



Roj: **STS 4216/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:4216**

Id Cendoj: **28079110012010100487**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2010**

Nº de Recurso: **1506/2006**

Nº de Resolución: **375/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal que con el número 1506/2006, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja, S. Coop. de Crédito, aquí representada por el procurador D. Tomás , contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 88/2006 por la audiencia Provincial de Valencia de fecha 26 de abril de 2006, dimanante del procedimiento ordinario número 507/2004 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España (ADICAE), representada por el procurador D. Alfredo Gil Alegre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . - El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valencia dictó sentencia de 7 de octubre de 2005 en el procedimiento ordinario n.º 507/2004, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Que estimando la demanda formulada por la procuradora de los tribunales D.ª M.ª Luisa Sempere Martínez, en representación de ADICAE, contra Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja, Sociedad Cooperativa de Crédito; debo declarar y declaro la nulidad de los contratos denominados Depósitos de alta rentabilidad, y nulidad del anexo II y de los depósitos Horizonte, debiendo eliminar, en virtud de la acción de cesación ejercitada, la cláusula M) de los citados contratos, y debiendo la entidad demandada devolver las cantidades que se indican en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, más los intereses legales. Con expresa imposición de costas al demandado».

SEGUNDO . - La sentencia contiene, entre otros, los siguientes FFJJ:

«Primero. De la valoración racional y conjunta de la prueba practicada, resultan acreditados los siguientes hechos:

»Ruralcaja a partir del mes de marzo de 1999, comercializó 24 ediciones sucesivas de las denominadas imposiciones a plazo atípicas entre sus clientes. En las diecinueve primeras no hubo problemas, pero de la 20 a la 24 (E-20 a E-24) ambas inclusive, comercializados el año 2000, 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 documentos. Una primera página escrita en letra verde salvo unos espacios rellenos a máquina, y condiciones particulares también escritas a máquina, también consta a máquina en la parte superior derecha la clase de contrato Depósito de alta rentabilidad (E-20, E-21....). En la parte superior del contrato se encuentra la firma del cliente y la de los representantes de la Caja. Entre las condiciones particulares, igualmente impreso a máquina como el resto de condiciones consta capital no garantizado según condiciones de anexo.



A continuación constan las condiciones generales, en una letra verde tan pequeña que se lee con dificultad. En la segunda hoja con la letra impresa en negro consta un documento denominado Condiciones particulares adicionales del contrato de imposición a plazo fijo. Depósito de alta rentabilidad (E-20, E-21...), en la que constan entre otras una cláusula M, en cuyo apartado c) para determinar la depreciación de valor sólo se tiene en cuenta la de aquellas acciones que han experimentado baja, sin compensar con las de las que han experimentado alza, tomando como base únicamente la de aquella acción que ha sufrido la baja más elevada y aplicando este mismo tipo a todas las restantes, computando un cuarto a cada una de tales acciones, pero sobre la base de la mayor depreciación. La entidad traslada al menos parte del riesgo de las pérdidas que para ella se puedan generar por la compra y venta de esos valores al cliente, mientras no le hace partícipe en la misma proporción de los posibles beneficios generados.

»Resulta acreditado que no se ofreció a los clientes una información sobre los riesgos de este producto, no se les informó de forma detallada de las características del producto, y del riesgo de pérdida del capital invertido, máxime teniendo en cuenta que la mayoría de los suscriptores de estos contratos eran personas con un perfil eminentemente conservador, que suscribían tradicionalmente imposiciones a plazo fijo típicas. Cuando los clientes se dieron cuenta del cargo correspondiente a la pérdida se sorprendieron y acudieron a su oficina para protestar, ya que pensaban que era una imposición a plazo fijo en la que el capital se encontraba garantizado, ante esto la Caja ofreció a sus clientes varias soluciones para recuperar su dinero, entre estas soluciones, se les ofreció el "anexo II" (a los suscriptores del E-20), para comprar las acciones, esperar a que subiera la cotización y venderlas para recuperar las pérdidas, esta solución se ofreció a los clientes a pesar de que carecían de conocimiento alguno sobre el mundo de los valores. Otra de las soluciones que se ofreció a los clientes son los "Depósitos Horizonte". Ruralcaja desde el año 2000 no ha vuelto a comercializar este producto.

»[...] Cuarto. En tercer lugar, corresponde analizar la posible nulidad de las cláusulas que contienen los contratos de depósitos de alta rentabilidad objeto de litis.

»Al respecto en primer lugar corresponde establecer la legislación en la que es posible fundamentar la acción de nulidad, preceptos que, como se expone anteriormente, no es necesario que coincidan expresamente con los alegados por la parte actora en virtud del principio "iura novit curia".

»Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios,

»Artículo 10 : "1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

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

»b) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto, debidamente explicado.

»c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye la utilización de cláusulas abusivas".

»Artículo 10 bis: "Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de buena fe causen, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato... ". "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa. 2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo".

»Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre condiciones generales de contratación.

»Artículo 7 . No incorporación.

»No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

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

»b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a éstas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.



»Artículo 8 . Nulidad.

»1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

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

»Código Civil, artículos 1261, 1265 y 1256 .

»El artículo 10.1 LCU , regula los requisitos que deben tener las cláusulas de los contratos, dicho artículo es ampliamente analizado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 17-3-03 , sentencia que analiza un supuesto semejante, uno de tales requisitos es la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, en dicha sentencia se establece que "Por el requisito de formulación, que las condiciones generales estén redactadas de forma legible y comprensible. Lo que significa que su texto sea legible, físicamente, es decir, no esté en letra tan pequeña o en lugar tan subrepticio que sea muy difícil leerlos; y que sea comprensible implica que pueda ser entendido por el tipo medio de persona a que va normalmente destinado el tipo concreto de contrato.

»Se exige tanto la claridad visual (elementos tipográficos de lectura normal) como la sencillez y concreción expositiva. Se trata de una exigencia de forma, y no de contenido.

»Este requisito se deduce del artículo 10.1 a) EDL 1998/43305 que exige en su primer inciso: 'concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...'

»Los requisitos de contenido de las condiciones generales se reducen a la proclamación y aplicación del principio de la buena fe, y se expresa en el artículo 10. 1 c) EDL 1998/43305 se establece que aquéllas deben reunir el requisito de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones".

»En el supuesto de autos, coincidiendo con la sentencia de 15 de marzo de 2005, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia n.º 22, que analiza un supuesto semejante, el contrato objeto de litis adolece de una falta de claridad y sencillez en su redacción, es confusa la denominación del contrato, "depósito de alta rentabilidad", "condiciones particulares adicionales del contrato de imposición a plazo fijo". Según la resolución de la CNMV expone que al producto se le está denominando depósito bancario, aún cuando no reúne las condiciones básicas de los mismos, tal y como se ha señalado con anterioridad. Por el depósito, el banco recibe del cliente una suma de dinero, de la que el banco pueda disponer, pero que ha de custodiar y restituir en la forma pactada. El dinero entregado por el cliente al banco pasa a ser propiedad de éste, que se obliga a devolver otro tanto cuando el depositante lo pida, salvo que se haya pactado un plazo para su devolución. El artículo 1758 CC dice que se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla, artículo 1770 CC establece que la cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesorios, sorprende pues, que un contrato de denominado depósito... pueda conllevar la pérdida total de la cantidad depositada, sorprende, así mismo, que tales contratos con dicha confusa denominación se ofrecieran a personas que tradicionalmente había suscrito un depósito a plazo fijo típica. También se considera absolutamente confusa, farragosa, y oscura, la cláusula M, coincidiendo así mismo al respecto y reproduciendo el último párrafo de la sentencia de 15 de marzo de 2005, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia n.º 22, añadiendo, en cuanto al término utilizado en dicha cláusula M "comisión", lo expuesto por la CNMV (documento 33 aportado por la actora), "Detectamos, asimismo, cierta contradicción en el hecho de que esta posibilidad de pérdida de una parte del capital inicial se defina como comisión de depósito, y a la vez se esté considerando en la cláusula Q que esa 'comisión' tiene la condición fiscal para el pagador de la pérdida patrimonial compensable por ganancias patrimoniales. Todo ello nos lleva afirmar que la literalidad de estos contratos no obedece a la verdadera naturaleza que le corresponde, y que en ellos se hace una utilización incorrecta de las palabras que lo definen, lo que podría llevar al inversor a confundir su alcance y contenido. Dicho de otro modo, estamos ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara y precisa y congruente para que éste se pudiera hacer un juicio fundado de la inversión que se le proponía".

»Conviene hacer una puntualización respecto a la resolución de la CNMV. El Servicio de Reclamaciones no es competente para analizar los asuntos que se centran fundamentalmente en la interpretación y valoración de la eficacia de pactos, cláusulas y condiciones establecidas en el ámbito de relaciones regidas por normas de Derecho privado, ni, por tanto, fijar las consecuencias que de las mismas pudieran derivarse, ya que ello es también competencia de los tribunales de justicia, a quienes corresponde el conocimiento y resolución de todas las discrepancias que resulten de las relaciones mercantiles concertadas entre los interesados.



»El informe que se emite al resolver las reclamaciones no es más que una mera opinión de autoridad, emitida desde la perspectiva del Banco de España, con la que se puede estar de acuerdo o discrepar pero que, como tal opinión, no es susceptible de generar derechos u obligaciones entre las partes, ni constituye, por no tener la naturaleza jurídica de resolución administrativa, un acto dotado de ejecutividad propia ni tampoco recurrible.

»Enlazando con lo anterior, el artículo 2 LGDCU proclama el derecho de información de los consumidores y usuarios, los clientes carecieron de la debida información acerca del producto que contrataban, hemos de tener en cuenta que la mayoría de los clientes tenían suscritos con la entidad bancaria, depósitos a plazo fijo, con un perfil evidentemente conservador, poca preparación financiera para conocer las particularidades del contrato que suscribían, y con una gran confianza en el director de la entidad bancaria, no se les informó del riesgo de pérdida de capital, es más la estructura del contrato y su denominación contribuyen a esa falta de información, entre las condiciones particulares, a máquina se pone "capital no garantizado según condiciones anexo", dicha frase no resalta en absoluto del resto de condiciones, hubiera sido sencillo ya que se redactó a máquina que se hubiera resaltado en negrita, para que pudiera observarse con toda claridad. En ningún momento se les informó a los clientes que el contrato era además de alta rentabilidad, de alto riesgo.

»Por lo expuesto, el contrato deviene nulo por contravenir lo dispuesto en el artículo 10.1.ª) y 2 de la LGDCU, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 LCGC .

»Procede analizar a continuación si las cláusulas eran o no abusivas. La Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en su artículo 10 bis, considera cláusulas contractuales abusivas aquéllas que no se hayan negociado individualmente y causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes. Considera esta Juzgadora que la cláusula M es abusiva atendiendo a los requisitos exigidos en dicho artículo, ya que es una cláusula no negociada individualmente, puesto que no se ha acreditado lo contrario, y en segundo lugar porque causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, y para realizar esta segunda afirmación, se ha tenido en cuenta fundamentalmente los documentos n.º 33 y 34 aportados junto a la demanda, dichos documentos recogen la resolución del servicio de reclamaciones de la CNMV, y el dictamen emitido por la Registradora titular del Registro de Condiciones Generales de Contratación, resulta procedente puntualizar lo establecido anteriormente que, el informe que se emite al resolver las reclamaciones no es más que una mera opinión de autoridad, emitida desde la perspectiva del Banco de España, con la que se puede estar de acuerdo o discrepar pero que, como tal opinión, no es susceptible de generar derechos u obligaciones entre las partes, sin embargo tanto la resolución como el dictamen son documentos a los que se les debe dotar de un especial valor probatorio, al ser emitido por organismos especializados en la materia en cuestión. El dictamen considera que "el apartado c) de la citada cláusula M) sí resulta de contenido abusivo, ya que para determinar la depreciación de valor sólo se tiene en cuenta la de aquellas acciones que han experimentado baja, sin compensar con las de las que han experimentado alza, tomando como base únicamente la de aquella acción que ha sufrido la baja más elevada y aplicando este mismo tipo a todas las restantes, computando un cuarto a cada una de tales acciones, pero sobre la base de la mayor depreciación". La resolución de la CNMV concluye que "la entidad traslada al menos parte del riesgo de las pérdidas que para ella se puedan generar por la compra y venta de esos valores al cliente, mientras no le hace partícipe en la misma proporción de los posibles beneficios generados, otorgándole apariencia de una comisión que así formulada resulta muy discutible. Por otro lado teniendo en cuenta que la normativa dispone que en ningún caso habrán de cargarse comisiones o gastos por servicios que no hayan sido efectivamente prestados al cliente, el cobro de esta comisión no resulta procedente". Valorando ambos documentos, y fundamentalmente las circunstancias que concurrieran en el momento de su celebración, ya expuestas anteriormente, fundamentalmente, resaltando muy especialmente la falta de información de los clientes, y el hecho de que la mayoría de estos clientes fueran de un perfil eminentemente conservador, con pocos conocimientos financieros, y ningún conocimiento sobre el mundo que rodea los valores, y la compraventa de acciones, y a pesar de ello se les ofreció este producto sin información acerca de los riesgos que conllevaba la operación, resulta perfectamente acreditada la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y por lo tanto la consideración de abusiva de la cláusula M) alegada por la actora.

»Procede a continuación analizar la posible existencia de un consentimiento viciado.

