

Roj: **SAP V 2720/2015 - ECLI: ES:APV:2015:2720**Id Cendoj: **46250370072015100151**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **7**Fecha: **18/09/2015**Nº de Recurso: **254/2015**Nº de Resolución: **231/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Rollo nº **000254/2015****Sección Séptima****SENTENCIA Nº 231****SECCION SEPTIMA****Ilustrísimos/as Señores/as:****Presidente/a:****Dª Mª DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**

En la Ciudad de Valencia, a dieciocho de septiembre de dos mil quince.

Vistos, por **Dª Mª DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**, Ilma. Sra. Presidenta de la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Verbal - 001285/2014, seguidos ante el JUZGADO DE INSTANCIA 4 DE TORRENT(ANT. MIXTO 7), entre partes; de una como demandados - apelante/s FUNDACION DE LA CDAD. VALENCIANA OBRA SOCIAL DE CAJA MEDITERRANEO (FUNDACION **CAM**), dirigido por el/la letrado/a D. PABLO DE MIGUEL Y OLALDE, y representada por la procuradora Dª ELENA GIL BAYO, y BANCO DE SABADELL, dirigido por la Letrada D/Dª. IRENE MONTESINOS LLORCA y representado por el/la Procurador/a y representada por la Procuradora Dª CARMEN RUEDA ARMENGOT, y de otra como demandantes - apelado/s Otilia Y HERENCIA YACENTE DE D. Patricio, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. CONSUELO MANUELA IGARZA FORCANO y representado por el/la Procurador/a D/Dª CESAR JAVIER GOMEZ MARTINEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE INSTANCIA 4 DE TORRENT(ANT. MIXTO 7), con fecha 26/01/2015, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que **DEBO ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda interpuesta por el Procurador D. César Javier Gómez Martínez, en nombre y representación de Dña. Otilia y de Herederos de D. Patricio y, en consecuencia, **DECLARO NULO** el contrato de compra de **cuotas** participativas suscrito entre las partes el 03/07/2008 y **CONDENO SOLIDARIAMENTE A** Fundación **CAM** y a Banco Sabadell a reintegrar a la actora la cantidad de TRES MIL DOSCIENTOS SEIS EUROS (3.206€), con los intereses legales desde la fecha del contrato, cantidad de la que se deducirán los rendimientos obtenidos por la actora con los intereses legales desde la fecha de cada liquidación, imponiendo las costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 07/09/2015 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La representación procesal de doña Otilia y de la herencia yacente de don Anibal así como de don Patricio y don Florencio, formuló demanda de juicio verbal contra la Fundación CAM y Banco Sabadell, instando la acción de nulidad relativa o anulabilidad y subsidiariamente, de resolución de los contratos de compra de cuotas participativas e indemnización por daños y perjuicios.

En síntesis, sustenta su pretensión en que la Caja de Ahorros del Mediterráneo emitió las cuotas participativas y las comercializó, posteriormente segregó su negocio financiero y bancario, quedando las cuotas participativas en el patrimonio de la Caja si bien asumiendo las obligaciones de ella derivadas Banco Sabadell.

En julio de 2008 los señores Otilia y Anibal fueron requeridos y aconsejados personalmente por el director de la sucursal número 2090 de la Caja Mediterráneo para la compra de un producto especial para los clientes, las cuotas participativas, suscribiendo el producto sin ser correctamente informados y sin conocer las condiciones del producto, puesto que creían suscribir un depósito a plazo fijo de duración determinada, cuando, en la realidad, adquirirían un producto complejo, que representan unas aportaciones dinerarias de duración indefinida que pueden ser aplicadas a los mismos destinos que el resto del patrimonio de la entidad que las emite, definidas por el Banco de España como activos financieros o valores negociables que pueden emitir las cajas de ahorro. Se trata de valores de renta variable complejos.

Las partes demandadas se opusieron a la pretensión actora, invocando múltiples excepciones, negando el vicio de consentimiento así como su responsabilidad sobre los hechos.

La sentencia de instancia estima la demanda, declarando nulo el contrato de compra de cuotas participativas y condena solidariamente a la Fundación CAM y al Banco Sabadell a reintegrar a la actora la cantidad de 3.206.-€.

Contra dicha resolución se alzan las dos partes demandadas, invocando múltiples recursos que pasamos a examinar de forma pormenorizada.

SEGUNDO .- En la resolución del presente recurso de apelación hemos de partir de las siguientes consideraciones:

I) Lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, conforme al cual *<<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.>>*

II) El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte Marín Castan, Francisco, Cendoj: STS 255/2009 nos dice: *<<Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante>>*

III) Que este Tribunal de apelación es soberano para valorar la prueba practicada en la instancia y, por lo tanto, apreciarla, de forma divergente, a la efectuada por la Jueza de Primera Instancia. Ello es así, dado que la apelación se configura como "revisio prioris instantiae" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio fácti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010, 7 de enero y 14 de junio de 2011 entre las más recientes. En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2.009: "el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia". Criterio reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2011, Número de Recurso, 1272/2007, Ponente don Francisco Marín Castán y la de 14/06/2011 (rec. 699/2008).>>

En fechas más recientes, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 14 de junio de 2011, (ROJ: STS 4255/2011), Sentencia: 392/2011, Recurso: 699/2008, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBO, nos dice: *<<También conviene dejar constancia expresa de que el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones*



formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación", lo que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que, como indica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada", afirmándose en la sentencia 798/2010, de 10 diciembre, que el recurso de apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como una revisio prioris instantiae o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda el control de lo actuado en la primera con plenitud de cognición "tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris [cuestión jurídica]), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso".

22. Esta revisión comprende la valoración de la prueba por el tribunal de apelación con las mismas competencias que el tribunal de la primera instancia, sin que quede limitada al control de racionalidad que opera en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Audiencia Provincial en modo alguno se excedió al valorar la prueba testifical de forma diferente a la de la sentencia del Juzgado.>>

TERCERO .- Con carácter previo al examen de los distintos motivos de apelación que han suscitado las partes, estimo conveniente realizar varias consideraciones.

