

## EDJ 2005/327216

AP Valencia, sec. 9ª, S 14-11-2005, nº 485/2005, rec. 584/2005

Pte: Martorell Zulueta, Purificación

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	27

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

##### ACCIONES

De cesación

#### CONSUMIDORES Y USUARIOS

##### CLÁUSULAS ABUSIVAS

#### CONTRATOS BANCARIOS

##### LA BANCA EN GENERAL

Otras cuestiones

##### DEPÓSITO

En general

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita Ley 39/2002 de 28 octubre 2002. Transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios

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

Cita RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios

Cita art.79 de Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita Ley 26/1984 de 19 julio 1984. General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Cita art.24, art.117.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.3.1, art.6, art.1101, art.1108, art.1225, art.1265, art.1269, art.1303 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.244, art.255 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia de VALENCIA 22, en fecha 15/03/05, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Dª Mª Luisa Sempere Martínez en nombre de Adicae, contra Caja Rural de Valencia, declaro la nulidad de la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad a que nos hemos referido, así como la presentación del contrato tal como se realiza por falta de claridad e ilegalidad al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, produciendo error por falta de información suficiente y adecuada, debiendo cesar en esta actividad y no incidir en lo sucesivo en la misma. Se desestima la petición de nulidad respecto a los contratos de compra de acciones, depósitos horizonte y otros, si bien se tienen en cuenta por estar relacionados, y se condena a la Caja Rural a devolver las cantidades que se indican en el Fundamento Tercero de esta resolución y que ascienden a un total de doscientos veinticuatro mil ciento ochenta y tres con noventa y un euros (224.183,91 €), más los intereses legales desde la presentación de la demanda, y sin hacer pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO/ ASOCIACION DE USUARIOS DE BANCO, CAJAS Y SEGUROS DE ESPAÑA (ADICADE), dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales, con excepción de las relativas al plazo para dictar la presente resolución por el volumen de trabajo que pesa sobre la ponente, así como, especialmente, por la extensión y complejidad del asunto sometido a la consideración del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

PRIMERO.- Síntesis de la Sentencia apelada.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia de 15 de marzo de 2005 - tomo XVII de las actuaciones, folios 5.785 y siguientes - objeto de apelación, declara probados los siguientes hechos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al objeto de que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo que asume, se hace constar que los valores expresados en euros más altos (M) y más bajos (m) de cotización de las acciones tomadas como referencia y su fecha han sido los siguientes en los últimos meses:

SONE,49 € (M) 6/3/00 y 12,80 € (m) 20/3/99; CAP GEMINI 360 € (M) 10/3/00 y 126 € (m) 20/4/99; SAP 859 € (M) 7/3/00 205,25 € (m) 20/4/99 y EQUANT 128,9 € (M) 10/2/00 y 38,5 € (m) 24/5/99..

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

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

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

E-20 6,78 %

E-21 12,58 %

E-22 7,12 %

E-23 14,77 %

E-24 3,63 %

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

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

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

Y argumenta:

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

La comercialización indiscriminada del producto - que debía dirigirse únicamente a clientes con una mínima preparación financiera - con ausencia de información clara a los clientes en orden a la existencia de posibilidades de pérdida del capital, sin advertir que se trataba de un producto no sólo de alta rentabilidad sino también de alto riesgo. Asimismo argumenta la falta de transparencia de la cláusula M que si bien no permite considerar que hubo mala fe por parte de la entidad demandada, si permite valorar la existencia de cierta negligencia que trató de paliar a posteriori mediante soluciones aplicadas y negociadas con cada cliente concreto. La confusa redacción de la expresada cláusula en relación con el carácter conservador de los clientes - impositores a plazo fijo - a quienes se ofreció el producto, unido al fenómeno de confianza depositada en el director de la entidad bancaria sin lectura del texto del contrato, generó la existencia de error en el consentimiento que el Juzgador de Instancia califica de esencial, inexcusable, reconocible por parte de la entidad financiera profesional - pese a lo cual ésta no advirtió el eventual error en sus clientes - e inducido por la misma, por falta de una presentación clara del producto en el que se aprecia la ausencia de información destacada de las consecuencias desfavorables de su aceptación. Cuanto se ha expuesto conduce al Juzgador de Instancia a concluir en la declaración de nulidad de los contratos suscritos, pero no así de los celebrados subsiguientemente para paliar las consecuencias de aquellos al haber sido éstos contratos subsiguientes libremente aceptados por los clientes dentro del ámbito de su autonomía de voluntad. Y todo ello teniendo presente el contenido de las resoluciones de la Audiencia Provincial de Soria de 12 de febrero de 2004 y de la Palma de Mallorca de 15 de noviembre de 2004.

Finalmente, en el Fundamento Jurídico CUARTO, el Juzgador de Instancia cuantifica las cantidades a restituir a cada uno de los clientes que relaciona y que resultan de los folios 5685 a 5688 de las actuaciones, según listado de pérdidas aportado por la entidad demandada CAJA RURAL.

Concluye estimando parcialmente la demanda formulada por ADICAE contra la entidad CAJA RURAL DE VALENCIA y declara nula la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad, así como la presentación de los mismos por falta de claridad e ilegalidad, al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, produciendo error por falta de información suficiente y adecuada, por lo que declara el cese de la expresada actividad, desestimando la pretensión de nulidad también deducida por la actora en relación a los

contratos de compra de acciones, depósitos horizonte y otros, y condena a la mercantil demandada a devolver las cantidades que relaciona en el Fundamento Jurídico Tercero por un total de DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y UN CÉNTIMOS DE EURO, más intereses desde la presentación de la demanda y sin hacer pronunciamiento en materia de costas procesales.

SEGUNDO.- Resumen del contenido del recurso de apelación formulado por CAJA RURAL DEL MEDITERRÁNEO RURALCAJA S. COOP. DE CRÉDITO.

Contra la expresada resolución prepara y formaliza el recurso de apelación la representación de la entidad CAJA RURAL DEL MEDITERRÁNEO RURALCAJA S. COOP. DE CRÉDITO - folios 5856 a 5901 - que articula su defensa en los motivos que, seguidamente, y a modo de mera síntesis, se relacionan:

En relación con la declaración de HECHOS PROBADOS que se contiene en la sentencia apelada.

Contenido del párrafo tercero: la descripción que contiene la sentencia es correcta si no fuera que no resalta que esa letra igual se refiere a letra en mayúsculas CAPITAL NO GARANTIZADO SEGÚN CONDICIONES ANEXO por contraposición a lo que sigue diciendo la sentencia en el punto y seguido siguiente.

La inclusión del adjetivo "indiscriminado" tras la transcripción de las cláusulas L y M de las condiciones particulares, pues argumenta que no hubo campaña de comercialización del producto y que la selección en los productos bancarios y financieros se produce en la relación o contacto individual entre cliente y entidad, resultando de lo actuado que de un total de 782.676 personas, únicamente 5.814 contrataron el mismo estando limitada la contratación por la propia entidad a la intervención de los directores. Impugnó, asimismo, la apreciación del Juzgador en orden a la falta de explicación a los clientes de las particularidades del producto, que se efectúa por razón de las propias declaraciones de interesados, por lo que alegaba la infracción del artículo 316.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 relativo a la valoración de las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 del mismo cuerpo legal, máxime cuando existen otras declaraciones en el proceso - que relacionaba a los folios 5863 a 5866 - que contradicen la afirmación de que las particularidades del producto no fueron correctamente explicadas por los directores, incluso por parte de algunos de los propios interesados, como en el caso de D. Carlos Manuel o de D. Armando .

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

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

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

Se impugna la declaración como hecho probado relativa a que según los expertos el producto denominado "imposición a plazo atípica" deba dirigirse a clientes que tengan una mínima preparación financiera, resultando de la prueba practicada y de la declaración de dos expertos financieros - D. Jon y D. Carlos José - que la explicación y comprensión de este producto era relativamente sencilla, todo ello en relación con la declaración de los testigos D<sup>a</sup> Eva y D. Benjamín .