»En cuanto al error contemplado en el artículo 1266 del Código Civil y calificado en el artículo 1265 como vicio del consentimiento, abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual que exista por parte del contratante que la alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (sentencias del Tribunal Supremo 1-7-1915, 16-6-1943, 5-3-1960, 5-3-1962, 30-9-1963, 12-2-1965, 12-2-1979 EDJ 1979/566, 7-7-1981 EDJ 1981/1543, 27-5-1982 EDJ 1982/3419, 12-6-1982 EDJ 1982/3897, 3-2-1986 EDJ 1986/989, 7-11-1986 EDJ



1986/7072, 21-5-1997 EDJ 1997/4900), debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato, y así, dice la sentencia de este Alto Tribunal de 18 de abril de 1978 , citando alguna de las anteriores, que para que el error invalide el contrato es indispensable:

»a) Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

»b) Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar.

»c) Que no sea imputable a quien la padece.

»d) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, requisitos éstos a los que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994 EDJ 1994/1457 , añade el requisito de que ha de ser excusable, además de esencial, razonando "que este requisito no lo menciona el Código Civil expresamente y que se deduce de los requisitos de autorresponsabilidad y buena fe, éste último consagrado en el artículo 7 del Código Civil EDC 1889/1 ", pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular, apreciándose ésta valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, pues la función básica de este último requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

»El error de vicio del consentimiento, previsto en el artículo 1266 CC , constituye un falso conocimiento de la realidad, capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (TS 1.1 S 17 oct. 1989). La voluntad interna debe manifestarse, no puede existir discordia entre lo querido y lo declarado, y las partes deben coincidir en los que pretenden, desde sus respectivas posiciones, sobre el objeto y la causa del contrato. Lo que importa es si cada parte se ha formado una representación racional de lo que la otra ha ofrecido y si, conforme a ello, ha prestado su consentimiento. En este sentido el Tribunal Supremo dice que el consentimiento "tiene un proceso de elaboración interna, propio del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto, con inteligencia y libertad... a través de los momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión" (sentencia de 7 de diciembre de 1966) o "inteligencia o discernimiento... también la libertad o dominio de sí mismo..." (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1953), aún cuando la manifestación (exteriorización) pueda ser expresa, tácita o presunta; pero, en todo caso, la voluntad declarada ha de ser imputable a una voluntad real o interna. De ahí que el Código Civil regule la nulidad por vicios del consentimiento, entre ellos el error (artículos 1265 y 1266), o conocimiento equivocado (o incompleto) que puede derivar de una falta o incompleta información en la oferta, si bien debe cumplir determinados presupuestos ya expuestos anteriormente, y así el deber de información (implícito en el artículo 51.2 de la Constitución Española EDL 1978/3875 y desarrollado en los artículos 2 y 13 de la LDCU de 1984) debe permitir que el "adquirente" pueda tener un conocimiento razonable de lo que contrata y permita poder medir la diligencia del vendedor al contratar información que ha de ser precontractual, el contratante tiene derecho a ser informado de forma veraz acerca del contrato, de manera que no induzca ni pueda inducir a error en sus destinatarios y que no silencie datos fundamentales de los objetos del mismo, es decir información completa e individualizada, sobre el objeto y condiciones del contrato (AP Barcelona, Sec. 13.ª, S 17-03-1999).

»Por ello, y acogiendo lo establecido en un supuesto similar en la sentencia de 15 de marzo de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia, y lo establecido por la sentencia de la AP de Soria de 12-2-04 , en el presente caso debe apreciarse la existencia de error en el consentimiento prestado por los clientes, por el hecho de que éstos tradicionalmente suscribían con el director de la sucursal imposiciones a plazo fijo, por lo que confiaron en el director cuando éste les propuso suscribir el nuevo contrato pensando que era una renovación de plazo fijo, los clientes emplearon la diligencia normal que se exige en estos casos, porque ¿quién lee toda la letra pequeña en la que suelen estar redactadas las condiciones del contrato?, lo usual y dada la relación de confianza que existe entre determinados clientes y el director de la entidad es preguntarle al director ¿esto qué es, explícame? Y es el director el que nos indica la clase de contrato que estamos firmando, un depósito, un préstamo..., y nos debe informar sobre las características del contrato que estamos firmando, el objeto, condiciones y riesgos del mismo, y en el supuesto de autos es el director el que debía haber informado a los clientes del riesgo que conllevaba acerca de la pérdida del capital invertido, debería haber informado que era un depósito de alta rentabilidad pero también de alto riesgo, a todo ello contribuyó la redacción del contrato, ya expuesta anteriormente de forma exhaustiva, baste señalar que el contrato se denominaba depósito de alta rentabilidad, que las firmas de los contratantes se encuentran en la parte superior del documento y no en la inferior como es habitual en los contratos bancarios, que el contrato no resaltaba que el capital no se encontraba garantizado, todo ello unido a lo poco legible y farragoso de determinadas cláusulas del contrato.



»Por todo ello, resulta provente [procedente] estimar la acción de nulidad entablada por la actora de los contratos de depósitos de alta rentabilidad. [...]

»Sexto. Nulidad de los contratos subsiguientes, anexo II, solución, que consistía en la adquisición de acciones, que se ofreció a los clientes que habían suscrito el depósito de alta rentabilidad E-20, y la Imposición Horizonte, ambos son contratos directamente vinculados, y que traen causa de los depósitos de alta rentabilidad anteriormente declarados nulos, por lo que se consideran que dada la especial vinculación existente entre ambos, y al derivar ambos contratos de un contrato declarado nulo, resulta procedente declarar la nulidad de los mismos. No hay que olvidar el sector doctrinal que considera que la nulidad de los contratos subsiguientes o conexos al declarado nulo provocaría una falta de seguridad en el tráfico jurídico, sin embargo, se considera que esta teoría sería aplicable a aquellos supuestos en que intervienen terceros en los contratos conexos que serían perjudicados por la declaración de nulidad (ej. transmisiones patrimoniales), circunstancia que no se da en el supuesto de autos.

»Séptimo. Por último en cuanto a las pérdidas, dada la declaración de nulidad, resulta procedente condenar a la Caja Rural al pago de dichas pérdidas, y se cuantifican las mismas conforme al anexo explicativo aportado por la actora, en el que se tienen en cuenta para calcular las pérdidas, los beneficios obtenidos por el depósito horizonte, que pese a la declaración de nulidad de esta sentencia, deben ser tenidos en cuenta para calcular las pérdidas, en virtud de una posible compensación, y para evitar una dilatación superior en el presente procedimiento, que supondría el devolver las ganancias obtenidas como consecuencia de estos depósitos horizonte declarados nulos, para que posteriormente Rural Caja reintegrar los mismos como parte de las pérdidas que debe satisfacer:

»Cliente Pérdidas en euros

- » Baltasar , Clara 4151,49
- » Cosme , Enriqueta 5118,22
- » Flora 92661,78
- » Eusebio , Julieta 2866,23
- » Franco 2268,22
- » Hernan 7560,73
- » Miriam 12667,63
- » Rafaela 8457,44
- » Salome 4939,96
- » Justiniano , Marí Jose 6945,30
- » Maximiliano , Adelaida 26918,71
- » Araceli , Pascual 8452,08
- » Romualdo 2937,15
- » Celia 15025,30
- » Encarnacion 15025,30
- » Gabriela 39065,79
- » Jose María , Carlos Daniel 7266,45
- » Loreto 4507,59
- » Micaela 10661,88
- » Piedad , Sandra 15834,53
- » Virtudes , Ángel Daniel 2181,67
- » Alfonso 20352,67
- » Amparo 8103,16
- » Berta , Borja 1512,15
- » Consuelo , Clemente 2663,08



- » Estibaliz 6048,59
- » Ernesto , Isidora 4623,52
- » Marta , Gervasio 16960,56
- »[...]»

TERCERO . - La Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia de 26 de abril de 2006 en el rollo de apelación n.º 88/2006 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Primero. Estimamos parcialmente el recurso de apelación promovido por la representación de Caja Rural del Mediterráneo Rural Caja S. Coop. de Crédito contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Valencia de 7 de octubre de 2005 , que revocamos parcialmente en el sentido de declarar que:

»1) El pronunciamiento de nulidad relativo a los contratos denominados "Depósito de Alta Rentabilidad" objeto de la acción de cesación ejercitada por la entidad ADICAE afecta exclusivamente a la cláusula M incorporada a los mismos y no a la totalidad del contrato.

»2) No ha lugar a declarar la nulidad de los contratos Depósito Horizonte, los que se tendrán en consideración a los efectos de la cuantificación de la devolución de cantidades e indemnizaciones derivadas de la presente resolución.

»3) En cuanto a las cantidades objeto de devolución e indemnización se ha de estar a los criterios establecidos en el FJ 6.º de esta sentencia.

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

»5) Se confirma la resolución de instancia en los demás pronunciamientos.

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

Por auto de la AP de Valencia de 1 de junio de 2006 a solicitud de ADICAE se aclara la sentencia y se acuerda "Subsanar el error material padecido [...] en el sentido de corregir conforme a lo interesado por litigantes, que el importe nominal de D.^a Flora invirtió en la compra de acciones no fue de 14 537 023 pesetas (catorce millones quinientas treinta y siete mil veintitrés pesetas) sino que ascendía a 1 453 703 pesetas (un millón cuatrocientas cincuenta y tres mil setecientas tres pesetas), es decir, 8 736,93 euros (ocho mil setecientos treinta y seis euros con noventa y tres céntimos de euros)".».

CUARTO . - La sentencia contiene los siguientes FFJJ:

«Se aceptan los de la resolución recurrida en aquello que no se oponga al contenido de la presente resolución.

»Primero. Por la representación de la entidad Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja, S. Coop de Crédito se formaliza recurso de apelación contra la sentencia de 7 de octubre de dos mil cinco, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Valencia , estimatoria de la demanda formulada contra la expresada entidad por la Asociación de Usuarios Bancos, Cajas y Seguros de España (ADICAE) en los términos que resultan del antecedente primero de la presente resolución, que se da ahora por reproducido en evitación de innecesarias reiteraciones.

»[...] Segundo. Es doctrina reiterada del TS (SS 13 de mayo de 1992, 21 de abril y 4 de mayo de 93, 14 de marzo de 95 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 aquél tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación."

»Procede que este Tribunal, delimitados que han sido los términos del debate en la alzada, y conforme a la norma citada y lo establecido en los artículos 465.4 y 218 de la LEC , se pronuncie sobre todas y cada una de las cuestiones sometidas a su consideración con ocasión del recurso, y dentro de los límites que legal y jurisprudencialmente se establecen en relación con el mismo.



»Siendo así, esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia, deberá pronunciarse, en primer término, sobre los aspectos procesales que resultan del escrito de formalización del recurso, a saber:

»1) Se alega en primer lugar la infracción de las normas procesales reguladoras de la litispendencia, por razón del procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia, entre ADICAE y RuralCaja, por los mismos hechos, causas e idénticas acciones, o cuando menos, la litispendencia parcial en relación con D.^a Tomasa , D. Norberto y D.^a Ariadna que ya fueron citados como perjudicados en el proceso de anterior referencia.

»La litispendencia alegada con carácter general por la representación de la entidad demandada no puede ser acogida en este concreto marco procesal, pues como resulta de la sentencia apelada y aun cuando ciertamente los polos activo y pasivo de la relación jurídico procesal coinciden en ambos litigios, lo cierto es que no cabe olvidar que la acción que se ejercita por la entidad demandante ADICAE es una acción colectiva si bien actuando en defensa de los intereses de personas físicas concretas, que son las que se relacionan en el propio encabezamiento (y ulteriormente en el suplico) de la demanda en ejercicio de la acción de cesación y acumulada de devolución de cantidades y resarcimiento de daños y perjuicios - folios 3 y 4, así como a los folios 26 y siguientes del procedimiento - y tales personas físicas no son coincidentes con las relacionadas en aquel procedimiento.

»Tampoco cabe apreciar la litispendencia en el caso de D.^a Tomasa , D. Norberto y D.^a Ariadna , quienes apareciendo en el listado de perjudicados de la sentencia de este mismo Tribunal de 14 de noviembre de 2005 , dictada en apelación en el asunto a que se refiere RuralCaja procedente del Juzgado de Primera Instancia número 22, no aparecen como tales perjudicados en la presente litis, como resulta de la lectura de la demanda y de la sentencia recaída en la instancia.

»En relación con la cuestión que integra este primer motivo de apelación, conviene la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 29 de enero de 2002 (Ponente: Quecedo Aracil, Pablo. La Ley Juris: 1187276/2002) que declara con ocasión del examen de la legitimación de una asociación de consumidores que había instado una acción de grupo: "La identificación personal que venimos exigiendo como substrato de la legitimación es necesaria para filtrar los posibles conflictos intersubjetivos dentro de los miembros del grupo, y la incompatibilidad de acciones colectivas con otras individuales o colectivas que se hubieran ejercitado. También lo es para dilucidar todos los problemas de litispendencia y cosa juzgada positiva y excluyente, de acumulación, y de concreción del sujeto de la prueba de confesión; los titulares del derecho de indemnización que se pide son los asociados que no son ni pueden ser simples testigos. Por la misma razón, la cosa juzgada les afectará a ellos de forma principal pero no a la asociación que por otros hechos y tutelando a otros afiliados podrá repetir el pleito."

»2) Se alega también por la representación de la entidad demandada la nulidad de actuaciones por infracción de normas procesales contenidas en el artículo 11 y 15 de la LEC , causantes de indefensión, todo ello al amparo del artículo 225.3.º de la LEC , por cuanto entiende que se presentó la demanda como un supuesto de defensa de intereses generales y difusos, y sin embargo el auto de 24 de mayo de 2005 señala que no estamos ante un supuesto de legitimación del artículo 11.3 LEC sino ante un supuesto del artículo 11.2 , alterando la configuración del proceso que implica, además, la infracción del artículo 15.2 de la LEC .

