**ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE ACCIÓN COLECTIVA APLICADA A LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES**

Autora: Rosana Pérez Gurrea, Abogada (2014)

En este capítulo vamos a abordar la cuestión de la aplicación de la acción colectiva en diversos casos de comercialización por parte de las entidades bancarias de las denominadas “participaciones preferentes” o la “deuda subordinada”, a través del estudio de la sentencias de los tribunales españoles en el pasado más reciente. De este modo, destacamos por su relevancia los siguientes procesos judiciales:

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, SECCIÓN 3º, DE 23 DE ENERO DE 2014**

Catorce personas físicas presentan demanda contra Bankpime pidiendo la nulidad radical de las órdenes de compra de participaciones preferentes de las entidades Kaupthing Bank y Landsbanki Islands, suscritas con la demandada y que se les devuelva a los actores el precio de compra junto con los intereses legales que devenguen dichas cantidades desde la fecha de la compra, alegando como causa de nulidad la ausencia de consentimiento.

La Sentencia dictada en primera instancia estima esta pretensión principal, al entender que ni antes ni después de la suscripción de las preferentes se les entrega a los actores una información veraz y completa de los productos contratados, induciendo a confusión y a error en elementos sustanciales del contrato y condenando a la demandada a la restitución del precio de compra efectivamente abonado por los mismos más los intereses legales desde la fecha de la compra.

Frente a esta resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime), alegando una serie de infracciones legales para cuya exposición distinguimos entre:

1) Infracciones legales de naturaleza procesal, la primera de ellas es la incompetencia de la jurisdicción civil determinante de la nulidad de todo lo actuado al entender competente al Juzgado de lo Mercantil. En segundo lugar, considera que ha habido una acumulación subjetiva de acciones causante de indefensión y subsiguiente alteración de las reglas de competencia territorial, al haberse planteado la demanda por un total de quince personas pero con diferentes causas de pedir, lo que lleva también a pedir la nulidad de lo actuado.

Señala que se han infringido las normas y garantías procesales por motivación irracional de la Sentencia porque al haberse declarado la nulidad de las órdenes de compra, no se establece la devolución de las prestaciones con el argumento de que los inversores no tienen nada que devolver por no estar acreditado su importe, lo que califica de irracional porque en la demanda se indican cuáles son los porcentajes de rentabilidad anual de la inversión, detallando en el informe pericial acompañado por esa parte demandada las rentabilidades percibidas por cada título, sin que exista impedimento para que en fase de ejecución de Sentencia la entidad demandada pueda certificar cual es el importe total de lo abonado hasta esa fecha ya que hasta ese momento no se puede cuantificar, generando en caso contrario un enriquecimiento injusto.

Se considera también insuficiente la motivación de la Sentencia por falta de valoración del informe pericial de KPMG Forensic, del que nada se dice en la Sentencia.

2) Infracciones legales de naturaleza sustantiva, en primer lugar alega la infracción por inaplicación del artículo 1301 del Código Civil, por no declarar de oficio de la caducidad de la acción al menos de cinco operaciones financieras por las que se acciona.

En segundo lugar, opone la falta de legitimación pasiva *ad causam* de Bankpime para soportar las consecuencias de la nulidad de un contrato en que no ha sido parte, ya que en el contrato de mediación para la compraventa de valores, la única prestación que ha percibido Bankpime ha sido la comisión de mantenimiento de valores.

Seguidamente señala varios casos de errónea valoración de la prueba y de aplicación del derecho sustantivo: En primer lugar, por reputar a Bankpime como comercializadora de preferentes cuando sólo ha sido una mera intermediaria en la ejecución de unas órdenes de compra. También considera errónea la valoración del clausulado al haberse calificado indebidamente como un pacto de recompra de participaciones preferentes cuando esos pactos no se corresponden al contrato de orden de compra de participaciones, sino con contratos de REPOS y aparecen en el reverso por ser el papel bancario estandarizado utilizado para cualquier operación. Señala igualmente que ha sido errónea la valoración de la prueba por establecer tipología y perfil de los inversores actores como minoristas inexpertos. Alega que ha sido errónea la valoración de la prueba al entender que ha sido deficiente la información suministrada antes y después de la contratación, y que ello impidió a los compradores conocer las verdaderas características y riesgos de los productos que adquirían. De este modo, llega a la conclusión errónea que de haberlos conocido no los habrían contratado, lo que ha supuesto que se declarara la nulidad por vicio en el consentimiento y en el mismo sentido, denuncia que se ha producido error en la valoración de la prueba al reputar que las participaciones preferentes son algo difícil de entender por personas que sin embargo tenían experiencia en productos similares o en la adquisición de participaciones preferentes. Indica finalmente, que se ha producido error en la valoración de la prueba la entender que la entrega de los folletos de emisión perjudicó la información del inversor, dado que no existe obligación legal de entrega, sino de puesta a disposición y que los folletos siempre estuvieron a disposición.

Señala también tres infracciones legales, la primera por inaplicación del artículo 1303 del CC relativo a los efectos de la declaración de nulidad, la segunda por inaplicación del artículo 1105 del CC por no apreciación en este supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor excluyente de responsabilidad. Y la última, la infracción del artículo 7.2 del CC por ejercicio abusivo de los derechos al haber intentado desplazar a la demandada las consecuencias de la volatilidad de los mercados financieros, de las crisis económicas y de las pérdidas sufridas por quiebras o intervenciones de emisores ajenos.

La Sentencia de 23 de enero de 2014 que estamos analizando señala lo siguiente en cuanto a las infracciones legales de naturaleza procesal:

1.- En cuanto a la *incompetencia de jurisdicción denunciada*, invocando el 86 ter 2 d) de la LOPJ que establece la competencia de los Juzgados Mercantiles para el conocimiento de las demandas en el ejercicio de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación, señala que ninguna de estas acciones relativas a condiciones generales de la contratación se ejercita en la demanda, donde por el contrario se pide la nulidad por falta de consentimiento o donde se ejercitan acciones derivadas de incumplimientos contractuales, por lo que no se justifican razones para atribuir la competencia al Juez Mercantil, citando en este sentido la Sentencia de la Sección 9 de la Audiencia Provincial de 10 de abril de 2013.

2.- En lo relativo a la *indebida acumulación subjetiva de acciones*, causante de indefensión y subsiguiente alteración de las reglas de competencia territorial, ya que la demanda la presentan 15 personas en total, con idéntico suplico pero con causas de pedir distintas infringiéndose, por tanto, el artículo 72 de la LEC que tipifica*: “Podrán acumularse simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.*

La jurisprudencia, en interpretación del referido artículo 72, ha establecido, por un lado, que los conceptos de título y de causa de pedir son diferentes, y por otro, ha precisado la noción de conexidad por razón de la causa en que se fundamentan de las pretensiones.

Así, en la **Sentencia del Tribunal Supremo** de 18 de junio de 2013, citando la del Pleno de la Sala Primera de 9 de diciembre de 2010, reitera que *"para la acumulación de cuantías (concepto que, en el contexto de esa Sentencia se refiere a cada una de las acciones ejercitadas por cada uno de los demandantes) en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir)".*

Por causa de pedir, habría de entenderse, según la **Sentencia del Tribunal Supremo** de 18 de febrero de 2011, *"el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos*, lo que, en suma, no es sino la identidad jurídica de los denominados hechos sustanciadores de la demanda, esto es, de aquellos de los que deriva, por incardinarse en el presupuesto fáctico de una norma aplicable, la consecuencia que se concreta en la petición.

Por ello, podría considerarse que, en la acumulación subjetiva que permite la Ley, cabe tanto la identidad plena (que devendrá por la identidad del título) como la conexa que se deriva de la causa de pedir, por identidad esencial de los hechos sustanciadores. (Así se deriva de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 5 de noviembre de 2013).

En el supuesto de acumulación subjetiva de acciones en contratos bancarios de participaciones preferentes o de permutas financieras existen sentencias de diverso signo. Así cabe citar como de fecha más reciente, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia** de fecha 10 de abril de 2013 , en la que se apreció que había habido una indebida acumulación subjetiva de acciones, por estar basada en diferentes causas de pedir, pero en aquel supuesto se decía que había habido un total de 18 tipos de instrumentos financieros de diferente naturaleza, provenientes de distintos emisores, interviniendo en la venta hasta cuatro sucursales distintas del banco demandado, con diferente fecha de contratación en el periodo comprendido entre diciembre de 2004 y marzo de 2008, lo que comporta diferentes circunstancias de mercado y la aplicación de distintas legislaciones y por distintas personas que no guardan relación aparente alguna.