El debate se centra en dos cuestiones, la primera, relativa a la existencia del *vicio de consentimiento*, que es estimado por la sentencia de instancia y cuyo criterio compartimos y la segunda es la concerniente a *quién debe asumir las consecuencias jurídicas de la nulidad del contrato*, cuestión en la que realmente se ha centrado la controversia entre las partes demandadas.

En esta segunda cuestión, a su vez, es necesario puntualizar que el debate entre todas las partes demandadas se manifiesta en dos planos, a mi entender distintos. Un plano propio de las relaciones internas entre la Fundación **CAM** y Banco Sabadell, de gran complejidad dado el entramado de negocios jurídicos suscritos entre las partes, en los que también ha intervenido la administración y, como se desprende de los documentos y la propia posición de las partes en el pleito, no está exento de discrepancias entre ellas, pese a la existencia de múltiples informes, contratos, etc, es decir, que ni las propias partes están de acuerdo sobre las vicisitudes acaecidas respecto de las participaciones preferentes como fruto de la segregación del negocio jurídico de la **CAM**, el Banco **CAM**, la Fundación y el Banco Sabadell, y un segundo plano, propio de la relación entre las dos entidades con los consumidores y usuarios que en uno u otro momento adquirieron las **cuotas** participativas, que se ha de analizar y regir por las normas protectoras de los mismo.

CUARTO .- Respecto de la existencia de un *vicio de consentimiento*, traigo a colación la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo relativa la adquisición de productos financieros complejos por los particulares, puesto que aunque se hable de **cuotas** participativas, de la documentación obrante en autos, como recoge la sentencia de instancia, se desprende que se trataba de un producto de inversión, de un producto complejo, dado que son de renta variable, como las acciones, cuyo valor depende de múltiples factores y no conceden derechos políticos, no conceden derecho de asistencia y voto en la Asamblea General. La compra tuvo lugar el 3 de julio de 2008, y en el propio folleto se indica que era necesario realizar un test a los clientes sobre su idoneidad para la adquisición de tal producto.

En este sentido, podemos traer a colación, la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5411/2014 - ECLI:ES: TS:2014:5411), Sentencia: 716/2014, Recurso: 48/2013, Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, en la que se indica: <<Como recordamos en la Sentencia, 840/2013, de 20 de enero de 2014, los específicos deberes de información que se imponen a las entidades que prestan servicios de inversión en esta normativa MiFID (se aplica por extensión esta denominación a la regulación nacional que traspone la Directiva comunitaria), «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar».



De este modo, al margen de los soportes documentales por medio de los cuales se dejara constancia de ello, eran exigibles los deberes de información básicamente regulados en el apartado 3 del art. 79bis LMV, para cuyo cumplimiento no es necesario ningún periodo transitorio, pues son esenciales a la prestación de estos servicios de inversión.

8. Alcance del deber de información. Los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión, regulados en el art. 79 bis LMV, no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, " de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión ", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Este deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo conozca no sólo sus características, sino también los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Recordemos que en el presente caso, el tribunal de instancia ha considerado acreditado que esta información fue suministrada y ha rechazado el error vicio.>>

Y en cuanto a la *necesidad de realizar el test* de conveniencia, que por otro parte se indicaba hasta en el propio tríptico de la oferta, unido al folio 255 del tomo I y que no se realizó a los actores, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 1 del 13 de julio de 2015 (ROJ: STS 3221/2015 - ECLI:ES: TS:2015:3221), Sentencia: 397/2015, Recurso: 2140/2013 , Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, En la que salvando las diferencias entre los productos financieros a que se refieren, el Tribunal Supremo, establece unos criterios generales sobre el deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad y, en general sobre el deber de información, diciendo: <<10. Jurisprudencia sobre el alcance del deber de recabar los test de conveniencia e idoneidad. En la citada Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre , condensamos la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información y de los test de conveniencia e idoneidad. Por lo que respecta a los test de conveniencia e idoneidad, declaramos que: «sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

i) En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que



va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia, regulado en el art. 79 bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero .

ii) En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad, regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero .»

En atención a lo que es objeto de controversia en este caso, que guarda relación con el incumplimiento de los deberes inherentes a la prestación de servicios de asesoramiento financiero, conviene transcribir la literalidad del art. 79 bis. 6 LMV (test de idoneidad), vigente en el momento de la suscripción de la orden de adquisición:

«Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.»

De este modo, el art. 79 bis. 6 LMV no sólo impone a quien presta servicios de asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, « con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan», sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, « no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ».>>

QUINTO: Dado que las dos partes demandadas y hoy apelantes han reiterado diversas excepciones que formularon en la primera instancia, por razones sistemáticas, comenzaremos por su examen.

LA FUNDACIÓN DE LA COMUNIDAD VALENCIANA OBRA SOCIAL DE CAJA MEDITERRÁNEO . En su escrito de recurso ha reiterado al excepción de *prejudicialidad penal* , en los siguientes términos:

Infracción del artículo 40.3 de la LEC 1/2000 . Existencia de prejudicialidad penal en el presente caso, advertida por esta parte y procedencia de suspender el curso de los autos hasta el dictado de la resolución que ponga fin al procedimiento penal.

Sustenta su petición en que los mismos hechos están siendo investigados en la Audiencia Nacional. Hechos que guardan una relación directa con la emisión y comercialización de las **cuotas** participativas.