»Para la resolución de este motivo de apelación, hemos de partir de la necesaria reflexión en orden a que para apreciar cualquier nulidad de actuaciones es necesario que en el concreto supuesto enjuiciado se haya producido una efectiva indefensión, pues no basta con la infracción procesal, sino que las normas en materia de nulidad, y la doctrina jurisprudencial que las interpretan, la anudan a la concurrencia de indefensión, que insistimos, ha de ser efectiva y no meramente hipotética.

»Así resulta del tenor de los artículos 240 y 241 de la LOPJ , o del artículo 225.3 ("cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa haya podido producirse indefensión"), 227 ("... determinen efectiva indefensión"), 228 y 459 ("En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida..."), todos ellos de la LEC. Estas normas garantistas de los principios de contradicción y audiencia, no deben interpretarse en cuanto a su contenido de forma aislada e independiente de otros principios que asimismo inspiran la normativa examinada, con los que se han de poner en conexión, como es el caso del principio de conservación de los actos procesales que resulta del artículo 243 de la LOPJ o de los artículos 230 y 465.3 de la Ley procesal.

»En el caso concreto que se somete a la decisión del Tribunal la cuestión controvertida no arranca propiamente del auto de 24 de mayo de 2005 - como indica la recurrente - sino de la decisión adoptada por el magistrado "a quo" en la Audiencia Previa de 10 de diciembre de 2004 , respecto de la cual la entidad demandada consintió la decisión del Tribunal derivada de la suspensión para el llamamiento de los afectados amparada en el artículo



15 de la LEC tras la correspondiente discusión en orden a la naturaleza de los intereses defendidos (según resulta del acta a los folios 236 y siguientes de las actuaciones y del soporte de grabación audiovisual) y en la que el juzgador, con su decisión, vino a facilitar la subsanación del incumplimiento por la actora de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras haber indicado expresamente que los perjudicados eran fácilmente determinables, indicándole a la actora (9'52") que debió haber efectuado dicho llamamiento antes de la presentación de la demanda incluso a través de los mecanismos establecidos en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

»La alegación ahora de la infracción de las normas procesales relacionadas no puede provocar el efecto de nulidad pretendido, pues el auto de 24 de mayo viene a concretar aquella inicial posición del Juzgador de Instancia en orden a la negación del carácter difuso de los intereses objeto del proceso.

»Por otra parte, no se determina en el escrito de formalización de la apelación la eventual indefensión que haya podido suponer para la recurrente la concreción por el órgano jurisdiccional de la naturaleza de los intereses defendidos por la demandante.

»3) Plantea también RuralCaja como motivo de recurso la infracción de las normas procesales reguladoras de la prueba de interrogatorio de las partes, ex artículo 301.2 y 360 de la LEC, por cuanto que considera que los perjudicados no pueden tener la condición de testigos y su admisión como tales produce indefensión a la demandada porque le priva de la posibilidad de que se tenga por confesos a los no comparecidos (Eusebio, Alfonso y Romualdo).

»Cierto es que con arreglo al contenido del artículo 301.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular" y que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid citada *ut supra* entiende que los perjudicados no pueden ser considerados como simples testigos en el procedimiento, pero lo que se ha de analizar en este momento procesal es la consecuencia de la infracción procesal alegada en relación con las circunstancias concretas que se someten a nuestro enjuiciamiento.

»En el supuesto que se somete a la consideración del Tribunal y a tenor de lo que resulta del soporte de grabación audiovisual del trámite de Audiencia Previa (en relación con el contenido del acta obrante al folio 296 y siguientes de las actuaciones), la parte actora interesó el llamamiento al acto de juicio de los perjudicados en cuyo interés ejercita la demanda por vía de prueba testifical y la parte demandada solicitó que depusieran los mismos perjudicados al amparo del precepto anteriormente transcrito "en calidad de asimilados a parte". El juzgador de instancia consideró que el encuadre adecuado de las declaraciones de los perjudicados debía situarse en el marco de la prueba testifical y no en el marco del interrogatorio de parte (soporte de grabación audiovisual correspondiente al 23 de mayo de 2005, minutos 28, 32'11 y 33'28") y la parte no formuló frente a tal decisión más que una mera protesta, por lo que la alegación ahora efectuada no cumple con los presupuestos del artículo 459 de Ley de Enjuiciamiento Civil - denuncia oportuna de la infracción si hubiere tenido oportunidad para ello - y por tanto ello impide que su motivo de apelación pueda prosperar.

»Pero es más, se alega infracción procesal e indefensión por razón de haber sido privada la parte de obtener una declaración conforme al contenido del artículo 304 de la LEC respecto de los no comparecientes, pero tal infracción procesal no se anuda ni a una solicitud de prueba en la alzada, ni a una petición de nulidad en los términos que resultan del artículo 465.3 de la ley ritaria.

»Tampoco cabe desconocer que el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el caso de incomparecencia de la parte al interrogatorio no atribuye más que una facultad al juzgador en orden a poder tener por reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial (dice el precepto: "podrá considerar reconocidos..."), y ello, implica obviamente, que la incomparecencia de la parte no produzca "ipso iure" los efectos pretendidos por el recurrente, pues corresponde al juzgador determinar, en el proceso de valoración, si ha de tener o no por reconocidos los hechos en los términos señalados en el precepto (intervención personal con efectos enteramente perjudiciales).

»Finalmente, para concluir, y al margen de la corrección o no de la decisión del Juzgador "a quo" en orden al encuadre de la declaración de los perjudicados en el marco del artículo 360 y no en el del artículo 301.2 de la LEC, no se produce indefensión a la demandada porque al margen de que la valoración de las manifestaciones de los indicados testigos deba efectuarse con la prudencia que exige el artículo 376 en relación con el artículo 367 por razón de su interés directo en el resultado del proceso, no cabe olvidar que pesa sobre quien es llamado a juicio como testigo no solo la obligación de comparecer y la obligación de declarar, sino además la carga de jurar o prometer decir verdad con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil.



»Tercero. El siguiente motivo de apelación es articulado por la Rural Caja bajo la rúbrica de "error en la valoración de la prueba con trascendencia en la declaración de hechos probados", lo que obliga al Tribunal de alzada a pronunciarse sobre cada uno de los aspectos señalados por la recurrente mediante la revisión de la actividad probatoria desplegada en la primera instancia. Y en relación a cada uno de los temas sometidos en este punto a nuestra valoración - que resultan del Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia - concluimos:

»1) Sobre la firma de los documentos contractuales: nada impide el reconocimiento en sentencia del hecho no controvertido de que los documentos contractuales litigiosos aparezcan firmados por los clientes de la demandada tanto en su primera hoja como en la segunda. De hecho, ADICAE, al oponerse al recurso de apelación deducido de adverso dice: «ciertamente... el Anexo del contrato estaba firmado por los clientes. Circunstancia que nunca ha sido negada por esta parte y tampoco por la sentencia de instancia, dado que no se trata de un hecho controvertido».

»2) Respecto de la cláusula M (motivos de apelación cuarto segundo y cuarto tercero), cierto es que la sentencia apelada en la declaración de hechos probados que se contiene en el Fundamento Jurídico Primero no recoge el tenor literal íntegro de la misma, siendo cuestión distinta la relativa a la calificación, interpretación y valoración que de ella deba hacerse, que excede, obviamente del contenido propio de una declaración de hechos probados (artículo 209.2º LEC), por lo que tal cuestión deberá ser examinada con ocasión del examen del motivo de recurso que tiene por objeto el pronunciamiento de nulidad relativo a los contratos de depósito de alta rentabilidad (artículo 209.3º LEC).

»En este contexto, y a efectos de la declaración de hechos probados, basta ahora con decir que la estipulación M responde al siguiente tenor (abstracción hecha de las distintas ediciones del producto que la contienen):

»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... € (depreciación del...%), entonces la comisión sería del...%.

»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 Reutersa) se deprecia un 15%, la de (entidad emisora, en este ejemplo Deutsche Telekom) un 22,23 %, la comisión a aplicar atendería únicamente a la depreciación de (entidad emisora) y su cuantía será el 50% de 2,23; un 1,12%.

»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:...

»3) Alega la entidad Rural Caja no haber quedado acreditada la falta de información a los clientes que resulta de la declaración de hechos probados ni tampoco el perfil conservador de los mismos, a lo que la parte adversa opone que frente a la prueba practicada a instancia de ADICAE (declaraciones de los perjudicados y documental aportada) la adversa recurrente ninguna prueba ha traído tendente a acreditar lo que constituye el objeto de su oposición en orden a que los suscriptores del producto habían sido debidamente informados.

»El motivo de apelación no puede ser acogido, pues sin perjuicio de la prudente valoración que deba hacerse de las declaraciones de quienes han comparecido en calidad de perjudicados en el proceso, y por tanto directamente interesados en el resultado del procedimiento, y que obviamente han manifestado no haber



recibido un correcto asesoramiento, lo cierto es que de la documental aportada por la actora a la presente litis se obtiene la conclusión plasmada en la sentencia de instancia en lo que a esta cuestión se refiere, pues de la lectura de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se extrae la conclusión de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que éste pudiera hacer un juicio fundado de la inversión de que se proponía..."

»Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:

»"... 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..."

»Cuarto. En lo que a la acción de la acción de cesación se refiere en relación con el hecho de que la demandada dejó de usar el producto controvertido a partir del año 2000, lo que, a juicio de la recurrente hace improsperable la acción, nuevamente hemos de remitirnos al contenido de la sentencia de esta misma Sección de 14 de noviembre de 2005, en la que ya nos pronunciábamos sobre la cuestión con cita de un pronunciamiento anterior de la Audiencia Provincial de Madrid. Decíamos entonces y reiteramos ahora en relación con el artículo 12.2 LCGC y 10 ter LGDCU, que:

»"... 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".

»No consideramos de aplicación el contenido del FJ 5.º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 de enero de 2004 (caso Opening) en la que no se hizo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida al apreciarse por el Tribunal la inadecuación del procedimiento seguido, como resulta de la lectura de su parte dispositiva. Cierto es que en la expresada sentencia - que cita como norma invocada al artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios - se dice "... es innecesario



puesto que en el momento en que presenta la demanda ya no se concertaban cursos de inglés por Opening contratos de financiación para los mismos, ni era previsible que se reanudada esa actividad en un futuro inmediato...", pero no es menos cierto que tal manifestación se hace un contexto muy concreto y singular: el de la concertación de cursos de inglés vinculados a contratos de financiación por parte de una entidad que de facto había desaparecido del tráfico mercantil, circunstancia que, obviamente, no concurre en el supuesto que ahora se somete a nuestra decisión.

»Quinto. Es también objeto del recurso de apelación la declaración de nulidad de los contratos denominados "Depósitos de Alta Rentabilidad", "Anexo II" y "Depósitos Horizonte", en los términos que resultan del ordinal 5) del FJ 1.º de esta sentencia, a los que este tribunal debe dar la oportuna respuesta por imperativo de lo establecido en los artículos 465.4 y 218 de la LEC .

»1) En relación con la disconformidad que muestra la apelante frente a la declaración de nulidad de los contratos "Depósito de Alta Rentabilidad" - y sin perjuicio de lo que se dirá en su momento - comenzaremos indicando que compartimos la fundamentación jurídica de la sentencia apelada que califica como abusiva la estipulación M contenida en ellos con arreglo al contenido del artículo 10 bis de la LGDCU , pronunciamiento que no pudo realizar este Tribunal en la sentencia de 14 de noviembre de 2005 al haber quedado la cuestión fuera del debate en la apelación por no haber recurrido la demandante ADICAE el pronunciamiento relativo a la no calificación como abusiva de la expresada cláusula.

»Del artículo 8 de la LCGC resulta que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

»No cabe duda - y no ha sido cuestionado en el procedimiento - que los perjudicados amparados por la demanda presentada por ADICAE ostentan la condición de consumidores, señalando al efecto la doctrina científica que son requisitos para que una cláusula sea considerada abusiva que: a) Se trate de un contrato celebrado con un consumidor, b) que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente (pactadas y aceptadas por el consumidor de forma individual), como ocurre en este supuesto, permitiendo la calificación de la cláusula M controvertida como Condición General de la Contratación, y como declaramos en sentencia de 14 de noviembre de 2005 ; c) que produzca un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes no acorde con las exigencias de la buena fe, y así en el dictamen del Registro de Condiciones Generales de la Contratación se afirma respecto del apartado "c)" de la estipulación que: "...conviene resaltar que el apartado c) sí resulta de contenido abusivo, ya que para determinar la depreciación de valor sólo se tiene en cuenta la de aquellas acciones que han experimentado baja, sin compensar con las que han experimentado alza, tomando como base únicamente la de aquella acción que ha sufrido la baja más elevada y aplicando este mismo tipo a todas las restantes, computando un cuarto a cada una de tales acciones, pero sobre la base de mayor depreciación". Y añade: "También resulta anómalo y por tanto abusivo, que se haya acudido a cotizaciones de acciones de entidades extranjeras de difícil control por los clientes que realizan los depósitos, máxime si se tiene en cuenta que las inversiones de los mismos no se materializan en la adquisición de las acciones de tales sociedades, sino que simplemente se toman las mismas arbitrariamente para determinar la cuantía de la remuneración del depósito". Y concluye: "... se considera abusiva el apartado c) de la cláusula M) conforme al artículo 10.3º de la Ley 26/1984 de 19 de julio y artículo 8.2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril...". También resulta el desequilibrio prestacional entre las partes del informe de la CNMV; y d) que el carácter abusivo sea apreciado teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato del que éste dependa.