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

En relación con la acción de cesación y el pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se condena a la recurrente al cese en la actividad y a no incidir en lo sucesivo en la misma, destacó no ser de aplicación la acción de cesación del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación(mencionada por la actora) sino la del artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 , cuestión que no resulta baladí, pues en atención al contenido de la segunda de las normas citadas si la conducta ya ha finalizado al tiempo de ejercitar la acción, sólo podrá prosperar la misma "si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato", habiendo reconocido el propio Juzgador en la sentencia que se apela que desde el año 2000 el contrato no se ha vuelto a usar por su representada, no siendo por tanto ajustado a derecho el pronunciamiento que se contiene en la resolución recurrida. La cláusula controvertida no es una condición general de la contratación, pues la predisposición contractual no genera por sí misma la existencia de condiciones generales de la contratación pues cualquier cliente podía contratar con la demandada imposiciones a plazo fijo sin tener que sujetarse a tal condicionado, siendo eludible su aplicación. Añadió que la sentencia incurre en INCONGRUENCIA EXTRA PETITA respecto de la acción ejercitada, puesto que si la demandante la pretendía justificar en la supuesta nulidad de la cláusula M por abusiva, aún alegando erróneamente - a su entender - el artículo 12.2 de la LCGC, entendía que desestimado que la cláusula fuera abusiva, como correctamente efectúa la sentencia apelada, no cabría acoger la acción de cesación fundada en dicho carácter abusivo, y ello aunque pudiese ampararse en la nulidad que declara la sentencia sobre la base, no de su carácter abusivo, sino de otros motivos distintos. La actora no ejercitó la acción del artículo 10, ter de la LGDCU EDL 1984/8937 por lo que al estimarla la sentencia incurre en "incongruencia extra petita".

Sobre el pronunciamiento por el que se declara la nulidad de la cláusula M de los llamados contratos de alta rentabilidad, así como la presentación del contrato tal como se realiza por falta de claridad e ilegalidad al utilizar términos inadecuados y cobrar una comisión ilegal, por infracción del artículo 10.1.a de la LGDCU EDL 1984/8937 , alegó que el pronunciamiento no es ajustado a derecho, por lo que impugnaba expresamente la nulidad declarada de la cláusula M. Sobre la base de las opiniones doctrinales que citaba en sustento

de su tesis, argumentaba que la nota de "transparencia" - que engloba concreción, claridad y sencillez - no se puede abordar como hace el Juzgador de instancia desde la reducción al redactado externo del texto de una cláusula, por más incomprensible que éste sea - que no lo era a su juicio - sino desde la amplitud de la información facilitada y suministrada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas. Destacó que la cláusula M es perceptible - legible -, cumple con la exigencia de estar debidamente separada de las demás y se ajusta al requisito de sencillez pues prescinde del lenguaje "científico" insertando incluso tres ejemplos para la garantía de comprensión por los clientes, entendiéndolo el Juzgador que el requisito de "concreción" se cumple pues se precisan las consecuencias en tres apartados distintos, con mención de los valores más altos y más bajos de cotización para que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo asumido. Finalmente añadió que del dictamen de la Registradora encargada del Registro de Condiciones Generales de la Contratación resulta que la redacción aportada es clara, por cuanto que el cliente conoce perfectamente el tipo de contrato que se le ofrece sin necesidad de remisión a textos o documentos que no se facilitan, estando igualmente equilibradas las prestaciones.

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

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

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

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

TERCERO.- Síntesis del recurso formalizado por ADICAE.

También preparó y formalizó recurso de apelación la representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS - ADICAE - en los términos que resultan del escrito que consta unido al tomo XVII del proceso, folios 5902 a 5927, del que resulta, a modo de mera síntesis:

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

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

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

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

Alegó como segundo motivo de apelación que el Juzgador de Instancia incurre en error de valoración de la prueba testifical y documental practicada en el acto de juicio, al no declarar nulo el ANEXO II, que no es sino una continuación del primer contrato que adolece, en consecuencia, de los mismos defectos que el primero, no pudiendo concluirse que fueran libremente suscritos por los clientes de la demandada. Que tal ANEXO es una continuación resulta de su propia denominación "Anexo II a las condiciones particulares del contrato de imposición a plazo fijo" y la continuación correlativa del orden de las cláusulas del E-20 inicial, único supuesto en el que tuvo lugar el anexo, cuya redacción no responde a los parámetros de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones exigibles. Así, resulta de sus estipulaciones que los clientes - que no son los titulares de las acciones por ser RURALCAJA la titular - no asumen la totalidad de los resultados favorables y en cambio si los desfavorables, no resultando cierto que la Caja adquiera las acciones con la finalidad de evitar gastos al cliente. Destacó, asimismo, la falta de legibilidad de las cláusulas - texto abigarrado y letra mínima - y reiteró el contexto contractual entre la demandada y el Banco Cooperativo Español - Contrato de Opción Put Europea - que obligaba a RuralCaja a comprar las acciones cuando Banco Cooperativo Español ejercitara su derecho de venta, lo que ocurría cuando las acciones habían disminuido en más de un 20% de su valor. Los clientes no fueron quienes adoptaron la solución de suscripción del Anexo II, que había redactado la propia demandada y que sometió a la firma de sus clientes en el momento en que estos fueron conocedores de las pérdidas sufridas, siendo destacar el hecho de la premura de la firma que impide la consulta con un profesional y que constituye una técnica de captación del consentimiento. En cuanto al perfil del cliente, insistió en su carácter conservador lo que propició la firma del Anexo II con la única finalidad de recuperar su dinero, pese a lo cual no fueron debidamente informados de que corrían un riesgo aún mayor, todo lo cual representa una vulneración del deber de información que corresponde a la entidad demandada que es quien comercializa el producto de alto riesgo precisamente con clientes con los que existía una especial relación de confianza. Interesaba, por ello, la declaración de nulidad del ANEXO II al no haber sido respetadas las exigencias de claridad, sencillez, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones con arreglo al contenido del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 .

El tercero de los motivos de apelación expresados por la parte actora tiene por objeto la denuncia de error en la valoración de la prueba testifical y documental practicada en el acto de juicio oral al no declarar la nulidad de los contratos de compraventa de acciones. Resaltó al efecto que la mayoría de los perjudicados adquirió unas acciones que en tan solo tres meses habían disminuido de valor en más de un 20%, así como que los directores, cuando los clientes percibieron las pérdidas derivadas de un presunto plazo fijo, aprovecharon para intentar colocar las acciones como único medio para la recuperación del capital, como resulta de la clase de acciones adquiridas, fechas correlativas en el tiempo, órdenes de compra... y pone de manifiesto la actuación dolosa por parte de la entidad demandada y el error de consentimiento en los clientes, quienes no fueron correctamente informados pese a la obligación que resulta en tal sentido de la Ley del Mercado de Valores que obliga a reforzar la información -máxime si se atiende al perfil de los clientes: consumidores sin conocimiento financieros - por razón de lo arriesgado de la operación. Concluyó afirmando que si hubieran conocido el riesgo que asumían, evidentemente, no hubieran firmado.

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

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

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

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

CUARTO.- Objeto de la apelación y sistemática que seguirá la presente resolución.

Es doctrina reiterada del T.S. (SS de 13 de mayo de 1992, 21 de abril y 4 de mayo de 1993, 14 de marzo de 1995 y 28 de julio de 1998, entre otras) la de que los tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, resultando del artículo 456,1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 EDL 2000/77463 que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera Instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación."