El motivo debe rechazarse por los argumentos que recoge la sentencia de instancia y los que plasmó la Sala de la que formo parte en el Auto AAP, Civil sección 7 del 01 de diciembre de 2014 (ROJ: AAP V 151/2014 - ECLI:ES:APV:2014:151A), Sentencia: 217/2014, Recurso: 496/2014 , Ponente: MARIA FILOMENA IBÁÑEZ SOLAZ. En la misma, tras analizar detalladamente el supuesto analizado, se indica que: << No puede desconocerse que el demandante está instando la nulidad de un contrato por dolo o por error en el consentimiento, o por incumplimiento radical de normas imperativas (folio 12 de la demanda), es decir está aludiendo a alguna de las posibilidades del art. 1265 del CC (Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo)) y aunque el dolo, como vicio de la voluntad negocial, pueda venir determinado por una conducta insidiosa o maquinación maliciosa de tal entidad que pueda subsumirse en el art. 1270 del CC , el dolo civil no exige que la conducta sea constitutiva de infracción penal.>>

A lo que debo añadir, que con independencia de la resolución que pueda dictarse en el proceso penal, se ha de analizar si en la concreta adquisición de las **cuotas** participativas por los actores se produjo un vicio de consentimiento determinante de la nulidad pretendida.

Igualmente ha esgrimido la falta de legitimación ad causam: Subsidiariamente infracción de los artículos 10 , 319 , 326 y 348 de la LEC al valorar la prueba practicada de forma ilógica e irrazonable, la fundación obra social carece de legitimación ad causam, debiendo ser condenada exclusivamente el Banco Sabadell.

El motivo debe desestimarse.

En primer lugar, debo puntualizar que la parte codemandada puede solicitar su absolución, no la condena del otro codemandado, puesto que dicha petición únicamente puede formularla, en el presente caso, la parte actora, como así nos dice el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia del 14 de octubre de 2013, Roj: STS 5695/2013, Nº de Recurso: 1195/2010 , Nº de Resolución: 574/2013, Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA, indicando: <<Pero es que, en todo caso, esta Sala ha declarado reiteradamente que los recurrentes



no pueden solicitar a través de su recurso de casación, que se condene a un codemandado que ha resultado absuelto, sino que su petición en casación debe limitarse a pedir su propia absolución, o minoración de la condena. (STS 27/03/2013 RC 1491/2010 , 16/05/13 RC 1892/2010)>>

En segundo lugar, que la FUNDACIÓN demandada está legitimada pasivamente para soportar, en su caso, la condena que pueda recaer porque, como así se desprende del contenido del documento número 2, cuando habla de los Elementos patrimoniales excluidos, que forma parte de la escritura de Segregación y Elevación a Público de Acuerdos Sociales, Caja de Ahorros del Mediterráneo y Banco CAM SAU, de 21 de junio de 2011, otorgada ante el Notario de Madrid, don Ignacio Paz-Ares Rodríguez, con el número de protocolo 1993, (f. 18 del Tomo II). CAM segrega y transmite en bloque, a título universal a la sociedad beneficiaria de la segregación, Banco CAM, la totalidad de su patrimonio con exclusión de los elementos identificados en el documento número 2. Y en el citado documento, unido al folio 83 del tomo II, en el apartado (ii) podemos leer: <<la posición jurídica de CAM como emisor de las cuotas participativas en circulación>>.

SEXTO .- EXCEPCIONES REITERADAS POR EL BANCO SABADELL:

En esta alzada reproduce la falta de legitimación activa de don Patricio y don Florencio por no acreditar su condición de herederos de don Patricio y Anibal .

El motivo debe rechazarse.

Si bien es cierto que don Patricio y don Anibal no han acreditado la condición de herederos de su padre, hemos de partir de que la condición de legitimarios se les supone, puesto que el artículo 807 del Código Civil establece que <<Son herederos forzosos:

1º) Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

2º) A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3º) El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código>>

Como afirma la sentencia de instancia, el contrato fue suscrito por el fallecido, don Anibal y su esposa, también actora, y basta con la intervención de la misma, en nombre propio y en beneficio de la sociedad de gananciales, y por su disolución tras la muerte del esposo, de la comunidad hereditaria, para poder instar la presente reclamación,

Pero, como hemos indicado, los hijos del causante, ostentan, por disposición legal, según establece el artículo 807 del Código Civil, la condición de heredero forzosos, y tal condición les legitima para impugnar los actos del causante que se hallen viciados por simulación absoluta o relativa, como puntualiza el Tribunal Supremo en la Sentencia del 14 de noviembre de 1986 (ROJ: STS 6250/1986 - ECLI:ES:TS:1986:6250), Ponente: ANTONIO SANCHEZ JAUREGUI <<Como sienta el cuarto considerando de la sentencia de esta Sala de 3 de abril de 1962 "la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950, que como resulta de lo declarado en sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del "de cujus", sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión"... (S.T.S. 14/11/1986)>>

En segundo lugar reitera la excepción de falta de legitimación pasiva argumentando que no es titular de la relación jurídica deriva de las cuotas participativas, y las mismas nunca fueron transmitidas al Banco Sabadell, dado que tampoco lo fueron al Banco CAM puesto que no se produjo una transmisión universal y Banco Sabadell comunicó a la CNMV que no se había subrogado en las cuotas participativas.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos indicado, nos movemos en el plano de las relaciones entre la Fundación y el Banco Sabadell respecto de unos adquirentes de cuotas participativas que ostentan la condición de consumidores y usuarios, por ello, no podemos acoger la falta de legitimación pasiva del Banco Sabadell, en su condición de sucesor del Banco CAM SAU, quien, según la escritura de segregación de 21 de junio de 2011, por la cual, el patrimonio financiero de CAM se transmitió a Banco CAM mediante el traspaso en bloque, por sucesión universal, del



conjunto de elementos patrimoniales que integran como una unidad económica autónoma, dicho negocio financiero, constando al folio 54 (tomo II), dentro del apartado Segundo. Segregación: <<Por último, en conexión con la operación de segregación (aunque al margen del activo y pasivo transmitido) que aquí se formaliza, BANCO CAM deja constancia de que ha asumido el compromiso irrevocable de hacerse cargo internamente de las obligaciones de reembolso que puedan derivarse de las cuotas participativas. Este compromiso, que implica la asunción por BANCO CAM de una deuda "espejo" de la CAM, se instrumentará por los medios que dentro del marco legal resulten más eficientes [...]>>.