»No podemos acoger la afirmación de la recurrente en orden a que la indicada condición general de contratación cumple los presupuestos del artículo 7 de la LCGC en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo legal, y nos remitimos a cuanto tenemos dicho en sentencia de 14 de noviembre de 2005, dictada en el rollo de apelación 584/05 en el que procedimos al análisis de esta misma cláusula M, si bien dentro del contexto del proceso seguido también entre ADICAE y Rural Caja ante el Juzgado de Primera Instancia 22 de los de Valencia.

»Entonces dijimos que:

»"...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 éste 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 la [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".

»Según resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 "si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene porque repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, SSTs 16 octubre 1992 [RJ 1992\7826], 5 noviembre 1992 [RJ 1992\9221] y 19 abril 1993)".

»Conforme a tal doctrina, hemos de dar por reproducido el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia apelada en evitación de innecesarias y superfluas reiteraciones, introduciendo las oportunas correcciones, pues hemos de acoger el recurso de apelación de Rural Caja en lo relativo a que la consecuencia de la consideración como abusiva de la cláusula en cuestión no implica la ineficacia de todo el contrato. La sentencia apelada no ha tenido en consideración el contenido de los artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que regulan los efectos de la sentencia estimatoria en supuestos de nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, de los que resulta - entre otros extremos:-

»a) Que respecto de las condiciones generales del contrato la sentencia declarará la nulidad de aquellas que resulten afectadas. En el presente caso, la parte actora, en su demanda y en lo que a los contratos de depósito de alta rentabilidad se refiere, centra su petición en la cláusula M (Hecho Segundo , apartado b) y pide en el suplico de la demanda la eliminación de las cláusulas que se reputen nulas "determinando y aclarando eventualmente el contenido de dichos contratos que ha de considerarse válido y eficaz". La declaración de nulidad de la cláusula abusiva implica que se tenga por no puesta.

»b) Respecto del contrato en general, la sentencia ha de pronunciarse acerca de si pese a la nulidad de determinadas condiciones puede resultar eficaz con independencia de aquellas, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 23 de mayo de 2000 , pues en principio, la declaración de nulidad de una condición general de la contratación no determina la ineficacia total del contrato.

»Por tanto, respecto de la fundamentación de la sentencia que acogemos, hemos de precisar - corrigiendo la misma - que la declaración de nulidad no afecta a la totalidad del contenido de los contratos titulados depósito de alta rentabilidad - afirmación de la sentencia contenida al folio 363 de la que discrepamos - sino a la cláusula M controvertida, que es lo que se solicitó en el suplico de la demanda - folio 26 de las actuaciones - en relación con los antecedentes fácticos descritos en la misma.

»La propia parte apelada es consciente de la incongruencia en que incurre la parte dispositiva de la sentencia recurrida en lo que a este punto se refiere - alegación segunda, folios 427 y 428 de las actuaciones, en relación con el fallo de la sentencia al folio 368 de las actuaciones - cuando en respuesta a los motivos de apelación articulados de adverso indica que la "sentencia debe ser entendida en su conjunto y totalidad, debiendo existir una integración y coherencia con la demanda y demás pretensiones de las partes" y añade "dado que se ha producido una estimación de la demanda en su integridad, lo concedido a esta parte es lo solicitado en nuestro escrito de demanda...".

»Por lo demás, y para finalizar este apartado, hemos de reproducir asimismo el contenido de la doctrina que resulta de las sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1964, 20 de noviembre de 1973 , y 4 de enero de 1982 (entre otras) en lo que al vicio de consentimiento se refiere, pues el alto Tribunal 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 en que los clientes por razón de la confianza depositada en los directores de la entidad demandada suscribieron el producto en la creencia de que su inversión venía referida a un depósito a plazo fijo típico y no atípico con posibilidad de pérdida de parte del capital invertido, y al respecto ha declarado el Tribunal Supremo que no es necesario que el error esté basado en el dolo o la mala fe del otro contratante -que no concurre en el caso enjuiciado, como ya tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005 -, pues es suficiente valorar las consecuencias de la confianza suscitada.

»2) El ordinal sexto del recurso de apelación viene referido a la declaración de nulidad del Anexo II y de los "Depósito Horizonte" que resulta del contenido del FJ 6.º de la sentencia apelada. En relación con esta cuestión, hemos de remitirnos, nuevamente, a lo declarado por este Tribunal en sentencia de 14 de noviembre de 2005 en procedimiento seguido entre las mismas partes - en referencia a otros perjudicados -, en el que revocamos el pronunciamiento dictado en la instancia por el que se desestimaba la pretensión de nulidad formulada por ADICAE en relación con el Anexo II controvertido.



»Sirve ahora aquella fundamentación para confirmar - en relación con el Anexo II - el contenido del FJ 6.º de la sentencia ahora apelada, pues dijimos entonces - y es aplicable ahora- que:

»" 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 conocedora 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 pérdida - 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 su 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 aún 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 de 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 Opción 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, D. Damaso (CD 13 de 19, vídeo 22 a partir del minuto 56:30) cuando relató cómo en la operativa propia del ejercicio de las opciones, Rural Caja - 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 FJ 5.º de la presente resolución, que damos ahora por reproducida en evitación de innecesarias reiteraciones.

»La normativa de referencia aún 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,...."

»Respecto de los Depósito Horizonte conviene destacar ahora que la pretensión deducida por la actora en el apartado 3) del suplico del escrito de demanda se formuló en forma alternativa, al solicitar del Tribunal que declarara: "... nullos los contratos de Imposición Horizonte, restituyendo las cantidades depositadas en dicho concepto, compensando las pérdidas sufridas más los intereses legales correspondientes, o en su caso y a elección del perjudicado conservar dichos contratos declarando la obligación de la Caja de abonar dichas



imposiciones a su vencimiento con el interés pactado, pero abonando en caso de que dicha cantidad fuera inferior a la pérdida sufrida - incluyendo intereses legales - el importe de la diferencia" y fijando a continuación las bases que estimaba oportunas y que únicamente podrían calcularse "en el momento del vencimiento de la Imposición Horizonte, sea éste anterior o posterior a la sentencia lo que obligaría a determinarlo en ejecución de sentencia".

»Aun cuando en el suplico de la demanda se interesa la nulidad de tales contratos en la forma que se ha indicado en el párrafo precedente, lo bien cierto es que a lo largo del escrito de demanda - y concretamente en el Hecho Cuarto relativo a los mismos y a la compra de acciones que siguió en algunos casos a los contratos de depósito de alta rentabilidad - no se contiene indicación alguna que justifique tal pretensión en referencia concreta a los Depósito Horizonte, depósitos, que a diferencia de los que constituyen el núcleo central del procedimiento, no son atípicos sino típicos, y se ofertaron con la finalidad de compensar - en algún modo - a los clientes perjudicados por las pérdidas soportadas por los mismos con anterioridad. Tampoco en el escrito de oposición al recurso de apelación y a lo largo de todo el alegato décimo tercero - de ocho folios de extensión - se hace referencia alguna a los indicados Depósito Horizonte, pues la expresada entidad al combatir el motivo de oposición que se viene analizando en este apartado se centra exclusivamente en el Anexo II y en la compraventa de acciones, sin dedicar una sola línea a los contratos a que nos venimos refiriendo ahora.

»Es por ello que, ante la falta de determinación de la razón por la que se interesa la nulidad de los mismos, y por razón de la opción que se concede en orden a su conservación, debemos acoger en relación a los Depósito Horizonte el motivo de apelación, sin que quepa por tanto su declaración de nulidad, siendo asimismo de aplicación al caso las consideraciones que respecto a ellos se hizo por este Tribunal en la sentencia de 14 de noviembre de 2005 a efectos de cuantificación del perjuicio. Se decía - a la vista de que ADICAE consintió entonces el pronunciamiento desestimatorio de la nulidad de tales depósitos - que:

»"... 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..."

»Sexto. Constituye, finalmente, motivo de apelación, la cuantificación de los perjuicios que se contiene en el FJ 7.º de la sentencia de instancia.

»La entidad demandada acepta expresamente la relación de perjudicados que se contiene en el ordinal séptimo de la sentencia, por lo que tal relación de perjudicados no es controvertida.

»No obstante, queremos precisar que, pese a lo que se indica por Rural Caja no aparecen D.^a Tomasa , D. Norberto y D.^a Ariadna , a los que la recurrente se refiere de nuevo - como hiciera con ocasión de la alegación de la excepción de litispendencia - y que fueron ya relacionados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia que dio lugar a la tantas veces citada sentencia de esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005 .

»Lo que no acepta la recurrente son las bases utilizadas en la sentencia para la cuantificación que son las que resultan del "anexo explicativo aportado por la actora" y a tal efecto consideramos que el motivo de apelación debe ser acogido, y que la cuantificación del perjuicio sufrido por las personas relacionadas en la sentencia apelada debe verificarse con los mismos criterios fijados en su día en la sentencia de 14 de noviembre de 2005 , que enjuiciaba los mismos hechos en referencia a distintos perjudicados. La aplicación de este criterio es conforme con lo dispuesto en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el principio de igualdad que resulta del artículo 14 del Texto Constitucional tanto en su vertiente de igualdad ante la Ley, como en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley que implica que ante supuestos de hecho iguales las consecuencias sean las mismas y que en la actuación judicial las resoluciones judiciales sean idénticas cuando se analizan los mismos presupuestos de hecho, como han tenido ocasión de declarar tanto el Tribunal Constitucional (S n.º 23/81 de 10 de julio, 11/82 de 29 de marzo, 60/84 de 16 de mayo, entre otras) y las distintas Salas del Tribunal Supremo (SS de la Sala 3.ª de 28 de abril y 19 de noviembre de 1986, Sala 2.ª de 22 de abril de 1983 y 5 de julio de 1985 , entre otras).

»Siendo así, las declaraciones que hemos de realizar están presididas por la razón de aplicar idénticos criterios indemnizatorios a los diversos afectados por unos mismos hechos, y no son otras que las que seguidamente se relacionan - en coherencia con cuanto expusimos en la sentencia de 14 de noviembre de 2005 -:



»1) 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).

»No es suficiente, por tanto, la mera alegación de la parte actora en orden a los criterios seguidos para la cuantificación del perjuicio, sin que podamos estar sin más al anexo aportado por la misma. Por la representación de la entidad recurrente Rural Caja se aportó informe pericial del que resulta el cálculo individualizado de las pérdidas sufridas por los perjudicados amparados en la demanda de ADICAE (folios 213 a 234 de las actuaciones) y esa es la razón por la que, siguiendo los mismos criterios utilizados en el procedimiento seguido en su día ante el Juzgado de Primera Instancia 22 de Valencia - confirmada en tal extremo por esta Sección de la Audiencia Provincial - se ha de estar a la relación obrante al folio 347 de las actuaciones, que se incorpora seguidamente:

»[...]

»2) 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 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 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 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 de la orden de compra, en cada caso.

»3) 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.

»Nombre Anexo II Compra de acciones

- » Baltasar y Clara 600.000
- » Cosme y Enriqueta 600 000
- » Flora 14 537 023
- » Miriam 2 000 000
- » Rafaela 904 000
- » Justiniano y Marí Jose 904 000
- » Maximiliano y Adelaida 4 250 000
- » Araceli y Pascual 903 107
- » Romualdo 300 000
- » Celia 2 500 000
- » Encarnacion 2 500 000
- » Gabriela 6 500 000
- » Jose María y Carlos Daniel 750 000 333 236
- » Loreto 750 000
- » Micaela 1 500 000
- Piedad y Sandra 2 500 000
- » Alfonso 3 000 000
- » Amparo 1 425 000



» Ernesto y Isidora 500 000

» Marta y Gervasio 2 500 000

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

»1) Respecto de las causadas en la instancia debe revocarse el pronunciamiento que resulta de la sentencia recurrida, por cuanto que el contenido de la presente resolución altera la situación que resulta de aquella al implicar una estimación parcial de la demanda, razón por la que, por aplicación del artículo 394 de la LEC 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 parcial estimación del recurso de apelación implica, 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.

» Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general aplicación, así como 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 ».

QUINTO . - 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 art. 410 de la LEC como antecedente de la cosa juzgada material a que se refiere el art. 222 LEC , al desestimar la sentencia recurrida la excepción de litispendencia planteada en relación con la acción de cesación ejercitada por la actora ADICAE simultáneamente ante los Juzgados de primera instancia núms. 3 y 22 de Valencia».

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

La sentencia recurrida acepta la existencia de identidad de hechos y acciones entre ambos procesos ordinarios. Es más, la sentencia de instancia se remite repetidas veces a la sentencia de 15 de marzo de 2005 dictada en los autos n.º 821/2003 del Juzgado n.º 22.

Se discute, sin embargo, la identidad subjetiva.

Conforme el artículo 16 LCGC solo están legitimados para el ejercicio de las acciones del artículo 12 de dicha Ley (acciones colectivas) los sujetos que en aquel se citan, entre los que no están los consumidores individuales, pero sí las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

Entonces, si solo esta legitimada para el ejercicio de esta acción colectiva en el presente caso, ADICAE (y no individualmente los reclamantes) y la ejercita dos veces contra la misma persona (la entidad recurrente) y con el mismo objeto y por la misma causa, estamos ante la triple identidad subjetiva, objetiva y causal que se exige para que entre en juego el instituto de la litispendencia parcial y es posible que se dicten sentencias contradictorias.

