreglo a la normativa en materia de mercado de valores sobre información y perfil del inversor, también las circunstancias que rodean la firma del anexo inciden en el proceso de formación de voluntad y determinan su aceptación, justificando el error de consentimiento invocado por la demandante: a) la reciente e inesperada pérdida económica que se promete enjugar; b) la preocupación de los Directores de las sucursales que ya venían barruntando desde el mes de agosto que se iba a producir un resultado negativo en el capital invertido como consecuencia de la evolución de los valores, lo que determinó la búsqueda de mecanismos de solución que se tradujeron en las diversas ofertas realizadas a los perjudicados, e incluso, en ocasiones, en gestiones como llamadas telefónicas a los clientes o visitas en sus propias casas; c) la propia relación de confianza de los clientes respecto de la entidad demandada que intentaba ofrecer una solución a la problemática surgida con el lógico temor a la pérdida de sus clientes...

»Téngase presente al efecto, y en lo que a la formación de la voluntad se refiere, que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 20 de enero de 1964, 20 de noviembre de 1973, 4 de enero de 1982 (entre otras) ha justificado la estimación del error como vicio del consentimiento cuando el mismo se ha padecido por un contratante por razones imputables al otro, por ejemplo, cuando el error es debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta del otro contratante, como acontece en el caso enjuiciado, no siendo necesario que el error esté basado en el dolo o la mala fe del otro contratante, pues es suficiente valorar las consecuencias de la confianza suscitada.

»II. Sobre la compra de acciones que siguió, en algunos casos, a los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad.

»Análogas razones a las expresadas hasta este momento permiten acoger -si bien parcialmente- el argumento de la recurrente en orden a que en la compra directa de las acciones por los perjudicados que las adquirieron -secuestrando la disponibilidad de su capital por razón de la caída tan importante que tuvieron con posterioridad los valores adquiridos-, fallaron los mecanismos de información a que venía obligada la entidad demandada, y consecuentemente, quedó afectada la capacidad de decisión de los inversores perjudicados.

»Y decimos que el motivo de apelación sólo puede ser acogido parcialmente porque la actora imputa a la demandada dolo contractual al ofrecer las acciones tecnológicas de alta volatilidad que acusaron las fuertes caídas que originan la pretensión de la actora, y como reiteradamente ha declarado la doctrina jurisprudencial en interpretación del artículo 1269 del CC, el dolo no se presume sino que ha de ser cumplidamente demostrado, y además supone la conjunción de dos elementos: 1) el elemento subjetivo o ánimo de perjudicar, que no resulta en modo alguno de las actuaciones (antes bien, al contrario, la parte demandada intentó enjugar la pérdida originariamente producida a raíz de los contratos de depósito de alta rentabilidad, ofreciendo la compra de las acciones en la creencia de que iba a recuperarse en poco tiempo), y 2) el objetivo, esto es, el acto o medio externo.

»Destacamos ahora el resultado de la prueba practicada contraria a la afirmación de la recurrente en orden a la imputación a la demandada del dolo contractual:

»1) La mayor parte de los perjudicados puso de relieve en sus declaraciones que la finalidad de los productos ofrecidos tras la constatación de la pérdida de capital era la de recuperar lo que se había perdido. A ello responde, por ejemplo, el contenido del documento unido al Tomo XIII, folio 4600 de las actuaciones, consistente en una carta remitida por la entidad demandada a uno de los clientes en las que se indica el próximo vencimiento del depósito de alta rentabilidad emisión 20 informando al mismo de la pérdida del 11% derivada de la vinculación del producto a las acciones de Reuter y Deutsche Telekom, y en la que se dice textualmente: "Ante esta situación que consideramos insatisfactoria, le planteamos, en vez de la liquidación por diferencias establecidas en el contrato, la posibilidad de recibir al vencimiento la mitad del importe del depósito en dinero y la otra mitad en acciones de Deutsche Telekom en número equivalente a dividir el importe que supone el 50% del capital por la cotización inicial minorada en 20% (que es el porcentaje de caída que garantiza Caja Rural)... explicando, seguidamente la operativa matemática e indicando "de este modo, permitimos que mantenga en cartera las acciones en espera de una mejora de cotización que minorará las pérdidas actuales e incluso obtener beneficios". Cuestión distinta es que la solución ofertada -vinculada a la contratación del depósito atípico inicial- no fuera la adecuada para conseguir aquel fin.

»2) Conviene destacar cómo el perjudicado Sr. Picó Picó en el segundo vídeo del CD 5/19 a partir del momento 20,

declaró que no hacía responsable del problema al director de la sucursal, que tiene que hacer su trabajo y vender los productos de la entidad, por lo que no compartía la presión que se había ejercitado frente al mismo. O como el Sr. Cayetano (CD 6/20 a partir del minuto 37) manifestó que el director de la sucursal era una muy buena persona y se tomó mucho interés pues acudió a su domicilio particular al menos en dos ocasiones, expresándole que en poco tiempo se recuperaría el dinero, por lo que consideraba que el problema es que la demandada había realizado una mala gestión. O la Sra. Sandra (CD 7/19 vídeo 10) cuando relata cómo el director le explica lo que ha pasado y que incluso los propios familiares de algún director se encontraban en la misma situación, enterándose, de hecho, de la existencia de ADICAE por el actual director de su sucursal que tiene familiares perjudicados. O el testigo de la demandada y perjudicado Sr. Geronimo (CD 10/19 vídeo 14, a partir del minuto 57:38) que pese a que perdió unas cien mil pesetas y asumió la pérdida porque a él le explicaron el producto, señaló que el director estaba más preocupado que él.

»3) Es importante a los efectos de juzgar sobre la conducta de los litigantes -y la concurrencia o no de dolo- la declaración de los testigos de la demandada -ya citados- Sra. Otilia y Sr. Carlos Jesús (CD 12/19 vídeo 17), que pusieron de manifiesto que se buscaba la manera de paliar los efectos, y cómo los directores de las sucursales hacían presión sobre la entidad para que se resolviera la cuestión ofreciendo ventajas a los perjudicados a través de otros productos.

»4) Que la entidad demandada no actuó dolosamente resulta asimismo de la declaración del experto Sr. Genaro - también citado en diversas ocasiones a lo largo de esta sentencia- pues no cabe desconocer que la demandada esperaba el repunte de las acciones en orden a las expectativas de algunos analistas, y que cuando el inversor había perdido en bolsa lo habitual era que éste se quedase con ellas, de donde resulta que el consejo efectuado por Rural Caja a sus clientes para la compra de las acciones respondía a lo que habitualmente se venía haciendo en aquella época, como manifestó, también el experto de la demandada Sr. Millán (CD 14/20 vídeo 23 a partir del minuto 53 :55) al indicar que entonces solía ser rápida la recuperación por lo que la recomendación de quedarse con las acciones era un consejo habitual. Cuestión distinta es la equivocación en la que incurrió la demandada al ofrecer este consejo -que se adereza con el incumplimiento de los deberes de información que resultaban de la normativa entonces aplicable-, y de la que resulta que, lejos de resolverse el problema se produjo una agravación del mismo, quedando perjudicado el consumidor inversor en los intereses por los que debía velar la demandada con arreglo al contenido de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores .

»Como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de julio de 1998 (Ponente: Sr. González Poveda, La Ley Juris.: 8311/1998) "el Tít. VII Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (artículo 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el artículo 255 CCom impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el artículo 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación;..." (el destacado en negrita es nuestro).

»En el supuesto que se somete a nuestra consideración, y pese a que desde el mes de agosto la entidad demandada era concedora de que se estaba produciendo una importante caída de las llamadas acciones tecnológicas (precisamente determinante del resultado de la operación de los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad a partir de la edición n.º 20), no consta acreditado que informase suficientemente a quienes suscribieron -por su consejo- las acciones controvertidas, de la situación del mercado bursátil más allá de una mera expectativa de recuperación, pese a que la operación que se aconsejaba determinaba que la mitad del capital inicialmente invertido en los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad quedará sujeto a la evolución de valores de alta volatilidad que cotizaban en bolsas extranjeras, recabándose con urgencia la decisión del cliente afectado, como resulta del documento al folio 4600 de anterior referencia, que fechado en 24 de agosto de 2000 -y sin que conste la fecha de recepción del mismo por el cliente- se recababa una respuesta urgente antes del 30 de agosto, en los siguientes términos: "Por tanto, una vez analizada esta posibilidad, deberá indicarnos lo más Urgente posible, la opción que decida, bien recibir la mitad en acciones, o bien recibir la liquidación en dinero" -consolidando en ese caso la pérdida del 11%-, añadiendo "Esta Decisión Deberá Comunicarla Antes Del 30.8.2000 (Teléfonos...)". Ciertamente es, en respuesta a los argumentos de la parte apelada, que aun cuando con posterioridad no se ha impedido la venta de tales valores a los afectados -como argumenta reiteradamente Caja Rural- no cabe desconocer la lógica manifestación de los mismos y de los expertos de que esa venta ulterior, de haberse producido, no habría hecho más que consolidar no la pérdida, sino la más agravada como consecuencia de la caída mayor que tuvieron los valores adquiridos.

»Como se ha razonado anteriormente, del artículo 79 de la Ley de Mercados de Valores en la redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, resultaba que las entidades de crédito con actuación en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, debían atenerse a los siguientes principios y requisitos:

»a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

»b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

»c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

»d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

»e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

»Y lo cierto es que tales parámetros de actuación no se cumplieron porque:

»1) No consta la transparencia deseable en la operación en la medida en que las acciones eran las vinculadas a la relación contractual entre Caja Rural y Banco Cooperativo Español.

»2) No consta que se diese prioridad a los intereses de los perjudicados en relación a los propios intereses de la entidad demandada, que también había sufrido pérdidas. Y así resulta, al contrario, del informe pericial emitido por Don Juan María (Tomo IX, folio 3385) cuando dice: "se puede concluir que en el caso de liquidarse las pérdidas en la forma prevista en el contrato, es decir, sin entrega de las acciones procedentes del ejercicio de la opción, como ocurre en las ediciones o emisiones E-21 a E-24 y E-20 si el cliente no optó por adquirir las acciones o constituir un depósito vinculado a su evolución (Anexo II), las pérdidas que corresponden a Caja Rural son de mayor cuantía que las correspondientes a los clientes, no constatándose una ganancia extra para Caja Rural, sino todo lo contrario".

»3) La gestión no fue prudente, pues la tendencia de los valores cuya adquisición se aconsejó era a la baja, como se constató con posterioridad, siendo muy importante la cantidad destinada a la adquisición de los valores, pues representaba ni más ni menos que el 50% de la inversión, sin que se pensara en la posibilidad de diversificar el riesgo.

»4) No tenían la información sobre el perfil de sus inversores ni consta acreditado que se les mantuviera adecuadamente informados sobre la evolución de los valores, que fue muy negativa.

»Segundo. Es también motivo de apelación de la Asociación apelante el relativo a la cuantificación del perjuicio, pues solicita la recurrente que el cálculo del mismo se realice conforme a la cuantificación por ella realizada, en abierta discrepancia con la conclusión de la resolución recurrida.

»La sentencia de instancia resuelve este extremo en el Fundamento Jurídico Cuarto partiendo de un dato esencial como es la falta de prueba pericial encaminada a determinar el concreto perjuicio de cada uno de los perjudicados relacionados con ocasión de la demanda y de la ampliación de la misma. Es esta falta de prueba pericial a instancia de la parte demandante la que determina que el Juzgador de Instancia, teniendo en cuenta todos, y los diversos, contratos suscritos por cada uno de los afectados, considere más ajustada la cuantificación efectuada por la entidad demandada Caja Rural que la aportada por la Asociación actora.