Por otra parte, en la escritura de compraventa de acciones de la sociedad mercantil Banco CAM SA otorgada por el fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito a favor de Banco de Sabadell SA, con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, unida la Rollo de Apelación, en el punto SEXTO se establece: <<Con expresa derogación del régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio, las Partes convienen, y el Comprador expresamente reconoce y acepta, que la adquisición de Acciones se realiza sin que por el FROB ni el vendedor asuman ninguna responsabilidad o garantía de ningún tipo por vicios ocultos en relación con las Acciones, Banco CAM, su negocio, o cualquiera de las sociedades participadas por Banco CAM, ya sea de forma directa o indirecta, total o parcialmente, asumiendo plenamente el Comprador el riesgo derivado de la Compraventa y de lo adquirido en virtud de la consumación de la misma.>>

Además, en el CONTRATO DE PROMESA DE VENTA de acciones de BANCO CAM SA entre El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, como vendedores y el Banco de Sabadell SA como comprador, en el punto 6.3, se dice: <<Adicionalmente, en relación con las cuotas participativas emitidas por la Caja de Ahorros de Mediterráneo y actualmente en circulación (cuotas), las Partes acuerdan que, de anunciarse, estar previsto o producirse un supuesto que diese lugar a su amortización, el FROB en su condición de administrador provisional de BANCO CAM, seguirá las instrucciones del Comprador en relación con cualquier actuación a ser llevada a cabo, en su caso, por BANCO CAM en relación con dichas cuotas.>>

También aduce la caducidad de la acción, que igualmente rechazo remitiéndome a lo indicado en la sentencia de instancia, y la jurisprudencia dictada sobre esta materia si bien respecto de operaciones de compra de otros productos financieros complejos, distinguiendo entre el momento de la celebración del contrato y su consumación.

El rechazo de la caducidad ya se plasmó en la sentencia de la Sección de la que forma parte, SAP, Civil sección 7 del 09 de abril de 2015 (ROJ: SAP V 1414/2015 - ECLI:ES:APV:2015:1414), Sentencia: 92/2015 | Recurso: 105/2015 | Ponente: MARIA FILOMENA IBAÑEZ SOLAZ, siguiendo el criterio establecido por esta Audiencia Provincial en otras resoluciones como:

SAP, Civil sección 9 del 20 de mayo de 2014 (ROJ: SAP V 2388/2014 - ECLI:ES:APV:2014:2388), Sentencia: 149/2014, Recurso: 1093/2013, Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA.

SAP, Civil sección 9 del 17 de abril de 2014 (ROJ: SAP V 2048/2014 - ECLI:ES:APV:2014:2048), Sentencia: 113/2014, Recurso: 886/2013, Ponente: PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

Que ha sido ratificado por la SAP, Civil sección 9 del 22 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP V 4492/2014 - ECLI:ES:APV:2014:4492), Sentencia: 254/2014, Recurso: 168/2014, Ponente: MARIA ANTONIA GAITÓN REDONDO.

Así en la sentencia del 20 de mayo de 2014 (ROJ: SAP V 2388/2014 se indica: <<TERCERO. Como la caducidad de la acción es una cuestión apreciable de oficio, debe ser examinada por este Tribunal aun no habiéndose deducida en la instancia, pero en todo caso debe ser rechazada como ya en numerosas resoluciones esta Sala viene fundamentando ante igual clase de acción, semejante producto de inversión y con la misma entidad comercializadora del producto.

Yerra la apelante en la interpretación y aplicación del artículo 1301 del Código Civil, al computar como día inicial desde la data de la perfección contractual, cuando como se ha cansado de decir y razonar esta Sala, es desde la consumación siguiendo el criterio del alto Tribunal. Así como muestra en la sentencia 30/12/2013 (Rollo 658/2013) dijimos:

"... conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de



24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.">>

También se alude a esta cuestión en el AUTO del TS, Civil sección 1 del 20 de mayo de 2015 (ROJ: ATS 3830/2015 - ECLI:ES: TS:2015:3830A), Recurso: 1269/2014 , Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN)

Y en la Sentencia del Tribunal Supremo, la Sección 1 del 12 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015 - ECLI:ES: TS:2015:254), Sentencia: 769/2014, Recurso: 2290/2012 , Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, relativa a un seguro de vida, indica que: <<No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ». >>

Falta de acción por convalidación al admitir el cobro de dividendos.

Igualmente hemos de rechazar este motivo porque como se ha indicado, con reiteración en las sentencias que hemos citado y en otras, relativas a la adquisición de obligaciones preferentes o de otros productos financieros, el cobro de dividendos o intereses no elimina el vicio del consentimiento que se produjo al momento de la celebración del contrato.

En este sentido podemos citar la sentencia dictada por esta Sección 7ª en el Rollo de Apelación 478/14 , en la que dijimos:

<<4) Como último motivo de recurso se invoca que la actora no ha cumplido con la carga de probar el error en su consentimiento como le incumbe y, de haberlo hecho, éste sería vencible con la diligencia exigible a la misma y con sus actos propios habría confirmado el contrato con la indicada venta y la aceptación durante más de 10 años de las liquidaciones del producto sin reclamación, y el mismo también se ha de desestimar y, con ello, tal recurso en un todo.