A la misma conclusión se llegó en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid**, Sección 21, de fecha 31 de mayo de 2012 (ROJ: SAP M 7100/2012), Recurso 504/2010 , teniendo en cuenta en este caso que cada demandante tenía una experiencia inversora diferente, invierte un patrimonio diferente en productos diversos, cada contrato se produce de forma desigual, siendo distinto lo que se preguntó a cada inversor y lo que se le aclaró, distinguiendo la propia Sentencia de instancia entre los actores que invirtieron en Lehman y los que lo hicieron en bancos islandeses.

Por el contrario la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria**, Sección 1ª, de fecha 8 de noviembre de 2012 (ROJ: SAP SO 253/2012), Recurso 143/2012, en un supuesto donde se planteaba la nulidad de once contratos de permuta financiera, consideró que no había indebida acumulación subjetiva de acciones porque las diferencias entre los demandantes y sus contratos no eran sustanciales, por ser similares las formas de contratación, el tipo de contrato, secuencia temporal en su concertación, perfil de cliente bancario (minoristas) y forma de suministrar la información, de manera que se concluyó que los hechos en que se basa cada acción eran homogéneos.

En el mismo sentido la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid**, Sección 12, de fecha 5 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 14214/2013), Recurso: 611/2012, igualmente ante la petición de nulidad de trece contratos de permuta financiera o swap, consideró que el grupo no era tan heterogéneo al quedar homogeneizado por un doble rasgo común, su carácter de consumidores o usuarios y por la identidad sustancial de los contratos firmados por cada uno, además de porque la causa de pedir se entendió que quedaba configurada por la defectuosa e incompleta información, que la demanda relata cómo generalizada en la fase precontractual, consumada en la redacción del contrato y por la consideración de determinadas cláusulas como abusivas o nulas por atentar contra la normativa protectora de consumidores o la que regula las condiciones generales de la contratación, por lo que se admitió la acumulación realizada en la demanda.

En el caso examinado, la Sentencia entiende que en atención a las circunstancias concurrentes no procede apreciar que ha habido una indebida acumulación subjetiva de acciones.

Ciertamente la complejidad de estos procedimientos se incrementa cuando los demandantes son varios, como aquí sucede, con distintos contratos suscritos, pero eso no significa que no existan unas circunstancias comunes y que las diferencias existentes no sean sustanciales en los términos expuestos.

En primer lugar y en cuanto a las características de los demandantes lo primero que llama la atención es que uno de ellos es una sociedad mercantil, pero esto no altera la condición de todos ellos como minoristas al haber sido calificada dicha sociedad como tal por la propia entidad bancaria, consta así en el documento número 90 de los acompañados a la demanda, por lo que esa condición de minorista es predicable de todos ellos.

En cuanto al perfil inversor de cada uno de los actores difieren las partes en su consideración, pero no por el hecho de que existan diferencias considerables sino porque dicho perfil pudiera calificarse en conjunto como conservador, pero incluso en el informe pericial que acompaña la parte demandada, después de examinar las inversiones realizadas por cada uno de los demandantes llega en su página 22 a establecer unas conclusiones comunes a todos ellos.

Por otra parte, los productos contratados han sido tres, Kaupthing Bank 6,25%, Kaupthing Bank 6,75% y Landsbanki Islands 6,25%, pero en todos los casos se trata de participaciones preferentes de dos entidades bancarias islandesas, cuya trayectoria fue idéntica y para cuya contratación se han utilizados las mismas órdenes de compra y los mismos contratos de depósito y administración.

Los hechos en que se fundamenta la demanda son los mismos y las acciones ejercitadas también son comunes, habiendo suministrado la misma información a cada uno de ellos con las únicas diferencias respecto a las notas que se entregaron a alguno de ellos como información adicional, que son los documentos números 50 a 53 de los acompañados a la demanda, pero esto no supone una diferencia sustancial respecto a la información que se prestó.

Y en cuanto al periodo en que dichas contrataciones tuvieron lugar estas se sitúan entre los meses de junio de 2005 al de octubre 2007, siempre en la misma sucursal bancaria de Castellón, y aunque se nos dice que con circunstancias de mercado diferentes, no se ha acredita este dato o al menos que hubiera diferencias relevantes, la legislación aplicable es la misma y nada se explica respecto a posibles alteraciones de la competencia territorial.

Se aprecia que no se ha causado ninguna indefensión a la parte demandada, que ha podido contestar a la demanda en el plazo concedido y presentar un informe pericial en apoyo de su petición, aun cuando indudablemente al ser varios los demandantes y los contratos suscritos la complejidad de la documentación a examinar ha sido mayor.

En base a todo lo expuesto y en atención a las circunstancias concurrentes, no ha habido una indebida acumulación subjetiva de acciones, por lo que se rechaza el motivo del recurso.

3.- En el siguiente motivo del recurso se denuncia *la falta de legitimación pasiva ad causam* de Bankpime para soportar las consecuencias de un contrato de nulidad en el que no ha sido parte contratante, sino simplemente mediadora lo que lleva a establecer que es imposible resolver la compra de las participaciones preferentes, de manera que los efectos de la nulidad tan sólo afectan a las órdenes de compra, que es además lo que se pedía en la demanda, siendo la consecuencia de la declaración de nulidad de este contrato que ligaba a quienes son parte en este procedimiento, a que cada parte deba restituir las cosas que hubieran sido materia del contrato. No alcanza esta declaración al contrato de compraventa que se suscribió con el banco islandés, sino sólo a las prestaciones de las partes litigantes, de forma que no es cierto que se esté pidiendo la devolución de prestaciones de otro contrato, sin que se produzca con ello ningún enriquecimiento injusto, ya que cada demandante debe percibir lo que ha invertido más intereses legales, menos los rendimientos que se le han ido abonando a consecuencia de la declaración de nulidad de las órdenes de compra.

PRONUNCIAMIENTO

Estima parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpyme), contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Castellón de 22 de febrero de 2013, en autos de juicio ordinario seguidos con el número 978 de 2011 y revoca la resolución recurrida en el único sentido de declarar la obligación de los demandantes, como consecuencia de la nulidad de los contratos decretada, de devolver a la parte demandada los rendimientos de los productos contratados procediéndose en ejecución de Sentencia a su liquidación por los trámites de los artículos 712 y siguientes de la LEC, así como la de devolver también las participaciones preferentes recibidas transmitiendo a la demandada su propiedad, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BILBAO, DE 27 DE ENERO DE 2014**

La reclamación judicial colectiva que interpone ADICAE frente al BBVA, a la que se suman 71 consumidores que adquirieron Aportaciones Financieras Subordinadas de Eroski, (en adelante AFSE) debe ser estimada. Los contratos celebrados para la compra de las mencionadas aportaciones, quedan anulados por haber comercializado la entidad financiera de forma defectuosa este producto complejo de inversión a clientes minoristas sin informarles de forma clara y comprensible del riesgo que corrían de perder todos o parte del capital invertido. Como consecuencia de esta nulidad, deberán devolverse los importes entregados y recibidos, actualizados con los intereses legales correspondientes*.*

La codemandada EROSKI queda absuelta, porque quienes compraron sus aportaciones subordinadas no han reclamado en este juicio nada contra la cooperativa por la defectuosa comercialización del producto empleada por la entidad bancaria a la que encargó hacerlo, y porque no ha quedado acreditado que hubiese llevado a cabo una campaña publicitaria ilícita, para conseguir la venta del producto de forma fraudulenta*.*

Para su análisis vamos a distinguir entre cuestiones procesales y cuestiones de fondo.

I. CUESTIONES PROCESALES

1**.-**SOBRE LA ACUMULACIÓN EN UN ÚNICO PROCESO DE TODAS LAS RECLAMACIONES.

Se afirma la legitimación activa y pasiva de las partes para ejercitar para ejercitar y soportar las acciones ejercitadas como la competencia del Juzgado de lo Mercantil para la tramitación de todas ellas en un mismo pleito.

Los particulares que adquirieron AFSE tienen derecho a reclamar la nulidad de los contratos celebrados frente al BBVA por vicio del consentimiento (art. 1302 del Código Civil y por ser abusivas las condiciones generales de los contratos insertas en los documentos firmados (art. 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación) bien presentando la demanda inicial o bien interviniendo posteriormente en el procedimiento (art. 13 Ley de Enjuiciamiento Civil); y también la asociación de consumidores demandante está autorizada por nuestro ordenamiento jurídico para ejercitar las acciones de nulidad de las condiciones generales de la contratación (art. 16 LCGC y art. 11 LEC y para pedir que cesen los actos de publicidad ilícitos denunciados (art. 33.2 Ley de Competencia Desleal).