»Argumenta la recurrente para el caso de estimación de los anteriores motivos que han sido acogidos -folio 5926 de las actuaciones, tomo XVII- que:

»1) Se ha de tener en consideración a los efectos de la determinación de las cantidades a restituir, las derivadas del Anexo II y de la compraventa de acciones.

»2) No cabe -como hace la parte adversa- tener en cuenta los préstamos que supuestamente concedió a un interés inferior porque no existe documento alguno en el que se indique que ese interés más bajo fue ofertado con el fin de que el cliente se resarciera de la pérdida.

»Y teniendo presentes tales alegaciones, la resistencia ofrecida a las mismas por la representación de la parte demandada en su escrito de oposición al recurso de apelación -folios 5958 a 5952-, las previas conclusiones expresadas por este Tribunal y la actividad probatoria desplegada en la instancia en relación con la cuestión, debemos manifestar que:

»1) Consecuencia de la declaración de nulidad del Anexo II y de la compra directa de acciones litigiosas, es la que resulta del artículo 1303 del CC ya citado pues "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..." En lo que a los intereses se refiere no podemos acoger la pretensión de la parte actora formulada en el escrito de aclaración del suplico de la demanda -folio 933- en orden a que se deba abonar el interés fijo pactado en el contrato de depósito de alta rentabilidad para todo el tiempo transcurrido, pues ese interés viene referido únicamente al breve período temporal pactado en ese contrato cuya duración se agotó, y no es extensible a los efectos de la nulidad apreciada. Por tanto, hemos de estar -como parámetro aplicable- a lo que resulta del artículo 1108 del CC pues siendo la consecuencia de la ineficacia la restitución de una cantidad de dinero -que constituye una obligación pecuniaria- las reglas indemnizatorias a falta de pacto consisten en el abono del interés legal, que es el determinado para cada período temporal en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello implica que quienes suscribieron el Anexo II recuperen el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento - cláusula T- y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento. Del mismo modo, los adquirentes de las

acciones controvertidas deben recuperar el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra.

»Salvo error u omisión, las cantidades afectadas por la declaración de nulidad conforme al artículo 1303 son las que resultan del siguiente cuadro (en pesetas), a las que se habrá de añadir el importe de los intereses, en los términos precedentemente señalados. La indicada relación se ha extraído de la aportada por la actora a los folios 5699 y siguientes de las actuaciones en donde se indica de forma ordenada para cada uno de los afectados la cantidad que destinó al Anexo II y/o a la compra de acciones: [...].

»2) Esta es la única modificación que debemos hacer en relación con la cuantificación del perjuicio, al venir impuesta por el tenor del artículo 1303 del CC que implica la recíproca restitución de las prestaciones, remitiéndonos en cuanto al perjuicio al listado que se incorpora al Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución apelada, en atención a las siguientes consideraciones:

»a. Incumbe a la parte actora la acreditación del efectivo perjuicio que reclama por imperativo del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con la interpretación jurisprudencial del artículo 1101 del CC, pues ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que el éxito de la acción indemnizatoria exige la prueba cumplida de los daños y perjuicios cuya reparación se pide (por todas, STS de 22 de octubre de 1996, AC 116/ 1997; STS 11 de noviembre de 1007 AC 172/1998; 28 de diciembre de 1999, AC 378/2000 y 30 de abril de 2002 AC 515/2002).

»b. No es suficiente, por tanto, la mera alegación de la parte actora en orden a los criterios seguidos para la cuantificación del perjuicio a petición del Juzgador de instancia -folios 932 y siguientes de las actuaciones-, ni el anexo explicativo de pérdidas individuales aportado a los folios 5690 a 5761 de las actuaciones confeccionado por la actora, ni la relación detallada que - afectado por afectado- realizó en el trámite de conclusiones, cuando con la abundante prueba documental aportada a las actuaciones bien pudo realizarse una prueba pericial que determinase, caso por caso, el perjuicio efectivo sufrido por cada uno de los afectados, atendidas las peticiones efectuadas en demanda y ampliación.

»c. La única prueba pericial practicada al respecto es el informe emitido a instancia de la parte demandada por Don Juan María (Tomo IX, folios 3381 y siguientes del procedimiento, Tomo X folios 3621 a 3954, y Tomo XI folios 3955 y siguientes) en el que, además de emitir informe sobre los Contratos de Depósito de Alta Rentabilidad, con descripción del producto, análisis de los beneficios obtenidos por Rural Caja y pérdidas, contempla en los Anexos 3 y 4 el resultado individualizado para cada uno de los clientes, que no son coincidentes con los de la actora.

»Séptimo. Procede, finalmente, hacer los siguientes pronunciamientos en materia de costas procesales.

»1) Respecto de las causadas en la instancia debe confirmarse el pronunciamiento que resulta de la sentencia recurrida, por cuanto que el contenido de la presente resolución no altera la situación de estimación parcial de la demanda, razón por la que, por aplicación del artículo 394 de la LEC y como declarase el magistrado "a quo", cada una de las partes deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»2) Respecto de las causadas por el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad bancaria Rural Caja, la desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas derivadas del mismo por aplicación del contenido del artículo 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que constituya obstáculo para ello la precisión que se contiene en el Fundamento Jurídico Quinto Primero a), por no constituir más que una mera precisión en la declaración de hechos probados sin trascendencia práctica a los efectos de la presente resolución por cuanto que tal precisión no altera el contenido de la parte dispositiva de la sentencia de instancia respecto del recurso de la demandada.

»3) La parcial estimación del recurso de apelación deducido por la representación de ADICAE implica, también por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado, que cada una de las partes soporte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»Hemos visto los preceptos legales citados, concordantes y demás de general aplicación, y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz n.º 230/2003 (Sección 1.ª) de 10 de noviembre, de Soria n.º 28/2004 de 12 de febrero y de Jaén (Sección 3.ª) de 19 de noviembre de 2004 ».

CUARTO

- En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de la Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja S. Coop. de Crédito se formula en primer lugar un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los siguientes motivos:

Motivo primero. «Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC, por infracción del artículo 217.1 y 6 de la LEC ».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Sobre la base de lo expuesto en el FJ 5.º, primero b), pág. 12, líneas 27 a 39, que se transcribe, la sentencia recurrida concluye que todos los reclamantes (con interés directo en el pleito) no fueron informados adecuadamente de las

características del producto.

La sentencia recurrida aprecia la ausencia de actividad probatoria de la recurrente en estos dos extremos: (i) no se prueba que todos sus clientes recibieran la suficiente información que otros sí recibieron y (ii) no se prueba que los clientes tuvieran capacidad para comprender el riesgo que asumían.

La sentencia atribuye las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de estos extremos a la recurrente pues todo lo argumentado en la propia sentencia sobre el adecuado asesoramiento matizado con la expresión que contiene la propia sentencia de que la carga de la prueba del mismo pesa sobre el profesional financiero así lo evidencia.

La sentencia recurrida con las exigencias de prueba que dirige a la recurrente en los términos expuestos infringe la regla de la carga de la prueba del artículo 217 LEC en particular su apartado 1 en relación con su apartado 6 de acuerdo con la jurisprudencia sobre la carga de la prueba que cita.

No sirve a estos efectos la norma contenida en el artículo 217.4 LEC porque se refiere a supuestos distintos de este proceso.

Parece evidente la dificultad de la recurrente de rebatir el argumento de ADICAE consistente en la falta o ausencia de información suministrada por la demandada a su clientela más allá de la firma de los contratos y la declaración de sus empleados; dificultad derivada de que salvo que la recurrente consiguiera arrancar la confesión de los propios reclamantes contra sus propias tesis (lo que no parece lógico y razonable), no se comprende de qué otra forma se podía acreditar que la recurrente sí informó a su clientela del riesgo que asumían con la suscripción de los productos más que con la declaración de otros contratantes de los mismos productos, quedando fuera de toda lógica que se mienta para causarse a sí mismo un perjuicio.

Sobre la conexión del 217.1 en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria del 217.6 LEC, de la jurisprudencia del TS que cita se infiere que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte.

Y de igual modo, tampoco comparte que la sentencia recurrida atribuya a la recurrente las consecuencias desfavorables de la falta de prueba de la capacidad de sus clientes para comprender el riesgo que asumían o la información que se le suministraba, entre otros motivos, porque en ningún momento sustentó la actora, como fundamento de sus pretensiones la incapacidad de sus clientes en los términos citados, sino la ausencia de conocimiento del riesgo que entrañaba.

La influencia de todo lo anterior en el proceso es sustantiva en la medida que en la ausencia de actividad informativa de la recurrente se sustenta la declaración de falta de transparencia en su modo de actuar por el incumplimiento de la normativa reguladora de los Mercados de Valores y el reproche de que no actuó con la diligencia necesaria.

Si esta prueba material que toma en consideración la sentencia recurrida es importante respecto de la cláusula M, se convierte en esencial en relación con los pronunciamientos de la sentencia que afectan al llamado Anexo II. Efectivamente, mientras que respecto de la cláusula M, existía un diverso material probatorio que permitía formar la convicción de la Audiencia en uno u otro sentido (incluyendo especialmente los informes del Departamento de Atención al Público de la CNMV y del Registrador de Condiciones Generales de la Contratación que se refieren a la cláusula M, y no al Anexo II), sin embargo, en referencia con el Anexo II se convierte en la prueba (en sentido material, decimos) esencial o única que toma la sentencia para llegar a su pronunciamiento.

Motivo segundo. «Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC, por incongruencia extra petita en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del artículo 218.1 de la LEC».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

En la apelación ADICAE modifica las argumentaciones jurídicas como reconoce la sentencia recurrida y altera el objeto de su acción pues ya no serán las cláusulas de comisión o remuneración del Anexo II y su carácter abusivo. Y atendiendo a esa nueva delimitación del objeto y causa de la acción ejercitada con alteración del «petitum», la sentencia recurrida revoca la de instancia por vicio en el consentimiento.

Y aunque la propia sentencia recurrida manifiesta que la normativa no fue inicialmente citada por la demandante pero «fue apuntada», ello no obsta la circunstancia que la sentencia recurrida tome en cuenta hechos distintos de los que conformaron el objeto del proceso que eran, según la propia demanda, las cláusulas de comisión o remuneración insertas en el Anexo II por otra parte inexistentes ambas en dicho Anexo II.

Por tanto, se dan los prepuestos fijados por esa Sala a los efectos de apreciar incongruencia (SSTS 14.03.2005, 27.03.2003 y 15.12.2003).

Motivo tercero. «Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo

469 de la LEC , por infracción del artículo 218.2 de la LEC , al declarar la sentencia recurrida la nulidad de los contratos porque no se facilitó la información pertinente a la clientela, dejando probado sin embargo, entre otros hechos, que los directores de oficina de mi representada acudieron incluso al domicilio de los reclamantes para facilitarles información sobre su inversión y que los documentos contractuales contenían información sobre las acciones y opciones sobre las acciones».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El tribunal de apelación realiza una nueva y errónea valoración de la prueba pues no se ajusta a las normas de la lógica por lo que resulta arbitraria. Afirma, entre otros extremos, que los testigos de la demandada manifestaron que se les explicó convenientemente la operación y que algunos testigos de la demandante también se declaran informados, pero concluye que con carácter general o bien no se informó suficientemente o bien los clientes no eran capaces de comprender la información recibida.

La vulneración estriba en que la conclusión no obedece a una deducción lógica, por el contrario, es propia del método inductivo, se realiza una especie de generalización sin que por medio de la lógica pueda conseguir una demostración del conjunto de conclusiones.

La sentencia parte de una premisa que no ha sido propuesta por ninguna de las partes, cual es la falta de capacidad para contratar de una parte de los contratantes que no tiene la condición de presunción judicial y debe alegarse y probarse. Ello, a su vez, conduce a la implícita suposición de que hubo una información estandarizada u homogénea del producto cuando precisamente reconoce que eran los directores de oficinas personalmente los que a cada cliente explicaban el producto y unos la recibieron más detallada que otros.