Así, sobre la carga de la actora de probar el error si bien le incumbe, pesa sobre el Banco demandado la de probar previamente haber cumplido con su deber de información veraz, transparente, clara, suficiente y desde luego comprensible información que en esta litis, a falta de constancia de la entrega de folleto informativo y de explicación en el contrato de las características del producto y de las personales de cliente minorista de la primera, no se ha acreditado por el segundo con las consecuencias dichas en la sentencia ya citada de este mismo Tribunal en cuyos Fundamentos señala: "Entrando en la normativa y doctrina que directamente atañe al caso y ya concretando la carga de la prueba en relación con las cuestiones en él suscitadas, la segunda viene a señalar que la del vicio del consentimiento conforme al art. 217 referido incumbe a quien lo alega y, por lo que se refiere al cumplimiento del deber de información que tienen las entidades que actúan en el mercado de valores, a misma se invierte dado que éstas habrán de probar su existencia y, en caso de ausencia de los test de idoneidad y de conveniencia opera la presunción de que esa información no existe. En concreto, analizando esta carga y en realidad todas las cuestiones debatidas en esta litis sobre el contrato de autos en relación con sus características, cabe reseñar, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña Sección: 4, Nº de Recurso: 191/2014 , Nº de Resolución: 267/2014, de fecha 01/09/2014, Ponente: CARLOS FUENTES CANDELAS, que a su vez cita la del STS 354/2014, Nº de Recurso: 879/2012 , Nº de Resolución: 840/2013, Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, que a su vez cita la del TS en pleno de 20-1-2014 y la más reciente de éste 7-7-2014, que en sus Fundamentos dice "PRIMERO.- Interpone la demandada NCG Banco recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de refuerzo de A Coruña de 19/2/2014 que, estimando la demanda de la Sra. Custodia , declaró la nulidad de las órdenes de suscripción de participaciones preferentes de fecha 24



de diciembre de 2003, 24 de agosto de 2005 y 21 de abril de 2009, por un total de 152.200 euros, condenando a la demandada a la devolución de su importe, menos lo percibido por la actora por la venta de acciones (68.008, 16 euros), más los intereses legales de las sumas invertidas desde las fechas de los respectivos cargos en cuenta hasta el 19 de julio de 2013, y los intereses legales de la suma de 84.191, 84 desde el 20 de julio de 2013 hasta la fecha de la sentencia, a la vez que con deducción de los rendimientos percibidos por la demandante y con aplicación de los intereses del artículo 576 LEC, todo ello con las costas, por cuanto la actora habría prestado su consentimiento viciado procedimiento error al no haber sido debidamente informada, conforme a la legislación vigente, de las características y riesgos de la operación financiera. SEGUNDO.-...Sin pretensión alguna de afrontar en estas líneas un estudio doctrinal profundo acerca de la naturaleza jurídica de las participaciones preferentes, hemos de señalar, como se viene haciendo en la mayoría de las resoluciones judiciales que están siendo dictadas en las Audiencias Provinciales, que se trata de un producto financiero complejo y de alto riesgo, poco adecuado para ahorradores con perfil conservador. En primer término, es importante destacar que son productos sin fecha de vencimiento, con vocación de perpetuidad, sin que quepa la amortización anticipada voluntaria por parte de quien las suscribe, pues se integran en los fondos propios de la entidad emisora y no existe un derecho de crédito a su devolución. Sólo es posible después obtener liquidez mediante la amortización anticipada, que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien mediante venta en el mercado secundario, en el que se pueden sufrir fácilmente pérdidas por su gran volatilidad, y que se halla prácticamente paralizado en el panorama financiero actual, ante la falta de demanda. Además, las pérdidas en caso de insolvencia o liquidación de la entidad emisora no están garantizadas por el Fondo de Garantía de Depósitos. Cualquier análisis de la concurrencia o no en el contrato de un error excusable esencial de quienes contratan con la entidad financiera debe necesariamente contemplar si la información ha sido la adecuada, en atención a la peculiar condición del producto y las circunstancias personales de aquéllos, entre las que debe principalmente valorarse su perfil inversor (si tenían suscritos anteriormente otros productos financieros complejos, si se habían mostrado dispuestos a afrontar un riesgo a cambio de una mayor rentabilidad del dinero), su nivel de formación y conocimientos en el plano económico, siquiera básico y la relación que les unía con la entidad que suscribe con ellos el contrato. En el plano de la información al inversor, ya el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado, pero, desde luego, los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (en su redacción procedente de Ley 47/2007) y los arts. 58 A 76 del RD 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión imponen, en transposición de la conocida como Directiva MIFID (Directiva 2004/39, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, Markets in Financial Instruments Directive), unos requisitos muy rigurosos a las entidades que prestan servicios de inversión para que los clientes puedan formar su juicio con todos los elementos necesarios antes de decidirse a contratar. En dichas normas (...) se trata de profundizar en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras, correspondiendo, desde luego, la carga de la prueba de que la información precontractual se ha facilitado de forma completa y correcta a la entidad obligada....Las obligaciones de información precontractual se desarrollan detalladamente en el nuevo art. 79 bis LMV. Destaquemos, especialmente que toda la información dirigida a los clientes, incluso la publicitaria, ha de ser imparcial, clara y no engañosa (art. 79 bis 2 LMV), siendo tenida como tal la que destaque los beneficios potenciales de un producto financiero sin indicar también los riesgos que entraña, no pudiendo ocultar, encubrir o minimizar ninguna información importante (art. 60 RD 417/2008). El carácter indiscutiblemente complejo de las participaciones preferentes antes aludido, especialmente en los casos en que se comercializan a ahorradores o inversores sin conocimientos precisos, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también de que debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo. La diligencia exigible a la entidad financiera no es, en el cumplimiento de estas obligaciones, la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (SAP Asturias de 16 de diciembre de 2010). Con incidencia también en la calificación del posible error al contratar, han de mencionarse tanto la obligación de la entidad financiera de hacer entrega del denominado "folleto resumen" de la emisión o resumen de la nota de valores (art. 79 bis 3º LMV), informando de los riesgos a que se refiere el art. 64 RD 217/2008 (riesgo de pérdida total de la inversión y volatilidad del producto), entrega que ha de tener lugar con la suficiente antelación y en formato normalizado, contenido en un soporte duradero (art. 62.2º RD 217/2008) como la obligación de evaluar la adecuación de la inversión para cada cliente concreto mediante el denominado "test de conveniencia" (arts. 79.7º bis LMV y art. 73 RD 217/2008) "...La jurisprudencia admite, por ejemplo en STS de 29 de octubre de 2013 y 20 de enero 2014, que un defecto de información puede causar error esencial y excusable en la formación de la voluntad de un minorista que la necesitaba. La reciente STS de 7 de julio de 2014, proclama que: "Según se declaró en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica



protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 ..." y sigue razonando: "Conforme a esta línea jurisprudencial, cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008)". Y la citada STS del Pleno de 20 de enero de 2014, tras insistir en que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio", añade a continuación "pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error", argumentando más adelante que "el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero". Y continúa su motivación: "Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". Más recientemente la STS 384/2014, de 7 de julio, lo refrenda, ratificando el criterio que venía adaptando este tribunal provincial en sus sentencias, cuando establece como ratio decidendi del caso sometido a su consideración, que: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente". OCTAVO.- Abundando ahora para nuestro caso de preferentes sobre más aspectos de interés tratados acerca la cuestión que nos ocupa en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, con ocasión de un contrato de swap objeto de pretensión de nulidad: "Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate...Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis 3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente". NOVENO.- Ya nos referimos a la "asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas" con su incidencia en la apreciación del error. Y es que en estos casos, como el enjuiciado, no puede minusvalorarse la distinta posición de las partes contratantes y el concreto tipo de clientes en relación a la preparación y capacidad técnica de éstos para poder procesar la complejidad de la información sobre las características y riesgos asociados del entonces novedoso producto que se les pudiera proporcionar y comprenderla adecuadamente, al menos en sus aspectos relevantes, aunque pudieran escapársele ciertos otros detalles accesorios, a fin de prestar un consentimiento contractual debidamente informado en la materia...Es verdad que corresponde a quien pretenda la anulación de un contrato



por vicio del consentimiento, en nuestro caso el error invencible y excusable, la carga material de su demostración conforme al artículo 217 LEC, pero no lo es menos que según resulta la normativa sectorial en esta materia y jurisprudencia explicada más arriba pesa sobre el banco demandado la carga de probar previamente haber cumplido con su deber de información veraz, transparente, clara, suficiente y desde luego comprensible por las clientes que no tenían la condición de profesionales en relación a productos financieros complejos y de riesgo como las preferentes, sino la de minoristas. Hablamos de un especial deber precontractual impuesto, además de por el principio de lealtad y buena fe del artículo 7 del Código Civil, por normas de conducta de la legislación sectorial comentada más arriba y los artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis LMV, 62 a 64, 72 y 73 RD 217/2008, aunque incorporado también al marco contractual. Un deber no solo cuantitativo sino también y sobre todo cualitativo, no limitado a una información formal o meramente material ni a la simple entrega de un lote de papeles de contenido financiero complejo para su lectura, sino de información previa a la comercialización, no apresurada sino sosegada y con antelación suficiente a la celebración del contrato, con la necesaria amplitud y de calidad adecuada a las condiciones particulares de cada cliente de manera que sea verdaderamente inteligible o comprensible para ellos, no para el Banco, en sus variados aspectos sustanciales, dados los elevados niveles de riesgo y la complejidad de la estructura y condiciones de esta clase de productos, como por ejemplo en lo relativo a la posibilidad de cancelación... Y ya dijimos que no bastaría para cumplir con las exigencias legales solo con que las clientes hubiesen recibido los papeles o documentos y pudiesen haberlos leído por sí mismas, cuando no tenían la categoría de profesionales en relación a este producto financiero y hasta legalmente se les considera por ello carentes de los conocimientos y cualificación necesarios para tomar en principio sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos por lo que necesitaban que se lo informasen o explicasen y advirtiesen adecuadamente antes de contratar. Por otro lado, que la parte demandante percibiese rendimientos o intereses durante un tiempo no supone confirmación del negocio jurídico viciado hasta que no desapareció el error...A)...En definitiva se ha de concluir con que, aún dando como probado que los demandantes tuvieran ciertos conocimientos en el último sentido expuesto, no siendo profesionales si no clientes minoristas la demandada no ha probado, como le incumbe y como obligación previa, que la información que les prestó fuera clara, transparente, detallada y comprensible especialmente en cuanto a la pluralidad de riesgos de estos productos concretos, es decir, suficiente según la normativa y jurisprudencia reseñada de lo que se colige que los primeros incurrieron en error excusable al contratar. No basta para excluir este error adverbando esa debida información previa y, máxime en el caso en el que se asesoró en contra de las citadas instrucciones, la general que obraba en el folleto o de modo escrito al ser en sí misma compleja y difícil de comprender en muchos aspectos por un cliente minorista, con conocimiento cabal de sus riesgos en una posición equivalente al emisor ante un producto tan complejo para la generalidad de la clientela y para que ésta pueda concluir con que su rentabilidad estaba garantizada o condicionada a la percepción de beneficios, con que la posibilidad de que el mercado pudiese desactivarse con la consiguiente iliquidez del producto, ni desde luego con la situación financiera de la entidad o el funcionamiento del mercado secundario..."

La precedente falta de información precontractual confirmada por la indicada resolución de la Comisión del Mercado de Valores y, en general toda la doctrina desarrollada en la presente excluyen las demás alegaciones de este motivo relativas a que el error sería vencible y a que con los actos propios de la actora se habría confirmado el contrato como, con la indicada venta a cuyos motivos de exclusión a estos efectos señalados antes nos remitimos, y con la aceptación durante más de 10 años de las liquidaciones del producto sin reclamación, porque sobre este último extremo como se indica en aquélla para que esa confirmación sea válida y extinga esa acción de nulidad, es necesario que el contratante que pueda invocar la causa de ésta tenga conocimiento de la misma y una vez que haya cesado, ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla, según el art. 1311 del CC., conocimiento, al no constar la repetida información previa, y acto propio de la actora en esta litis que no se ha probado que lo tuviera o lo realizara.>>