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

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

Del sentido del precepto parece claro que el encabezamiento del mismo «Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados...», no le es predicable respecto del ejercicio de estas dos acciones: sus acciones individuales (las de la asociación como tal), en defensa de sus propios intereses y las acciones colectivas.

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

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 infracción del art. 410 de la LEC como antecedente de la cosa juzgada

material a que se refiere el art. 222 LEC , al desestimar la sentencia recurrida la excepción de litispendencia planteada en relación con los reclamantes citados por la actora ADICAE, D.^a Tomasa , D. Norberto y D.^a Ariadna , a su vez reclamantes en el proceso seguido ante el Juzgado n.º 22 de Valencia, procedimiento ordinario 821/2003 ».

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

Desde el principio, la demanda manifiesta que se insta el proceso en relación con, entre otras, las tres personas citadas que también fueron citadas en el proceso ordinario n.º 821/2003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia por los mismos hechos y las mismas acciones. Y a pesar de haberse denunciado esta identidad subjetiva, ADICAE, en ningún momento rectifica. Ahora bien en un «Anexo explicativo de pérdidas» que aporta a petición del Juzgador el día del juicio oral, también es cierto, que no se contiene ninguna referencia a estas personas.

La circunstancia de que en dicho Anexo explicativo no se haga referencia alguna a dichos reclamantes no impide en absoluto que no habiendo aclarado la actora su demanda en este extremo (como pudo haberlo hecho en la audiencia previa), se declare la litispendencia en relación con estos reclamantes.

Si la propia sentencia recurrida sostiene que la acción colectiva de cesación ha de entenderse ejercitada en representación de las personas físicas que se citan, (argumento que no comparte conforme a lo indicado) la circunstancia de que estos tres reclamantes no aparezcan en un listado que cuantifica un resarcimiento, en ningún caso, excluye la litispendencia por concurrencia de triple identidad subjetiva, objetiva y causal, en relación con los mismos entre el proceso ordinario n.º 821/2003 y la presente litis.

Motivo tercero. «Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC , por incongruencia en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del artículo 218.1 de la LEC, al declarar la nulidad del Anexo II por propagación de la ineficacia del contrato y por error vicio del consentimiento, habiéndose solicitado en la demanda rectora del procedimiento la declaración de nulidad de las cláusulas que se estimasen abusivas del citado Anexo II».

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

Aunque la sentencia recurrida manifiesta que la normativa no fue inicialmente citada por la demandante, pero «fue apuntada», la sentencia recurrida toma 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, y no la totalidad del propio Anexo II, cláusulas de comisión o remuneración por otra parte inexistentes en dicho Anexo II.

Delimitado el objeto de la demanda como se delimitó, en la medida que no era objeto principal de la demanda en relación con esa cláusula de comisión o remuneración del Anexo II , la denuncia de vicio en el consentimiento, no cabría estimar la nulidad en la forma y sobre el objeto en que estaba invocada por ADICAE.

Motivo cuarto. «Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC , por incongruencia en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del art. 218.1 de la LEC , al incluir la sentencia recurrida la cuantificación correspondiente a la compra directa de acciones, cuya nulidad no ha sido declarada en la sentencia de instancia».

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

La sentencia de instancia declara la nulidad de los Depósitos de Alta Rentabilidad, del Anexo II y de los Depósitos Horizonte pero no de los contratos de compraventa de acciones (FD 6.º a la que se remite la sentencia de apelación y amplía en su FD 5.º, apartados 2) y 3)).

La sentencia recurrida no revoca la sentencia de instancia en el sentido de extender la nulidad declarada a los contratos de compraventa de acciones distintos al Anexo II.

En el FJ 6.º, apartado 3) se contiene un cuadro (en pesetas), en el que distingue como cantidades afectadas por la declaración de nulidad (al amparo del artículo 1303 CC), las del Anexo II y la de contratos de compraventa de acciones distintos a dicho Anexo II, cuya nulidad no fue declarada ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación.

No declarada expresamente la nulidad de los contratos de compraventa de acciones distintos al Anexo II, la cuantificación de las devoluciones e indemnizaciones debería excluir el importe que se relaciona en la tabla del FD 6.º apartado 3) de la sentencia recurrida.

Motivo quinto. «Por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469 de la LEC , por incongruencia en que incurre la Sentencia recurrida, con infracción del art.



218.1 de la LEC . Esta vulneración se invoca "ad cautelam" por si debiera entenderse que la sentencia recurrida declara de forma implícita la nulidad de la compra directa de acciones, nulidad no declarada por la sentencia de instancia, ni instada mediante recurso de apelación».

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

La sentencia recurrida manifiesta en su FD 6.º, apartado 2) que consecuencia de la declaración de nulidad del Anexo II y de la compra directa de acciones litigiosas, es la que resulta del artículo 1303 CC y posteriormente en el apartado 3) se incluye en la cuantificación de los importes objeto de devolución e indemnización a estos contratos de compraventa directa de acciones, distintos del Anexo II.

Podría entenderse que la sentencia recurrida declara implícitamente la nulidad de dichos contratos. Para este caso, incurre en incongruencia.

De considerar, por la línea antes transcrita que contiene la sentencia recurrida que implícitamente declara esta nulidad se produciría una *reformatio in peius* .

Termina solicitando lo que se recoge en el siguiente AH.

SEXTO . - 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. «De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , infracción de los artículos 1265 y 1266, ambos del Código Civil , sobre error como vicio del consentimiento, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 21 de abril de 2004 y 30 de mayo de 1995 , entre otras, en relación con la ausencia de prueba del error.»

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

Se declara por la sentencia recurrida la nulidad por error vicio de consentimiento del Anexo II, por remisión a los razonamientos de la sentencia del mismo tribunal de apelación de 14 de noviembre de 2005 y al FJ 6.º de la sentencia de instancia.

Sin embargo, en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, no alterados por la de apelación, respecto del Anexo II no se declara la existencia de un error en el consentimiento.

Sobre la base de estos hechos declarados probados, en su FD 6.º la sentencia de primera instancia declara la nulidad no por error en el consentimiento sino por propagación de la ineficacia contractual de los Depósitos de Alta Rentabilidad a estos contratos subsiguientes.

La sentencia de apelación acepta los hechos declarados probados y reproduce literalmente el contenido de su sentencia de 14 de noviembre de 2005 , en la que se contienen una serie de razonamientos sobre error en el consentimiento.

Con ello se conculcan los artículos 1265 y 1266 CC conforme a la jurisprudencia.

Cita la STS de 21 de abril de 2004 sobre la exigencia de prueba del error en el consentimiento.

En el mismo sentido, cita la STS de 30 de mayo de 1995 .

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, a los que la de apelación recurrida se remite, en ningún caso, manifiestan la existencia de un error en el consentimiento de los contratantes de los denominados Anexo II, salvo que en la expresión genérica y vaga «de que carecían de conocimiento alguno sobre el mundo de los valores» quiera apreciarse como probado un error en el consentimiento contractual, lo que no parece razonable.

Motivo segundo. «De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , infracción de los artículos 1265 y 1266, ambos del 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 el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida en relación con la nulidad por vicio del consentimiento del Anexo II».

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

Las SSTS citadas, analizando las características del error vicio del consentimiento reiteran el principio consagrado por la jurisprudencia de que tal error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia.



Los tribunales se han ocupado en innumerables ocasiones de los efectos entre contratos vinculados a la adquisición de acciones en el sentido de no propagar los posibles defectos de unos a otros. Estas resoluciones se centran básicamente en los contratos de financiación de la compra de acciones pero no existe motivo alguno para no trasladar su doctrina a supuestos, como los que nos ocupan, en que se adquieren de manera fiduciaria (An ex o II) acciones con la finalidad especulativa de recuperación de una pérdida previa.

Así la SAP de Madrid de 13 de marzo de 2001 - que cita otras de la propia Audiencia de 22 de marzo de 1999- y la SAP de Córdoba de 23 de julio de 1998 , en las que se sienta la tesis de inexistencia de error en sustancia, señalando la última de las citadas que a nadie se le escapa que la compra de acciones que cotizan en bolsa supone la asunción de un riesgo dadas las continuas fluctuaciones.

Como sentencias de contraste menciona la propia sentencia recurrida y la del mismo tribunal de apelación de 14 de noviembre de 2005 que no siendo firmes reflejan el criterio de la Audiencia Provincial de Valencia que no parece asumir la tesis de las anteriores y no menciona otras adicionales en sentido análogo dada la singularidad del objeto de la acción ejercitada que impide se produzca la necesaria coincidencia buscada.

Los términos en que se argumenta por la sentencia recurrida consistentes en la reproducción literal de otra sentencia de la Audiencia de 14 de noviembre de 2005 , le obliga a reproducir el motivo casacional formulado por Ruralcaja al recurrir contra la citada sentencia de 14 de noviembre de 2005 , pues la sentencia de primera instancia dictada de la que dimana la sentencia recurrida nada dice sobre un supuesto error invalidante.

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 por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido».

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

Las sentencias de la Sala invocadas en el encabezamiento de este motivo aun cuando relativas a supuestos en los que se invoca nulidad plena, con carácter general, en interpretación del artículo 6.3 CC , recogen el principio de extrema prudencia y criterios flexibles en la apreciación de esta nulidad, principio jurisprudencial que recoge el artículo 10 LCGC .

Cita la STS de 17-10-1987 .

Esta doctrina 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 de octubre de 1977 y las que en ella se citan y de 4 de diciembre de 1986).

Este criterio jurisprudencial, reflejado en el artículo 10 LCGC cuando prevé que la declaración de nulidad de las cláusulas de las condiciones generales no determinara la ineficacia total del contrato, otorgando preferencia a la conservación del mismo, es el trasunto normativo del principio general de conservación de los contratos.

Registrada la pérdida como consecuencia del contrato, los subsiguientes concertados para paliar dichas pérdidas ya constatadas y sin influencia, por tanto, en los contratos posteriores, sin perjuicio de que sean o no declarados nulos por otros motivos, no pueden serlo automáticamente por la mera propagación de la nulidad del primero dado que en si mismos son perfectamente viables.

Este criterio lo mantiene también la sentencia recurrida en relación con los Depósitos Horizonte. Así, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valencia, en su FD 6.º, declara la ineficacia total, por aplicación de la doctrina de la propagación de ineficacia de los contratos a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido, de los contratos subsiguientes Anexos II y Depósito Horizonte.

Motivo cuarto. No ha sido admitido.

Motivo quinto. «De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del art. 1281 del Código Civil , y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias de fecha 24 de febrero de 1988 y 20 de enero de 2000 , que permiten atacar la interpretación realizada por las sentencias cuando la misma fuera ilógica, arbitraria, absurda o contraria a ley».

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

El informe del Registrador Encargado del Registro de Condiciones Generales de la Contratación fue aportado a los autos, pero más que valorar el mismo, el tribunal de apelación asume como propias las interpretaciones que del contrato (y en concreto el apartado c) de la cláusula M) realiza aquel.



De tal forma, se reputa abusivo el apartado c) de la cláusula M) al amparo del artículo 8 LCGC, en síntesis por dos motivos:

a) Porque se produce un desequilibrio en las prestaciones porque las acciones, el activo subyacente de los productos comercializados por Ruralcaja son extranjeras. Es cierto que tales acciones eran de entidades extranjeras como consta en autos. Pero de ahí interpretar que se produce un desequilibrio entre las partes porque una cláusula esté referenciada a acciones extranjeras, se aparta de la lógica y resulta arbitraria la interpretación del contrato que se contiene en la sentencia.

b) Porque interpreta la citada cláusula c), asumiendo como propio el análisis del Registrador de Condiciones Generales de la Contratación, análisis que se aparta de su dicción literal que la sentencia recurrida reproduce literalmente en su FD 3.º, apartado 2). De su lectura entiende que existe una lejanía entre la interpretación que asume el tribunal de apelación y su literalidad.

De la interpretación del tribunal de apelación resulta que no se compensaban las acciones que subían con las que bajaban, se tenía en cuenta solo la depreciación más elevada (la que más había caído en su cotización) y ese porcentaje de depreciación más alto se aplicaba a la totalidad del dinero depositado para determinar la pérdida.

Sin embargo, de la lectura de la cláusula queda claro que al tiempo de la liquidación del contrato, ciertamente no se tendrían en cuenta las acciones que se hubiesen revalorizado, del mismo modo que tampoco se tendrían en cuenta (-en beneficio del cliente-) todas las acciones que se hubiesen depreciado sino solo las que hubiesen experimentado una depreciación superior al 20 % (si todas las acciones hubiesen caído a la vez, cada una de ellas, un 19%, los clientes no hubieran sufrido pérdida alguna en sus depósitos). La bajada de esas acciones no se aplicaba enteramente sino solo en la parte que excediere al 20 %. Y de ese exceso del 20 %, no se aplicaba todo, sino que se ponderaba en función del peso de la acción que hubiera bajado más de un 20 % sobre la totalidad del depósito.

La sentencia recurrida infringe el artículo 1281.1 CC, al considerar abusiva una cláusula sobre la base de una interpretación que se aparta arbitrariamente del contenido literal de la misma y que incluso contraria lo pactado.

Cita la STS de 20 de enero de 2000 sobre interpretación de los contratos.