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

#### QUINTO.- Resolución del recurso planteado por CAJA RURAL.

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

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

Siendo así, este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación en el artículo 456.1 de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 ha procedido a examinar los aspectos de la declaración de hechos probados que cuestiona la entidad recurrente en relación con la actividad probatoria desplegada en la instancia, tanto en lo relativo a la documental respectivamente aportada como a la amplia actividad desplegada en el acto de juicio y documentada en el correspondiente soporte audiovisual. De tal examen llegamos a las siguientes conclusiones:

No existe óbice alguno en admitir por este Tribunal, a modo de mero complemento de la declaración de hechos probados que consta al folio 5791 de las actuaciones, que en la frase que dice "Y pone en letra igual a lo demás capital no garantizado según condiciones anexo" diga "Y pone en letra mayúscula igual a lo demás CAPITAL NO GARANTIZADO SEGÚN CONDICIONES ANEXO" pues ciertamente así se aprecia en la casilla de CONDICIONES PARTICULARES de los CONTRATOS DE DEPÓSITO DE ALTA RENTABILIDAD origen del procedimiento, en el que todos los datos que se incluyen en la misma (capital, condiciones, apertura, vencimiento...) descritos en la sentencia de instancia, aparecen tipografiados en letra mayúscula.

No compartimos, sin embargo, la impugnación que se hace de la inclusión del adjetivo "indiscriminado" tras la transcripción de las cláusulas L y M de las llamadas CONDICIONES PARTICULARES y al referirse el Juzgador "a quo" al ofrecimiento y comercialización del producto en las distintas oficinas que la entidad demandada tiene en la provincia de Valencia. El adjetivo "indiscriminado" ha sido correctamente utilizado por el Juzgador al referirse a la forma en la que, en la práctica, se comercializaron por CAJA RURAL los depósitos de alta rentabilidad litigiosos, pues resulta de la amplísima prueba testifical practicada que este producto fue suscrito por pequeños inversores de distinta procedencia: labradores, auxiliares administrativos, jubilados, amas de casa, arquitectos técnicos, graduados sociales, empleados en general (en almacenes de naranja, en la construcción ...), ceramistas, ..., sin tener en cuenta - a tenor del resultado de la prueba practicada - que, por sus peculiares características, no debía ofertarse a quien no tuviera unos mínimos conocimientos financieros, por razón de su complejidad. Téngase presente, a los efectos que se vienen indicando, que incluso algún testigo de la parte demandada, como es el caso D<sup>a</sup> Susana (CD 10/19 vídeo 14, a partir del minuto 41 :14), recibió la información por vía telefónica, indicando que la llamaron a su casa para preguntar si estaba interesada sin que llegara a acudir a la sucursal porque le explicaron, por teléfono, las particularidades del producto. El hecho de que la explicación de los caracteres del depósito estuviera encomendada únicamente a los Directores de la Sucursal no desvirtúa lo anteriormente manifestado, como tampoco el hecho de que los testigos aportados por la parte demandada (en su mayor parte empresarios, constructores o promotores, aunque también - pero menos - algún jubilado, ama de casa o labrador) hayan manifestado que se les explicó convenientemente el riesgo derivado de la suscripción del depósito, pues que se les explicara adecuadamente en algunas de las sucursales o a algunos de ellos - incluidos los Sres. Carlos Manuel y Armando a que se refiere la entidad recurrente - no desvirtúa el hecho de que otras personas no recibieran suficiente información o que recibiendo información no tuvieran, sin embargo, la capacidad necesaria para comprender los verdaderos caracteres de aquello que aceptaban o para evaluar el riesgo real que representaba la suscripción - caso del Sr. Armando al referirse al señalar que sólo perdería de producirse una catástrofe -, razón por la que no apreciamos en modo alguno la infracción que se predica del artículo 316.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 respecto de la valoración de las declaraciones de los perjudicados, pues el Juzgador "a quo" las ha valorado como indica el precepto, con arreglo a las reglas de la sana crítica, asimilando a los perjudicados no litigantes a la parte actora, en los términos que resultan del artículo 301.2 de la LEC EDL 2000/77463, apreciando la actividad probatoria desplegada en su conjunto, con las conclusiones que resultan de la declaración de hechos probados que ahora se combate.

Tampoco podemos compartir las alegaciones que efectúa la representación de CAJA RURAL en orden a la conclusión que se contiene en la declaración de hechos probados referente a la ausencia de lectura por los clientes del contenido del contrato y la suscripción del mismo por razón de la relación de confianza que mediaba con los Directores de la Sucursal, así como por razón de la dificultad de comprensión del texto del documento. La prueba practicada en las diferentes sesiones en que se prolongó la celebración del juicio revela que la operativa seguida en la contratación del producto es la que aparece correctamente descrita en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida: los clientes, en su mayoría, actuaron en función de la relación de confianza que el asesoramiento del Director de la sucursal les ofrecía - ya por el hecho de su prolongada relación de clientela en una determinada sucursal, ya como consecuencia de su profesionalidad - y no leyeron en su mayoría las condiciones que aparecen impresas en los contratos de depósito de alta rentabilidad, aún cuando en alguno de los casos incluso llegaran a llevarse a su domicilio el documento para que lo firmara algún familiar - cónyuge, hijos... -. Téngase presente, a los efectos que señala la recurrente, que el hecho de que "únicamente" declararan catorce interesados entre los más de cinco mil clientes que dice la recurrente que contrataron el producto, no impide que el Juzgador de instancia haya podido formar adecuadamente su convicción, pues no cabe olvidar que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 establece

mecanismos de ponderación en el proceso, y así, por ejemplo, aunque parece no poner límite al número de testigos a proponer por las partes - art. 363 - señala que los gastos que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la que los haya presentado, y lo que es más importante, añade en su párrafo segundo: "Cuando el tribunal hubiese escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerase que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado."

Impugna, asimismo la entidad bancaria recurrente, la declaración que se contiene en el antepenúltimo párrafo de hechos probados de la sentencia de instancia referente a que los clientes se vieron sorprendidos por lo inesperado de las pérdidas. La actividad probatoria desplegada en la instancia revela la corrección de la declaración efectuada en tal sentido por el Juzgador "a quo". La declaración de D. Jon - testigo propuesto por la representación de la parte demandada y especialista en la materia - confirma que ni siquiera en el ámbito financiero se esperaba que pudiera producirse una caída tan significativa de las acciones vinculadas a los contratos de alta rentabilidad que suscribió CAJA RURAL con sus clientes. El expresado testigo - economista vinculado a la entidad BANCO COOPERATIVO DE CRÉDITO - tras explicar ampliamente la operativa de las Opciones, afirmó (CD núm. 13, vídeo 22 correspondiente a la sesión de juicio del 2 de febrero de 2005) que las expectativas del mercado respecto de las acciones de Deutsche Telekom, KPN, etc en las fechas litigiosas eran de crecimiento, pues en el mes de marzo de 2000 habían conseguido una cotización muy alta que se había corregido a la baja - muy a la baja - en el mes de mayo, por lo que se pensaba por los analistas financieros que después de esa corrección desmedida, y por la calidad y liquidez de las compañías a que correspondían las acciones, adquirirían estabilidad ya que habían caído anteriormente de forma más que suficiente y señaló que, lo que indicaba el sentido común es que las acciones iban a repuntar, pero no fue así, y añadió, a preguntas de la parte demandante que los análisis se equivocaron en sus previsiones y que era impensable creer que fueran a caer de nuevo en tanta proporción. Tan expresivo fue este testigo que utilizó expresiones como "hemos sido torpes" o "nos equivocamos" en referencia a que tenían que haber previsto que podían seguir cayendo las acciones y no lo previeron. Hemos de destacar que el testigo de la parte demandada D. Carlos José (CD 14 , vídeo 23, a partir del minuto 33:41) afirmó al inicio de su declaración que en el segundo semestre del año 2000 se produjo un movimiento bursátil absolutamente atípico y catastrófico, que se ha constatado con el paso del tiempo, y que afectó a las telecomunicaciones. Por otra parte, de la declaración del testigo de la parte demandada D. Luis Andrés (CD 12 vídeo 17, a partir del minuto 26:23) resulta que al verificarse las liquidaciones y constatarse las pérdidas, algunos clientes acudieron a la oficina preguntando qué había pasado, y que incluso el director ya se había desplazado a casa de los clientes para explicar lo ocurrido, coincidiendo los testigos de la parte demandada Sra. Mariana - a partir del minuto 00:40 -, Sr. Benjamín y Sr. Rubén - a partir del minuto 40:43 - en el hecho de que ante la situación producida los directores de las sucursales presionaron a la central con ánimo de compensar a los clientes por la pérdida sufrida, con ánimo de no perder la clientela afectada. De cuanto se ha expuesto no puede extraerse más que la conclusión que se recoge en la sentencia de primera instancia en orden a que las pérdidas sufridas por los pequeños inversores de Caja Rural resultaron inesperadas, pues el hecho de que fuera a producirse esta situación era incluso impensable para los analistas que servían de referencia a la entidad Banco Cooperativo, que había contratado, a su vez, con Caja Rural. Ello se ha de poner en conexión, por otra parte, con la creencia de muchos de los clientes de haber contratado una imposición a plazo fijo tradicional - y no atípica -, según las liquidaciones que constan en los documentos bancarios aportados a los autos, en muchos de los cuales - a mero título de ejemplo se reseña la libreta al folio 2349, el extracto de cuenta al folio 2382, o la LIQUIDACIÓN IPF al folio 2557, entre otros muchos - se utilizaba la expresión "INTS. IPF" o " CANCELA IPF" o "IMPOSIC. PLAZO FIJO" sin indicar en tales expresiones el carácter atípico de la inversión, al que se hizo tanta referencia a lo largo del proceso para distinguir - precisamente - entre las imposiciones a plazo fijo típicas - que no representan riesgo para el capital - y las imposiciones también a plazo fijo atípicas, como las que constituyen objeto de enjuiciamiento en el presente litigio. Téngase presente que el testigo de la parte demandada D. Carlos José (CD 14 , vídeo 23, a partir del minuto 33:41) tras afirmar que el producto era fácil de explicar a los clientes, e indicar que no era necesario tener grandes conocimientos financieros para comprender el riesgo que implicaba, reconoció, sin embargo, que sí se necesitaban unos mínimos conocimientos financieros, y aunque dijo que tales conocimiento venían referidos a la comprensión de que "a mayor rentabilidad mayor riesgo", admitió que el producto no necesariamente iba dirigido a cualquier consumidor, sino a personas con conocimientos y relación bancaria normal, admitiendo a preguntas del magistrado "a quo" que era posible que hubiera clientes que no lo llegaran a entender en cuanto al riesgo asumido, destacando, finalmente, la importancia de explicarlo de forma adecuada.