Igualmente rechazamos la confirmación por la doctrina de los actos propios en la Sentencia dictada en el Rollo de Apelación 16- 15 de esta Sección 7ª.-

<<QUINTO.- Por último respecto a la confirmación de los contratos por actos propios de los demandantes vulnerándose los arts. 1309 y 1.313 del CC sobre la confirmación de los contratos, diremos que no constituye acto propio el hecho de que los clientes no pusieran objeción a liquidaciones durante un tiempo o en este caso concreto asumiera el coste de la cancelación, de los mismos, siendo cuando se percatan de que no se trataba de un seguro contra la subida de los tipos de interés cuando deciden en las cancelaciones de los dos primeros que suscriben tras las liquidaciones negativas de septiembre de 2009, sin que legasen a abonar las de noviembre de ese mismo año. Y respecto a los segundos contratos que susciten en abril de 2009, tan solo se efectuó un cargo por cada uno sin posteriores liquidaciones.

En este sentido como resalta la STS de 23-11-2004 "Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados

de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTS de 9 de mayo, 13 de junio y 31 de octubre de 2000, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran ininidad de sentencias, la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho -fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas- no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias 9 mayo 2000, 23 julio y 21 diciembre 2001, 25 enero y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SS. 9 mayo 2000, 15 marzo y 26 julio 2002, 23 mayo 2003)"

Procede pues con los anteriores argumentos rechazar todas las alegaciones de la entidad apelante y confirmar la sentencia dictada en todos sus extremos.>>

SÉPTIMO.- Respecto del fondo del asunto, las dos partes apelantes, de forma independiente, invocan que no le corresponde, en su caso, asumir las consecuencias que se deriven de la nulidad del contrato de suscripción de las **cuotas** participativas.

La resolución de esta cuestión, núcleo central del debate, exige un análisis de los documentos aportados a las actuaciones.

1.- Escritura de Segregación y Elevación a Público de Acuerdos Sociales, Caja de Ahorros del Mediterráneo y Banco **CAM** SAU, suscrita el **día 21 de junio de 2011**, ante el Notario de Madrid, don Ignacio Paz-Ares Rodríguez, con el número de protocolo 1993, (f. 18 del Tomo II).

En la misma se indica que **CAM** segrega y transmite en bloque, a título universal a la sociedad beneficiaria de la segregación, Banco **CAM**, la totalidad de su patrimonio con exclusión de los elementos identificados en el documento número 2. En el indicado documento, unido al folio 83 del tomo II, en el apartado (ii) podemos leer: <<la posición jurídica de **CAM** como emisor de las **cuotas** participativas en circulación>>

En la citada escritura, al folio 54 (tomo II), dentro del apartado Segundo. Segregación, también se indica: <<Por último, en conexión con la operación de segregación (aunque al margen del activo y pasivo transmitido) que aquí se formaliza, BANCO **CAM** deja constancia de que ha asumido el compromiso irrevocable de hacerse cargo internamente de las obligaciones de reembolso que puedan derivarse de las **cuotas** participativas. Este compromiso, que implica la asunción por BANCO **CAM** de una deuda "espejo" de la **CAM**, se instrumentará por los medios que dentro del marco legal resulten más eficientes [...]>>

2.- El día 7 de diciembre de 2011, se suscribe el CONTRATO DE PROMESA DE VENTA de acciones de BANCO **CAM** SA entre El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, como vendedores, y el Banco de Sabadell SA como comprador.

En el mismo se alude a la existencia de un contrato privado con un protocolo de medidas de apoyo financiero para la reestructuración de BANCO **CAM** en el que se incluye un Esquema de Protección de Activos.

En el punto 6 relativo al Periodo Intermedio, se dice: <<Entre la firmadel presente Contrato y la Fecha de cierre (el "Periodo Intermedio") el FROB, en su condición de administrador provisional de BANCO **CAM**, se compromete a hacer que BANCO **CAM** continúe con su actividad únicamente en consonancia con el curso ordinario de su negocio y, en particular, salvo por lo dispuesto expresamente en el presente Contrato o en su caso contar previamente con la autorización expresa del Comprador, se obliga a hacer que BANCO **CAM**: [...]

Punto 6.3: <<Adicionalmente, en relación con las **cuotas** participativas emitidas por la Caja de Ahorros de Mediterráneo y actualmente en circulación (**cuotas**), las Partes acuerdan que, de anunciarse, estar previsto o producirse un supuesto que diese lugar a su amortización, el FROB en su condición de administrador provisional de BANCO **CAM**, seguirá las instrucciones del Comprador en relación con cualquier actuación a ser llevada a cabo, en su caso, por BANCO **CAM** en relación con dichas **cuotas**.>>

Punto 6.4: <<Asimismo, en relación con las participaciones preferentes emitidas por BANCO **CAM** o las sociedades controladas por BANCO **CAM**, el FROB, en su condición de administrador provisional de BANCO **CAM**, se compromete a informar al Comprador, con suficiente antelación, de su decisión de no abonar los intereses (cupón) correspondientes. A estos efectos se estará al concepto de control previsto en el artículo 42 del Código de Comercio .>>

Punto 8: <<Con expresa derogación del régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio, las Partes convienen, y el Comprador expresamente reconoce y acepta, que la adquisición de



Acciones se realiza sin que por el FROB ni el vendedor asuman ninguna responsabilidad o garantía de ningún tipo por vicios ocultos en relación con las Acciones, Banco CAM, su negocio, o cualquiera de las sociedades participadas por Banco CAM, ya sea de forma directa o indirecta, total o parcialmente, asumiendo plenamente el Comprador el riesgo derivado de la Compraventa y de lo adquirido en virtud de la consumación de la misma.>>

3.- Mediante escrito de **9 de diciembre de 2011** (f. 525) el Banco Sabadell comunica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como un hecho relevante que:

<<Las cuotas participativas de Caja de Ahorros del Mediterráneo ("CAM") no han sido traspasadas a Banco CAM S.A. ("Banco CAM") en virtud de la escritura pública de segregación de la actividad financiera de CAM a BANCO CAM de fecha 21 de junio de 2011.