*Ejercitadas acumuladamente estas pretensiones, la competencia objetiva para el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de lo Mercantil*, conforme a lo dispuesto en el art. 86 bis de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) y al criterio del TS (STS Pleno, de 10.09.12 y STS 23.05.13), que se residencia en estos órganos especializados la competencia para conocer de acciones acumuladas, incluso aunque alguna de ellas, individualmente considerada, no le venga legalmente atribuida (como ocurre, en este caso, con las acciones de nulidad contractual por vicio del consentimiento). La razón: evitar el peregrinaje de jurisdicciones, cuando no hay merma de las garantías de procedimiento y recursos para la parte contraria, como ocurre en este caso.

Y si las partes están legitimadas para reclamar y soportar las reclamaciones que se efectúan en la demanda, y el órgano competente resulta ser este Juzgado de lo Mercantil, ningún obstáculo procesal existe para ventilarlas todas en un único procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 71 y 72 de la LEC, que permiten acumular en un mismo proceso distintas acciones contra los demandados (71.2) o que varios demandantes acumulen contra los demandados las pretensiones que pretendan ejercitar. Esto es lo que ha ocurrido en este caso, los suscriptores de AFSE (71 inicialmente) piden la nulidad de su inversión frente al BBVA; y aunque cada caso pueda tener su peculiaridad, entre todos ellos “*existe un nexo por razón del título o causa de pedir”* (la defectuosa información suministrada en relación al riesgo del producto), lo que permite agrupar en una misma demanda todas las reclamaciones, por economía procesal y para evitar sentencias contradictorias (SAP Madrid, secc. 21 bis, de 31/05/2012).

Este (único) procedimiento se ha seguido en todos sus trámites, sin que a juicio de quien ahora resuelve haya habido menoscabo alguno de las posibilidades de alegación, prueba y recursos de las partes (indefensión, art. 238 LOPJ): las codemandadas, en particular BBVA, ha tenido oportunidad de presentar la contestación a la demanda formulando las alegaciones que ha tenido por conveniente para oponerse a todas las pretensiones ejercitadas de contrario (incluidas las 71 reclamaciones de nulidad por vicios del consentimiento); en la audiencia previa se han resuelto todas las excepciones procesales y los recursos de reposición planteados, habiendo podido conocer las partes, sin dificultad alguna, los argumentos jurídicos que han servido de base para su desestimación; fueron admitidas en legal forma pruebas propuestas y desestimadas fundadamente otras, contra las que se interpuso por las partes los recursos que tuvieron por conveniente, constando la protesta por su desestimación. Si algún precepto de regulación procesal se ha interpretado de forma distinta a su estricto tenor literal, lo ha sido, en definitiva, para ajustar el procedimiento a la complejidad del litigio entablado e intentar una solución transaccional al litigio, evitando en cualquier caso la merma de las posibilidades de defensa de las partes.

**2.** EL EXAMEN “CASO POR CASO” DE CADA RECLAMACIÓN.

Insiste la entidad financiera demandada, desde el inicio del procedimiento, en la indebida acumulación de todas las reclamaciones individuales en un único proceso. Reclama que se resuelva “caso por caso”, ya que cada uno tiene sus peculiaridades, y se queja de la limitación de los medios de prueba que ha sufrido en este caso (pretendía que se tomase declaración a todos los demandantes y a todos los directores y gestores comerciales que intervinieron en cada una de las operaciones de compra).

*“Tiene razón la demandada. La resolución judicial de las reclamaciones de los demandantes debe hacerse “caso por caso”. Y así se ha hecho.* *Lo que ocurre es que todos los casos son sustancialmente idénticos (“*prototípicos*”* los llama la SAP de 04.04.13). *No está justificada, en cambio, la queja por la limitación de las pruebas practicadas en este proceso*, *puesto que, en cualquier caso, dicha limitación únicamente beneficia a la propia demandada* (salvo que la petición se fundamente en una estrategia procesal encaminada a multiplicar los asuntos y dificultar el acceso a la justicia de sus clientes, haciéndolos demandar individualmente)”.

***Todos los casos son idénticos***: *mismo producto, misma dinámica de contratación y el mismo perfil del contratante (cliente minorista).* Ciertamente, cada uno de sus clientes procede de un lugar distinto, o tiene unos estudios distintos, o ha contratado unos productos financieros distintos, pero ninguno de ellos es, por ejemplo, asesor de un banco de inversión, o director financiero de una empresa, quienes en principio no tendrían que depender de las explicaciones del producto que le diera el comercial de la oficina bancaria. Examinado caso por caso, resulta que ninguno de los clientes tiene “experiencia financiera”, porque no puede entenderse por tal el que haya contratado otros productos igual o más complejos (por ejemplo, fondos estructurados), porque tampoco consta acreditado que el consentimiento para la contratación de dichos productos no haya sido prestado también viciosamente (por ejemplo, uno de los testigos declara que ciertamente es titular de un depósito estructurado, pero que solo supo que parte de su dinero estaba invertido en preferentes mucho después de contratarlo). Y examinado “caso por caso” resulta que todos fundan su petición de nulidad en lo mismo, la falta de información y “caso por caso” también se ha constado que la forma de colocación del producto ha sido idéntica: información verbal de las características por los comerciales del banco y sin entregar a los contratantes documento escrito alguno donde consten dichas características en el momento de la contratación o antes.

Es en este último punto donde ***la limitación de las pruebas favorece a la parte demandada***. Ha tenido ocasión BBVA de seleccionar para su comparecencia como testigos a 5 de sus directores de oficina o agentes comerciales que intervinieron en la contratación. Ha tenido ocasión, por tanto, de escoger a los más informados de las características del producto y a los que mejor informaron a sus clientes. Además, ha declarado como representante legal el máximo responsable de valores de la entidad. Y, del otro lado, ha tenido la oportunidad de seleccionar también a cinco de sus clientes para interrogarles en el juicio, por lo que ha podido escoger a los de “mayor experiencia financiera”, menor edad y a los que consideraba, a partir de los expedientes de contratación, más consciente del producto que adquirían. Es decir, *ha tenido la entidad financiera a su alcance los más idóneos medios de prueba para intentar acreditar que la información fue correcta, y no lo ha conseguido, pero no precisamente porque no se haya traído al proceso a todos los que pretendía.*

II. SOBRE EL FONDO DEL LITIGIO

**3.** SOBRE ACCIONES INDIVIDUALES DE NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LAS AFSE POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO (art. 1265 CC)

*El asunto que se somete a la decisión judicial en este caso es idéntico al que ya han resuelto otros juzgados y tribunales, sobre las mismas AFSE o sobre otros productos similares (participaciones preferentes).* En una amplia mayoría de ellos, la respuesta ha sido favorable a los demandantes, anulándose los contratos celebrados por vicio en el consentimiento derivado de una deficiente información ofrecida por la entidad comercializadora, a la que se condena a devolver las cantidades recibidas para la compra del producto. Así, se declara la nulidad de los contratos celebrados para la compra de las AFSE en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3ª, de 05.09.13; y en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao, de 02.10.13; en la del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Baracaldo de 22.10.13; y en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 24.10.13. La SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 04.04.13 anula la compra de “PART. PREF. GRUPO SOS CUÉTARA” comercializada por el Banco de Santander. Y las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Asturias, de 15/03/13, Madrid, secc. 10ª, de 31/10/13; de Valencia, secc. 9ª, de 30/10/13; de Mallorca, secc. 3ª, de 11/12/13; y de Cáceres, secc. 1ª, de 15.01.14 anulan la compra de participaciones preferentes bancarias. *Estas decisiones judiciales se apoyan la doctrina del Tribunal Supremo el vicio del consentimiento contractual y del deber de información que debe suministrar la entidad financiera* (SSTS de 21.11.13 y 18.04.13 (LA LEY 45383/2013) respectivamente). *La valoración de las pruebas practicadas y la aplicación, a este caso, de la doctrina jurisprudencial contenida en las resoluciones citadas conllevará la estimación de la pretensión de nulidad ejercitada por los demandantes.*

Los clientes del banco piden que se anule la compra de las AFSE porque, según dicen, no se les dio información suficiente sobre el producto que adquirían. La entidad bancaria comercializadora sostiene, en cambio, que ofreció información completa sobre las características del producto. Planteado en estos términos el pleito, ***le hubiese bastado al banco con aportar un contrato por escrito, firmado por los demandantes, donde se recogiesen con la suficiente claridad las características del producto que compraban, incluidos sus riesgos. De esta forma, los adquirentes hubiesen quedado obligados a cumplir lo firmado y a asumir las consecuencias del error en el que hubiesen podido incurrir (art. 1091 CC (LA LEY 1/1889)). Pero, por sus intereses comerciales, la entidad financiera elige otra forma de colocación de este “producto complejo” de inversión entre sus clientes minoristas (consistente en la información verbal de los comerciales del banco y firma de la “orden de compra” por los clientes, con ausencia de un contrato escrito de adquisición del producto donde conste de forma comprensible sus condiciones). Siendo así, debe cargar con la prueba de acreditar que la información que estaba obligada a dar sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes fue la correcta, en particular sobre los aspectos menos ventajosos de la inversión, y soportar las consecuencias jurídicas desfavorables derivadas de las dudas que recaigan sobre la falta de acreditación de dicha circunstancias.***

**4.** SOBRE LA ACCIÓN COLECTIVA (E INDIVIDUALES) DE CESACIÓN, POR ABUSIVAS, DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN INCLUIDAS EN LOS CONTRATOS UTILIZADOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS AFSE (art. 12 (LA LEY 1490/1998) y 9 LCGC).