No puede aceptarse que parte de los contratantes no fueron suficientemente informados porque eran incapaces de asimilar la información y evaluar el riesgo aunque les fuera explicado lo que nos lleva a una incapacidad para contratar que se presume de una parte de los clientes por ser personas normales. En cuanto al Anexo II, no es un razonamiento lógico decir que hubo una información inadecuada, insuficiente o que incumpliera la normativa, pues expresamente reconoce lo contrario.

Más clara es la pura compraventa de acciones, es un documento de compra de unas acciones, sin más, por lo que es imposible que se vean afectados por una falta de información.

Especialmente, en cuanto a la ineficacia de los contratos concertados como consecuencia de la oferta de estas soluciones posteriores a la constatación de pérdidas (Anexo II, compra de las acciones, depósitos horizonte) no puede sustentarse la falta de información adecuada y suficiente porque ADICAE aporta una prueba documental que confirma que expresamente se informó para que los clientes eligieran libremente (se decía que habían sido informados de las distintas opciones planteadas como alternativa de inversión para poder recuperar las pérdidas producidas).

Motivo cuarto. «Por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando hubiere podido producir indefensión a la parte, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al denegar la práctica de una prueba propuesta en tiempo y forma, admitida por el Juzgado de instancia y no practicada por causas no imputables a mi representada, infringiendo así el artículo 460.2.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como el artículo 179.1 del mismo Cuerpo Legal y el artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

En la audiencia previa celebrada en la primera instancia, la recurrente solicitó como medio de prueba que se aportaran las declaraciones de renta presentadas en los años 2001 y 2002, respectivamente, de todos los reclamantes y el Juzgador admitió esta solicitud y acordó que se requiriera a todos los reclamantes para que las aportasen. Posteriormente, como ADICAE no las aportaba por escrito presentado el 19.01.2005 la recurrente volvió a solicitar al Juzgador que se practicara la prueba y el Juzgador lo acuerda por providencia de 21.01.2005.

Frente a ésta resolución del Juzgado de primera instancia, ADICAE interpuso recurso de reposición que se resolvió por auto de 22.02.2005 , desestimatorio del recurso de reposición. Este auto desestimatorio de la reposición se dicta celebradas ya las sesiones del juicio oral y vistas y concluidas las actuaciones para sentencia, es decir, dentro del plazo para dictar sentencia.

Como ADICAE no aportó la documentación admitida como prueba antes de dictarse sentencia (el día 15.03.2005), en el escrito de interposición del recurso de apelación conforme al artículo 460.2.2.ª LEC la entidad recurrente reproduce la solicitud de práctica de esta prueba en la segunda instancia.

La Audiencia Provincial de Valencia por auto de 05.09.2005 , acuerda no recibir los presentes autos a prueba con inadmisión de los medios propuestos en el escrito de interposición del recurso de apelación.

Frente a este auto la recurrente formuló el pertinente recurso de reposición el 16.09.2005 resolviéndose por auto de 28.09.2005 no haber lugar al recurso formulado confirmando el auto de 05.09.2005 .

En el auto 28.09.2005 por el que se resuelve la reposición se argumentan básicamente dos circunstancias: 1. Que la prueba solicitada relativa a la aportación de determinadas declaraciones de renta con el fin de acreditar el nivel de renta de los reclamantes y otros extremos que se exponen en el escrito de interposición del recurso de apelación es inútil con cita del artículo 283 LEC en relación con el artículo 460.2.2.ª LEC. 2. Que no se interesó la práctica de la misma como diligencia final.

La Audiencia Provincial de Valencia no valoró suficientemente que como resulta del escrito de interposición de recurso de apelación se solicitó para a) acreditar el nivel de rentas de los reclamantes frente a la afirmación de la demanda de que todos tenían un nivel de renta bajo o medio y b) acreditar que se trata de clientes que eran titulares de otros productos de inversión, relacionados con mercados primarios y secundarios de valores, fondos de inversión, planes, seguros y que estaban habituados al manejo de estos productos frente a la afirmación contenida en la demanda.

Lo que no se puede decir que sea ajeno a este proceso ni de interés accidental pues precisamente es el perfil del inversor y su capacidad de comprensión y análisis, su preparación financiera, argumentos reiteradamente tenidos en cuenta por la sentencia recurrida en el desarrollo de sus fundamentos y apreciados como decisivos en sus conclusiones.

Y en relación con el segundo reproche que hace la Audiencia de que no se solicitó la prueba como diligencia final hay que tener en cuenta que solicitada por la recurrente en escrito de 19.01.2005, la práctica de la prueba, acordada de nuevo la misma por providencia 21.01.2005 (que fue recurrida en reposición por ADICAE) y a la vista del auto desestimatorio de la reposición que se dicta dentro del plazo para dictar sentencia, cuyo único sentido no puede ser más que requerir el cumplimiento de lo ordenado la recurrente entendió que no era necesario reiterar una solicitud como diligencia final que se había acordado y confirmado dentro del plazo para dictar sentencia.

Motivo quinto. «Por vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, en especial los derechos a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, y el principio que prohíbe la indefensión, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al desestimarse en segunda instancia la práctica de una prueba propuesta en tiempo y forma, admitida por el Juzgado de Primera Instancia y no practicada por causas no imputables a mi representada».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Lo expuesto en el motivo anterior sustenta igualmente el presente motivo fundado en infracción del artículo 24.2 CE por lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, habiendo sido propuesta y admitida en la primera instancia, no habiéndose practicado por causas no imputables a la recurrente y cuya practica tenia una evidente relevancia en el resultado del proceso, requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional que resume la STS 22.12.2004 .

Termina solicitando lo que se recoge en el siguiente AH.

QUINTO

. - En el escrito de interposición presentado por la representación procesal de la Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja S. Coop. de Crédito se formula a continuación un recurso de casación fundado en los siguientes motivos:

Motivo primero. «Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal de fechas 26 de abril de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1980 y 7 de julio de 1981, en relación con el pronunciamiento de la sentencia recurrida al declarar la nulidad de la compraventa de acciones sustentándola en la infracción de las normas de desarrollo del artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores , por infracción, por indebida aplicación, del artículo 6.3 del Código Civil en la interpretación dada por las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente referidas, en relación con el artículo 1255 del Código Civil ».

Dicho motivo se funda, en resumen en lo siguiente:

En la demanda se solicitaba la nulidad de los contratos al amparo del artículo 6 CC y de los artículos 25 y 26 LCU .

La sentencia recurrida aprecia infracción de las normas que desarrollan el artículo 79 LMV sobre código de conducta de las entidades prestadoras de servicios financieros y concluye en la sanción de nulidad porque fallaron los mecanismos de información a que venía obligada la entidad demandada.

Es notorio que la regulación del artículo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga.

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 CC por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia

la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26.04.1995, 22.07.1997, 13.05.1980 y 7.07.1981 , entre otras).

Si la finalidad de la normativa sobre código de conducta es dar absoluta prioridad al interés del cliente y la conducta de la recurrente por lo manifestado en la propia sentencia recurrida estaba movida por la buena fe en orden a las expectativas de los analistas expertos en estos mercados no se aprecia una contradicción o vulneración tan grosera o radical entre el acto supuestamente contrario a la norma y la finalidad perseguida por ésta como para que merezca la sanción de nulidad declarada en la sentencia recurrida.

Resulta especialmente revelador que a diferencia de lo que ocurre con la propia cláusula M declarada nula, la Asociación de Consumidores demandante no formuló queja o reclamación alguna sobre estas compraventas ante el Organismo Supervisor del Mercado de Valores.

Motivo segundo. «Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por infracción de los artículos 1265 y 1266 Código Civil , sobre error como vicio del consentimiento, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 23 de julio de 2001 y 27 de mayo de 1982 entre otras, en relación con el requisito de su esencialidad (recaiga sobre la sustancia de la cosa) e inexcusabilidad, respecto del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida respecto de la nulidad por vicio del consentimiento del Anexo II, por remisión a los razonamientos dados en el Fundamento Jurídico Quinto, subapartado cuarto y de las compraventas de acciones».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La sentencia recurrida y la de instancia declaran como hechos probados que a los clientes la Caja les ofreció el Anexo II (solo a los suscriptores de la E-20), para comprar las acciones, esperar a que subiera la cotización y venderlas para recuperar la pérdida.

La sentencia de apelación discrepa expresamente de la de instancia en que el contrato fuera libremente consentido.

Asimismo, en relación con el eventual dolo contractual (respecto de la compra de acciones) destaca la sentencia recurrida que hubo distintas ofertas para paliar las pérdidas, entre otras soluciones, se aconsejó la compra (directa o manteniéndolas en cartera de la entidad) de las acciones confiando en la expectativa de su subida con la finalidad de recuperar lo perdido.

La estimación por la sentencia recurrida de la existencia de vicio por error en el consentimiento al aplicar los artículos 1265 y 1266 CC a los referidos hechos probados se opone a la doctrina jurisprudencial.

A diferencia de la jurisprudencia citada, declara probado la sentencia recurrida que hubo una oferta de distintas soluciones o productos a los clientes que aceptan unas u otras llevados por la recomendación de la entidad al esperar lógicamente una pronta recuperación de las acciones (consejo habitual)

Los elementos que deben concurrir para que se dé el error como vicio del consentimiento son: a) que recaiga sobre la esencia de la cosa y b) que sea excusable:

a) Que recaiga sobre la esencia. Lo esencial del Anexo II era la adquisición de las acciones por los clientes pero manteniendo la titularidad de ellas la entidad con objeto de reducir costes a los clientes hasta que alcanzasen una cotización que al venderlas les permitiese recuperar las pérdidas. Y estas condiciones esenciales no eran ignoradas por ningún cliente según se declara probado pues precisamente coincide el contenido del contrato con el conocimiento de él que tenían estos.

En este sentido, cita la SAP Córdoba (Sección 18.ª), de 23-07-1998 .

b) No cabe discutir si el error es excusable o no dado que descartado aquel por inexistente no hay que valorar su evitabilidad o no.

En los mismos términos se manifiesta respecto de la compra de acciones, si bien más claro es aún que la esencia del contrato de compraventa de acciones no es otra que el propio hecho de su adquisición cuya ignorancia no puede alegarse. Que el resultado de la evolución de los valores fuese adverso no afecta a la esencia del contrato que es su adquisición sería confundir la causa del contrato con los elementos esenciales para su validez.

Motivo tercero. «De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del principio fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 17 de octubre de 1987, 15 de diciembre de 1993 y 22 de julio de 1997 y del artículo 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , respecto de la declaración contenida en la sentencia recurrida de nulidad del Anexo II y de la compra de acciones por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 6.3 CC según las SSTS 17-10-1987, 27-02-1974 y 28-07-1986 - se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales solo algún pacto resulte contrario a la

ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula -SSTS de 10-10-1977 y las que en ella se citan y de 04-12-1986 .

Este criterio jurisprudencial se refleja en el artículo 10 LCGC cuando prevé que la declaración de nulidad de las cláusulas de las condiciones generales no determinará la ineficacia total del contrato otorgando preferencia a la conservación del mismo.

No se compadecen estos principios con la automática declaración de ineficacia que hace la sentencia recurrida de los actos o contratos posteriores (Anexo II y compra de acciones), como consecuencia de la nulidad antecedente de determinadas cláusulas contractuales.

Motivo cuarto. «De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del artículo 12.2 LCGC en relación con el pronunciamiento contenido en la sentencia, por remisión a la de instancia, de estimación de acción de cesación aun aceptándose que mi representada dejó de usar dicho clausulado en el año 2000».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El motivo se centra sobre si la acción de cesación del artículo 12.2 LCGC debe estimarse cuando la cláusula cuya cesación se demanda ha dejado de usarse al tiempo de formular la demanda.