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

No puede prosperar la impugnación que se efectúa respecto de la declaración que se contiene en la sentencia relativo a que la "imposición a plazo atípica" debía dirigirse - según los expertos - a clientes con una mínima preparación financiera, pues nuevamente resulta de la actividad probatoria desplegada en las presentes actuaciones, referida con anterioridad, y muy concretamente a las declaraciones de los testigos de la parte demandada Sres. Rubén y Carlos José - ya citados - quienes explicaron como este tipo de productos antes de dirigirse al gran público se oferta entre entidades bancarias, seguidamente a clientes específicos y únicamente cuando se consolida se ofrece a todo tipo de inversores, conviniendo ambos, ante las preguntas del magistrado "a quo" en la importancia de una explicación adecuada del mismo a los eventuales inversores. Conviene destacar - documento al folio 2352 y siguientes, entre otros - que en las contestaciones realizadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a los clientes que formularon reclamación ante tal organismo se justifica el retraso en contestar en el hecho de que "las especiales características del producto financiero objeto de su reclamación nos han obligado a solicitar en reiteradas ocasiones comentarios y aclaraciones a la propia Caja Rural de Valencia, así como

a intercambiar escritos y mantener conversaciones con el Banco de España al objeto de unificar criterios y deslindar las competencias de ambos Organismos sobre este tipo de depósitos". Es la propia CNMV- en contra de lo argumentado por la CAJA RURAL en los escritos dirigidos a la misma para excluirlo del conocimiento de la comisión - quien califica el producto litigioso como "contrato financiero atípico" frente a la posición de la Caja Rural que lo definía como "captación de pasivo a menos de cuatro meses" y pone de relieve su complejidad, excluyente de la afirmación de la ausencia de necesidad de mínimos conocimiento financieros. No compartimos los argumentos que expresa la recurrente a los folios 5870 y 5871 en el escrito de formalización del recurso de apelación en orden a que el producto es de relativamente sencilla comprensión, máxime cuando la propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, en el ámbito de sus competencias y con sus conocimientos específicos de la materia, afirma: "creemos conveniente señalar que el propio contrato y sus anexos de condiciones adicionales no nos parecen conformes con las buenas prácticas de los mercados de valores, ya que la información que suministran no se ajusta a los parámetros de calidad que la norma aconseja", añadiendo más adelante y con ocasión de afirmar que la literalidad del contrato no obedece a su verdadera naturaleza, que "esta afirmación parece ser reconocida por la propia entidad, quien, en las explicaciones que en respuesta a nuestros requerimientos nos ha remitido dice que las palabras utilizadas en el contrato para describir la operación que se propone no se ajustan a su contenido real".

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

Segundo. Constituye motivo de apelación el relativo a la determinación de la acción ejercitada a efectos de prosperabilidad de la misma, la normativa aplicable y la alegación por la mercantil recurrente de incongruencia extrapetita en los términos que se han expuesto - en síntesis - en el apartado 2) del Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, destinado a poner de manifiesto los puntos que combate la entidad CAJA RURAL por vía de recurso de apelación.

Y hemos de destacar al efecto que, con arreglo al contenido del artículo 218.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : " El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes." Y que en materia de congruencia de las resoluciones judiciales, se ha venido a declarar por el Tribunal Constitucional que "...desde las Sentencias 20/1982, de 5 May.; 14/1984, de 3 Feb.; 14/1985, de 1 Feb.; 77/1986, de 12 Jun.; y 90/1988, de 13 May ., una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso; al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium (por todas, SSTC 90/1988, de 13 May., y 111/1997, de 3 Jun .), cuyos contornos han decantado secularmente los tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria. Como ya declaró la STC 222/1994, de 18 Jul . (FJ 2), con cita de doctrina anterior, el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre la parte dispositiva de la resolución de que se trata y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la causa petendi y el petitum". Igualmente declara que los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho y la doctrina correctos a los hechos y cuestiones debatidas en el pleito, aunque no hubieran sido alegados por los recurrentes, habiéndolo reconocido así el Tribunal Constitucional en Sentencias 172/1994 (LA LEY JURIS. 2560 - TC/1994) y 222/1994 (LA LEY JURIS. 829253/1994 ), al afirmar que «la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio "iura novit curia", ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes, pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso», o en la 187/1994, de 20 de junio (LA LEY JURIS. 17181/1994 ), razonando que «no existe ni puede existir incongruencia con relevancia constitucional cuando el órgano jurisdiccional ha utilizado argumentos jurídicos distintos de los esgrimidos por las partes, respetando las razones esenciales de la pretensión ejercitada, porque, al actuar así, se limita a cumplir la función que jurisdiccionalmente tiene asignada, sometido sólo al imperio de la ley (art. 117.1 CE EDL 1978/3879 )» y, asimismo, en la número 87/1994, de 14 de marzo (LA LEY JURIS. 2456 -TC/1994), cuando dice que «el principio "iura novit curia" exime a los Tribunales de la carga de someter servilmente el razonamiento jurídico que les sirve de motivación para el fallo a las alegaciones de los litigantes, pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos». Ello, siempre que no se altere la causa petendi y no se sustituya el «thema decidendi».

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

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

concertar imposiciones a plazo fijo sin tener que someterse al clausulado predispuesto específicamente para estos contratos de contenido financiero) y b) que la sentencia incurre en incongruencia porque no calificando como abusiva la cláusula controvertida no puede estimarse la acción de cesación en relación con la declaración de nulidad por motivos distintos de aquel, y destaca que la demandante no había ejercitado la acción del artículo 10 ter de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 que es la que se aplica por el Juzgador de Instancia, incurriendo en incongruencia.