ADICAE (y con ella sus asociados) solicitan la declaración judicial de nulidad de determinadas disposiciones incluidas en la documentación utilizada por las entidades codemandadas (contratos de depósito y administración de valores y sus anexos, órdenes de compraventa de valores, folleto informativo rector de la emisión de AFSE del año 2007). Concretamente piden que se anulen (y con ellas los contratos), por tratarse de “condiciones generales de la contratación”, “abusivas”:

(I) las cláusulas incluidas en ellos que se refieren a documentación que no les ha sido entregada a sus clientes (“política de ejecución de órdenes”, “política de gestión de conflictos”, “tarifa de comisiones, condiciones y gastos, fechas de valoración y normas de disposición de bancos aplicables a esta operación”, “tríptico resumen”): dicen que los bancos no han facilitado esta información, lo que contraviene el art. 89.1 de la LDCU.

(II) La cláusula relativa a “la imputación y de pagos y compensación de deudas” que los clientes mantengan con el banco; y aquellas que se refiere al “mandato gratuito al banco” para que pueda enajenar valores de sus clientes o aplicar cualquier cantidad para compensar sus deudas y a la utilización de “cuentas globales de valores”: dicen se trata de una cláusula nula como ya lo declaró el TS en su sentencia de 16.12.09.

(III) la cláusula relativa a la obligación de banco de remitir a sus clientes, “a la mayor celeridad”, información relativa a sus valores: dicen que se establece un plazo insuficientemente determinado para que el banco cumpla con sus obligaciones, como prueba el que aún no ha remitido dicha documentación.

(IV) La cláusula relativa a la “modificación de los intereses, cuotas o comisiones” mediante comunicación a los titulares para que puedan oponerse: dicen que es abusiva por vincular el contrato a la voluntad de la entidad financiera.

(V) La cláusula por la cual se autoriza al banco al “tratamiento de los datos personales”: no se advierte al cliente de las consecuencias ni se le informa correctamente de sus derechos de acceso, información y rectificación. (VI) Y otras “cláusulas” incluidas en el folleto informativo de la emisión de 2007 de las AFSE (amortización anticipada y vencimiento).

Para el tribunal, de todas ellas, la única que debe anularse es aquella que recoge que el cliente “*ha recibido por duplicado, ejemplar del contrato de administración y/o depósito de valores, así como la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, fechas de valoración y normas de disposición de banco aplicables a esta operación”*, porque no ha sido así, lo que supone que la cláusula sea “abusiva”, en los propios términos del art. 89.1 LDCU, y deba tenerse por no puesta (art. 83.1 LDCU).

El resto de las “cláusulas” que se someten a la fiscalización judicial no pueden ser calificadas como abusivas, como se solicita, por las siguientes razones: unas no son condiciones generales de la contratación: no lo son las incluidas en el folleto informativo de la emisión de las AFSE o la manifestación incluida en el apartado de “observaciones” de la orden de compra de valores relativa a la recepción y lectura del tríptico informativo de las AFSE. Otras no pueden ser calificadas de “abusivas”, porque los escasos argumentos empleados por la asociación demandante no justifican esta declaración judicial: así ocurre con la queja de indefinición de plazo para remitir la información a los clientes. Otras no son “abusivas” porque no provocan un “*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*”: la cláusula relativa a la modificación de los intereses y comisiones prevé la posible oposición del cliente a dicha modificación. Y, por último, otro grupo de cláusulas sometidas a la revisión judicial no deben ser nuevamente objeto de decisión judicial, si ya lo han sido con anterioridad (art. 222.3 LEC (LA LEY 58/2000)): esto es lo que lo que ha ocurrido, según la propia demandante, con las cláusulas de imputación de pagos, compensación de deudas, con el mandato para la venta de valores y con la utilización de “cuentas globales”.

*Siendo así, la petición de nulidad de los contratos por ser nulas las cláusulas incluidas en ellos como condiciones generales de la contratación* (que es lo que se pide; no se solicita que quede sin efecto ninguna cláusula contractual) *debe ser desestimada* (art. 9 y 12 de la LCGC). *Únicamente debe entenderse sin efecto la cláusula relativa a la recepción de los documentos incluida en el contrato de administración y gestión de valores a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Ello supone una desestimación sustancial de las pretensiones ejercitadas, puesto que este único pronunciamiento favorable a los demandantes no justifica el ejercicio de la acción judicial entablada.*

**5.** SOBRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA (art. 32.1.2º Ley de Competencia Desleal).

Nuestro ordenamiento jurídico permite a las asociaciones de consumidores y usuarios y a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, pedir al juez que cesen las campañas publicitarias utilizadas en el ejercicio de la actividad comercial con la finalidad de promover la contratación de bienes o servicios que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos o que no ofrezcan información veraz del mismo (arts. 6 y 3, letras d) y e) de la Ley General de Publicidad (LGP) en concordancia con los arts. 5, 7 y 32.1.2ª de la L3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, LCD). El éxito de la acción pasa, como no puede ser de otra manera, por identificar primero, la concreta “*forma de comunicación realizada*” (art. 2 LGP), es decir, el acto o actos publicitarios que se tachan de ilícitos por los demandantes. Y luego debe demostrarse que la publicidad del producto o servicio contiene “*información falsa o información que aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: …b) las características principales del bien o servicio…disponibilidad, beneficios, riesgos…”* (Art. 5 LCD). De la misma forma se considerará “engañosa” la “*omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico*” (art. 7 LCD).

En este caso, los demandantes sostienen que “*la publicidad emitida por Eroski y por las entidades financieras colocadoras del producto no fue clara, suficiente ni objetiva, sino más bien todo lo contrario, se basó en una publicidad engañosa del producto. Se omitieron datos relevantes por parte de las entidades financieras induciendo de este modo a error a los destinatarios*” (pág. 114); “*la naturaleza del bien o servicio ha sido “falseada*”, ***han sido presentados como depósitos a plazo fijo…****y se ha inducido a error al cliente de las entidades financieras en relación a las características principales del producto: plazo de duración; riesgo; liquidez”…”la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado…*” (págs. 99 y 100). “*La entidad (BBVA) debería haber acreditado que informó concreta y correctamente de todos los escenarios posibles del producto y no es así*” (pág. 101). En base a estas alegaciones piden que (i) “*se ordene a las demandadas la cesación de toda comunicación publicitaria, incluida la que figure en los propios contratos financieros, que consista en utilizar para su comercialización a “clientes minoristas*”; (ii) “*publicitar las AFSE como si fuera un valor de deuda*” y (iii) “*se prohíba a la demandada a publicitar las AFSE en la forma que se recoge* en el doc. 14, por ser *contraria dicha publicidad a las características del producto pudiendo inducir a engaño a los posibles adquirentes*”.

Esta acción debe ser íntegramente desestimada puesto que *en modo alguno puede afirmarse que en ese folleto se contenga publicidad engañosa.*

PRONUNCIAMIENTO

1.- Son estimadas íntegramente las pretensiones de **nulidad de los contratos** ejercitadas por los demandantes. Quedan anulados todos los contratos de comisión para la compra de las AFSE (emisiones 2004 y 2007) y de depósito y administración de estos valores celebrados entre las partes. El juez considera demostrada la complejidad de los contratos del BBVA, la identidad total de todos los casos y la comercialización “de forma defectuosa” y con la “misma dinámica de contratación”. Según expresa la sentencia, “por sus intereses comerciales, la entidad financiera elige otra forma de colocación de este 'producto complejo' [...], consistente en la información verbal de los comerciales del banco […] con ausencia de un contrato escrito de adquisición del producto donde consten de forma comprensible sus condiciones” lo que la hace completamente responsable de la falta de información y las irregularidades cometidas. En consecuencia, es condenada la entidad bancaria demandada a reintegrar a los actores las cantidades recibidas para la compra de las AFSE, comisiones y gastos, actualizando dichas cantidades con los intereses legales desde la fecha de su contratación. Y los actores deberán reintegrar a la entidad financiera las cantidades que hayan percibido por dicha adquisición, también actualizadas con los intereses legales desde su percepción. Las costas de estas reclamaciones se imponen a la codemandada BBVA.

