

INVERSIONES A PLAZO ATÍPICAS
(NOTA A LA STS DE 22 DE DICIEMBRE DE 2009)

Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de Derecho Civil
UCLM-CESCO

Se interpone recurso de casación por la representación procesal de Caja Rural de Valencia, S. Coop. de Crédito (actualmente Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja Soc. Coop. de Crédito), contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 584/2005 por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 14 de noviembre de 2005, dimanante del procedimiento ordinario número 821/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 22 de Valencia.

El TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Caja Rural del Mediterráneo, RuralCaja S. Coop. de Crédito contra la citada sentencia.

1.- Antecedentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

»Al objeto de que el inversor tenga en cuenta el nivel de riesgo que asume, se hace constar que los valores expresados en euros más altos (M) y más bajos (m) de

cotización de las acciones tomadas como referencia y su fecha han sido los siguientes en los últimos meses: Sonera 95,49 € (M) 6/3/00 y 12,80 €(m) 20/3/99; Cap Gemini 360 € (M) 10/3/00 y 126 € (m) 20/4/99; SAP 859 € (M) 7/3/00 205,25 € (m) 20/4/99 y Equant 128,9 € (M) 10/2/00 y 38,5 € (m) 24/5/99».

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

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

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

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

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

7. La Caja Rural desde el año 2000, y dada la conflictividad que ha generado este

producto no ha vuelto a comercializarlo.

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

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

10. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación promovido por Caja Rural y estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de ADICAE. Confirmó el pronunciamiento declarativo de nulidad, estimatorio de la acción de cesación ejercitada, de condena a devolver las cantidades que se indican, y sobre costas, y añadió los siguientes pronunciamientos: (*a*) declaración de nulidad del contenido del Anexo II al Contrato de Depósito de Alta Rentabilidad E-20 y en su consecuencia condena a la entidad demandada a restituir a cada uno de los afectados por la suscripción del referido Anexo el 50% del nominal de la inversión inicial que quedó afectado por el expresado documento -cláusula T- y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción en cada caso del referido documento; (*b*) declaración de nulidad de los contratos de compraventa directa de acciones, condenando a la entidad demandada a restituir a los adquirentes el importe del precio destinado a su adquisición y los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de suscripción, en cada caso, de la orden de compra.

Se fundó, en síntesis, en que: (*a*) la normativa sobre información y transparencia en las inversiones, aun cuando no fue citada inicialmente, sin embargo fue apuntada por la actora en la demanda al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad; (*b*) no hay incongruencia en relación con la acción ejercitada, pues, en contra de lo que afirma Caja Rural, la cláusula controvertida es una condición general de la contratación y la norma aplicable no es el artículo 10 ter LCU, pues la sentencia ha estimado la nulidad de la cláusula por faltar a los parámetros de claridad y sencillez que en aplicación del artículo 8.1 LCGC por referencia al artículo 10.1.a LCU, cosa que determina la aplicación de la acción de cesación del artículo 12.2 LCGC, la cual no exige que haya indicios suficientes que hagan temer la reiteración de modo inmediato de la conducta cuya cesación se ordena; (*c*) la cláusula M vulnera por falta de claridad y sencillez el artículo 5.4 LCGC y artículo 10.1.a LCU; la información oral a que se refiere la entidad recurrente no puede constatarse que se haya producido en todos los casos, ni la forma en que la misma operó; se sitúa en el anexo, que está en letra

pequeña, su extensión es considerable, utiliza un lenguaje financiero específico, es de comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos financieros que se utilizan; utiliza indebidamente la palabra comisión para referirse a la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas en la compraventa de valores; dice que el importe de la imposición será abonado, cuando el capital no se garantiza; la presentación del anexo invita a su firma sin lectura; únicamente se resaltan en mayúsculas el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión depósitos de alta rentabilidad y a nombre de la Caja Rural; (*d*) no puede aceptarse que el error en el consentimiento sea imputable a los clientes de Caja Rural, pues teniendo presente el perfil de los consumidores afectados, éstos actuaron en la confianza del asesoramiento que recabaron de los profesionales de banca, que, actuando de buena fe, no valoraron adecuadamente el riesgo que hacían asumir a sus clientes; (*e*) en cuanto a la nulidad del Anexo II solicitada por ADICAE existe vicio en el consentimiento, en contra de lo que dice la sentencia de instancia, pues (i) el Anexo II, suscrito por la mayoría de los afectados por la E-20 implicaba enjugar el importe de la cantidad perdida -y percibida por Caja Rural - conforme a la cláusula M y, en consecuencia, siendo las condiciones del Anexo II de la misma naturaleza que las condiciones del primer anexo, y siendo el anexo posterior consecuencia del primero, se cumplen en el supuesto examinado los presupuestos de propagación de los efectos de la nulidad al acto posterior; (ii) las razones que determinan la nulidad de la condición M son igualmente extrapolables al contenido de las condiciones que integran el Anexo II (condiciones generales de la contratación predispuestas en documento impreso por la demandada a doble columna, con tamaño de letra reducido, utilización de lenguaje financiero específico...); dado el perfil de los clientes afectados resulta dudosa la afirmación de que la iniciativa contractual del Anexo II procede de los consumidores perjudicados y de su evaluación de la “evolución al alza” y de que solicitaran de la Caja que ejercitase la opción que servía de cobertura al depósito atípico, cuando la opción fue ejecutada por Banco Cooperativo Español y Caja Rural soportó el pago a que se había comprometido; (iii) en suma, la entidad demandada omitió la diligencia que le era exigible por vulneración de los deberes de información y de transparencia que le incumbían; (*f*) en la compra de acciones que siguió a los contratos de Depósito de Alta Rentabilidad (i) no hubo dolo por parte de Caja Rural; (ii) pero no consta la transparencia deseable en la operación en la medida en que las acciones eran las vinculadas a la relación contractual entre Caja Rural y Banco Cooperativo Español; (iii) no consta que se diese prioridad a los intereses de los perjudicados en relación a los propios intereses de la entidad demandada, que también había sufrido pérdidas; (iv) no hubo prudencia, pues no se pensó en diversificar el riesgo; (v) no tenían información sobre el perfil de los inversores y no consta acreditado que se les mantuviera adecuadamente informados sobre la evolución de los valores, que fue negativa.