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

Siendo así, la conclusión es la aceptación del contenido del Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida en lo que a la nulidad de la cláusula M se refiere por falta de claridad y sencillez con vulneración del artículo 10.1.a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937, por las razones que seguidamente se exponen:

Porque la parte actora ha sostenido en los hechos de su escrito de demanda que la estipulación M cuya nulidad pretende es una cláusula predispuesta - folios 9 y 30 - de la que predica su falta de transparencia - folio 10 -, resultando del artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación- invocado por la demandante y citado en la sentencia - que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en aquellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", sin perjuicio de la particularidad que resulta del apartado 2 del precepto en relación con las cláusulas abusivas, no apreciándose tal carácter en la resolución de instancia.

Como razona el Juzgador "a quo" la estipulación M falta a los parámetros de claridad y sencillez en la redacción que resultan de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 - artículo 10.1 a ) - y ello permite la calificación de nulidad que resulta de la resolución recurrida, sin que el hecho de que la cláusula no se haya considerado como abusiva conduzca a la apreciación de una acción distinta de la ejercitada por la actora y estimada en la sentencia: la acción de cesación del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. La expresada norma contempla la posibilidad de ejercicio de la acción de cesación respecto de las condiciones generales "que se reputen nulas" sin necesidad de que además de nulas sean calificadas de abusivas, teniendo por objeto la obtención de una sentencia que condene al demandado a eliminarlas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Finalmente, el artículo 10.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937, lo que dispone es la aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación- y por tanto, la aplicación del artículo 12.2 invocado por la actora - cuando las cláusulas a que se refiere el artículo 10.1 - expresamente alegado por la demandante - "tienen el carácter de condiciones generales" pues en este caso quedan también sometidas a las prescripción de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedando cerrado el círculo de protección.

La recurrente argumenta en su escrito de formalización del recurso de apelación que ADICAE debió ejercitar la acción que resulta del artículo 10 ter de la LGDCU EDL 1984/8937 y no la contemplada en el artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que por tanto debe desestimarse la acción de cesación porque el magistrado "a quo" reconoce que desde el año 2000 no se ha vuelto a comercializar el producto y con arreglo al apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera y del artículo 10 ter citado, habiendo finalizado la conducta al tiempo del ejercicio de la acción es necesario acreditar que "existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato" y tales indicios no constan acreditados en autos.

En relación con las acciones de cesación, cierto es que la Disposición Adicional Tercera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios EDL 1984/8937 introducida por el artículo 3.3.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios EDL 2002/41861 («B.O.E.» 29 octubre) con vigencia desde el 18 noviembre 2002, disponía en sus apartados 1 y 2 que: "1. A falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato." Tal texto resulta esencialmente coincidente con el del artículo 10 ter de la LGDCU EDL 1984/8937, en su vigente redacción - introducida por el artículo 3.1.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre EDL 2002/41861 -, cuando dice: "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Asimismo,

la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato."

Respecto a la aplicación de tales preceptos al supuesto enjuiciado consideramos que no lo es el artículo 10 ter porque la acción de cesación que contempla el mismo se refiere a las cláusulas abusivas, como es de ver del tenor del apartado 1 que dice que: "contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación." Y tampoco la Disposición Adicional Tercera, pues no cabe olvidar que la acción ejercitada por la demandante tiene su origen en la petición de nulidad de la condición general que se viene examinando y no frente a "conductas de empresarios o profesionales" a que se refiere la norma invocada por el recurrente, lo que nos conduce de nuevo al contenido del artículo 10.3 de la LGDCU EDL 1984/8937 que nos remite a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y por tanto, al artículo 12.2 del indicado texto legal.

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

Conforme al contenido del artículo 12.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aplicable por razón de la calificación efectuada anteriormente de la cláusula M como tal, "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz". En el precepto indicado - a diferencia de los alegados por el recurrente- la consecuencia no se anuda a la necesidad de acreditar la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato cuando la conducta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción.

Siendo así, y teniendo en consideración el texto de los preceptos citados que prevé, en todos los casos, situaciones de futuro - utilización en lo sucesivo - y de agotamiento de la conducta cuyo cese se postula, consideramos que no existe óbice para estimar la acción de cesación en aquellos casos en que, como en el presente, la parte predisponente no hace uso de la condición predispuesta en el contrato de adhesión al tiempo de la presentación de la demanda, pero existe la posibilidad futura de utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, máxime cuando la demandada no manifiesta su compromiso de no uso, se opone a la acción y se limita a señalar que no ha seguido comercializando el producto en el que la estipulación se incorpora, en los términos que resultan de los contratos controvertidos.

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

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

No podemos acoger el motivo de apelación y nuevamente hemos de dar por reproducida la fundamentación jurídica que resulta de la sentencia apelada (Fundamento Tercero, apartado b) pues la mera lectura de la estipulación que obra transcrita en el antecedente de hechos probados de la sentencia recurrida, pone de relieve que la estipulación examinada no reúne los requisitos de comprensibilidad, claridad y sencillez que resultan del artículo 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1.a ) de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios EDL 1984/8937 , en los términos que describe la recurrente a los folios 5882 y 5883 de las actuaciones. Tampoco podemos acoger el argumento desde la perspectiva de que el análisis de la misma no debe realizarse en la forma efectuada por el Juzgador, esto es, sin tener en consideración la amplitud de la información facilitada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación, pues esa información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatarse que se haya producido en todos los casos, ni la forma en que la misma operó.

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

Siendo así, es de ver que a la cláusula controvertida llegamos por el reenvío que se hace en la primera página del contrato de "Depósito de alta rentabilidad" cuando se advertía que el capital no estaba garantizado según las condiciones del anexo, lo que impide una primera percepción de su contenido de forma clara por parte del consumidor. Situada en el anexo al documento se aprecia - como

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

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

A tenor de lo expuesto, y teniendo presente que la propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES expresa, en relación con el contrato litigioso que su opinión es la de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que este pudiera hacer un juicio fundado de la inversión que se le proponía", calificando de mala práctica bancaria la seguida en este caso por CAJA RURAL VALENCIA, resulta imposible acoger los argumentos de la recurrente en orden a que la estipulación M integrada en ese contexto, reúne los requisitos legales de claridad y transparencia que predica la entidad, pues aún 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 a la 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 esta 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 EDL 2000/77463 .

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

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

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

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

La Ley de Mercados de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo disponía el artículo art. 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores EDL 1988/12634 , en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, al decir las entidades de crédito que actuasen en el Mercado de Valores debía atenerse, entre otros, a los siguientes principios y requisitos: "a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado", "c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios", "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados" (el destacado en negrilla es nuestro).

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

Ya se indicaba así en el anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios EDL 1993/16198 - BOE 21 de mayo - al disponer que todas las personas y entidades deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, conteniendo el artículo 4 relativo a "Información sobre la clientela" las bases sobre las que se asienta la Teoría del "Perfil del cliente" a que se ha hecho referencia anteriormente, al ordenar que "- 1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer." El artículo 5 relativo a la "Información a los clientes" añadía que "- 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. ... 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. ... 5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes .b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento. ..." (los destacados en negrita son nuestros).

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

de sus clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente." (los destacados en negrita son nuestros)

La propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES en el informe anual sobre reclamaciones correspondiente a 1998 ya recomendaba a las entidades financieras que además de interesarse por el perfil del inversor y señalarle los riesgos de la inversión, fueran particularmente escrupulosas cuando la operación implicase la selección de mercados radicados en otros países.