Tal y como está diseñado el proceso, es de prever que las cuotas participativas no tengan valor económico significativo. Este proceso está sujeto a la aprobación de las autoridades regulatorias europeas y de las autoridades españolas, lo que condiciona y limita cualquier decisión que se pueda tomar sobre las mismas.>>

4.- El día 1 de julio de 2012, se suscribe la escritura de Compraventa de acciones de la sociedad mercantil Banco CAM SA, otorgada por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, a favor del Banco de Sabadell con la intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, unida la Rollo de Apelación. En el punto SEXTO se establece nuevamente que: *<<Con expresa derogación del régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio, las Partes convienen, y el Comprador expresamente reconoce y acepta, que la adquisición de Acciones se realiza sin que por el FROB ni el vendedor asuman ninguna responsabilidad o garantía de ningún tipo por vicios ocultos en relación con las Acciones, Banco CAM, su negocio, o cualquiera de las sociedades participadas por Banco CAM, ya sea de forma directa o indirecta, total o parcialmente, asumiendo plenamente el Comprador el riesgo derivado de la Compraventa y de lo adquirido en virtud de la consumación de la misma.>>*

Y en el apartado de las RESERVAS Y ADVERTENCIAS, en su punto C) se precisa que *<<También advierto de que habida cuenta de que con esta adquisición "Banco de Sabadell SA" ha reunido bajo su mano la totalidad de las acciones representativas del íntegro capital social de "BANCO CAM SA" (Sociedad Unipersonal) se ha producido un cambio de socio único de esta compañía [...]>>*

4.- Finalmente el día 3 de diciembre de 2012, se produce la fusión por absorción por parte de Banco de Sabadell del Banco CAM.

OCTAVO.- Si bien, como hemos indicado, las partes mantienen una interpretación contradictoria de las distintas cláusulas de los contratos suscritos, una interpretación acorde con la intención de los contratantes (art. 1281 y 1282 del CC), basada en los actos de estas coetáneos y posteriores a la firma, como es, la obligación que asumió el FROB de recabar las instrucciones de Banco Sabadell hasta para proceder a la amortización de las cuotas participativas (F. 209 Tomo I), así como las actuaciones desarrolladas posteriormente por el Banco Sabadell, ofreciendo, a algunos clientes, el canje de las cuotas, nos permite concluir que la Fundación se reservó la condición de emisora de las cuotas participativas, con un carácter meramente formal, pero la obligación de reembolso de las cuotas y, ahora, de responder de las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato corresponde al Banco Sabadell, puesto que, un primer momento, BANCO CAM asumió el compromiso irrevocable de hacerse cargo internamente de las obligaciones de reembolso que pudieran derivarse de las cuotas participativas y esta obligación, como parte de su negocio financiero, se transmitió al Banco Sabadell., por eso, como hemos indicado, el FROB se obligó a informar al Banco Sabadell durante el periodo transitorio de cualquier actuación que se realizase sobre las mismas, incluso en casos de amortización, como así ocurrió, (f 209 tomo I).

La comunicación que en su día Banco Sabadell hizo a la CNMV, tiene el carácter de una manifestación unilateral y, por tanto, sin relevancia a los presentes efectos, lo que no ocurre con la conducta que ha desarrollado Banco Sabadell accediendo a indemnizar a algunos clientes en el importe desembolsado por la compra de las cuotas participativas bajo diversas modalidades.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, debo concluir con la estimación del recurso interpuesto por la representación de la Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social de la Caja Mediterráneo y la desestimación del formulado por la representación del Banco Sabadell y, en su lugar, estimando en parte la demanda, condeno a Banco Sabadell a que reintegre a los actores la suma de 3.206. €, con los intereses legales desde la fecha del contrato, cantidad de la que se deducirán los rendimientos obtenidos por la actora con intereses legales desde la fecha de cada liquidación. Absuelvo a la Fundación de las pretensiones contra ella formuladas.

Impongo las costas causadas en la primera instancia, generadas por la demanda de la actora contra Banco Sabadell, a esta entidad.



No hago expresa condena al pago de las costas generadas por la demanda que ha formulado la parte actora contra la Fundación, ante las dudas de hecho y derecho que presenta la cuestión debatida.

La estimación en parte uno de los recursos unido a las dudas de hecho y de derecho que presenta la cuestión suscitada, nos lleva a no realizar expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada como permite el artículo 398 en relación con el 394 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

ESTIMO el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Fundación de la Comunidad Valenciana Obra Social de la Caja Mediterráneo y DESESTIMO el formulado por Banco Sabadell, ambos contra la Sentencia de fecha 26 de enero de 2015 dictada en los autos número 1285/14 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Torrent , resolución que revocamos en parte y, en su lugar, estimando en parte la demanda:

- 1.- Condeno a Banco Sabadell a que reintegre a los actores la suma de 3.206. €, con los intereses legales desde la fecha del contrato, cantidad de la que se deducirán los rendimientos obtenidos por la actora con intereses legales desde la fecha de cada liquidación, con imposición de las costas generadas por esta demanda.
- 2.- Absuelvo a la Fundación de las pretensiones contra ella formuladas. No haciendo expresa condena al pago de las costas generadas por esta reclamación.
- 3.- No haga expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada.

Y a su tiempo, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para su ejecución y debido cumplimiento.

Contra la presente resolución no cabe Recurso de Casación atendiendo a la cuantía, sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de casación por interés casacional, en el plazo de 20 días, si en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo 477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011 , y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Doy fé: la anterior resolución, ha sido leída y publicada por el Ilmo/a. Sr/a, Magistrado/a Ponente, estando celebrando audiencia pública, la Sección Séptima de la Itma. Audiencia Provincial en el día de la fecha. Valencia, a dieciocho de septiembre de dos mil quince.