2.- Son desestimadas íntegramente las **acciones de nulidad de las condiciones generales de la contratación** por abusivas ejercitadas por ADICAE y los demandantes contra EROSKI y BBVA. Las costas de esta reclamación son impuestas a los actores.

3.- Es desestimada íntegramente la acción de **cesación de publicidad ilícita** ejercitada por ADICAE contra BBVA y EROSKI. Las costas procesales de esta pretensión son impuestas a la demandante.

**SENTENCIA 186/2013 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE CÁCERES, DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013**

La parte demandante pide que se declaren abusivas determinadas cláusulas contractuales insertas en las órdenes de compra de obligaciones subordinadas, que se declaren abusivas ciertas prácticas en su comercialización y que se declare el derecho de los consumidores adquirentes a obtener la devolución de las cantidades dispuestas para su adquisición o subsidiariamente una indemnización de daños y perjuicios por haberse producido una situación no equitativa de las partes. Insertas en dichas pretensiones incluía una acción de cesación en el uso de tales cláusulas o en la ejecución de las prácticas bancarias que reputa abusivas.

La parte demandada se opone alegando excepciones procesales relativas a la carencia sobrevenida de objeto y a un defecto en el modo de proponer la demanda en lo relativo a la acción de cesación así como excepciones de fondo.

A.- En cuanto a las EXCEPCIONES PROCESALES:

En primer lugar, se opone un defecto en el modo de proponer la demanda: se ejercita una acción de cesación, de forma que tiene como objeto que la demandada cese en el uso de una cláusula o en el ejercicio de una práctica, reputadas abusivas, de forma que no puede solicitar su nulidad. Esta excepción debe ser rechazada. En primer lugar, porque no se trata de un defecto en el modo de proponer la demanda, que es clara y no provoca oscuridad que cause indefensión a la demandada. Se trata mejor de una cuestión de fondo, en relación con el contenido de una acción de cesación. La demanda de forma clara y manifiesta pide la nulidad de una serie de cláusulas por ser abusivas y que se declare un derecho de indemnización o un derecho de devolución, sin cuantificar. En este último caso ni es necesario cuantificarlo, a la luz de lo previsto en el art. 219 de la LEC, siendo necesario un posterior proceso declarativo, bien individual bien colectivo, para concretar la indemnización que en su caso pudiera otorgarse o la cantidad que fuese susceptible de devolución.

La parte demandante, como segunda excepción procesal, entiende que el proceso carece de objeto, porque, en virtud de las resoluciones administrativas del FROB se ha producido un canje de obligaciones subordinadas por acciones, de forma que la cuestión o el conflicto que plantea la asociación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores ya se ha resuelto y tales resoluciones son vinculantes.

Esta es una de las cuestiones principales del litigio, de forma que afecta más al fondo que a la forma del proceso. No obstante, debe señalarse que esta cuestión es alegada en la demanda, es decir, que es anterior a la demanda misma, con lo que no puede decirse que exista una carencia sobrevenida de objeto, sino que es ésta la cuestión objeto de debate. Con lo que en virtud de los arts. 22 y 416 de la LEC la excepción debe ser desestimada.

La tercera excepción se refiere a que mal puede plantearse una demanda en el ejercicio de la acción de cesación sobre cláusulas contractuales o prácticas abusivas que han cesado, incluso en sus efectos. Pero, igualmente debe rechazarse esta excepción procesal por tratarse de una cuestión de fondo, no procesal. Así el art. 53 de la LGDCU establece que la acción de cesación incluye la prohibición de reiteración futura de la acción considerada abusiva, incluso si ya ha cesado al tiempo de la demanda, siempre que existan indicios fundados para temer su reiteración de modo inmediato. Estos requisitos son de fondo, no procesales. La diferencia es clara, porque si fuera procesales esta sentencia sería absolutoria en la instancia, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto, en lo que toca a esta acción, y al ser cuestión de fondo, es una sentencia estimatoria o desestimatoria que entra en el fondo y produciría efectos de cosa juzgada.

B.- EXCEPCIONES DE FONDO

1.- La acción de cesación tiene como objeto la interdicción de las conductas consideradas abusivas o bien el riesgo de su reiteración futura (arts. 53 y 54 de la LGDCU). *La acción de cesación, comprende la nulidad de las cláusulas abusivas, de conformidad con lo establecido en el art. 12.2 de la Ley 7/ 1998, teniendo legitimación la asociación demandante para ello, de conformidad con los arts. 24 de la LGDCU y 16 de la Ley 7/ 1998 de CGC. Nulidad basada, no en defectos de consentimiento, sino por ser abusivas tales cláusulas. Esta acción también incluye la posibilidad de demandar una indemnización, según el tenor literal de tales preceptos. Por tanto, no puede ser estimada dicha excepción.*

2.- Respecto de las acciones de cesación sobre cláusulas o prácticas futuras. Debe observarse que en el acto de la vista se aportó un folleto informativo de marzo de 2013, en que se establece la emisión de nuevas obligaciones subordinadas canjeables por las anteriores y necesariamente convertibles, de forma que al menos debe estimarse la demanda para que la entidad comercialice las mismas conforme a la normativa mencionada en esta sentencia, cumpliéndose los requisitos legales para la acción de cesación que contempla el art. 53 de la LGDCU que dice: "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". Es decir, la comercialización ha cesado, pero sus efectos se siguen produciendo a fecha de hoy, habiéndose emitido más obligaciones subordinadas para canjear.

3.- L*a entidad demandada niega que no se haya informado a los consumidores de las características del producto contratado. Estas cuestiones ya han sido examinadas. Pero debe señalarse que la carga de la prueba de que sí se informó de forma correcta y tempestiva corresponde a la parte demandada, como consecuencia del art. 217 de la LEC, para evitar la prueba diabólica de probar un hecho negativo (que no se informó, que además resulta de forma palmaria de la documentación que sí ha aportado).* Las acciones colectivas no suponen la suma de múltiples pretensiones ni de las situaciones o relaciones jurídicas en que se sustenta, sino la omnicomprensión del interés colectivo de los consumidores (de ontología única) Por tanto, *se ha presentado prueba documental suficiente y la entidad demandada podía haber aportado documentación al respecto: trípticos firmados, test de conveniencia, contratos firmados, órdenes con su reverso firmado, etc.* No todas, sino una muestra aleatoria suficiente que, al menos, permita al juzgador poner en cuestión lo que dice la demanda, provocando su desestimación en virtud del principio *non liquet*.

Las alegaciones de la demandada sobre que sería necesario analizar caso por caso no son aptas. Ello es así porque si no, las acciones colectivas carecerían de sentido y baste acreditar que estamos ante un supuesto propio de acción colectiva, es decir, generalizada, que afecta al interés general de los consumidores afectados, no a los de un caso particular o suma de casos particulares, circunstancia que no ha acreditado en modo alguno la entidad demandada: se advierte que se trata de emisiones de obligaciones subordinadas, de instrumentos financieros cuya peculiaridad es que se dirigen al público en general y los documentos contiene fórmulas pre-redactadas o estereotipadas deduciéndose que se trata de verdaderas condiciones generales y no se ha negado que tales contrato y documentos se hayan usado para la generalidad de los casos.

4.- N*o debe admitirse la excepción relativa a que sólo ha existido una mera intermediación financiera. Y en el caso de que haya sido así, se entiende que igualmente, por lo mencionado en anteriores Fundamentos de Derecho, debe señalarse la necesidad de test de conveniencia, y, en relación con el Reglamento de 1993, la necesidad de recabar información del consumidor y, en todo caso, la necesidad de informar sobre el contenido y riesgos del instrumento, cosa que no ha existido a tenor, por ejemplo, del contenido de las órdenes de compra.* Además, respecto del asesoramiento a que se refiere la demandada, alegando la STJUE que aportó (de mayo de 2013), no es el asesoramiento propio del deber jurídico de información, sino el asesoramiento típico de un contrato con tal objeto, sometido al test de idoneidad, no al test de conveniencia y, en ningún caso, la entidad o empresa de servicios de inversión queda exonerada de informar sobre contenido, efectos, y riesgos de la operación en lo que a ella le ataña.

5.- Debe señalarse que los test de conveniencia aportada no son de Caja de Extremadura, sino de otras entidades de origen. Y aunque es cierto que la entidad de crédito no tenía que adaptar sus prácticas comerciales sino después de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la reforma de la LMV, la decisión de no hacer los test fue unilateral y generalizada, considerando de forma injustificada que las subordinadas no son instrumentos complejos.

6.- Se plantea la duda de si es posible que una asociación de consumidores y usuarios en el ejercicio de una acción colectiva pueda pedir la ineficacia de un contrato, total o parcial, regido por condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente, basándose en ausencia o defecto de información (que provoca la inexistencia de consentimiento o un vicio del mismo).