El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de enero de 2003 - Ponente: Sr. Almagro Nosete, LA LEY JURIS: 794/2003 - declara:

"...Ya la Ley del mercado de valores de 1988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio EDL 1885/1 ), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el «mercado de valores», al llamado contrato de «comisión bursátil»; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las «normas de conducta» (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad"

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

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

Sin embargo, siendo así, y sin que cuanto se dirá a continuación signifique que este Tribunal apruebe en modo alguno la omisión de la diligencia exigible también a todo consumidor (pues no compartimos la cultura "del dónde hay que firmar" a que se refiere la Sentencia de Instancia con cita de la de la Audiencia Provincial de Soria de 12 de febrero de 2004 ), no cabe desconocer - como impone el artículo 3.1 del C.Civil EDL 1889/1 - la realidad social actual y del momento en que se produjeron los hechos que se someten a nuestro enjuiciamiento (menor conocimiento general del mercado bursátil, desconocimiento de la evolución de las acciones tecnológicas...), así como la propia dinámica de funcionamiento del sector bancario - respecto del que son constantes las denuncias de malas prácticas -, y el hecho relevante de que a la diligencia exigible al consumidor - que es la genérica de un buen padre de familia -, se ha de contraponer la exigible al profesional asesor que, como se ha indicado con anterioridad - y por razón de la normativa precedentemente citada - es la específica de un ordenado comerciante y un representante leal.

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

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

No procede reproducir ahora cuanto se ha dicho con anterioridad en relación con el contrato - semántica inadecuada, contenido literal que no responde a la verdadera naturaleza del mismo, ... - ni sobre la calificación de la actuación de RURAL CAJA como "mala práctica" por la propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES por falta de ofrecimiento al cliente de información clara, precisa y congruente.

Es suficiente con destacar que, teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, estos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca, que actuando de buena fe, no valoraron adecuadamente el riesgo que hacían asumir a sus clientes, como igualmente hemos destacado con anterioridad. Esta es la consecuencia de la contraposición de las respectivas actuaciones de quien acude al profesional para recabar asesoramiento con ánimo inversor y de quien, con arreglo a la normativa anteriormente expuesta debe ser capaz de analizar el perfil inversor del cliente que tiene ante sí para ofrecerle el producto más

adecuado a sus necesidades y capacidad inversora, lo que genera la relación de confianza determinante de la decisión del consumidor, y el hecho, habitualmente frecuente - aunque indeseable - de firmar un documento sin proceder a su lectura.

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

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

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

SEXTO.- Resolución del recurso formulado por la representación de ADICAE.

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

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

Hecha la precedente consideración, no cabe desconocer - tampoco - la doctrina jurisprudencial en orden a la imposibilidad de introducir alegaciones nuevas por vía del recurso de apelación. Declara el Tribunal Constitucional, ya en Sentencia de 15 de enero de 1996, que la segunda instancia se configura en nuestro ordenamiento procesal como una "revisio prioris instantiae", en la que el tribunal ad quem revisa lo actuado por el Juzgado a quo, tanto la *questio facti*, como la *questio iuris*, añadiendo en la Sentencia de 18 septiembre 2000, que esa revisión relativa tanto a los hechos, como a las cuestiones jurídicas, tiene dos limitaciones: la *reformatio in peius* y el principio de *tantum devolutum "quantum" appellatum*, insistiendo en ello el Tribunal Supremo que establece que es en la demanda y en la contestación donde únicamente pueden quedar fijados definitivamente los términos del debate litigioso (SS. del T.S. de 15-6-82, 10-10-84, 30-5-86, 6-3-90, 10-11-90, 20-12-94 y 25-2-95, entre otras), siendo reiterada la jurisprudencia (SS. del T.S. de 8-6-98, 15-6-98, 18-9-99, 25-9-99, 28-12-99, 28-3-00, 19-4-00 y 10-6-00, entre otras muchas) que declara que han de quedar al margen de la alzada las cuestiones nuevas por infringir los principios de contradicción y defensa, al comportar una alteración de los términos en que quedó planteado el debate litigioso, de manera que no pueden ser tomadas en consideración en la alzada, aquellas cuestiones que quedaron fuera del debate en la instancia, so pena de conculcar los principios de preclusión, contradicción y defensa, reflejados en el principio latino "*pendente appellatione, nihil innovetur*", pues lo contrario implicaría una patente infracción del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 al no haberse dado a la otra parte la posibilidad de alegar y probar lo que estimara conveniente a su derecho sobre tan novedosas cuestiones (Sentencias del Tribunal Supremo 18-6-90, 20-11-90, 5-12-91, 20-12-91, 3-4-93 ...).

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

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

Así como la sentencia de instancia contiene una amplia y exhaustiva motivación en orden a la declaración de nulidad de la cláusula M predispuesta en los contratos de DEPÓSITO DE ALTA RENTABILIDAD E ... y las consecuencias de su nulidad, no puede decirse lo mismo en orden a la desestimación de la pretensión de la demandante relativa a la declaración de nulidad de los contratos subsiguientes - y en esto coincidimos con la afirmación efectuada por la recurrente al folio 5905 de las actuaciones -, pues el apartado d del Fundamento

Jurídico Tercero - en el que se resuelve la pretensión - dice únicamente que: " El anexo II, que suscribieron algunos clientes, para la adquisición de acciones, los Depósitos Horizontes y otras soluciones, son perfectamente válidos y contratados libremente por los clientes, dentro del ámbito de su autonomía de voluntad (artículo 1225 del Código Civil EDL 1889/1 ), sin que exista vicio del consentimiento u otra razón que permita declarar su nulidad, aunque se tengan en cuenta por su relación con el primero, a efectos de calcular la pérdida y cantidad a pagar; y lo prueba el hecho de que muchos no los suscribieron y otros tomaron diversas soluciones según su preferencia, y además la adquisición de acciones sólo se dio con respecto al DAR E- 20".

Vistos los términos en que quedó resuelta la cuestión en la instancia y en los que se formula el recurso de apelación en impugnación del pronunciamiento derivado del anterior razonamiento - así como la oposición articulada frente al mismo -, este tribunal viene obligado al examen de las alegaciones oportunamente deducidas por las partes tanto durante la sustanciación del proceso en la primera instancia como con ocasión del recurso de apelación, en relación con la actividad probatoria desplegada - consecuencia de la alegación de error en la valoración de la prueba - para fijar las conclusiones que seguidamente se expondrán en relación con los contratos que han sido controvertidos por ADICAE en la alzada, y todo ello como consecuencia de la función revisora atribuida por el artículo 456 de la LEC EDL 2000/77463 a los Tribunales de Apelación, dentro de los límites a que nos hemos ido refiriendo a lo largo de esta sentencia. Queda, por tanto, también, vinculado el Tribunal por la obligación que resulta del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , relativo a que la sentencia deberá contener las declaraciones exigidas por las pretensiones oportunamente deducidas, decidiendo los puntos de controversia en el debate de la alzada.

En el escrito de demanda, la pretensión de nulidad que constituye ahora el objeto de análisis, se centraba en tres relaciones contractuales distintas: 1) el llamado Anexo II a la E- 20 de los Depósitos de alta rentabilidad por entender - entonces - que las cláusulas que se contienen en el mismo son nulas por abusivas -, 2) los contratos de Imposición Horizonte por falta de consentimiento o por consentimiento inducido a la contratación - con cita de los artículos 1261 y 1265 del C.Civil EDL 1889/1 - y 3 ) las compraventas directas de acciones que siguieron, en algunos casos, a las liquidaciones de los contratos de depósito de alta rentabilidad por consentimiento inducido a la contratación, estando las operaciones edificadas sobre valores con alto nivel de riesgo. Sustentaba la actora la pretensión de nulidad en la contravención por la demandada de la normativa sobre transparencia determinante de nulidad en virtud del contenido de los artículos 6 del C.Civil EDL 1889/1 , 25 y 26 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios por estar catalogados los productos como de especial protección, y por razón del carácter profesional y especializado del prestador del servicio financiero, que tiene obligación de evitar la colisión de intereses con sus clientes y de velar por los intereses del inversor, con adecuación de los productos a sus necesidades - Fundamento IV B) del escrito de demanda -.

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

Procede, por tanto, limitar la apelación al examen del llamado ANEXO II - en los términos delimitados, pues ya no se alega el carácter abusivo de las condiciones - y a la compra directa de acciones; examen que procede realizar por separado, tal como impone el artículo 218 de la LEC EDL 2000/77463 vigente, y como efectúa la parte actora recurrente en su escrito de formalización del recurso de apelación.