Motivo sexto. «Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC, por infracción del art. 1303 del Código civil y de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en aplicación de este precepto, entre otras la Sentencia de 22 de noviembre de 2005 y de 18 de enero de 1904 citada por la anterior, todo ello en relación con la inclusión en la sentencia recurrida de las cantidades correspondientes a la compra directa de acciones como importes objeto de restitución, sin que haya sido declarada en la sentencia de instancia ni en la recurrida la nulidad de la compra directa de acciones, no debiendo por tanto ser dichas cantidades cuantificadas a tales efectos restitutorios al no ser materia ni precio del contrato anulado».

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

Las SSTS citadas al interpretar el alcance del art. 1303 CC manifiestan que las restituciones solo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente cuando ha sido declarada la nulidad. No habiéndose declarado la nulidad de la compra directa de acciones no cabe incluir las citadas cantidades entre las afectadas por la declaración de nulidad.

Cita la STS de 22 de noviembre de 2005.

De esta forma, aplicando a sensu contrario la jurisprudencia invocada resulta que en el presente caso se ha infringido el citado artículo 1303 CC, precisamente por inexistencia de una declaración expresa de nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones ni en la sentencia de instancia ni en la de apelación.

Termina solicitando de la Sala «[...] que admita el conocimiento de los recursos extraordinarios interpuestos en este escrito y, tras los tramites 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, tercera y cuarta, por fundarse en infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia; y, en relación con la última de las alegaciones indicadas, si fuera desestimada porque debiera entenderse que la sentencia recurrida declara implícitamente la nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, se digne el Alto Tribunal, ante el que tenemos el alto honor de dirigirnos, estimar que la sentencia de apelación objeto de este recurso incurre en la infracción quinta alegada ad cautelam para este específico supuesto, casándola y anulándola igualmente.



»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, la nulidad por abusiva de la cláusula M) de los Depósitos de Alta Rentabilidad objeto de la litis, y la estimación de la acción de cesación, pronunciamientos que se contienen en la sentencia recurrida por confirmación de la sentencia de instancia. Y case y anule, igualmente, la resolución recurrida por la inclusión, en la cuantificación de las cantidades a devolver e indemnizar ex artículo 1303 CC con las que condena a mi defendida, de los importes relativos a los contratos de compraventa directa de acciones que no fueron declarados nulos ni en la sentencia de instancia ni expresamente en la ahora recurrida».

SÉPTIMO . - Por ATS de 14 de abril de 2009 se admitieron los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación (excepto el motivo cuarto), al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por concurrir interés casacional.

OCTAVO . - 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.

Conforme establece la sentencia recurrida, no puede ser acogida la listispendencia parcial denunciada por la recurrente, pues si bien es cierto que la parte activa y pasiva coinciden en ambos litigios, la acción ejercitada por ADICAE es una acción colectiva actuando en defensa de los intereses de unas personas físicas concretas relacionadas en la demanda, ejercita la acción de cesación y acumulada de devolución de cantidades y resarcimiento de daños y perjuicios. En definitiva, no existe la perfecta identidad subjetiva dado que se acciona en interés de distintos perjudicados en uno y otro pleito.

En este sentido, la resolución recurrida cita la SAP de Madrid, Sección 14.ª de 29 de enero de 2002 , a propósito de la legitimación de una asociación de consumidores que había instado una acción de grupo.

Conforme se indicó en la demanda, ADICAE actúa para defender los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación conforme al artículo 11.1 LEC .

La Asociación actúa en nombre propio en cuanto defiende intereses propios como persona jurídica o de los intereses generales de los asociados pero en cuanto pide para dichos asociados una indemnización que habrá de ingresar en el patrimonio de éstos, actúa en nombre y por cuenta de intereses ajenos con independencia de que ejercite acciones colectivas.

En contra de la interpretación de la entidad recurrente del artículo 12 LCGC , el hecho de que para el ejercicio de la acción de cesación únicamente estén legitimadas determinadas entidades no significa que no se esté actuando en nombre de sus asociados y por unos intereses concretos.

Por otro lado, y como sabe RuralCaja por auto de 19 de diciembre de 2005 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia , rollo n.º 584/05 (con ocasión de una aclaración), se establece que no son extensibles los efectos de la sentencia de 14 de noviembre de 2005 (autos n.º 821/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia). En definitiva, la Audiencia resuelve que como el procedimiento se siguió con otros perjudicados no es posible la extensión de efectos. Circunstancias que constan en las actuaciones, pues dicho auto fue aportado por esta parte por escrito de 20 de febrero de 2006 . De esta forma, en caso de aceptarse la tesis de la entidad recurrente, los consumidores representados por ADICAE en este pleito quedarían desamparados, pues conforme a dicho auto no se produce la extensión de efectos de la anterior sentencia.

Al segundo motivo.

Los afectados no aparecen como perjudicados en la presente litis como resulta de la lectura de la demanda y de la sentencia recaída en la instancia.

Al tercer motivo.

La parte recurrente alega que la sentencia recurrida incurre en incongruencia a tenor no de la acción ejercitada sino por alteración del objeto de la acción y los hechos objeto de debate.

No existe la supuesta alteración de hechos invocada, pues en la demanda se denunció la falta de claridad, transparencia e información de la entidad RuralCaja conforme exige la normativa protectora del consumidor y también la buena fe contractual y la especial relación de confianza que existe en las relaciones banco-cliente y se alegó que esa falta de información y transparencia conlleva en estos casos un «plus de diligencia», dado que RuralCaja, como entidad financiera especializada, les informó que para recuperar la pérdida suscribieran



el Anexo II a pesar de que había visto las pérdidas que la evolución de dichos valores habían producido suponiendo una capacidad de análisis y evaluación de riesgos a sus clientes cuando era necesaria una determinada preparación financiera.

Se refiere ADICAE a los hechos 1.º y 2.º de su demanda en los que denuncia la falta, igualmente, de transparencia e información de RuralCaja, pues la forma que presentó el producto fue errónea al tratarlo como una imposición a plazo fijo de forma que ni la cláusula M de los contratos de Depósitos de Alta Rentabilidad ni el Anexo II de los E-20 reunían los requisitos de claridad, sencillez y concreción exigidos.

En la audiencia previa al juicio donde quedaron fijados 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 objeto de la demanda 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 y la influencia que pudo tener esa falta de información y transparencia en la prestación del consentimiento por parte de los clientes afectados.

Fijados los hechos controvertidos y objeto de debate a través de la demanda, la contestación y la audiencia previa durante el juicio oral se invocaron los mismos hechos sin que la parte recurrente adujera, en ningún momento, variación de tales hechos.

No se altera el objeto de la acción, en todo momento se denunció su nulidad por la falta de transparencia e información, indicándose igualmente que procedía la declaración de nulidad del Anexo II y de la compraventa de acciones no sólo por la existencia de error en el consentimiento sino también por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan relación con el inválido.

Al motivo cuarto.

Con carácter previo, manifiesta que en caso de existir esta infracción, circunstancia que niega expresamente, no se ha denunciado en la instancia por lo que no concurre el presupuesto necesario del artículo 469.2 LEC .

Había sido objeto de apelación la cuantificación del perjuicio por los motivos expuestos por la recurrente en su escrito de apelación, estimando los mismos la sentencia ahora recurrida (FD 6.º, apartado 1 y 2). Pero RuralCaja omite que no impugnó y recurrió las cantidades referentes a la compraventa de acciones como se desprende de la sentencia recurrida en el citado FJ y de su escrito de apelación.

El anexo explicativo de las pérdidas aportado por ADICAE indicaba las cantidades a restituir por la declaración de nulidad de la compraventa de acciones sin que la entidad recurrente impugnara dicho extremo en su recurso de apelación.

En definitiva, lo que impugnó y estimó la sentencia recurrida eran únicamente las bases de cálculo, pues ADICAE no tuvo en cuenta para determinar las cantidades a devolver, los intereses que se obtuvieron por algunos clientes como consecuencia de la suscripción de determinadas imposiciones a plazo fijo típicas que se ofrecieron a algunos de ellos para paliar una mínima parte de sus pérdidas.

No obstante, como expuso en su oposición al recurso de apelación (alegación segunda), conforme consta en el suplico de la demanda y en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, ADICAE, solicita entre otros, declarar nulas las compraventas directas de acciones y condenar a la Caja a restituir a los demandantes la cantidad invertida en las mismas. La sentencia de instancia estima la demanda en su integridad y acoge la totalidad de los pedimentos de ADICAE. Ésta no solicitó aclaración, ni recurrieran ese extremo, ni denunció la supuesta infracción, presupuesto necesario para formular el motivo.

Al motivo quinto.

No se ha producido una *reformatio in peius* ni se ha concedido más de lo pedido, pues en la demanda se solicitó la nulidad de la compra directa de acciones como también en la audiencia previa y en el juicio oral.

Al recurso de casación

Al motivo primero.

Se opone a lo manifestado por la recurrente, pues de una lectura íntegra de la sentencia de instancia se desprende que sí declara como hecho probado dicho error en el consentimiento.

Para la resolución del presente motivo, no podemos estar únicamente a los hechos transcritos en el FJ 1.º de la sentencia de instancia sino a todos aquellos hechos que se consideran como probados en el resto de FJ (FJ 4.º y 6.º).



En consecuencia, a lo largo de toda la sentencia de instancia se introducen los hechos que han sido declarados probados; existe, por tanto, una declaración de hechos probados que declaran la existencia del error en el consentimiento sin que produzca infracción alguna de los artículos 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia citada.

Al motivo segundo.

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

En atención a lo expuesto, 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, sino que la suscripción de los mismos se debió a que la información que facilitó Ruralcaja a los clientes fue que suscribieran el Anexo II, pues con ello recuperarían su dinero, existiendo una falta de información en cuanto a los riesgos de la operación en personas que tenían un perfil claramente conservador.

Concurren los elementos necesarios para que se de el error como vicio del consentimiento: a) que recaiga sobre la esencia de la cosa; b) que sea excusable. Por tanto, no existe infracción de los artículos 1265 y 1266 CC ni de la jurisprudencia citada.

La sentencia recurrida declara que los afectados ignoraban la naturaleza y funcionamiento de las opciones que solicitaban a la Caja en el documento que firmaban debido a que la Caja ya estaba vinculada por razón de los contratos de Opción Put Europea que tenía concertados con la entidad Banco Cooperativo Español.

Lo anterior, unido a la falta de transparencia e información que se denuncia a lo largo de toda la sentencia recurrida sin tener en cuenta el perfil del cliente y sus intereses por los que debe velar difícilmente puede llevar a la conclusión de que los afectados sabían perfectamente lo que firmaban como se ha declarado en la sentencia recurrida.

Confunde la entidad 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 la recuperación del dinero perdido. En cuanto al segundo de los requisitos exigidos- que sea inexcusable-concorre en el presente caso, pues de la prueba documental y testifical practicada se concluye que los clientes operaron con la diligencia que es normal en estos casos confiando en la buena fe del director y sus consejos.

Con relación a este requisito, Ruralcaja manifiesta que existieron una pluralidad de opciones (Anexo II o compra de acciones;) pero según la sentencia recurrida no existieron varias opciones: el Anexo II únicamente estaba previsto para aquéllos que habían contratado el Depósito de Alta rentabilidad E-20, y no para el resto de depósitos; la compra de opciones se dio en el resto de depósitos con la particularidad de que se trataba de las acciones que la entidad recurrente había tenido que adquirir como consecuencia del contrato de Opción Put Europa suscrito con Banco Cooperativo Español.

En cuanto a las sentencias citadas por la entidad recurrente (SAP de Madrid de 13 de marzo de 2001 que cita otras de la propia Audiencia de 22 de marzo de 1999 y la SAP de Córdoba de 23 de julio de 1998), así como las del Tribunal Supremo precisa que en el presente caso, nos encontramos ante una contratación bancaria ostentando los perjudicados la condición de consumidores lo que implica la aplicación del marco especial de tutela que resulta de la normativa tuitiva que le es aplicable. Dada la especial complejidad del sector financiero, es necesario dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual como en la contractual.

Igualmente, hay que tener en cuenta el perfil del inversor, pues a diferencia de los supuestos de las sentencias citadas por la entidad recurrente, en el presente caso se ha declarado como hecho probado que los clientes eran de un perfil conservador que suscribían imposiciones a plazo fijo típicas y que no tenían conocimientos financieros y que el producto se presentó de forma incorrecta y abusiva según la CNMV y el Registro de las Condiciones Generales de Contratación.

Al motivo tercero.

De una lectura íntegra del FJ 5.º, apartado 2.º de la sentencia recurrida se observa que no declara la nulidad del Anexo II únicamente 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.

En definitiva, que 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.



No obstante, en relación con el principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guarden relación con el inválido se ha mantenido que en ausencia de norma legal no caben reglas generales para determinar cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione o se apoye. Ha de atenderse, ante todo, al propósito negocial concreto teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. Si ambos contratos cooperan al logro de un mismo resultado buscado por las partes, la ineficacia de uno origina la ineficacia de los demás cuando sin él ya no puede lograrse ese resultado.

En el presente caso difícilmente no puede operar el principio de la propagación de la ineficacia contractual cuando el Anexo II no sólo se configuró como continuación del contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20, sino que, además, su suscripción implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida y percibida por Cajarural conforme a la cláusula M declarada nula.

En definitiva, declarada la nulidad de la cláusula M, difícil cobertura tiene la existencia del Anexo II, que nunca se hubiera configurado de no existir la cláusula M.

Las sentencias citadas por la entidad recurrente establecen la prudencia en cuanto a declarar la nulidad radical en virtud del artículo 6.3 CC, no procediendo 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.

Al motivo quinto.