El art. 54 de la LGDCU establece que tienen legitimación dichas asociaciones para ejercitar acciones de cesación (colectivas) contra cláusulas abusivas y contra el resto de prácticas, se estará a lo previsto en el art. 11 de la LEC. Debe señalarse que para la defensa de los consumidores y usuarios del resto de prácticas, están legitimadas dichas asociaciones. El art. 12. 2 de la LCGC establece que se puede acumular a la acción colectiva de cesación la de indemnización y la de devolución de cantidades indebidamente cobradas, como efecto lógico de la declaración de nulidad. Este precepto, al definir la acción de cesación, se refiere a condiciones generales de la contratación reputadas nulas o ineficaces, por vulneración de los dispuesto en esta ley o en cualquier norma imperativa que no incluya otras consecuencias jurídicas para el caso de contravención. Evidentemente se puede demandar la nulidad de cláusulas que no cumplan los requisitos de incorporación o transparencia que recoge la ley, es decir, puede demandarse la nulidad de cláusulas contractuales (y la nulidad de contratos, si no cabe su integración) en masa que no hayan sido incorporadas al contrato, esto es, que no se incluyen en su clausulado, sin necesidad de estar caso por caso a ver si el consumidor o adherente ha sido informado correctamente y ha aceptado expresamente su incorporación. Eso sí como tutela colectiva que es, considerando que la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios está íntimamente ligada al objeto del proceso, debe probarse que están afectados los intereses colectivos de los usuarios afectados, y así ha sido, no sólo por la prueba aportada por la demandante, sino porque la entidad demandada no ha aportado ninguna prueba al respecto, limitándose a negar los hechos. Precisamente se reconoce implícitamente esta posibilidad en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, en que se analizó la falta de transparencia de dichas condiciones generales, en una acción colectiva, sin necesidad de valorar caso por caso que el consumidor era consciente de dicha condición, habida cuenta del carácter instrumental de los procesos colectivos.

*Debe señalarse, por tanto, que la condición de abusivas de dichas cláusulas y prácticas no sólo genera una situación no equitativa, sino que provoca asimismo la necesidad de tener por no incorporado el contenido esencial de dichas obligaciones subordinadas, que al ser emitidas en masa, participa de la naturaleza de verdaderas condiciones generales y deben ser declaradas ineficaces (es decir, del negocio que sustenta su adquisición por los consumidores) por vulnerar lo previsto en el art. 5, 7 y 8 de la LCGC, es decir, por incumplir los requisitos de información previstos n la legislación sectorial que son preciso para conformar la voluntad del cliente consumidor.*

*7.- No es cierto que la defectuosa información no haya causado alguno o de que la demandante no haya aportado prueba alguna. El daño se entiende producido por sí mismo: la defectuosa comercialización del instrumento, la inversión de dinero por el consumidor y luego el cumplimiento de los riesgos que debieron ser informados, generan cuando menos un daño, cuantificable en el dinero invertido y perdido como consecuencia del canje, menos las cantidades que recibieron los consumidores por cualquier concepto en virtud de dichas obligaciones.*

C.- COSA JUZGADA Y EFECTOS

Con fundamento en el art. 221 y concordantes de la LEC, la pretensión de ineficacia es meramente declarativa y no de condena, al no liquidarse la cantidad que puede ser objeto de indemnización, ni sus bases. Es necesario un proceso declarativo individual o colectivo posterior. Además, se considera que esta sentencia tendrá efectos de cosa juzgada sobre todos los consumidores y usuarios adquirentes de obligaciones subordinadas de Caja Extremadura, si bien teniendo en cuenta determinadas circunstancias.

La demanda solicita la ineficacia de las adquisiciones. Sin que ello suponga alterar el contenido del *petitum* (pues es lo mismo), la sentencia efectúa una precisión que es declarar la ineficacia de los negocios y actos jurídicos para la adquisición de las obligaciones subordinadas de Caja Extremadura.

*La sentencia sólo declara el derecho de reclamar la devolución de las cantidades invertidas al adquirir tal producto, como consecuencia de la ineficacia de las adquisiciones, de conformidad con el régimen jurídico previsto en los arts. 1300 y ss del Código Civil, considerando que deben detraerse las cantidades obtenidas por cualquier concepto, esto es, por pago de cupones por ejemplo, a fin de evitar un enriquecimiento injusto. En caso de que en virtud de la naturaleza del negocio, por ejemplo, órdenes de compra, no sea directamente aplicable este precepto, sí resulta aplicable el art. 16 de la LCGC que prevé una indemnización como resultado de la defectuosa comercialización. Es decir, la devolución de las cantidades en estos casos se ajustaría a lo prevenido en el precepto.*

Como consecuencia de que la cosa juzgada (aparte de los efectos materiales de esta sentencia) es un presupuesto procesal basado en un aspecto subjetivo, objetivo y temporal se señala lo siguiente:

*1.- Esta sentencia sólo produce efectos respecto de las personas que puedan definirse como consumidores y usuarios en el sentido expuesto en el art. 3 de la LGDCU y adquirentes de obligaciones subordinadas de Caja Extremadura. Los restantes clientes minoristas o no minoristas que no tengan tal condición, no se encuentran afectados por esta sentencia. La cosa juzgada afecta a LIBERBANK SA como titular actual de los derechos y obligaciones de Caja Extremadura, entidad de origen.*

*2.- Esta sentencia objetivamente sólo se refiere a obligaciones subordinadas vigentes en 2012 y que han sido canjeadas obligatoriamente por acciones de Liberbank SA, como ha sido solicitado en la demanda, delimitando el objeto de este proceso.*

*3.- La comparación que exige la cosa juzgada entre procesos debe abarcar los hechos examinados, de forma que esta sentencia sólo produce efectos jurídico procesales de cosa juzgada (y materiales por definición) a aquéllos consumidores que hubiesen adquirido obligaciones mediante los diferentes contratos (u órdenes de compra) con las cláusulas o prácticas consideradas abusivas.*

*4.- La nulidad de las cláusulas del contrato de fidelización implica la posibilidad de ejercitar las acciones oportunas, de cualquier tipo.*

PRONUNCIAMIENTO

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de lo Mercantil de Cáceres estima la acción de cesación de condiciones generales de la contratación por abusivas y condena a la entidad financiera demandada a eliminar de sus contratos esas condiciones generales y a abstenerse en lo sucesivo de su utilización.

En este sentido, declara el Juez la existencia de una situación no equitativa en la posición de las partes como consecuencia de dichas cláusulas que no puede ser subsanada y la ineficacia de los negocios y actos jurídicos para las suscripciones de deuda subordinada de Caja Extremadura realizados por consumidores, vigentes en 2012 y que fueron canjeadas obligatoriamente por acciones de Liberbank SA y el derecho a la devolución de las cantidades entregadas en virtud de las mismas, descontando las cantidades que el consumidor haya recibido por cualquier concepto.

Por otro lado, la sentencia determina la legitimidad de la acción colectiva de Adicae haciendo que la carga de la prueba recaiga sobre la entidad bancaria. *“Eso sí, como tutela colectiva que es, considerando que la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios está íntimamente ligada al objeto del proceso, debe probarse que están afectados los intereses colectivos de los usuarios afectados, y así ha sido, no sólo por la prueba aportada por la demandante, sino porque la entidad demandada no ha aportado ninguna prueba al respecto, limitándose a negar los hechos”.*

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES, SECCIÓN 1ª, DE 20 DE MARZO DE 2014**

Contra la Sentencia anteriormente analizada se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Liberbank, SA y se establece lo siguiente:

La acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación y de prácticas abusivas que ha sido ejercitada en la demanda carece de objeto. No se trata de una carencia sobrevenida de objeto, ya que en el momento de interposición de la demanda la pretensión de cesación ya carecía de objeto por dos motivos: por un lado, porque no se había vuelto a comercializar a clientes minoristas el producto financiero controvertido y de otro, porque no existía deuda subordinada por la recompra vinculante de las emisiones de obligaciones subordinadas y su posterior canje por acciones nuevas de Liberbank, SA.

La carencia de objeto de la acción de cesación afecta a los presupuestos intrínsecos de la pretensión y por tanto, no constituye una excepción procesal, sino un motivo de fondo que al concurrir condiciona la desestimación de la demanda.