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:

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

La mera lectura del documento ANEXO II revela la vinculación entre ambos contratos pues el nombre del documento ya pone de manifiesto que se trata de un ANEXO - "anexar" en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa "unir o agregar una cosa a otra con dependencia de ella" -, y se dice, además, en el título que lo encabeza, que ese ANEXO II lo es "A LAS CONDICIONES PARTICULARES ADICIONALES DEL CONTRATO DE IMPOSICIÓN A PLAZO FIJO DEPÓSITO DE ALTA

RENTABILIDAD E-20 núm. ...", resultando que si las condiciones indicadas -entre las que se incluía la M controvertida - finalizaban en la letra Q, las del segundo anexo comienzan en la letra R.

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

Tiene declarado la doctrina científica en interpretación del artículo 1303 del C. Civil - relativo a los efectos de la nulidad contractual - que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan cierta relación con el inválido, habiendo determinado la jurisprudencia que 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.

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 predisuestas en documento impreso por la demandada a doble columna, con tamaño de letra reducido, utilización de lenguaje financiero específico,...), con la particularidad, en este caso concreto, de que la parte predisponente que redacta el condicionado, lo configura como si fuera el cliente no profesional el que hubiera realizado el estudio financiero determinante del contenido del documento con carácter previo a su confección como modelo, pues dice, por ejemplo, en la estipulación S "algunos titulares consideran que la evolución de la cotización de ... evolucionará al alza y han solicitado a la CAJA que ejercite la opción que servía de cobertura al Depósito Alta Rentabilidad E- 20, recibiendo el 4 de septiembre de 2000 las acciones correspondientes a dicha cobertura...", o en la T "por expresa petición de los titulares del contrato financiero Depósito Alta Rentabilidad E-20 ...la CAJA queda facultada y se obliga a efectuar un adeudo en la cuenta en la que es abonado su nominal, por el 50% del mismo y a abonar el importe de la comisión percibida, regulada en la letra M) del documento contractual, todo ello con valor del 4 de septiembre de 2000...".

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

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

La normativa de referencia 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, ...

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

Sobre la compra de acciones que siguió, en algunos casos, a los contratos de DEPÓSITO DE ALTA RENTABILIDAD.

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

Y decimos que el motivo de apelación sólo puede ser acogido parcialmente porque la actora imputa a la demandada dolo contractual al ofrecer las acciones tecnológicas de alta volatilidad que acusaron las fuertes caídas que originan la pretensión de la actora, y como reiteradamente ha declarado la doctrina jurisprudencial en interpretación del artículo 1269 del C.Civil EDL 1889/1 , el dolo no se presume sino que ha de ser cumplidamente demostrado, y además supone la conjunción de dos elementos: 1) el elemento subjetivo o ánimo de perjudicar, que no resulta en modo alguno de las actuaciones (antes bien, al contrario, la parte demandada intentó enjugar la pérdida originariamente producida a raíz de los contratos de depósito de alta rentabilidad, ofreciendo la compra de las acciones en la creencia de que iba a recuperarse en poco tiempo), y 2) el objetivo, esto es, el acto o medio externo.

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

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

Conviene destacar como el perjudicado Sr. Picó Picó en el segundo vídeo del CD 5/19 a partir del momento 20 , declaró que no hacía responsable del problema al director de la sucursal, que tiene que hacer su trabajo y vender los productos de la entidad, por lo que no compartía la presión que se había ejercitado frente al mismo. O como el Sr. Armando (Cd 6/20 a partir del minuto 37 ) manifestó que el director de la sucursal era una muy buena persona y se tomó mucho interés pues acudió a su domicilio particular al menos en dos ocasiones, expresándole que en poco tiempo se recuperaría el dinero, por lo que consideraba que el problema es que la demandada había realizado una mala gestión. O la Sra. Jesus Miguel (Cd 7/19 vídeo 10 ) cuando relata cómo el director le explica lo que ha pasado y que incluso los propios familiares de algún director se encontraban en la misma situación, enterándose, de hecho, de la existencia de ADICAE por el actual director de su sucursal que tiene familiares perjudicados. O el testigo de la demandada y perjudicado Sr. Bartolomé (Cd 10/19 vídeo 14, a partir del minuto 57 :38) que pese a que perdió unas cien mil pesetas y asumió la pérdida porque a él le explicaron el producto, señaló que el director estaba más preocupado que él.

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

Que la entidad demandada no actuó dolosamente resulta asimismo de la declaración del experto Sr. Jon - también citado en diversas ocasiones a lo largo de esta sentencia - pues no cabe desconocer que la demandada esperaba el repunte de las acciones en orden a las expectativas de algunos analistas, y que cuando el inversor había perdido en bolsa lo habitual era que éste se quedase con ellas, de donde resulta que el consejo efectuado por RURAL CAJA a sus clientes para la compra de las acciones respondía a lo que habitualmente se

venía haciendo en aquella época, como manifestó, también el experto de la demandada Sr. Carlos José (Cd 14/20 vídeo 23 a partir del minuto 53 :55) al indicar que entonces solía ser rápida la recuperación por lo que la recomendación de quedarse con las acciones era un consejo habitual. Cuestión distinta es la equivocación en la que incurrió la demandada al ofrecer este consejo - que se adereza con el incumplimiento de los deberes de información que resultaban de la normativa entonces aplicable -, y de la que resulta que, lejos de resolverse el problema se produjo una agravación del mismo, quedando perjudicado el consumidor inversor en los intereses por los que debía velar la demandada con arreglo al contenido de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores .

Como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de julio de 1998 (Ponente: Sr. González Poveda, LA LEY JURIS: 8311/1998) "el Tít. VII Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(art. 79 ), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 CCom EDL 1885/1 . impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación; ..." (el destacado en negrita es nuestro).

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

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

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.
  - b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.
  - c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
  - d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.
  - e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.
- Y lo cierto es que tales parámetros de actuación no se cumplieron porque:

No consta la transparencia deseable en la operación en la medida en que las acciones eran las vinculadas a la relación contractual entre CAJA RURAL y BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL.

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

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

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

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

La sentencia de instancia resuelve este extremo en el Fundamento Jurídico CUARTO partiendo de un dato esencial como es la falta de prueba pericial encaminada a determinar el concreto perjuicio de cada uno de los perjudicados relacionados con ocasión de la

demanda y de la ampliación de la misma. Es esta falta de prueba pericial a instancia de la parte demandante la que determina que el Juzgador de Instancia, teniendo en cuenta todos, y los diversos, contratos suscritos por cada uno de los afectados, considere más ajustada la cuantificación efectuada por la entidad demandada CAJA RURAL que la aportada por la Asociación actora.

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

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

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

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

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 C.Civil EDL 1889/1 ya citado pues "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..." En lo que a los intereses se refiere no podemos acoger la pretensión de la parte actora formulada en el escrito de aclaración del suplico de la demanda - folio 933 - en orden a que se deba abonar el interés fijo pactado en el contrato de depósito de alta rentabilidad para todo el tiempo transcurrido, pues ese interés viene referido únicamente al breve período temporal pactado en ese contrato cuya duración se agotó, y no es extensible a los efectos de la nulidad apreciada. Por tanto, hemos de estar - como parámetro aplicable - a lo que resulta del artículo 1108 del C.Civil EDL 1889/1 pues siendo la consecuencia de la ineficacia la restitución de una cantidad de dinero - que constituye una obligación pecuniaria - las reglas indemnizatorias a falta de pacto consisten en el abono del interés legal, que es el determinado para cada período temporal en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello implica que quienes suscribieron el Anexo II recuperen el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento - cláusula T - y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento. Del mismo modo, los adquirentes de las acciones controvertidas deben recuperar el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra.