Concluye que no existe doctrina jurisprudencial sobre el tema planteado en relación con la acción de cesación regulada en el artículo 12.2 LCGC .

La sentencia recurrida cita la SAP de Madrid, FD 6.º, en su mismo sentido, argumenta que la resolución responde a pedimentos de la actora referidos a hechos anteriores a la presentación a la demanda y 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.

La citada SAP de Sevilla a propósito de la legitimación ex artículo 11.4 LEC , razona como notas características comunes a todas las acciones de cesación (entre las que incluye la del artículo 12.2 LCGC) que se dirijan contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que ya hayan cesado pero con respecto a las cuales existan motivos serios para temer su reiteración de modo inmediato (FD 5.º).

Es decir, conforme a la primera postura la acción del artículo 12.2 LCGC puede ejercitarse haya o no cesado el uso de la condición general. Según la segunda postura, una interpretación conjunta de la normativa sobre acciones de cesación (tras la Ley 39/2002 , de transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998 , en materia de acciones de cesación) supone que la misma se ejercerá contra conductas que no hayan cesado y cuando haya cesado su utilización solo cuando existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

Esta segunda tesis sostenida por la recurrente no es aceptada por la sentencia recurrida.

Termina solicitando de la Sala [...] «que admita el conocimiento de los recursos extraordinarios interpuestos en este escrito y, tras los trámites que legalmente proceden, se digne dictar sentencia en la que:

»a) estimando la concurrencia de las infracciones o vulneraciones alegadas, anulando la sentencia recurrida, dicte nueva sentencia de estimarse las infracciones alegadas primera, segunda y tercera, por fundarse en infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, u, en otro caso, ordene que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrieron en las mismas, respecto de las infracciones cuarta y quinta.

»b) Y solo para el caso de desestimarse íntegramente el recurso extraordinario por infracción procesal, procediendo a examinar los motivos de casación alegados, los estime fundados, casando y anulando la resolución recurrida respecto a los pronunciamientos en los que declara la nulidad del Anexo II al contrato de depósito de alta rentabilidad E-20 y la nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, y estima la acción de cesación por confirmación de la sentencia de instancia.»

SEXTO

. - Por ATS de 8 de septiembre de 2008 se admitieron los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por interés casacional.

SÉPTIMO

. - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (ADICAE) se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Oposición al recurso extraordinario por infracción procesal.

Al motivo primero.

En cuanto al primero de los requisitos exigidos, que la sentencia recurrida aprecie la falta de prueba de alguno de los hechos necesarios para resolver las cuestiones litigiosas, es palmario que no concurre, pues tanto la sentencia recurrida como la sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideran probado que la recurrente no informó adecuadamente de las características del producto objeto de demanda a los perjudicados o que existiendo, la misma no fue la adecuada.

No obstante, considera la recurrente que sobre este hecho (la ausencia de información de las características del producto) existe una insuficiencia formal de prueba. No se comparte esta impugnación pues este hecho ha sido declarado probado por una abundante prueba directa aportada por ADICAE y por la recurrente sin que la sentencia recurrida aprecie la supuesta ausencia de prueba sobre dicho extremo.

La recurrente saca de contexto dos líneas y media de la sentencia recurrida para entender a su propio arbitrio que ésta aprecia una insuficiencia formal de prueba en ese aspecto.

Al motivo segundo.

Denuncia la infracción del artículo 218.1 LEC por haber supuestamente incurrido la sentencia recurrida en una incongruencia extra petita.

Se centra el objeto del presente motivo en el Anexo II a la E-20 de los depósitos de alta rentabilidad por entender que se ha producido una alteración del «petitum» al declarar la sentencia recurrida la nulidad del contenido de dicho Anexo, al existir un vicio de consentimiento.

La parte recurrente alega que la sentencia recurrida incurre en vicio de incongruencia a tenor no de la acción ejercitada sino por alteración del objeto de la acción y la causa por la que se pide la nulidad alterando, a su vez, los hechos objeto de debate.

Tanto en la demanda como en su ampliación se denunció la falta de claridad, transparencia e información de la entidad RuralCaja conforme exige no solo la normativa protectora del consumidor sino también la buena fe contractual y la especial relación de confianza que existe en las relaciones entre banco-cliente como han destacado la doctrina y el Banco de España que han reiterado en numerosas ocasiones el asesoramiento que deben realizar las entidades financieras adecuando lo ofertado al perfil del cliente.

Igualmente se resaltó que esa falta de información y transparencia conlleva en estos casos un plus de diligencia pues RuralCaja, como entidad financiera especializada sujeta, por tanto, a un deber de diligencia, les informó que para recuperar la pérdida suscribieran el Anexo II a pesar de las pérdidas que la evolución de los valores habían producido suponiendo una capacidad de análisis y evaluación de riesgos a sus clientes cuando era necesaria una determinada preparación financiera.

A mayor abundamiento, en la audiencia previa se fijaron los hechos controvertidos, se centró la cuestión objeto de debate en si la entidad había actuado de forma correcta al comercializar los productos y contratos en el sentido de si había informado adecuadamente a sus clientes; si había actuado con la transparencia requerida; si el producto se había comercializado de forma correcta o había dado lugar a confusión así como la influencia que pudo tener esa falta de información y transparencia en la prestación del consentimiento por los clientes afectados.

Fijados los hechos controvertidos y objeto de debate a través de los escritos de demanda y contestación así como en la audiencia previa en el sentido indicado durante las nueve sesiones del juicio oral se invocaron los mismos hechos sin que la entidad recurrente adujera en ningún momento variación de tales hechos.

En atención a lo expuesto, la sentencia recurrida no incurre en el vicio de incongruencia por alteración de los hechos que conformaron el objeto del proceso pues tanto en la demanda como en su ampliación se invoco la falta de transparencia e información que existió; la no-concurrencia de los requisitos de comprensibilidad, claridad y sencillez tanto en la cláusula M como del Anexo II ; y la consecuencia que provocó esa falta de transparencia e información en el consentimiento que prestaron los clientes.

La abusividad de las cláusulas era un motivo más de la solicitud de nulidad pero no el único

No se altera el objeto de la acción pues en todo momento se denunció su nulidad por la falta de transparencia e información con la particularidad de que es la cláusula de comisión o reenumeración la que provoca el perjuicio al cliente.

El artículo 5.4 LCGC y el artículo 10.1.a) LCU fueron invocados en la demanda (fundamento IV B), donde se solicitó la nulidad en virtud del artículo 6 CC , artículos 25 y 26 LCU por estar catalogados los productos de especial protección y por razón del carácter profesional y especializado del prestador del servicio financiero que tiene obligación de evitar la colisión de intereses con sus clientes y de velar por los intereses del inversor con adecuación de los productos a sus necesidades. Además se invocaron igualmente los artículos 8.1 y 2 LCGC así como los artículos 10.1 a) y c), y 10 bis 1 y 2 LCU.

Al motivo tercero.

Denuncia la recurrente infracción del artículo 218.2 LEC pues entiende que la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida, no obedece a una deducción lógica.

La sentencia recurrida valora la totalidad de las pruebas propuestas por ambas partes y realiza una interpretación acorde, fundamentando sus conclusiones con arreglo a dicha valoración sin que se aporte por la recurrente ningún dato objetivo que identifique los razonamientos a los que ha llegado la Audiencia Provincial de Valencia como ilógicos, irracionales o erróneos, intentando sustituir su criterio independiente, por su criterio personal e interesado.

Existe una abundante prueba documental que acredita que a los perjudicados relacionados no se les facilitó la información pertinente y cita algunos ejemplos. Se concluye que no existió una información adecuada por la recurrente sin que las conclusiones plasmadas de la sentencia sean ilógicas, irracionales, o se hayan obtenido infringiendo algún precepto regulador de la prueba.

Al motivo cuarto.

Denuncia la recurrente la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando hubieren podido producir indefensión al amparo del artículo 469.3 LEC , al denegar supuestamente la práctica de una prueba propuesta y admitida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia infringiendo de ese modo el artículo 460.2.2.ª LEC .

Tanto en la audiencia previa como en el escrito de proposición de prueba que se aportó en dicho acto, RuralCaja solicitó que se requiriera por el Juzgado a todos y cada uno de los perjudicados relacionados para que aportaran la declaración de la renta. Por tanto, ni se solicitó ni se admitió que fuera ADICAE la encargada de presentar dichas declaraciones como intenta hacer ver la recurrente sino que dicho requerimiento debía efectuarlo el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia. Por otro lado, como se visiona en el CD de la audiencia previa y a preguntas del Juzgador «a quo», la recurrente manifestó que la finalidad de dicha prueba es únicamente comprobar si se habían deducido la pérdida en la declaración de la renta y sobre dicha base se admitió dicha prueba. Por tanto, la misma no tenía como finalidad intentar acreditar si los perjudicados contrataban o no productos de alto riesgo o si eran expertos financieros como intenta hacer ver la recurrente.

Realizadas estas dos precisiones, la entidad RuralCaja por escrito de 19 de enero de 2005 solicitó la suspensión del acto del juicio pues en las actuaciones no se encontraban las citadas declaraciones de la renta.

El Juzgado resuelve dicha cuestión por providencia de 21 de enero de 2005 , notificada a las partes el 24 de enero de 2005, fecha en la que comenzaron las sesiones del juicio oral y que se prolongaron durante 9 días. Sin embargo, la providencia de 21 de enero de 2005 no resuelve lo que manifiesta la recurrente - acordar la práctica de la prueba - sino que en atención con lo dispuesto en el artículo 435 LEC acordó que dichas declaraciones podían solicitarse por diligencia final si realmente le interesaba la práctica de dicha prueba y que, por tanto, no procedía la suspensión de la vista.

A mayor abundamiento y como la citada providencia fue notificada el mismo día que dieron comienzo las sesiones del juicio oral con carácter previo a su inicio se trató dicho extremo como se observa en el CD correspondiente a la primera sesión. En ese momento el Juzgador «a quo» indicó que si la recurrente continuaba interesada en la práctica de dicha prueba, podía solicitarla como diligencia final como había resuelto en la citada providencia de 21 de enero de 2005.

Intenta hacer ver la recurrente que no lo solicitó como diligencia final pues la providencia fue recurrida por ADICAE. No obstante, en el recurso de reposición únicamente se impugnaba el hecho de que el requerimiento para que se aportaran las declaraciones de la renta caso de acordarse como diligencia final fuese a través del procurador, pues en la audiencia previa se acordó que se haría a través del Juzgado por petición exclusiva de la entidad RuralCaja.

La recurrente no solicitó la práctica de dicha prueba como diligencia final con lo que su solicitud posterior de la práctica de dicha prueba es extemporánea.

No obstante, aunque dicha prueba hubiera sido solicitada como diligencia final ello no implica necesariamente su práctica pues el Juzgador puede decidir si dicha prueba es o no necesaria atendiendo a si ésta va a revertir algún dato nuevo y relevante en el curso del proceso con independencia de que hubiera sido admitida en un primer momento.

Por ello, el auto de 28 de septiembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Valencia como consecuencia de la solicitud por la recurrente de la practica de dicha prueba en base al artículo 460.2.2.ª LEC acordó la inadmisión de dichos medios de prueba en base a dos motivos: 1. Que la prueba solicitada relativa a la aportación de determinadas declaraciones de renta con el fin de acreditar el nivel de renta de los reclamantes y otros extremos que se exponen en el escrito de interposición del recurso de apelación es inútil. 2. Por que no intereso la practica de la prueba como diligencia final.