En relación con el objeto y finalidad de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de entidades de créditos, de la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 5 de abril de 2013 y del Plan de Fidelización, aprobado para Caja Extremadura el 30 de junio de 2013, resulta que no existe riesgo, objetivamente apreciable de que las conductas que la parte actora califica como de abusivas en relación con la comercialización de obligaciones subordinadas a clientes minoristas se reiteren en el futuro y menos aún de forma inmediata ni a través de otros instrumentos financieros. Ello no significa, sin embargo, que esta actuación suponga la satisfacción del cliente minorista si, aun con tal actividad de gestión, no recupera el 100% de la inversión realizada. Por este motivo, puede aparecer justificada la interposición de acciones individuales de nulidad contractual por vicio del consentimiento, ante condiciones y prácticas abusivas en perjuicio del consumidor, que es aquella cuyo ejercicio resulta procedente, pero en ningún caso se justifica la acción de cesación de los presupuestos necesarios que la caracterizan.

PRONUNCIAMIENTO

La Audiencia Provincial de Cáceres revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda planteada en ejercicio de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación.

Dicha Sentencia se encuentra recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, pues en contra de lo en ella expresada, la opinión mayoritaria de los Tribunales hasta la fecha ha sido que las acciones se promueven aunque el producto en concreto pudiera llevar un tiempo sin ser comercializado, pues es factible la posibilidad futura de su utilización en nuevos productos que puedan surgir al mercado si no se hace un pronunciamiento expreso de eliminación y prohibición de uso, así como corresponde eliminar las ya existentes en las condiciones generales suscritas los cual beneficiará a los clientes afectados que reclamen, declarando su nulidad o no incorporación.

Por tanto, la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Cáceres es cuanto menos discutible atendiendo al derecho, la doctrina y la jurisprudencia, pues el ***artículo 12 de la LCGC*** ni tan siquiera exige que la conducta se está realizando en el momento de la interposición de la demanda y una decisión en sentido contrario, por ejemplo, abriría la puerta a reiterar en un futuro las mismas prácticas o cláusulas con otro producto igual o similar.

Por otra parte, el **artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de Noviembre, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias**, señala expresamente que “*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 esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato****. A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas*”.

**SENTENCIA Nº 120/14 DEL JUZGADO PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE LOGROÑO**

ADICAE presentó demanda colectiva en diciembre de 2012 frente a Caja Rioja y Caja Rioja preferente SAU, junto a 21 personas que se adhirieron a la misma, en relación a las participaciones preferentes. Solicitando:

1.- En cuanto a la ACCIÓN DE CESACIÓN por condiciones generales de la contratación, que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas y su no incorporación a los contratos de los actores. Se condene a la demandada a eliminar de sus contratos este tipo de cláusulas declaradas nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Se condene a la demandada a cesar en la práctica de comercializar participaciones preferentes a clientes con “perfil minorista” así como a cesar en la práctica de comercializar participaciones preferentes como un valor de deuda.

2.- En cuanto a la acción colectiva principal de cesación por publicidad engañosa é ilícita, se ordene a la demandada la cesación de toda comunicación publicitaria incluida la que figure en los propios contratos financieros, que consista en: Utilizar para su comercialización a clientes minoristas la denominación “participación preferente” y publicar las participaciones preferentes como si fueran un valor de deuda.

3.- En cuanto a las acciones de nulidad por condiciones generales de la contratación abusivas o ilícitas: Se declare la nulidad de todos los contratos de operación para la compra de participaciones preferentes llevadas a cabo entre los actores y Caja Rioja así como el posterior canje efectuado. Subsidiariamente, se declare la anulabilidad de los contratos así como de los canjes efectuados, con sus efectos restitutorios y en consecuencia se condene a la entidad financiera demandada a que sean reintegradas las cantidades entregadas por cada uno de los actores que figuran en la demanda así como las comisiones y gastos.

4.- Subsidiariamente a la nulidad o anulabilidad, en cuanto a la acción de indemnización por daños y perjuicios: Se declare que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben y se condene a la entidad financiera a indemnizar a los actores los daños y perjuicios causados.

Las partes demandadas se oponen básicamente a la demanda, invocando como excepciones procesales, la falta de acción frente a Caja Rioja inicialmente por ser mera comercializadora del producto y no emisora del mismo, por lo que las cláusulas en su caso abusivas del contrato no se refieren a su actuación, sino al del emisor del producto que es Caja Rioja Preferentes.

En cuanto al fondo del asunto refiere que todas las operaciones fueron voluntariamente admitidas, que conocían perfectamente lo que suscribían a los que se entregó un tríptico informativo y que contaban con conocimientos suficientes en la materia para entender los términos del contrato, que el mismo otorgaba una rentabilidad claramente superior a la de un depósito ordinario, que el tríptico explica las condiciones para su venta y que en el mercado secundario se han podido hacer durante años las operaciones solicitadas de venta sin restricciones. Entienden que en modo alguno puede considerarse que todas las cláusulas sean abusivas, pues las que invocan además no se refieren a condiciones generales o específicas del contrato, sino a las condiciones propias de la emisión y a las características del producto, que no pueden variar y están legalmente determinadas. Niegan que se afirmase que el producto no tenía ningún tipo de riesgo y entienden que no hace falta formación específica para saber que a mayor rentabilidad, mayor riesgo.

En cuanto a la falta de acción frente a Bankia (Caja Rioja) por entender que es mera comercializadora del producto, se desestima ya que siendo cierto que la acción principal sería la correspondiente al ataque a la emisión, los folletos y el clausulado de la emisión de preferentes en las que no ha intervenido Bankia, también se ataca expresamente el clausulado de la orden de compra en el que sí ha actuado Bankia y por lo tanto, la acción también puede dirigirse contra ella. Así se cita la SAP Mallorca de 14 de mayo de 2014.

Se entiende que la acción acumulada está correctamente planteada por el juego de los artículos 54 de la LGDCU y el 12 de la LCGC que señala que se puede acumular a la acción colectiva de cesación, la de indemnización y la devolución de cantidades indebidamente cobradas, como efecto lógico de la declaración de nulidad.

En cuanto a la acción de publicidad engañosa é ilícita ejercitada también se desestima y citando la Sentencia de 27 de enero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao considera que “en modo alguno puede pretenderse mediante el ejercicio de esta acción una revisión del proceso de comercialización del producto, sino que deben concretarse los actos publicitarios concretos que se tachan de publicidad engañosa y que otra cosa será la forma concreta en que se ha comercializado el producto a los diferentes inversores que podrá ser objeto de las correspondientes acciones”. En este caso no existe cita concreta de acto publicitario concreto de las demandadas que contenga publicidad engañosa, es más, el tríptico del producto y el folleto informativo completo aportado recogen perfectamente las características del producto (perpetuidad y rentabilidad condicionada). Se trata de una publicidad que presenta verazmente el producto entiende esta Sentencia.

PRONUNCIAMIENTO

A pesar de estar correctamente planteada la acción colectiva, tal y como se ha referido, se desestima la demanda interpuesta en nombre de Adicae y varias personas físicas más frente a Caja Rioja (Bankia) y Caja Rioja Preferentes SLU. Por tanto, el Juez decide ponerse de lado de las entidades y estima que los consumidores sabían lo que estaban contratando al adquirir las participaciones preferentes, circunstancia poco habitual en las sentencias recaídas hasta la fecha, con un alto porcentaje de ellas en favor de los consumidores.

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 11 A CORUÑA, AUTO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2012**

El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda formulada por el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores frente a varias entidades bancarias que comercializan participaciones preferentes y condena a las mismas a que *”cesen y, además se comprometan en el futuro a evitar cualquier actuación que no responda a una adecuada información suficiente, comprensible y adaptada a las circunstancias del inversor, en materia de participaciones preferentes”*. En cambio, inadmite, por falta de legitimación del Ministerio Fiscal, la demanda en ejercicio de una acción de nulidad de los contratos referidos a dichas participaciones con resarcimiento de daños y perjuicios.

La ley 3/2014, de 27 de marzo, modifica el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias y modifica precisamente el artículo 11 de la LEC con la finalidad de atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar no sólo la acción de cesación que hasta ahora era la única prevista, sino cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de los consumidores y usuarios. A tal fin, se da nueva redacción al apartado cuarto del precepto y se añade uno nuevo, el quinto para incorporar el reconocimiento de esta legitimación.

Se rectifica así un criterio legal restrictivo sobre la legitimación de este órgano cuando se trata de la tutela de los derechos de los consumidores que los Tribunales se habían negado a ampliar en la práctica.

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, SECCIÓN 3ª DE 15 DE FEBRERO DE 2013**

En la misma línea señalada, el MF había interpuesto demanda frente a diversas entidades financieras, ejercitando, acumuladas, la acción de cesación de determinada práctica abusiva, la acción de nulidad de los contratos celebrados como consecuencia de la misma y la consiguiente acción resarcitoria derivada de la declaración de nulidad.