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

NOMBRE

Constantino Y Emilia Y Sonia

Mari José Y Luis Francisco

Blas Y Milagros

José Ignacio Y Elena

Ángel Y Amanda

María Purificación

Nuria

Lidia

Cecilia E Ángela

María del Pilar

Rebeca Y Juan Carlos

David Y Lina

José Enrique

Federico

Luis Pedro

Cesar Y Sandra

José Ángel Y Montserrat

Benedicto Y Julia

Carlos Jesús Y Eugenia E Consuelo

Cosme

Carmen Y Carlos Daniel

Bárbara , Almudena E Consuelo

Eusebio , Angelina

Esperanza  
Matías Y Esther  
Estela  
Millán Y Francisca  
Everardo  
Rafael  
Marisol  
Paloma  
Mari Luz  
Braulio Y Ana María  
Luis Angel Y Yolanda  
Francisco Y Daniela  
María Angeles Y José Manuel  
Bruno  
Carlos Manuel  
Luis Miguel Y Victoria  
Isidro Y Margarita  
Elvira E Nieves  
Jesús  
Gema  
Mari Trini  
Cristina Y Carlos Ramón Y Lucía  
Carlos Antonio Y Inmaculada  
Claudia  
Gerardo Y María Consuelo  
Abelardo , Soledad  
Jesus Miguel , Juan Pedro Y Carina  
Julián  
Juana  
Melisa Y Felix  
Flora  
Constanza  
Vicente Y Juan Manuel  
Joaquín  
Gabriel Y Andrea  
Marco Antonio Y Marta  
Leticia  
Romeo Y Valentina  
Evaristo Y Sara  
Lorenza  
Leonor , Jesus Miguel  
Ismael Y Regina  
Rosario  
Tomás Y María Inés  
Ignacio Y María Inmaculada  
Daniel Y Begoña  
Remedios Y Pedro Miguel  
Araceli Y Asunción  
Trinidad Y Amelia  
Patricia

Jesús Carlos  
Juan Ramón Y Mari Juana  
José Francisco E Blanca  
Olga  
Rodrigo Y Rocío  
Lázaro  
Eloy Y María  
Frida Y Arturo  
Encarna  
Rita Y Andrés  
Ángeles  
Juan  
Carlos Alberto  
Juan Enrique Y Elisa  
Jesús Luis  
Sofía  
Carlos María  
José Pedro Y María Virtudes  
Carlos Miguel  
Gloria  
José Ramón Y Carla  
Aurora Y Luis Pablo  
Maribel  
Juan Antonio En Representacion De Ariadna  
Mónica  
Miguel Ángel  
Clara Y Rogelio  
Alfredo Y Laura  
Alonso Y Concepción  
Fidel Y Camila  
Narciso  
Filomena  
José Carlos  
Donato  
Eduardo  
Raquel  
Cornelio Y Verónica  
Mariano Y Paula  
Juan Ignacio  
Gregorio  
Esteban Y Lourdes  
Carlos Francisco Y Celestina  
José Miguel Y Antonieta  
Edurne  
Lucio Y Julieta  
María Rosario Y Marcos  
Guillermo Y Marcelina  
Natalia  
Iván Y Catalina  
Gustavo Y María Luisa

Emilio  
Jaime Y Carmela  
Luis María Y Mariana  
Raquel  
Antonio  
Luis Antonio Y Dolores  
Isabel Y Jorge  
Baltasar Y José Daniel  
Elsa  
Germán Y Alicia  
Antonia Y Aurelio  
Ángel Daniel Y Guadalupe  
Estíbaliz Y Paulino  
María Teresa Y Oscar  
Juan Francisco  
5.000.000.  
4.500.000  
3.500.000  
7.500.000  
1.500.000  
2.000.000  
1.800.000  
3.000.000  
1.000.000  
2.500.000  
4.000.000  
9.000.000  
750.000  
6.250.000  
4.500.000  
1.000.000  
6.000.000  
7.750.000  
6.000.000  
1.000.000  
500.000  
1.250.000  
1.000.000  
750.000  
3.250.000  
2.500.000  
6.000.000  
4.250.000  
8.000.000  
1.100.000  
2.500.000  
3.250.000  
1.750.000  
3.500.000  
3.500.000

5.350.000  
3.250.000  
500.000  
2.500.000  
1.000.000  
1.500.000  
2.850.000  
7.500.000  
1.150.000  
1.000.000  
2.500.000  
1.000.000  
1.000.000  
1.250.000  
1.600.000  
3.500.000  
2.350.000  
3.000.000  
2.250.000  
1.000.000  
1.500.000  
1.000.000  
1.500.000  
500.000  
1.750.000  
575.000  
1.500.000  
7.500.000  
4.000.000  
3.175.000  
1.750.000  
550.000  
6.500.000  
2.750.000  
7.500.000  
2.750.000  
5.000.000  
6.500.000  
2.500.000  
3.000.000  
500.000  
1.500.000  
6.600.000  
3.500.000  
2.500.000  
7.500.000  
2.500.000  
500.000  
3.500.000  
500.000

1.250.000

3.250.000

5.000.000

1.500.000

1.500.000

10.750.000

10.750.000

3.500.000

1.750.000

1.000.000

500.000

4.750.000

COMPRA ACCIONES

4.575.000

1.800.000

1.200.000

852.785

1.401.587

950.000

451.430

1.356.000

1.600.000

3.000.000

302.157

596.114

1.000.000

678.000

1.356.000

5.402.553

4.029.638

300.000

272.810

520.199

1.978.507

22.600

2.034.000

1.039.580

1.961.719.

567.067

1.582.000

725.000

1.060.000

452.000

325.000

1.250.000

360.000

1.130.000

722.012

1.103.061

1.250.086

2.000.000  
1.243.000  
674.872  
452.859  
1.057.663  
339.827  
1.356.046  
1.020.722  
567.544  
998.918  
1.823.220  
680.480  
4.561.740  
604.657  
502.855  
1.300.000  
1.356.000  
565.047  
7.707.913  
450.000  
546.849  
750.000  
668.080

Esta es la única modificación que debemos hacer en relación con la cuantificación del perjuicio, al venir impuesta por el tenor del artículo 1303 del C.Civil EDL 1889/1 que implica la recíproca restitución de las prestaciones, remitiéndonos en cuanto al perjuicio al listado que se incorpora al Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución apelada, en atención a las siguientes consideraciones:

Incumbe a la parte actora la acreditación del efectivo perjuicio que reclama por imperativo del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en relación con la interpretación jurisprudencial del artículo 1101 del C.Civil EDL 1889/1 , 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, ; STS 11 de noviembre de 1007 ; 28 de diciembre de 1999, y 30 de abril de 2002 .

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

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

SÉPTIMO.- Procede, finalmente, hacer los siguientes pronunciamientos en materia de costas procesales.

Respecto de las causadas en la instancia debe confirmarse el pronunciamiento que resulta de la sentencia recurrida, por cuanto que el contenido de la presente resolución no altera la situación de estimación parcial de la demanda, razón por la que, por aplicación del artículo 394 de la LEC EDL 2000/77463 y como declarase el magistrado "a quo", cada una de las partes deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Respecto de las causadas por el recurso de apelación formulado por la representación de la entidad bancaria RURAL CAJA, la desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas derivadas del mismo por aplicación del contenido del artículo 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , sin que constituya obstáculo para ello la precisión que se contiene en el Fundamento Jurídico QUINTO Primero a), por no constituir más que una mera precisión en la declaración de hechos probados sin trascendencia práctica a los efectos de la presente resolución por cuanto que tal precisión no altera el contenido de la parte dispositiva de la sentencia de instancia respecto del recurso de la demandada.

La parcial estimación del recurso de apelación deducido por la representación de ADICAE implica, también por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 citado, que cada una de las partes soporte las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

## FALLO

PRIMERO.- Desestimamos el recurso de apelación promovido por la representación de CAJA RURAL DEL MEDITERRÁNEO RURALCAJA S. COOP. DE CRÉDITO contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , que confirmamos, con imposición a la indicada recurrente de las costas procesales derivadas de su recurso de apelación.

SEGUNDO.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE BANCOS, CAJAS Y SEGUROS - ADICAE - contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22 de los de Valencia de 15 de marzo de 2005 , y con confirmación del pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, añadimos los siguientes pronunciamientos:

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

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

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

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E .C., una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370092005100693