En cuanto a que la prueba interesada es inútil conforme al artículo 283.2 LEC muestra su conformidad con dicho auto, pues la práctica de dicha prueba no puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Conforme al artículo 460.2.2.ª LEC, las partes pueden proponer en la segunda instancia las pruebas propuestas y admitidas que por cualquier causa no hubieren podido practicarse. Sin embargo, el órgano de apelación deberá acordar o

no su práctica atendiendo a si concurren los presupuestos de admisibilidad del artículo 460 LEC y si concurren o no los requisitos relativos a la legalidad, licitud, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas.

Manifiesta la recurrente que solicitó la prueba para acreditar que los niveles de rentas de los reclamantes eran altos y no bajos o medios, cuestión totalmente irrelevante para el objeto del procedimiento.

No obstante, si fuera cierto lo indicado por la recurrente hubiera sido muy fácil acreditar dicho extremo, pues solo tendría que haber aportado al procedimiento las operaciones e inversiones que supuestamente estaban suscribiendo los reclamantes.

Resulta asombroso que a lo largo de todo el procedimiento la entidad RuralCaja afirmara que dichos clientes habían suscrito con ellos otros productos de inversión de alto riesgo que implicaban un gran conocimiento financiero y ninguna prueba ha presentado al respecto cuando podían haber presentado los supuestos contratos de dichos productos.

En atención a lo expuesto y sin perjuicio de entender que la práctica de la prueba que solicita es totalmente extemporánea de lo que no hay duda es de que no se ha causado indefensión pues de la sobrada prueba documental, testifical y pericial ha quedado acreditado que no existió la información debida y exigible; que el producto se presentó de forma incorrecta al denominarse imposición a plazo fijo; que con independencia del perfil del cliente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores calificó de mala práctica bancaria la seguida por RuralCaja; que el producto requería conocimientos financieros; que la entidad RuralCaja no tuvo en cuenta el perfil del inversor que era conservador, etc...

Se produce indefensión cuando la vulneración afecte a la privación del derecho de defensa causando un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella, estos es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades de defensa y contradicción como ha señalado la jurisprudencia y la doctrina constitucional, circunstancia que no concurre en el presente caso en atención a todo lo expuesto.

Al motivo quinto.

Denuncia la recurrente la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24.2 CE , concretamente, el derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa por lo que se le ha causado indefensión.

Por economía procesal se remite al motivo cuarto del presente escrito pues no se ha causado vulneración alguna por los motivos expuestos.

Al recurso de casación.

Al motivo primero.

De una lectura integral del FJ 6.º, primero, cabe concluir que la sentencia no declara la nulidad por infracción de las normas de desarrollo del artículo 79 LMV vigente en ese momento sino que la nulidad se declara por el error del consentimiento prestado por los perjudicados derivado de la omisión del deber de información que incumbía a la entidad RuralCaja respecto de sus clientes.

Manifiesta la recurrente que ADICAE solicitó la nulidad de los contratos de compraventa de acciones al amparo del artículo 6 CC y artículos 25 y 26 LCU .

No obstante, de la demanda y de su ampliación como se recoge en la sentencia recurrida, la solicitud de nulidad se concretó en las compraventas directas de acciones que siguieron, en algunos casos, a las liquidaciones de los contratos de depósito de alta rentabilidad por consentimiento inducido a la contratación estando las operaciones edificadas sobre valores con alto nivel de riesgo. En la contravención por la recurrente de la normativa sobre transparencia determinante de nulidad en virtud del contenido de los artículos 6 CC, 25 y 26 LCU por estar catalogados los productos como de especial protección y por razón del carácter profesional y especializado del prestador del servicio financiero que tiene obligación de evitar la colisión de intereses con sus clientes y de velar por los intereses del inversor con adecuación de los productos a sus necesidades.

Así mismo, en el fundamento jurídico XI de la ampliación de la demanda por lo que respecta a los depósitos Horizonte y las compraventas de valores se ejercitan por los asociados de ADICAE las acciones de nulidad y anulabilidad contractual previstas en los artículos.1261.1. y 3, 1301 y 1265 CC.

Además, la sentencia recurrida no vulnera el contenido de las sentencias invocadas por la recurrente pues la LMV no es una norma de carácter administrativo sino de carácter imperativo siendo su artículo 79 manifestación del principio constitucional de protección al consumidor.

El deber de información contractual invocado viene recogido en el CC al hacer referencia a la buena fe contractual (artículos 7 y 1258 CC). Sin embargo, adquiere su máxima importancia con la promulgación de la CE al proclamar en su artículo 51 el principio de defensa del consumidor. Precepto desarrollado por la LCU en sus artículos 2.1.d) y 13 .

Conforme al principio de buena fe que se consagra en los artículos 7.1 y 1258 CC , la relación de clientela será la determinante a la hora de delimitar las obligaciones de información a que deberá sujetarse la entidad de crédito, teniendo

en cuenta diversos aspectos como la intensidad de las relaciones mantenidas entre la entidad y el cliente, su duración o las especiales características de la operación (coste, riesgo, etc.).

Así en el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988, reformada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, se establece que las empresas de servicio de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

Al segundo motivo.

Denuncia la recurrente infracción de los artículos 1265 y 1266 CC sobre error como vicio del consentimiento y de la jurisprudencia, sentencias de 23 de julio de 2001 y 27 de mayo de 1982, en relación con el requisito de esencialidad e inexcusabilidad respecto del pronunciamiento de la sentencia recurrida en relación con la declaración de nulidad por vicio del consentimiento del Anexo II, por remisión a los razonamientos del FJ 5.º, subapartado cuarto y de las compraventas de acciones.

Toda sentencia hay que entenderla en su conjunto e integridad y no como hace la recurrente que extrae únicamente determinadas frases o expresiones de las que realiza una interpretación completamente interesada.

En el FJ 6.º, primero de la sentencia recurrida ni se declara probado que hubo distintas ofertas para paliar las pérdidas ni que los contratantes confiando en la expectativa de su subida, suscribieran el Anexo II o la compraventa de acciones, sino que más bien que la suscripción de los mismos se debió a que la información que facilitó la recurrente a los clientes fue que suscribieran el Anexo II o la compraventa de acciones pues su finalidad era la recuperación del dinero.

Así mismo, en las Págs. 32 y 33 de la sentencia recurrida, FJ 6.º, subapartado primero, se concluye y se declara probado que no se ofertaron diferentes soluciones al cliente afectado pues debido al contrato de Opción Put Europea suscrito entre la recurrente y Banco Cooperativo Español, éste ejerció su derecho de venta y RuralCaja se vio obligada a comprar dichas acciones que son las que posteriormente coloco a los clientes.

Confunde la recurrente el funcionamiento del Anexo II. Es palmario que el error afectó a la esencia de la cosa que era el capital invertido con independencia de que los motivos fueran su recuperación. Dicha circunstancia que no hace más que agravar la situación, sobre todo teniendo en cuenta la especial relación de confianza existente en todos los casos y que la suscripción de dicho productos se realizó con la promesa de que verían recuperado el importe perdido.

En cuanto al segundo de los requisitos del error es que sea inexcusable lo que concurre en el presente caso pues de la amplia prueba documental y testifical practicada no puede sino concluirse que los clientes operaron con la diligencia que es normal en estos casos confiando en la buena fe del director y sus consejos que no fueron esclarecedores.

Al motivo tercero.

Impugna la recurrente la infracción del principio jurisprudencial, (SSTS de 17 de octubre de 1987, 15 de diciembre de 1993 y 22 de julio de 1997) y del artículo 10 LCGC, respecto de la declaración contenida en la sentencia recurrida de nulidad del Anexo II y de la compra de acciones por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual que guardan cierta relación con el inválido.

No puede prosperar el motivo, las sentencias citadas no se refieren a cuestiones análogas y, por tanto, no presentan un interés casacional por lo que la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia.

De una lectura íntegra del FJ 6.º de la sentencia recurrida, se observa que la misma no declara la nulidad del Anexo II por la propagación de la ineficacia contractual de la cláusula M de los contratos de depósito de alta rentabilidad que fue declarada nula, sino que es un motivo más a tener en cuenta para determinar su nulidad.

La ausencia de transparencia e información provocó el error de consentimiento para la suscripción del Anexo II y es lo que determina su nulidad sin perjuicio de que se haya tenido en cuenta la vinculación del Anexo II con el depósito de alta rentabilidad E-20, en cuanto el uno trae causa del otro.

Las sentencias citadas por la recurrente consagran que la prudencia se debe extremar para declarar la nulidad radical en virtud del artículo 6.3 CC no procediendo la misma cuando la levedad del caso así lo aconsejen.

Dichas circunstancias no concurren en el presente caso pues la nulidad se declara por la contravención de normas imperativas que han incidido en la formación de la voluntad del contratante provocando un error en su consentimiento.

Además, la sentencia invocada por la resolución recurrida manifiesta que para que exista esta propagación no solo es necesario que un contrato sea causa del anterior, como aquí ocurre, sino también cuando exista precepto por el que pueda declararse su nulidad. Circunstancia que también concurre por contravención de las normas imperativas señaladas.

Por el contrario las sentencias citadas por la recurrente no versan sobre la propagación de la ineficacia contractual a otros contratos sino únicamente que se debe actuar con prudencia en la declaración de nulidad radical.

Al motivo cuarto.

La estimación de la acción de cesación es la única cuestión planteada por la recurrente, si cesada la conducta cuestionada puede prosperar o no la referida acción.

La acción de cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas se regula en el artículo 10.ter LCU y en su disposición adicional tercera introducida por el artículo 3.3 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Por el contrario, la acción de cesación contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC o en otras leyes imperativas o prohibitivas viene regulada en el artículo 12 de la misma y contiene requisitos diferentes al ejercicio de la acción de cesación sobre cláusulas abusivas.

En definitiva, el legislador ha querido que se parta de estas dos categorías de cláusulas como dos supuestos diferenciados las cláusulas abusivas y las condiciones generales y, en consecuencia, al presente caso debe aplicarse el artículo 12.2 LCGC donde no se anuda a la necesidad de acreditar la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato cuando la conducta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción pues dicho precepto se refiere en todos los casos a situaciones de futuro - abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo- de forma que si no se realiza un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso o no se manifiesta un compromiso expreso de no uso sigue existiendo la posibilidad de que dichas cláusulas que ostentan la categoría de condición general vuelvan a utilizarse en lo sucesivo.

Según la recurrente la interpretación correcta del artículo 12.2 LCGC estriba en que cuando la acción de cesación se ejercite contra conductas que hayan cesado, es necesario acreditar la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. Sin embargo, es precisamente en el resto de preceptos (artículo 10.ter y disposición adicional tercera LCU no aplicables al caso por referirse a cláusulas abusivas) y no en el artículo 12.2 LCGC, donde se requiere la necesidad de acreditar la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato cuando la conducta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción.

No obstante, no aporta la recurrente ninguna consideración jurídica que avale su tesis máxime cuando dicho precepto es claro y contundente y se dirige no solo a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar las condiciones que se reputen nulas sino también a obtener un compromiso y seguridad de que dichas cláusulas no volverán a incorporarse a otros productos que puedan surgir al mercado.

En apoyo de su tesis invoca la recurrente la SAP de Sevilla de 22 de enero de 2004 que no es aplicable al caso por dos cuestiones fundamentales: 1. La desestimación de la acción de cesación viene motivada por cuestiones totalmente diferentes a las aquí planteadas. 2. La acción de cesación ejercitada es la del artículo 10.ter LCU y no la del artículo 12.2 LCGC como ocurre en el presente caso.

Por el contrario, la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005 sí es aplicable al presente caso pues la acción de cesación que se ejercita es la del artículo 12.2 LCGC al solicitar la nulidad de 17 cláusulas que fueron calificadas como condición general.