En el presente caso, la interpretación no es ilógica, absurda o contraria a derecho sin que se aporte por la recurrente ningún dato objetivo que identifique irracional o arbitraria la interpretación del Juzgador que se ha basado no sólo en los dictámenes emitidos por organismos especializados en la materia, -objetivos e independientes-, sino también en el resto de la prueba documental aportada, concretamente los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad.

Una cosa es la no conformidad con la interpretación dada por el Juzgador y otra muy diferente es que se haya realizado de forma arbitraria e irracional.

En cuanto a que la sentencia hace suya la interpretación del dictamen del Registrador de las Condiciones Generales de la Contratación que a juicio de la recurrente no se corresponde con la literalidad de la cláusula, siendo una interpretación ilógica, de la documentación aportada (documento n.º 15 del escrito de contestación a la demanda, contratos de opción suscritos con Banco Cooperativo Español), consta que Banco Cooperativo Español suscribió 10 contratos Opción Put Europea con RuralCaja, actuando como vendedor de la citada opción la entidad demandada y como comprador de la opción Banco Cooperativo Español.

En cada uno de estos contratos el activo subyacente eran las acciones base de los depósitos de alta rentabilidad que firmaron los clientes. Mediante este contrato, Banco Cooperativo Español abona a RuralCaja una prima. Por la totalidad de los contratos suscritos recibe la cifra de 2 826 800, con el fin de que a la fecha de vencimiento pueda ejercitar su derecho de venta dependiendo de la cotización de las acciones en ese momento.

En el caso de que el Banco Cooperativo Español ejercitara dicho derecho, RuralCaja se vería obligada a comprar las acciones o a liquidar su importe. Para ello entre ambas entidades bancarias pactaron un precio denominado «precio strike» por el que se disminuye en un 20% del valor de cotización en el momento de la suscripción del contrato.

De esta forma, suponiendo que la acción en ese momento cotizaba a 100 euros ambas partes pactan que independientemente de como cotice la acción en el momento de ejercitar la opción se venderán por 80 euros (precio inicial de cotización disminuido en un 20%). Por ello, si el valor de la acción fuera 90 euros, Banco Cooperativo Español no ejercitaría nunca su opción, pues vendría obligado a vender las acciones a RuralCaja por 80 euros perdiendo 10 euros por acción. Por lo tanto, Banco Cooperativo Español, titular de la opción, nunca la ejercitaría «en pérdidas» sino que sólo la ejercitará para al menos recuperar su inversión, trasladando el riesgo a RuralCaja, que los trasladó a los contratantes por vía de la comisión descrita en la cláusula M de los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad. Circunstancias recogidas en la sentencia recurrida y en la resolución de la CNMV.

Estas acciones por la naturaleza propia de dichos contratos son de alta volatilidad, esto es, índices que presenten grandes subidas o bajadas, pues de lo contrario aquel que abona la prima, esto es, el titular de la opción y quien puede, por tanto, ejercitar su derecho de venta no lo contrataría dado que las acciones no bajarían en gran medida y, por tanto, nunca ejercitaría su derecho de venta.



Según Ruralcaja la interpretación es ilógica y arbitraria porque se dice que sólo se tienen en cuenta las acciones que han experimentado baja en su cotización cuando del apartado c), de la cláusula M (que se transcribe), estrictamente resulta que sólo se tendrán en cuenta las acciones que se hayan depreciado más de un 20 % al vencimiento del contrato.

Lo que manifiesta tanto la sentencia recurrida como el dictamen del Registro de Condiciones Generales de la Contratación es que resulta abusivo porque para determinar la depreciación de valor solo se tienen en cuenta la de aquellas acciones que han experimentado baja sin compensar con las que han experimentado alza.

Según Ruralcaja se interpreta por el tribunal de apelación que se tienen en cuenta las acciones que han experimentado la mayor baja, aplicando este mismo tipo a todas las restantes. Lo que manifiesta la sentencia recurrida es que se toma como base la de aquella acción que ha sufrido la baja más elevada (circunstancia que se indica en la propia cláusula), aplicándolo a todas las acciones computando un cuarto a cada una de tales acciones (esto es ponderado a un 25%). Igualmente, la comisión se aplicaba a la totalidad del dinero depositado como se establece en el apartado b) de la citada cláusula M.

Al motivo sexto.

Por economía procesal se remite a los motivos cuarto y quinto del escrito de oposición al recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo manifestado, la entidad recurrente parte de una idea equivocada, pues sí ha sido declarada la nulidad de la compraventa de acciones, pues la sentencia de instancia estimó en su integridad la demanda. Ciertamente, la sentencia recurrida, estima parcialmente el recurso de apelación de Ruralcaja pero únicamente en cuanto al pronunciamiento relativo a la nulidad de los Depósitos de Alta Rentabilidad, objeto de la acción de cesación, que afectará a la cláusula M incorporada a los mismos y no a la totalidad del contrato así como la no declaración de nulidad de los contratos Depósito Horizonte.

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 168/06 de fecha 26 de abril de 2006 , 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 26 de abril de 2006, 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».

NOVENO . - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 26 de mayo de 2010, en que tuvo lugar.

DÉCIMO . - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

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

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

DF, disposición final.

FFJJ, fundamentos jurídicos.

FJ, fundamento jurídico.

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

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

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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 expesa 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 documentos. En una primera página 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, consta en su parte superior la denominación de Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad (E-20, 21...). En la parte superior del contrato se encuentra la firma del cliente y la de los representantes de la Caja. Entre las condiciones particulares, igualmente impresas a máquina como el resto de condiciones, consta "capital no garantizado según condiciones de anexo". A continuación constan las condiciones generales, en una letra tan pequeña que se lee con dificultad.

En la segunda hoja con la letra impresa en negro consta un documento denominado "Condiciones particulares adicionales del contrato de imposición a plazo fijo. Depósito de alta rentabilidad E-20, E-21...", en la que consta, entre otras una cláusula M, con el siguiente texto:

»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... € (depreciación del...%), entonces la comisión sería del...%.

»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 Reutersa) se deprecia un 15%, la de (entidad emisora, en este ejemplo Deutsche Telekom) un 22,23 %, la comisión a aplicar atendería únicamente a la depreciación de (entidad emisora) y su cuantía será el 50% de 2,23; un 1,12%.

»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: [...]»

3. Resulta acreditado que no se ofreció a los clientes una información sobre los riesgos de este producto y no se les informó de forma detallada de las características del producto ni del riesgo de pérdida del capital invertido. La mayoría de los suscriptores de estos contratos eran personas con un perfil eminentemente conservador, que suscribían tradicionalmente imposiciones a plazo fijo típicas.

4. Cuando los clientes se dieron cuenta del cargo correspondiente a la pérdida se sorprendieron y acudieron a su oficina para protestar, ya que pensaban que era una imposición a plazo fijo en la que el capital se encontraba garantizado. Ante esto la Caja ofreció a sus clientes varias soluciones para recuperar su dinero. Entre estas soluciones, se les ofreció el "Anexo II" (a los suscriptores del E-20), para comprar las acciones, esperar a que subiera la cotización y venderlas para recuperar las pérdidas. Esta solución se ofreció a los clientes a pesar de que carecían de conocimiento alguno sobre el mundo de los valores. Otra de las soluciones que se ofreció a los clientes son los "Depósitos Horizonte".

5. La Caja Rural desde el año 2000 no ha vuelto a comercializar este producto.



6. ADICAE presentó demanda dirigida contra Caja Rural de Valencia.
7. El Juzgado de primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos denominados Depósitos de Alta Rentabilidad, y la nulidad del anexo II y de los Depósitos Horizonte. Ordenó eliminar, en virtud de la acción de cesación ejercitada, la cláusula M) de los citados contratos; y condenó a la entidad demandada devolver determinadas cantidades, más los intereses legales e impuso las costas a la demandada.
8. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Caja Rural de Valencia y declaró que: (a) el pronunciamiento de nulidad relativo a los contratos denominados "Depósito de Alta Rentabilidad" objeto de la acción de cesación ejercitada por la entidad ADICAE afecta exclusivamente a la cláusula M y no a la totalidad del contrato; (b) no había lugar a declarar la nulidad de los contratos Depósito Horizonte, los que se tendrían en consideración a los efectos de la cuantificación de la devolución de cantidades e indemnizaciones; (c) en cuanto a las cantidades objeto de devolución e indemnización se estaría los criterios fijados en los FFJJ de la sentencia; (d) no se imponían las costas de la primera instancia y (e) se confirmaba la sentencia en los restantes pronunciamientos.
9. Se fundó, en síntesis, en que: (a) no se aprecia litispendencia respecto de otro proceso anterior entre ADICAE y la misma demandada por tratarse del ejercicio de una acción colectiva en defensa de personas físicas determinadas, como titulares de la indemnización solicitada, únicos a los que afecta la cosa juzgada; (b) respecto de tres concretos demandados que aparecían en el listado de perjudicados de la sentencia anterior no aparecen como tales en la demanda ni en la sentencia de primera instancia; (c) no se ha producido indefensión al haber concretado el Juzgado la acción negando su carácter difuso y ordenando llamar a los perjudicados por poder ser determinados, ni al citarlos como testigos; (d) no ha habido error en la valoración de la prueba al admitir la firma de los documentos contractuales por los clientes de la demandada; ni en relación con el contenido de la cláusula M; ni al estimar acreditada la falta de información a los clientes y el perfil conservador de los mismos, pues a las declaraciones de los perjudicados deben añadirse las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, teniendo en cuenta que la carga de la prueba del asesoramiento e información corresponde al profesional financiero, el cual debe observar una diligencia especial, según se deduce de la normativa en materia de inversiones; (e) la acción de cesación no resulta impedida por el hecho de que la demandada dejó de usar el producto controvertido a partir del año 2000, pues el artículo 12.2 LCGC no exige acreditar la existencia de indicios que hagan temer la reiteración de la conducta de modo inmediato; (f) es abusiva la cláusula M contenida en los contratos "Depósito de Alta Rentabilidad", pues, en la letra c), para determinar la depreciación de valor solo se tiene en cuenta la de aquellas acciones que han experimentado bajas sin compensar con las que han experimentado alza, tomando como base únicamente la de aquella acción que ha sufrido la baja más elevada y se aplica este mismo tipo a todas las restantes; por otra parte, se acude cotizaciones de acciones de entidades extranjeras de difícil control por los clientes no adquiridas materialmente; (g) este pronunciamiento no pudo realizarse en la sentencia anterior porque la demandante no combatió el pronunciamiento de no-calificación como abusiva de la expresa la cláusula; (h) la cláusula M no reúne los requisitos de comprensibilidad, claridad y sencillez que exige el artículo 5.4 LCGC, según las características de redacción, letra utilizada, extremos resaltados, extensión, utilización de lenguaje financiero específico, utilización indebida de ciertos conceptos, y existencia de contradicciones; (i) la información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatarse que se haya producido en todos los casos de la forma en que operó; (j) la declaración de nulidad no debe afectar a la totalidad del contenido de los contratos, sino solo a la cláusula controvertida, tal como se solicitó el suplico de la demanda; (k) procede declarar la nulidad del documento Anexo II por existir vinculación con el contrato anterior, según se deduce de su redacción y contenido, por lo que se cumplen los requisitos para la propagación de los efectos de la nulidad al acto posterior; (l) las condiciones que han determinado la nulidad de la cláusula M pueden extrapolarse al contenido de las condiciones que integran el Anexo II ; se omitió por la Caja la debida diligencia en la información; y, aunque se presentaba la operación como producto del cálculo de los clientes, obedecía a la cobertura del riesgo de disminución del valor de determinadas acciones en caso de ejercicio de la opción de compra concertada por la demandada con otra entidad financiera; (m) no se puede declarar la nulidad de los Depósito Horizonte, por cuanto ni en la demanda ni en el escrito de oposición al recurso de apelación se contiene indicación alguna que justifique tal pretensión, aunque deben tenerse en cuenta en la cuantificación del perjuicio.
10. Contra esta sentencia Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja S. Coop. de Crédito ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, los cuales han sido admitidos, excepto el motivo cuarto del recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por concurrir interés casacional.

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, por infracción del art. 410 de la LEC como antecedente de la cosa juzgada material a que se refiere el art. 222 LEC, al desestimar la sentencia recurrida la excepción de litispendencia planteada en relación con la acción de cesación ejercitada por la actora ADICAE simultáneamente ante los Juzgados de Primera Instancia núms. 3 y 22 de Valencia».

El motivo se funda, en síntesis, en que, correspondiendo la legitimación en las acciones colectivas a determinados sujetos, existe identidad subjetiva si vuelve a ejercitarse la misma acción por el mismo demandante contra el mismo demandado, teniendo en cuenta el alcance colectivo de la acción de cesación y el carácter accesorio de las acciones de restitución e indemnización.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO . - *La cosa juzgada en acciones colectivas.*

El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores.

De esto se sigue que la consideración de los requisitos exigidos tradicionalmente por esta Sala para la consideración de la cosa juzgada, especialmente el de identidad subjetiva, no resuelve de forma automática la cuestión, para la que caben diversas soluciones legislativas, por lo que es necesario examinar cuál es el régimen que la LEC establece en esta materia.

El artículo 11.2 LEC (al que se ajusta la legitimación esgrimida por la parte demandante, según resolvió el Juzgado) establece que «[c]uando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.»

Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 LEC), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley

Sin embargo, esta Sala entiende que sí, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2 LEC.

En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción.

En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por esta razón debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda.

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, por infracción del art. 410 de la LEC como antecedente de la cosa juzgada material a que se refiere el art. 222 LEC, al desestimar la sentencia recurrida la excepción de litispendencia planteada en relación con los reclamantes citados por la actora ADICAE, D.ª Tomasa, D. Norberto y D.ª Ariadna, a su vez reclamantes en el proceso seguido ante el Juzgado n.º 22 de Valencia, procedimiento ordinario 821/2003».