El Juzgado de Primera Instancia admitió a trámite la acción de cesación, pero no las otras dos por falta de legitimación del MF para su ejercicio. Interpuesto por éste recurso de apelación frente al auto de inadmisión, la Audiencia de A Coruña lo desestima. Destacamos lo siguiente:

1º El artículo 11 de la LEC cuando regula la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, limita la que reconoce al MF: “Quiérase o no, el legislador en opción de política legislativa, únicamente ha concedido la legitimación al MF para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (artículo 11.4 de la LEC). La claridad del precepto no admite duda, el Derecho Procesal vigente concede legitimación al MF únicamente para la acción de cesación no para las acciones resarcitorias e indemnizatorias previstas en el artículo 12.2 de la Ley 7/98, de 13 de abril”.

Y verdaderamente, una lectura de la demanda conduce a entender que lo pretendido por el MF es que estamos ante una práctica abusiva prohibida por la legislación de consumidores y usuarios (artículo 82.1 del RD 1/2007, de 16 de noviembre), “pero no se pide la nulidad de determinadas cláusulas contractuales genéricamente, sino la de los contratos en particular en que se haya inducido a los clientes a contratar sobre la creencia de que se estaba celebrando un contrato a plazo; o bien, en otros casos por n haberse suministrado información suficiente sobre los riesgos de la operación, lo pretendido sería una `pseudo- acción colectiva de nulidad/anulabilidad contractual, sin que para ello exista una previsión legislativa específica, atribuyendo la legitimación al M. Fiscal. Se comparte así con el auto apelado, que bajo la apariencia de una acción colectiva, se pretenden realmente las consecuencias de acciones individuales para conseguir una nulidad contractual por error en el consentimiento o por falta de información que generó dicho error”. “Y los artículos 11 y 15 de la LEC no facultan para el ejercicio en masa de acciones individuales por ineficacia contractual, que es en definitiva lo pretendido por el MF”.

2ª.- El auto inadmite la demanda (en lo que se refiere a las acciones de nulidad y resarcitoria) aplicando el artículo 9 de la LEC, al considerar que el MF carece de capacidad procesal para el ejercicio de tales acciones. El precepto, en efecto, prevé la apreciación de oficio de la falta de capacidad en cualquier momento del procedimiento, salvando el auto el escollo del artículo 403 de la LEC (que sólo permite inadmitir la demanda en los casos y por las causas expresamente previstas en la Ley) con la siguiente doctrina: “Tal precepto está encaminado a que el proceso se inicie subsanándose aquellas imperfecciones formales de que pudiera adolecer la demanda, pero no para los supuestos de insubsanabilidad a priori, porque en tal caso lejos de posibilitarse la tutela judicial efectiva, lo que se provocaría es el inicio del proceso con un lastre procesal que determinaría a la postre el fracaso de la acción, lo que en definitiva es lo que se pretende evitar (artículo 11.3 LOPJ)”.

Y a partir de ella concluye, situando el problema donde verdaderamente le corresponde, la legitimación: “No hay por ello exceso en la jurisdicción como se pretende en el recurso, el defecto de legitimación se apreció ab initio convirtiéndose en causa de inadmisión”. Pero el artículo 9 LEC no incluye la falta de legitimación entre las causas que pueden ser apreciadas de oficio “en cualquier momento del proceso”.

**PREFERENTES CAJA MADRID BANKIA, AUTO DEL JUZGADO MERCANTIL Nº 5 DE MADRID**

El Juzgado Mercantil número 5 de Madrid confirma la admisión de la demanda colectiva de ADICAE y suspende el procedimiento dos meses, haciendo un llamamiento a todos los consumidores afectados para que se sumen al mismo. El Magistrado García Marrero acepta resolver sobre la acción de cesación, la de publicidad engañosa, la nulidad por abusividad de las condiciones y la petición de daños y perjuicios aceptando la demanda colectiva interpuesta por ADICAE y otros 3.200 afectados contra Bankia y Caja Madrid Finance Preferred por el fraude de las participaciones preferentes.

El Magistrado, tras afirmar la competencia del juzgado mercantil para conocer de la acción colectiva de ADICAE y los aspectos objeto de reclamación, resolvió conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y realizó un llamamiento a sumarse al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados. Añade el auto que tratándose de un proceso en el que el hecho dañoso perjudica a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación.

El auto del Juzgado establece que estamos ante un supuesto contemplado expresamente en la LEC (art. 15.1 y 15.3) en el que la norma dicta que se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual.

Con este auto se confirman las tesis defendidas por ADICAE sobre el carácter colectivo del fraude y la necesidad de abordarlo mediante la acción judicial colectiva que la LEC contempla para este tipo de casos, y se tumban las pretensiones de individualización del fraude que han caracterizado otras reclamaciones al estimar el juzgado la procedencia de abordar el mismo desde la perspectiva global y de abuso masivo que ADICAE ha denunciado.

Se trata de una novedad clave en un fraude en el que dos tercios de los 300.000 afectados aún no han visto ninguna solución, posibilitando que se sumen a esta acción colectiva en defensa de sus derechos, acreditando el engaño masivo y generalizado de la emisión y colocación de participaciones preferentes.

De esta forma y en toda España, ADICAE ha celebrado asambleas informativas y desarrollado campañas de información a pie de calle para hacer llegar a los afectados la posibilidad judicial colectiva que finalmente la Asociación ha logrado abrir a pesar del interesado emplazamiento de abogados, pseudoasociaciones e incluso instituciones públicas a acudir a los tribunales en acciones individuales para probar el engaño concreto e individualizado como única vía de solución.

**AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA**

En la misma línea indicada anteriormente, el Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia ha admitido la acción de cesación contra Caja Insular de Ahorros de Canarias, hoy integrada en Bankia y ha admitido a trámite la demanda colectiva presentada por Adicae aceptando la ampliación de la misma para incluir a más afectados.

Este Auto refuerza la tesis de Adicae sobre el carácter colectivo del fraude y la necesidad de abordarlo mediante la acción judicial colectiva que la LEC contempla para este tipo de casos. La demanda persigue también la nulidad de las cláusulas abusivas, la devolución de ahorros a los afectados y una indemnización por daños y perjuicios; el Auto deja claro que no aprecia incompatibilidad de la acumulación subjetiva y objetiva pretendida por la parte demandante, tumbándose las pretensiones de individualización del fraude que han caracterizado otras reclamaciones.

**Finalmente, incluimos por su relevancia un caso de “swaps” o los denominados contratos de cobertura de tipos asociados a los préstamos hipotecarios**

**AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN Nº 3 A CORUÑA, DE 28 DE FEBRERO DE 2014**

El Juzgado de Primera Instancia nº 9 de A Coruña ha estimado un recurso de Adicae a la petición de NovaCaixaGalicia Banco de desagrupar la acción colectiva de la asociación en el caso swaps en el que Adicae representa a unos 1.500 afectados. Tras celebrarse audiencia previa en octubre de 2012, el Juez hizo constar su decisión de desagrupación determinando que los afectados tuvieran que reclamar individualmente en los Juzgados.

Contra esta decisión, Adicae presenta recurso de apelación y el 28 de febrero de 2014 la Audiencia Provincial dictó un auto que estima parcialmente el recurso interpuesto por Adicae implicando que el proceso pueda continuar colectivamente.

La demanda de Adicae pide una serie de acciones:

1.- Nulidad del contrato o en su defecto anulabilidad por mala comercialización global, no uno a uno de los afectados.

2.- Acción de cesación por cláusulas abusivas, malas prácticas y publicidad, en concreto la de comercializar un producto complejo a personas no adecuadas para ello.

3.- Un acción de daños y perjuicios por daños morales y una indemnización por enriquecimiento injusto para el resarcimiento de los afectados si no se estimaban otras vías.

La resolución judicial apelada niega que sea correcto acumular las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución e indemnización por negligencia porque el artículo 72 de la LEC permite el ejercicio simultáneo y acumulado de las acciones de varios sujetos contra un mismo demandado cuando tengan un “nexo por razón del título o causa de pedir”. En el recurso de reposición se plantea que sí concurre el requisito de la conexión de la causa de pedir del artículo 72 de la LEC considerando que existe una homogeneidad en la causa de pedir, además no se trata del ejercicio de suma de acciones individuales, sino de una acción colectiva. Por causa de pedir debe entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (STS de 24 de octubre de 2012, 18 de junio de 2012). La causa de pedir en este caso se fundamenta en la suscripción de unos contratos de permuta de intereses como consecuencia de una actuación dolosa premeditada de “NCG Banco, SA), de una publicidad engañosa, etc. Así el artículo 72 de la LEC presume la conexión entre las acciones cuando la causa de pedir se funde en los mismos hechos. Es más, jurisprudencialmente existen varios ejemplos en que distintas asociaciones de consumidores han ejercitado acciones similares y finalizaban con la declaración de nulidad de contratos y la devolución individual de cantidades. Así, SSTS de 20 de julio de 2012, 17 de junio de 2010 o 22 de diciembre de 2009.