En este sentido tampoco podemos olvidar que el artículo 10.3 LCU establece que si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales conforme a la LCGC quedaran también sometidas a las prescripciones de ésta.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado escrito junto con sus copias se sirva admitirlo, y tenga por presentado el presente escrito de oposición al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso extraordinario de casación formulado por la contraparte, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Número 485/05 de fecha 14 de noviembre de 2005, y tras los trámites legales pertinentes se desestimen en su integridad los recursos formulados por la contraparte con estimación de los motivos de oposición formulados por esta parte, y en consecuencia confirme la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en su integridad, con expresa condena en costas a la recurrente por su mala fe y temeridad».

OCTAVO

. - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 2 de diciembre de 2009, en que tuvo lugar.

NOVENO

. - En los fundamentos de esta resolución se ha utilizado las siguientes siglas:

ADICAE, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España.

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

DF, disposición final.

LCGC, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación .

LCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LMV, Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.-

Resumen de antecedentes.

1. La Caja Rural de Valencia a partir del mes de marzo de 1999 comercializó 24 ediciones sucesivas de las llamadas inversiones a plazo atípicas entre sus clientes. En las diecinueve primeras no se plantearon problemas, pero en la 20 a la 24 (E-20 a E-24) ambas inclusive, comercializadas el año 2000, los clientes tuvieron pérdidas que afectaron al capital invertido.

2. Este producto se articuló mediante un documento que tiene un clausulado preestablecido por la Caja, que consta de dos hojas. Una primera escrita en letra verde, salvo la que figura en los espacios rellenos a máquina y las condiciones particulares, que también están escritas a máquina, con el anagrama y el nombre de Caja Rural Valencia, en el que consta en su parte superior la denominación de Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad (E-20 o 21 etc.). Después la fecha, la oficina, la fecha de apertura y el código cuenta cliente, e inmediatamente debajo de esto la firma del cliente con el conforme y la de los representantes de la Caja. Después ya viene el nombre del cliente y las condiciones particulares en las que consta el nominal invertido, la fecha de apertura y la fecha de vencimiento (que en este caso era a poco más de tres meses), el periodo de liquidación y la remuneración, que tenía el tramo corto de 1,5 % fijo, y luego el 5% para el periodo de los tres meses. Y pone en letra mayúscula igual a lo demás «capital no garantizado según condiciones anexo». A continuación vienen las condiciones generales en una letra tan pequeña que se lee con dificultad y se refieren también a otros productos muy distintos a éste. En otra hoja blanca con la letra impresa en negro, sin el anagrama de la Caja en la parte superior, sólo se lee un título en mayúsculas que dice «Condiciones Particulares Adicionales del Contrato de Imposición a Plazo Fijo "Depósito Alta Rentabilidad E-24" [u otra]», y contiene, entre otras, dos cláusulas (cláusulas L y M) que dicen como sigue (con la salvedad de que puede variar el nombre de las acciones de una a otra emisión):

«L) El interés que devengará la cantidad por la que se constituye esta imposición, el cual será liquidado en todo caso, con independencia de la comisión que se establece en la condición siguiente:

»a) Hasta el (fecha según contrato), el 1,5% nominal anual.

»b) Desde el (fecha según contrato) y hasta el vencimiento el 5% nominal anual.

»M) Además, el depósito devenga una eventual retribución o comisión a favor de la Caja depositaria, a aplicar sobre el capital depositado y liquidar con valor de la fecha de vencimiento, cuya exigibilidad y cuantía vendrá condicionada por la posible caída de cotización de las acciones (y en los mercados bursátiles respectivamente) de (entidad emisora según contrato), en lo sucesivo "la acción" como se expresa a continuación.

»a) Si la diferencia entre el "precio de cierre" de cada acción de los emisores mencionados a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el respectivo "precio de cierre" de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es igual o inferior al 20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo (la cotización ha subido o ha caído menos de un 20% en el periodo analizado, de fecha a fecha), no se aplicará comisión alguna. Ej. Si el precio de cierre de la acción al (fecha según contrato) es de 25,00 € y el valor al cierre al (fecha según contrato) es igual o superior a 20,00 €, no se aplicará comisión alguna.

»b) Si la diferencia entre el "precio de cierre" de la acción a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el "valor de cierre" de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es superior al

20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo (la cotización ha bajado más de un 20% en el periodo analizado, de fecha a fecha), se aplicará una comisión sobre el principal cuyo importe será igual al exceso sobre dicho 20%, expresándose la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza. Ej. Si el precio de cierre de la acción al (fecha según contrato) es de 25€ y el valor de cierre al (fecha según contrato) es inferior a 20€, se devengará la comisión. Siguiendo con el ejemplo, si la cotización al cierre de (fecha según contrato) fuera de 19,15 € (depreciación del 23,4%), entonces la comisión sería del 3,4%.

»c) Para la determinación de la posible comisión a aplicar se calculará la depreciación de cada una de las acciones en el periodo analizado y únicamente se tomarán en cuenta aquellos valores que se hayan depreciado más del 20% ponderando la comisión resultante en un cuarto por cada uno de los valores señalados. (Ej. Si en el periodo analizado la acción de (entidad emisora, en este ejemplo Sonera) se deprecia un 13,28%, la de (entidad emisora, en este ejemplo Cap Gemini) un 5,9 %, la de (entidad emisora, en este ejemplo SAP) un 2,9 % y la de (entidad emisora, en este ejemplo Equant) se deprecia en un 21,57 %, la comisión a aplicar atendería únicamente a la depreciación de (entidad emisora, en este ejemplo Equant) y su cuantía será el 25% de 1,57; un 0,393%.

»Al objeto de que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo que asume, se hace constar que los valores expresados en euros más altos (M) y más bajos (m) de cotización de las acciones tomadas como referencia y su fecha han sido los siguientes en los últimos meses: Sonera 95,49 € (M) 6/3/00 y 12,80 €(m) 20/3/99; Cap Gemini 360 € (M) 10/3/00 y 126 € (m) 20/4/99; SAP 859 € (M) 7/3/00 205,25 € (m) 20/4/99 y Equant 128,9 € (M) 10/2/00 y 38,5 € (m) 24/5/99».

Al final de la hoja firma a la izquierda el cliente y a la derecha, los representantes de la Caja.

3. Este producto se ofreció y contrató de modo indiscriminado en las distintas oficinas que la Caja tiene en la provincia de Valencia o se encargó el director de las oficinas de la contratación. En la mayoría de los casos no se explicó a los clientes la particularidad de este producto, en cuanto no era una imposición a plazo típica, pues se podía perder parte o todo el capital. Los clientes eran jubilados, agricultores etc., con una mentalidad muy conservadora, poco amigos de asumir riesgos, y siempre venían contratando imposiciones a plazo fijo típicas. Muchos clientes, por no decir casi todos, no leían el contenido del contrato y se fiaban de lo que les decía el director, limitándose a firmar, creyéndose que se trataba de una renovación más de un plazo fijo que ya tenían, ajenos totalmente al riesgo de pérdida que existía, puesto que no se les había advertido. El texto era difícil de entender para personas que no tuvieran una mínima preparación financiera.

4. Cuando pasaron los tres meses en cada contrato se hizo la liquidación del mismo y se pagaron los intereses convenidos, pero como la caída en la cotización de las acciones a que estaba ligado el depósito fue más elevada de lo esperado, afectó a la devolución del capital, con el consiguiente porcentaje de pérdida según las ediciones: E-20, 6,78 %; E-21, 12,58 %; E-22, 7,12 %; E-23, 14,77 %; E-24, 3,63 %.

5. Cuando los clientes recibieron en su casa el documento donde constaba el cargo correspondiente a la pérdida se sorprendieron, ya que no lo esperaban, al creer que era un plazo fijo, como siempre, y en ningún caso el capital podría verse afectado, y fueron a protestar a las distintas oficinas con un gran disgusto, que a algunos les produjo hasta depresión, pues eran los ahorros de su vida, obtenidos con tanto trabajo. Ante la presión de muchos clientes, que se sentían engañados (no quiere decir esto que otros no fueran debidamente informados y decidieran libremente o ellos se informaran y tomaran la decisión que creyeron oportuna en su momento), la Caja les ofreció el llamado «Anexo II» (sólo a los suscriptores de la E-20), para comprar las acciones, esperar a que subiera la cotización y venderlas para recuperar la pérdida, quedando las acciones a nombre de la Caja en depósito de la misma. También arbitró la Caja otros productos para tratar de paliar la pérdida de estos clientes que estaban tan dolidos, como por ejemplo los llamados «Depósitos Horizonte», que también algunos clientes suscribieron libremente. La evolución de la cotización de las acciones a que estaban ligados los depósitos ha sido negativa.

6. Según los expertos este producto denominado «imposición a plazo atípica» debe dirigirse a aquellos clientes que tengan una mínima preparación financiera.

7. La Caja Rural desde el año 2000, y dada la conflictividad que ha generado este producto no ha vuelto a comercializarlo.

8. ADICAE presentó demanda dirigida contra Caja Rural de Valencia.

9. El Juzgado declaró la nulidad de la cláusula M, así como la presentación del contrato tal como se realiza por falta de claridad e ilegalidad, al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, produciendo error por falta de información suficiente y adecuada; ordenó el cese en esta actividad, y no incidir en lo sucesivo en la misma. Consideró, sin embargo, que no procedía la declaración de nulidad de los contratos celebrados subsiguientemente para paliar las consecuencias, al haber sido estos contratos subsiguientes libremente aceptados por los clientes dentro del ámbito de su autonomía de voluntad y, en consecuencia, desestimó la petición de nulidad respecto a los contratos de compra de acciones, depósitos horizonte y otros, si bien los tuvo en cuenta por estar relacionados, y condenó a la Caja Rural a devolver las cantidades según listado de pérdidas aportado por la entidad demandada Caja Rural que ascienden a 224 183,91 €, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, sin hacer pronunciamiento sobre costas

10. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación promovido por Caja Rural y estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de ADICAE. Confirmó el pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, y añadió los siguientes pronunciamientos: (

a

) declaración de nulidad del contenido del Anexo II al Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20 y en su consecuencia condena a la entidad demandada a restituir a cada uno de los afectados por la suscripción del referido Anexo el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento -cláusula T- y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento; (

b

) declaración de nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, condenando a la entidad demandada a restituir a los adquirentes el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra.