El motivo se funda, en síntesis, en que, con respecto a determinados perjudicados, la demanda interpuesta con anterioridad contra la misma demandada se refería a ellos, pues fueron citados en el proceso anterior, aunque no figuran en el anexo presentado a petición del Juzgado, pues la demandante nada aclaró sobre este extremo.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO . - *Cosa juzgada respecto de perjudicados aludidos en el proceso anterior.*

La parte recurrente reconoce que las personas a que se refiere en este motivo, cuando, a instancia del Juzgado de Primera Instancia, se concretó en el primer proceso el alcance subjetivo de la acción, no fueron mencionadas como perjudicados y, como consecuencia de ello, la sentencia no pudo afectarles y producir, respecto de ellos, efectos de cosa juzgada.

SEXTO . - *Enunciación del motivo tercero.*

El motivo tercero 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, por incongruencia en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del artículo 218.1 de la LEC, al declarar la nulidad del Anexo II por propagación de la ineficacia del contrato y por error vicio del consentimiento, habiéndose solicitado en la demanda rectora del procedimiento la declaración de nulidad de las cláusulas que se estimasen abusivas del citado Anexo II».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida incurre en incongruencia cuando altera los hechos, contemplando como objeto de la acción de nulidad la totalidad del Anexo II por falta de consentimiento, y no las cláusulas de comisión o remuneración a las que se refería la demanda considerándolas abusivas.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO . - *Falta de justificación de la denuncia en la apelación.*

Dispone el artículo 469.2, inciso primero, LEC que «[s]ólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal, cuando de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se haya denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas».

Esta norma establece un presupuesto para la viabilidad del recurso que exige que la actuación de la parte haya sido diligente en las instancias, reaccionando frente a las infracciones procesales padecidas o frente a la vulneración del artículo 24 CE en que hayan podido incurrir los órganos de instancia. La observancia de este requisito requiere que la denuncia en las instancias sea la adecuada, por lo que debe ajustarse a las normas que sean de aplicación a la cuestión procesal concreta que se suscite. Es decir, ha de ser oportuna y ha de respetar el sistema de recursos establecido por la Ley.

Es una carga que la ley impone al recurrente determinada por el contenido del derecho constitucional a no sufrir indefensión, que consagra el artículo 24.1 de la CE, y que exige a quien la denuncia la obligación de un actuar diligente durante el proceso, haciendo uso de todos los medios a su alcance para evitar su padecimiento (STS de 5 de mayo de 2008, RC n.º 735/2001). Su incumplimiento excluye toda idea de indefensión, conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5; y 5/2004, de 16 de enero, FJ 6 y 160/2009, de 29 junio, FJ 4).

La incongruencia a que hace referencia este motivo de casación se habría cometido en la sentencia de primera instancia y se habría ratificado en apelación, pues ambas son, en el pronunciamiento contenido en sus respectivos fallos a que el motivo se refiere, idénticas. La parte recurrente no ha justificado ante esta Sala haber planteado en apelación esta cuestión, ni hace referencia a ella la sentencia recurrida, por lo que se advierte la ausencia del presupuesto necesario para el planteamiento de este motivo extraordinario por infracción procesal consistente en haber denunciado la infracción procesal en el momento oportuno (artículo 469.2 LEC), la justificación de cuyo cumplimiento corresponde a la parte recurrente. Por otra parte, el motivo

trata de combatir uno de los argumentos utilizados por la sentencia de apelación, que se formula junto con otros por sí suficientes para la consecuencia obtenida.

OCTAVO . - *Enunciación del motivo cuarto.*

El motivo cuarto 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 , por incongruencia en que incurre la sentencia recurrida, con infracción del art. 218.1 de la LEC , al incluir la sentencia recurrida la cuantificación correspondiente a la compra directa de acciones, cuya nulidad no ha sido declarada en la sentencia de instancia».

El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida incurre en incongruencia cuando no declara la nulidad de la compra directa de acciones y, no obstante ello, la tiene en cuenta en la cuantificación de la indemnización.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO . - *Congruencia.*

La sentencia recurrida considera que la oferta a los perjudicados de los contratos acerca de las cuales no se declara la nulidad se hizo en el 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, razón por la cual considera que los perjuicios originados por los mismos deben considerarse producidos por la declaración de nulidad que afecta a los primeros.

De estas consideraciones se desprende que la sentencia no incurre en la incoherencia interna que se le imputa, pues la ausencia de declaración de nulidad de determinadas operaciones obedece a motivos formales (falta de determinación de la razón por la que se solicita) y la sentencia considera que los perjuicios causados por ellas están causalmente conectados con los contratos de alta rentabilidad cuyas cláusulas se declaran nulas y por ello concluye que deben ser incluidos en la cuantificación de la indemnización.

DÉCIMO . - *Motivo quinto.*

El motivo quinto 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 , por incongruencia en que incurre la Sentencia recurrida, con infracción del art. 218.1 de la LEC . Esta vulneración se invoca "ad cautelam" por si debiera entenderse que la sentencia recurrida declara de forma implícita la nulidad de la compra directa de acciones, nulidad no declarada por la sentencia de instancia, ni instada mediante recurso de apelación».

El motivo, planteado con carácter subsidiario, se funda, en síntesis, en que, si se entiende que la sentencia recurrida declaró implícitamente la nulidad de la compra directa de acciones, incurre en incongruencia por existir una *reformatio in peius* [modificación en perjuicio del recurrente].

Este motivo de recurso no debe ser examinado, pues parte de la hipótesis de que se considere que la sentencia recurrida declaró implícitamente la nulidad de la compra directa de acciones, la cual no ha sido tomada en consideración en el motivo anterior.

UNDÉCIMO . - *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

DUODÉCIMO . - *Enunciación del motivo primero.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , infracción de los artículos 1265 y 1266, ambos del Código Civil , sobre error como vicio del consentimiento, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 21 de abril de 2004 y 30 de mayo de 1995 , entre otras, en relación con la ausencia de prueba del error.»

El motivo se funda, en síntesis, en que en los hechos probados de la sentencia de primera instancia, no alterados por la de apelación, no se aprecia la existencia de un error en el consentimiento respecto del Anexo II, no obstante lo cual éste se declara en la sentencia recurrida como motivo de nulidad.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO . - *Carácter abusivo del Anexo II.*

La conclusión sobre la nulidad de las cláusulas contractuales contenidas en el Anexo II no se funda solo en el argumento sobre la existencia de un error en el consentimiento, sino que la sentencia recurrida la funda en otras causas de suficiente relevancia por sí mismas para determinar la expresada nulidad. Así se afirma que procede declarar la nulidad del documento Anexo II por existir vinculación con el contrato anterior, según se deduce de su redacción y contenido, por lo que se cumplen los requisitos para la propagación de los efectos de la nulidad al acto posterior; y que el Anexo II tiene carácter abusivo, no solo porque concurren en él las condiciones que determinan la nulidad de la cláusula M, sino también porque, aunque se presentaba la operación como producto del cálculo de los clientes, obedecía, de manera abusiva, a la cobertura del riesgo de disminución del valor de determinadas acciones en caso de ejercicio de la opción de compra concertada por la demandada con otra entidad financiera.

DECIMOCUARTO . - *Enunciación del motivo segundo.*

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , infracción de los artículos 1265 y 1266, ambos del 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 el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida en relación con la nulidad por vicio del consentimiento del Anexo II».

El motivo se funda, en síntesis, en que el error de consentimiento no puede determinar la nulidad cuando es imputable a quien la padece por haberse podido evitar con una regular diligencia.

Este motivo debe ser desestimado por idénticas razones a las examinadas a resolver el motivo anterior, pues basta el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el Anexo II y su conexión con el contrato de depósito de alta rentabilidad declarado nulo para determinar la nulidad de aquél.

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, 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 por aplicación del principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido».

El motivo se funda, en síntesis, en que la jurisprudencia aplica el principio de extrema prudencia y criterios flexibles en la apreciación de esta nulidad, y este principio es recogido en el artículo 10 LCGC y conduce a que la declaración de nulidad de las cláusulas de las condiciones generales no determinará la ineficacia total del contrato, ni la de los subsiguientes concertados para paliar las pérdidas constatadas y sin influencia en los contratos posteriores.

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 su carácter abusivo y 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 suponían 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 aquél.



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. Estos 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 del motivo quinto.*

El motivo quinto se introduce con la siguiente fórmula:

«De conformidad con el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del art. 1281 del Código Civil , y la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias de fecha 24 de febrero de 1988 y 20 de enero de 2000 , que permiten atacar la interpretación realizada por las sentencias cuando la misma fuera ilógica, arbitraria, absurda o contraria a ley».

El motivo se funda, en que la interpretación realizada es arbitraria por considerar que se produce un desequilibrio económico por el hecho de que las acciones a que se refería el contrato fueran extranjeras y por asumir como propio el análisis del registrador encargado del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el cálculo de la comisión, cuando sus conclusiones son contrarias al texto de la cláusula controvertida.

El motivo debe ser desestimado.

DECIMOCTAVO . - *La interpretación de los contratos.*

Reiterada doctrina de esta Sala declara que la interpretación de los contratos realizada por el tribunal de instancia no puede ser revisada en casación, en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario y, con ello, la infracción de la ley aplicada por desnaturalización de sus presupuestos y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La alegación como infringidos de los preceptos del CC sobre interpretación de los contratos está sujeta a este límite, por lo cual la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que, en principio, salvo que sea arbitraria o ilógica, debe estarse a la interpretación formulada en la instancia (SSTS de 21 de noviembre de 2008, recurso 2690/2002, de 20 de marzo de 2009, recurso 128/2004).

En el caso examinado la interpretación realizada no se ofrece como absurda o ilógica, puesto que parte del sentido literal de las cláusulas del contrato y, de acuerdo con la prueba practicada y mediante una ponderación de la misma, llega a la conclusión de que la cláusula controvertida produce un desequilibrio en perjuicio de los consumidores que debe considerarse abusivo, fundándose en que el aumento o disminución del valor de las acciones consideradas como de referencia no produce efectos simétricos en la imputación de los beneficios de pérdidas a una y otra parte contratante. En todo caso, debe notarse que la estimación de este motivo de casación sería inútil, puesto que, como ha quedado reiteradamente establecido, el carácter abusivo de la cláusula controvertida no solamente se funda en la existencia de este desequilibrio, sino también en otras circunstancias, especialmente la falta de transparencia exigida por la ley.

DECIMONOVENO . - *Enunciación del motivo sexto.*

El motivo sexto se introduce con la siguiente fórmula:



«Al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC , por infracción del art. 1303 del Código civil y de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en aplicación de este precepto, entre otras la Sentencia de 22 de noviembre de 2005 y de 18 de enero de 1904 citada por la anterior, todo ello en relación con la inclusión en la sentencia recurrida de las cantidades correspondientes a la compra directa de acciones como importes objeto de restitución, sin que haya sido declarada en la sentencia de instancia ni en la recurrida la nulidad de la compra directa de acciones, no debiendo por tanto ser dichas cantidades cuantificadas a tales efectos restitutorios al no ser materia ni precio del contrato anulado».

El motivo se funda, en síntesis, en que, no habiéndose declarado la nulidad de la compra directa de acciones, no cabe incluir las citadas cantidades entre las afectadas por la declaración de nulidad.

El motivo debe ser desestimado.

VIGÉSIMO . - *Inclusión de precio de acciones cuya compra no se anuló.*

El hecho de que no se haya anulado una determinada operación económica no obsta a que las consecuencias económicas de la misma puedan ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia, como ha apreciado la sentencia recurrida, la existencia de la debida vinculación causal. El artículo 1303 CC , invocado como infringido, no se opone a ello, pues su propósito es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de la invalidez y la jurisprudencia ha declarado que la obligación que en él se establece para los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato nulo, con sus frutos, y el precio con los intereses, puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas económicos derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones contenidos en los artículos 1101 y siguientes CC , que establecen la obligación de resarcir los perjuicios nacidos del incumplimiento, teniendo en cuenta su carácter previsible o su vinculación con el hecho que da lugar a ellos (STS de 26 de julio de 2000).

VIGÉSIMO PRIMERO . - *Desestimación del recurso.*

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 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 26 de abril de 2006 dictada por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación n.º 88/2006, cuyo fallo dice:

«Fallamos

»Primero. Estimamos parcialmente el recurso de apelación promovido por la representación de Caja Rural del Mediterráneo Rural Caja S. Coop. de Crédito contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Valencia de 7 de octubre de 2005 , que revocamos parcialmente en el sentido de declarar que:

»1) El pronunciamiento de nulidad relativo a los contratos denominados "Depósito de Alta Rentabilidad" objeto de la acción de cesación ejercitada por la entidad ADICAE afecta exclusivamente a la cláusula M incorporada a los mismos y no a la totalidad del contrato.

»2) No ha lugar a declarar la nulidad de los contratos Depósito Horizonte, los que se tendrán en consideración a los efectos de la cuantificación de la devolución de cantidades e indemnizaciones derivadas de la presente resolución.

»3) En cuanto a las cantidades objeto de devolución e indemnización se ha de estar a los criterios establecidos en el FJ 6.º de esta sentencia.

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

»5) Se confirma la resolución de instancia en los demás pronunciamientos.

»Segundo. 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. Roman Garcia Varela .Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Encarnacion Roca Trias.Rafael Gimeno-Bayon Cobos. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