2. Recurso extraordinario por infracción procesal.

2.1. Primer motivo: La carga de la prueba.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida, partiendo de que no se ha probado que todos los clientes recibieran la información suficiente, que otros sí recibieron, atribuye las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a la

recurrente, lo que tiene especial importancia en relación con el Anexo II, pues en este caso se trata de la prueba esencial o única.

Este motivo es desestimado por el TS. La jurisprudencia suele destacar que las normas sobre reparto del *onus probandi* [carga de la prueba] no pueden considerarse infringidas en aquellos casos en los cuales el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba; sino solamente en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien no correspondía proporcionar dicha prueba (SSTS, entre otras, de 15 de diciembre de 1998, 10 de noviembre de 2005, 24 de noviembre de 2006, 5 de diciembre de 2006 y 31 de enero de 2007).

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

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

2.2. Segundo motivo: El principio de congruencia.

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

Este motivo es también desestimado. Como declaran las SSTS de 21 de julio de 2000, 17 de diciembre de 2003, 6 de mayo de 2004, 31 de marzo de 2005, 17 de enero de 2006, 5 de abril de 2006, 23 de mayo de 2006 y 18 de junio de 2006 , entre otras muchas, la incongruencia, como vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se

resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; cuando se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio; o, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la causa petendi [causa de pedir] como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.

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

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

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

En suma, la demanda versó desde el primer momento en torno a la validez de las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretendía por imponer condiciones abusivas sin la debida transparencia y no puede decirse que los elementos fácticos que sustancialmente integran la pretensión hayan sido alterados por haber hecho más hincapié en la apelación en uno o en otro de los aspectos de la fundamentación jurídica mediante la que trataba de obtenerse la declaración de nulidad. No se aprecia, en consecuencia, la incongruencia denunciada, por no haberse variado la causa petendi, y haberse desenvuelto la argumentación de la Audiencia (al igual que la del Juzgado, aunque llegara parcialmente a una conclusión distinta), dentro del margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] para la calificación de los hechos y la selección de la norma aplicable, que permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados siempre que no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión (SSTS de 24 de julio de 2006, 6 de abril de 2005, 16 de marzo de 2007, RC n.º 717/2000, 18 de junio de 2007, RC n.º 4408/2000, 8 de noviembre de 2007, RC n.º 4341/2000, 5 de diciembre de 2007, RC n.º 2748/2000, 22 de enero de 2008, RC n.º 5501/2000).

2.3. Tercer motivo: Valoración de la prueba.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia recurrida valora la prueba de forma arbitraria afirmando que los testigos de la demandada manifestaron que se les explicó convenientemente la operación y también algunos testigos de la demandante, pero concluye que con carácter general los clientes no eran capaces de comprender la información recibida; y, en cuanto al Anexo II, afirma que no es un razonamiento lógico

decir que hubo una información inadecuada, insuficiente o que incumpliera la normativa, pues expresamente reconoce lo contrario.

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

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

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

2.4.- Cuarto y Quinto motivos: Práctica de la prueba.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Recurso de casación.

3.1. Primer motivo: Infracción de normas administrativas como motivo de nulidad.

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

El motivo es desestimado.

a) Como se ha razonado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la demanda versó desde el primer momento en torno a la existencia de las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretendía por imponer condiciones abusivas sin la debida transparencia, y el hecho de que en una u otra instancia se haya puesto el acento en

determinados aspectos de la fundamentación jurídica mediante la que trataba de obtenerse la declaración de nulidad no supone traba alguna al margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho].

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

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

3.2. Segundo motivo: Conocimiento por los clientes sobre las condiciones del Anexo. II.

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

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

3.3. Motivo tercero: Extensión de la nulidad del primer contrato sobre el Anexo II.

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

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

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

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

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

No se advierte que exista infracción de la jurisprudencia que acepta la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula, el cual se refleja en el artículo 10 LCGC (según el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo útil no es viciado por lo inútil]). En efecto, de los hechos que la sentencia recurrida declara probados se desprende que el segundo contrato concertado tenía una vinculación causal plena con el primero declarado nulo y no se habría concertado en el caso de que el primero no hubiera producido efectos en virtud de la nulidad que posteriormente se declaró. El principio aplicable sería, en consecuencia, *simul stabunt, simul cadent* [juntos caerán quienes juntos estén].



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

3.4. Motivo cuarto: Requisitos de la acción de cesación.

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

El motivo es desestimado.

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

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