Se fundó, en síntesis, en que: (a) la normativa sobre información y transparencia en las inversiones, aun cuando no fue citada inicialmente, sin embargo fue apuntada por la actora en la demanda al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad; (

b

) no hay incongruencia en relación con la acción ejercitada, pues, en contra de lo que afirma Caja Rural, la cláusula controvertida es una condición general de la contratación y la norma aplicable no es el artículo 10 ter [LCU \(RCL 1984, 1906\)](#) , pues la sentencia ha estimado la nulidad de la cláusula por faltar a los parámetros de claridad y sencillez que en aplicación del artículo 8.1 [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) por referencia al artículo 10.1.a LCU , cosa que determina la aplicación de la acción de cesación del artículo 12.2 LCGC , la cual no exige que haya indicios suficientes que hagan temer la reiteración de modo inmediato de la conducta cuya cesación se ordena; (

c

) la cláusula M vulnera por falta de claridad y sencillez el artículo 5.4 LCGC y artículo 10.1.a LCU ; la información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatarse que se haya producido en todos los casos, ni la forma en que la misma operó; se sitúa en el anexo, que está en letra pequeña, su extensión es considerable, utiliza un lenguaje financiero específico, es de comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos financieros que se utilizan; utiliza indebidamente la palabra comisión para referirse a la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas en la compraventa de valores; dice que el importe de la imposición será abonado, cuando el capital no se garantiza; la presentación del anexo invita a su firma sin lectura; únicamente se resaltan en mayúsculas el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión depósitos de alta rentabilidad y a nombre de la Caja Rural; (

d

) no puede aceptarse que el error en el consentimiento sea imputable a los clientes de Caja Rural, pues teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, éstos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca, que, actuando de buena fe, no valoraron adecuadamente el riesgo que hacían asumir a sus clientes; (

e

) en cuanto a la nulidad del Anexo II solicitada por ADICAE existe vicio en el consentimiento, en contra de lo que dice la sentencia de instancia, pues (i) el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural - conforme a la cláusula M y, en consecuencia, siendo las condiciones del Anexo II de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo, y siendo el anexo posterior consecuencia del primero, se cumplen en el supuesto examinado los presupuestos de propagación de los efectos de la nulidad al acto posterior; (ii) las razones que determinan la nulidad de la condición M son igualmente extrapolables al contenido de las condiciones que integran el Anexo II (condiciones generales de la contratación predispuestas en documento impreso por la demandada a doble columna, con tamaño de letra reducido, utilización de lenguaje financiero específico...); dado el perfil de los clientes afectados resulta dudosa la afirmación de que la iniciativa contractual del Anexo II procede de los consumidores perjudicados y de su evaluación de la "evolución al alza" y de que solicitaran de la Caja que ejercitase la opción que servía de cobertura al depósito atípico, cuando la opción fue ejecutada por Banco Cooperativo Español y Caja Rural soportó el pago a que se había comprometido; (iii) en suma, la entidad demandada omitió la diligencia que le era exigible por vulneración de los deberes de información y de transparencia que le incumbían; (

f

) en la compra de acciones que siguió a los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad (i) no hubo dolo por parte de Caja Rural; (ii) pero no consta la transparencia deseable en la operación en la medida en que las acciones eran las vinculadas a la relación contractual entre Caja Rural y Banco Cooperativo Español; (iii) no consta que se diese prioridad a los intereses de los perjudicados en relación a los propios intereses de la entidad demandada, que también había sufrido pérdidas; (iv) no hubo prudencia, pues no se pensó en diversificar el riesgo; (v) no tenían información sobre el perfil de los inversores y no consta acreditado que se les mantuviera adecuadamente informados sobre la evolución de los valores, que fue negativa.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO

-

Enunciación del motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#), por infracción del artículo 217.1 y 6 de la LEC ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida, partiendo de que no se ha probado que todos los clientes recibieran la información suficiente, que otros sí recibieron, atribuye las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a la recurrente, lo que tiene especial importancia en relación con el Anexo II, pues en este caso se trata de la prueba esencial o única.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO

.-

La carga de la prueba.

La jurisprudencia suele destacar que las normas sobre reparto del onus probandi

[carga de la prueba] no pueden considerarse infringidas en aquellos casos en los cuales el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba; sino solamente en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía proporcionar dicha prueba ([SSTS, entre otras, de 15 de diciembre de 1998 \(RJ 1998, 10149 \)](#), [10 de noviembre de 2005 \(RJ 2005, 7725 \)](#), [24 de noviembre de 2006 \(RJ 2007, 262 \)](#), [5 de diciembre de 2006 \(RJ 2007, 269 \)](#) y [31 de enero de 2007 \(RJ 2007, 1706 \)](#)).

En el caso examinado es cierto que la Sala de apelación, al establecer que muchos clientes a los que se ofreció el llamado Anexo II se habían sentido engañados, admite que otros pudieran haber sido debidamente informados y decidieran libremente o ellos se informaran y tomaran la decisión que creyeron oportuna en su momento.

Sin embargo, en contra de lo que da por supuesto la parte recurrente, la conclusión probatoria sobre la nulidad del Anexo II, a la que principalmente se refiere el motivo (según manifiesta), no se funda sólo en la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil, sino también en otros argumentos, que en conjunto conducen razonablemente a la Sala de apelación a la conclusión de que existió vicio del consentimiento respecto al Anexo II: a saber, que el Anexo II era consecuencia del primero y se extendían a aquél los efectos de la nulidad de éste; que las razones que determinan por falta de transparencia en el documento la nulidad de la condición M son extrapolables al contenido de las condiciones que integran el Anexo II; y que resulta dudosa la afirmación de que la iniciativa contractual del Anexo II procede de los consumidores perjudicados y de su evaluación de la «evolución al alza» y de que solicitaran de la Caja que ejercitase la opción que servía de cobertura al depósito atípico, cuando la opción fue ejecutada por el Banco Cooperativo Español y Caja Rural soportó el pago a que se había comprometido.

CUARTO

.-

Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#), por incongruencia extra petita [fuera de lo pedido] en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del artículo 218.1 de la LEC ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que en la apelación ADICAE modifica las argumentaciones jurídicas, como reconoce la sentencia recurrida, y altera el objeto de su acción, pues ya no consistirá en el carácter abusivo de las cláusulas de comisión o remuneración del Anexo II; y la sentencia recurrida toma en cuenta hechos distintos de los que conformaron el objeto del proceso, reconociendo que la normativa que aplica no fue inicialmente citada por la demandante, pero «fue apuntada».

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO

. -

El principio de congruencia.

Como declaran las [SSTS de 21 de julio de 2000 \(RJ 2000, 6191\)](#) , [17 de diciembre de 2003 \(RJ 2004, 195\)](#) , [6 de mayo de 2004 \(RJ 2004, 2696\)](#) , 31 de marzo de 2005, 17 de enero de 2006, [5 de abril de 2006 \(RJ 2006, 5315\)](#) , 23 de mayo de 2006 y 18 de junio de 2006 , entre otras muchas, la incongruencia, como vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; cuando se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio; o, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la causa petendi

[causa de pedir] como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.

Esta última infracción es la que en este motivo se imputa a la sentencia recurrida.

Sin embargo, como declara la [STS de 8 de marzo de 2006 \(RJ 2006, 1074\)](#) , no es exigible el rigor formal de una correspondencia exacta con las peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino que la sentencia, adecuadamente coherente con la exposición fáctica y la fundamentación jurídica, ponga de relieve que se resuelve sobre lo que en definitiva se reclama, al margen de consideraciones abstractas sobre la naturaleza o la estructura de la pretensión deducida.

En el caso examinado la demanda pretendió la declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales contenidas en los documentos ofrecidos a los clientes del establecimiento financiero fundándose en su carácter abusivo. Este carácter abusivo se apoyaba no solamente en su contenido, sino también en las condiciones en que se habían celebrado los contratos y en su falta de transparencia. La sentencia de apelación, al abordar estas últimas cuestiones, afirma que la normativa sobre información y transparencia en las inversiones, aun cuando no fue citada inicialmente, sin embargo fue apuntada por la actora en la demanda al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad.

En suma, la demanda versó desde el primer momento en torno a la validez de las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretendía por imponer condiciones abusivas sin la debida transparencia y no puede decirse que los elementos fácticos que sustancialmente integran la pretensión hayan sido alterados por haber hecho más hincapié en la apelación en uno o en otro de los aspectos de la fundamentación jurídica mediante la que trataba de obtenerse la declaración de nulidad. No se aprecia, en consecuencia, la incongruencia denunciada, por no haberse variado la

causa petendi

, y haberse desenvuelto la argumentación de la Audiencia (al igual que la del Juzgado, aunque llegara parcialmente a una conclusión distinta), dentro del margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio

iura novit curia

[el tribunal conoce el Derecho] para la calificación de los hechos y la selección de la norma aplicable, que permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados siempre que no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión ([SSTS de 24 de julio de 2006 \(RJ 2006, 5137\)](#) , [6 de abril de 2005 \(RJ 2005, 2704\)](#) , [16 de marzo de 2007 \(RJ 2007, 2562\)](#) , RC n.º 717/2000, 18 de junio de 2007, RC n.º 4408/2000, 8 de noviembre de 2007, RC n.º 4341/2000, [5 de diciembre de 2007 \(RJ 2007, 8904\)](#) , RC n.º 2748/2000, [22 de enero de 2008 \(RJ 2008, 215\)](#) , RC n.º 5501/2000).

SEXTO

. -

Enunciación del motivo tercero

.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC , por infracción del artículo 218.2 LEC , al declarar la sentencia recurrida la nulidad de los contratos porque no se facilitó la información pertinente a la clientela, dejando probado sin embargo, entre otros hechos, que los directores de oficina de mi representada acudieron incluso al domicilio de los reclamantes para facilitarles información sobre su inversión y que los documentos contractuales contenían información sobre las acciones y opciones sobre las acciones».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida valora la prueba de forma arbitraria afirmando que los testigos de la demandada manifestaron que se les explicó convenientemente la operación y también algunos testigos de la demandante, pero concluye que con carácter general los clientes no eran capaces de comprender la información recibida; y, en cuanto al Anexo II, afirma que no es un razonamiento lógico decir que hubo una información inadecuada, insuficiente o que incumpliera la normativa, pues expresamente reconoce lo contrario.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO

.-

Valoración de la prueba.

No puede aceptarse la argumentación de la parte recurrente en el sentido de que, en todo caso, debería rechazarse esta valoración probatoria como consecuencia de ser ilógica o arbitraria, por las siguientes razones:

a) Desde una perspectiva formal, la indebida valoración de la prueba no puede articularse por la vía de recurso extraordinario por infracción procesal como una infracción de las normas reguladoras de la sentencia, como es en este caso la norma sobre motivación de la misma, sino que, dado que la valoración de la prueba no puede ser revisada en casación y constituye una operación lógica con un sentido epistemológico conjunto, debe fundarse, al amparo artículo 469.1.4.º LEC, en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) por haberse realizado de manera ilógica o arbitraria, destacando la razones por las cuales se considera que existe una ruptura de las pautas lógicas de suficiente importancia.

b) Independientemente de ello, la Sala no advierte que la valoración efectuada por la sentencia recurrida peca de arbitrariedad, pues, como se ha expuesto anteriormente, la conclusión probatoria sobre la nulidad de determinadas cláusulas contractuales no se funda sólo en la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil, que es la conclusión probatoria que la parte recurrente trata de combatir, sino también en otros argumentos relevantes, los cuales en conjunto conducen razonablemente a la Sala de apelación a la conclusión de que existió vicio del consentimiento.

OCTAVO

.-

Enunciación de los motivos cuarto y quinto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando hubiere podido producir indefensión a la parte, al amparo del ordinal 3.º del artículo 469, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denegar la práctica de una prueba propuesta en tiempo y forma, admitida por el Juzgado de instancia y no practicada por causas no imputables a mi representada, infringiendo así el artículo 460.2.2.ª LEC, así como el artículo 179.1 del mismo Cuerpo Legal y el artículo 237 [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que se ordenó la aportación de las declaraciones de renta presentadas en los años 2001 y 2002, resolución que el Juzgado reiteró por providencia, contra la que se interpuso recurso por ADICAE, el cual fue desestimado por auto cuando estaba concluso el procedimiento, no obstante lo cual la Audiencia Provincial rechazó la prueba nuevamente solicitada por entender que era irrelevante y no se había solicitado como diligencia final.

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«Por vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 CE, en especial los derechos a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, y el principio que prohíbe la indefensión, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469 párrafo primero LEC, al desestimarse en segunda instancia la práctica de una prueba propuesta en tiempo y forma, admitida por el Juzgado de Primera Instancia y no practicada por causas no imputables a mi representada».

Ambos motivos, estrechamente relacionados entre sí, serán estudiados conjuntamente y deben ser desestimados.

NOVENO

.-

Práctica de la prueba.

A)

El artículo 460.2.2.º LEC permite solicitar la práctica de pruebas en la segunda instancia, entre otros supuestos, en relación con las pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiese solicitado, no hubiesen podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.

En el procedimiento ordinario (no así en el verbal, en que las diligencias finales no tienen cabida) el requisito de que la prueba no haya podido practicarse ni siquiera como diligencia final presupone que la parte haya solicitado dicha práctica como diligencia final, puesto que según el artículo 435 LEC «[s]ólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba». La práctica de diligencias finales de oficio por parte del tribunal es excepcional y sólo se autoriza «si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas independientes de la voluntad y diligencia de las partes» (artículo 435.2 LEC).

B)

En el caso examinado la prueba documental que la parte propuso en segunda instancia fue rechazada por la Audiencia Provincial, según consta en el auto de 5 de septiembre de 2005 , porque «no se interesó la práctica de la prueba que se pide en la alzada como diligencia final». En el mismo sentido, el auto de 28 de septiembre de 2005 , que confirma en reposición el anterior, declara que «[l]o cierto es que no se interesó la práctica de la misma como diligencia final en los términos que resultan del artículo indicado [artículo 460.2.2.º LEC]».

Sin necesidad de entrar en consideraciones sobre la relevancia de la prueba solicitada -habida cuenta de que la prueba cuya práctica se solicita en segunda instancia, además de reunir los requisitos establecidos en el artículo 460 LEC , está sujeta a las reglas generales sobre pertinencia, utilidad y licitud de la prueba (artículos 283, 287 y 443.4 LEC)- basta con la constatación de la certeza de este hecho procesal, no desmentido por la parte recurrente, para considerar acertada la resolución de la Audiencia Provincial, ya que ésta no pudo acordar de oficio la práctica de dicha prueba como diligencia final por no hallarse en la situación excepcional de insuficiencia de pruebas practicadas por circunstancias ya desaparecidas.

Desde la perspectiva del recurso extraordinario por infracción procesal la infracción denunciada, en la medida en que la práctica de la prueba no fue posible por una causa imputable a la parte, consistente en la falta de solicitud como diligencia final, no puede determinar la nulidad conforme a la ley ni haber producido indefensión (artículo 469.1.3 .º LEC), por lo que no puede servir de fundamento para el expresado recurso extraordinario.

DÉCIMO

.-

Desestimación del recurso.

No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF decimosexta, 6.ª, LEC con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerlo así el artículo 398 LEC .

Recurso de casación

UNDÉCIMO

.-

Enunciación de motivo primero.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las [Sentencias de la Sala de lo Civil del Alto Tribunal de fechas 26 de abril de 1995 \(RJ 1995, 3550 \)](#) , [22 de julio de 1997 \(RJ 1997, 6156 \)](#) , [13 de mayo de 1980 \(RJ 1980, 1925 \)](#) y [7 de julio de 1981 \(RJ 1981, 3051 \)](#) , en relación con el pronunciamiento de la sentencia recurrida al declarar la nulidad de la compraventa de acciones sustentándola en la infracción de las normas de desarrollo del artículo 79 [LMV \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781 \)](#) , por infracción, por indebida aplicación, del artículo 6.3 [CC \(LEG 1889, 27 \)](#) en la interpretación dada por las sentencias del Tribunal Supremo anteriormente referidas, en relación con el artículo 1255 CC ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la actora ejercita la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 CC por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación, pero según la jurisprudencia la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas.

El motivo debe ser desestimado.

DUODÉCIMO

.-

Infracción de normas administrativas como motivo de nulidad.

La desestimación del anterior motivo de casación se funda en los siguientes razonamientos:

a)

Como se ha razonado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la demanda versó desde el primer momento en torno a la existencia de las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretendía por imponer condiciones abusivas sin la debida transparencia, y el hecho de que en una u otra instancia se haya puesto el acento en determinados aspectos de la fundamentación jurídica mediante la que trataba de obtenerse la declaración de nulidad no supone traba alguna al margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio iura novit curia

[el tribunal conoce el Derecho].

b)

La vulneración de normas administrativas no es el fundamento de la declaración de nulidad de las cláusulas contractuales a las que se refiere la sentencia recurrida, pues las disposiciones administrativas a que se hace referencia sobre transparencia se invocan únicamente a los efectos de determinar los criterios con arreglo a los cuales debe valorarse el requisito de la claridad y la sencillez exigida por los artículos 5.4 LCGC y 10.1 .a LCU, que son los que expresamente fundamentan el pronunciamiento de nulidad.

c)

No es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC , invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez ([STS de 25 de septiembre de 2006 \(RJ 2006, 6577\)](#)) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto ([STS de 31 de octubre de 2007 \(RJ 2007, 8644\)](#)).

DECIMOTERCERO

-

Enunciación del motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por infracción de los artículos 1265 y 1266 CC , sobre error como vicio del consentimiento, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en [sentencias de 23 de julio de 2001 \(RJ 2001, 8412\)](#) y [27 de mayo de 1982 \(RJ 1982, 2605\)](#) entre otras, en relación con el requisito de su esencialidad (recaiga sobre la sustancia de la cosa) e inexcusabilidad, respecto del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida respecto de la nulidad por vicio del consentimiento del Anexo II, por remisión a los razonamientos dados en el Fundamento Jurídico Quinto, subapartado cuarto y de las compraventas de acciones».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia aprecia error por vicio del consentimiento cuando declara probado que hubo una oferta de distintas soluciones o productos a los clientes que aceptaron unas u otros llevados por la recomendación de la entidad al esperar lógicamente una pronta recuperación de las acciones, de donde se deduce que las condiciones esenciales de la adquisición de las acciones por los clientes, pero manteniendo la titularidad de ellas la entidad con objeto de reducir costes, no eran ignoradas por aquellos.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO

- -

Conocimiento por los clientes sobre las condiciones del Anexo II.

Como se ha razonado al examinar el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal, la conclusión probatoria sobre la nulidad de las cláusulas contractuales contenidas en el Anexo II no se funda solo en la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil, que es el hecho que niega la parte recurrente en este motivo de casación, sino también en otros argumentos relevantes, entre ellos el que será objeto de examen al examinar el motivo tercero de casación, en los cuales se funda la conclusión de la Sala de apelación en el sentido de que el contrato fue nulo por vicio del consentimiento.

DECIMOQUINTO

- -

Enunciación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del principio fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en [sentencias de 17 de octubre de 1987 \(RJ 1987, 7293\)](#) , [15 de diciembre de 1993 \(RJ 1993, 9989\)](#) y [22 de julio de 1997 \(RJ 1997, 5807\)](#) y del artículo 10 LCGC ([RCL 1998, 960](#)) , respecto de la declaración contenida en la sentencia recurrida de nulidad del Anexo II y de la compra de acciones por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la jurisprudencia sobre la nulidad parcial de los contratos, reflejada en el artículo 10 LCGC , no se compadece con la automática declaración de ineficacia de los actos o contratos posteriores al Depósito de Alta Rentabilidad.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOSEXTO

.

Extensión de la nulidad del primer contrato sobre el Anexo II.

De la declaración de hechos efectuada por la sentencia recurrida se desprende que el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 (declarada nula por falta de claridad y transparencia, la cual había conducido a pérdidas inesperadas) implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural- conforme a la cláusula M declarada nula; comportaba unas condiciones de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo; y era consecuencia de éste.

De estos hechos se desprende que las ventas y depósitos de acciones contratadas por diversos clientes con posterioridad a las pérdidas sufridas por la E-20 presuponían en la voluntad de los contratantes la subsistencia de las pérdidas experimentadas en el primer contrato, puesto que constituían un instrumento que, siendo de condiciones similares, se ofrecía a los interesados para enjugar unas pérdidas que se consideraban definitivas sin serlo. En efecto, en la hipótesis de no haberse producido las pérdidas originadas por el primer contrato por haberse hecho patente y efectiva desde el primer momento la nulidad de que adolecía resulta indudable que no se hubieran celebrado los posteriores contratos. Éstos únicamente tenían por objeto enjugar las pérdidas producidas por aquel.

Los contratos posteriores presuponían, por este camino, la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores. Éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional, pues los clientes de la entidad financiera no hubieran aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada en virtud de un contrato nulo, sino con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

En consecuencia, resulta acertada la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que el anexo posterior era consecuencia del primero y los efectos de la nulidad de éste deben extenderse a aquél, pues, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.

No se advierte que exista infracción de la jurisprudencia que acepta la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula, el cual se refleja en el artículo 10 LCGC (según el principio

utile per inutile non vitiatur

[lo útil no es viciado por lo inútil]). En efecto, de los hechos que la sentencia recurrida declara probados se desprende que el segundo contrato concertado tenía una vinculación causal plena con el primero declarado nulo y no se habría concertado en el caso de que el primero no hubiera producido efectos en virtud de la nulidad que posteriormente se declaró. El principio aplicable sería, en consecuencia,

simul stabunt, simul cadent

[juntos caerán quienes juntos estén].

DECIMOSÉPTIMO

.

Enunciación de motivo cuarto.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC, por infracción del artículo 12.2 LCGC en relación con el pronunciamiento contenido en la sentencia, por remisión a la de instancia, de estimación de acción de cesación aun aceptándose que mi representada dejó de usar dicho clausulado en el año 2000».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que debe determinarse si la acción de cesación del artículo 12.2 LCGC debe estimarse cuando la cláusula cuya cesación se demanda ha dejado de usarse al tiempo de formular la demanda, dado que no existe doctrina jurisprudencial sobre la materia y la sentencia recurrida sostiene una doctrina contraria a la que considera como notas características comunes a todas las acciones de cesación (entre las que se incluye la del artículo 12.2 LCGC) que se dirijan contra conductas que se están realizando en el momento en el que se interpone la demanda o que ya hayan cesado pero con respecto a las cuales existan motivos serios para temer su reiteración de modo inmediato.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOCTAVO

. -

Requisitos de la acción de cesación.

La desestimación del anterior motivo de casación se funda en los siguientes razonamientos:

a)

El requisito de que la conducta cuya cesación se solicita se esté realizando el momento de la presentación de la demanda no es exigido por el artículo 12.2 LCGC .

b)

Una interpretación sistemática del precepto tampoco permite considerar la exigencia del requisito que la parte recurrente invoca, por cuanto las acciones de cesación no van dirigidas únicamente a lograr la interrupción de las actuaciones que vulneran el derecho protegido, sino también a prevenir aquellas de las que razonablemente pueda temerse en el futuro una perturbación del citado derecho. En el caso examinado el hecho de que la entidad financiera cesara en el ofrecimiento de los productos financieros que dieron lugar a las declaraciones de nulidad no comporta la seguridad de que dichas actuaciones, habida cuenta de su naturaleza y circunstancias, no pudieran repetirse en el futuro bajo la misma forma u otra similar.

DECIMONOVENO

. -

Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1

Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja S. Coop. de Crédito contra la [sentencia de 14 de noviembre de 2005 \(PROV 2007, 43510\)](#) dictada por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación n.º 584/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Primero. Desestimamos el recurso de apelación promovido por la representación de Caja Rural del Mediterráneo RuralCaja S. Coop. de Crédito contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , que confirmamos, con imposición a la indicada recurrente de las costas procesales derivadas de su recurso de apelación.

»Segundo. Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros - ADICAE - contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , y con confirmación del pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, añadimos los siguientes pronunciamientos:

»1) Declaramos la nulidad del contenido del Anexo II al Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20 y en su consecuencia condenamos a la entidad demandada a restituir a cada uno de los afectados por la suscripción del referido Anexo el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento -cláusula T- y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento, conforme al contenido del Fundamento Jurídico Sexto, segundo, subapartado 1) de la presente resolución.

»2) Declaramos la nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, condenando a la entidad demandada a restituir a los adquirentes el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra, conforme al contenido del Fundamento Jurídico Sexto segundo, subapartado 1) de la presente resolución.

»3) Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

2

No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3

Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.