

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA  
NUM. CINCO ELCHE

Juicio Verbal  
Num. 2188/13  
Dte. .  
(Sra. Sánchez Orts)  
Ddo. CAJA DE AHORROS DEL  
MEDITERRANEO-OBRA SOCIAL (Sra.  
Navarro Pascual)

- Recepción -  
Lexnet  
18 - ene - 2016  
Efectos día siguiente  
Art. 151 de la L.E.C.

Notificado al Procura  
19 - ene - 2016  
Yolanda Sánchez Ort

S E N T E N C I A num. 317/15

En la ciudad de Elche, a catorce de diciembre de dos mil quince.

Dña. M<sup>a</sup> ENCARNACION AGANZO RAMON, Magistrado-Juez de Primera Instancia número Cinco de Elche, habiendo visto y oído los presentes autos de **Juicio Verbal** seguidos ante este Juzgado con el número 2188/15, a instancia de Dña. [ ] representado por la Procuradora Dña. Yolanda Sánchez Orts y asistido por el letrado D. Francisco Luis García Cerrillo, contra LA CAJA DE AHORROS DE MEDITERRANEO-OBRA SOCIAL representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Navarro Pascual y asistido por los letrados [ ] y D. [ ] y contra BANCO SABADELL, traído al procedimiento a instancias de la demandada, que actuó representado por el Procurador D. Emigdio Tormo Redenas y asistido por la letrado Dña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la meritada representación de la parte actora se interpuso demanda ajustada a las prescripciones legales, en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho y con aportación de documental, solicitaba se dictara una sentencia en la que se declarare la nulidad del contrato de suscripción de cuotas participativas celebrado con la demandada por vicio de consentimiento, con condena a la restitución de las recíprocas contraprestaciones, o, alternativamente, la resolución por incumplimiento, y se condenare a la misma a reintegrar a la actora la cantidad de 3.000 euros, importe del capital aportado, menos los intereses cobrados, más los intereses legales devengados hasta la fecha de pago, con expresa condena al pago de todas las costas

causadas en el presente procedimiento.

**SEGUNDO.-** Que, mediante Decreto de fecha veintitrés de septiembre de dos mil trece se admitió a trámite la demanda formulada, acordándose su sustanciación con arreglo a lo establecido para el juicio verbal, siendo citadas las partes a la celebración de la vista.

**TERCERO.-** Que, con carácter previo a la celebración de la vista, la demandada se personó en las actuaciones y solicitó la Intervención Provocada del BANCO DE SABADELL. Tras la tramitación pertinente, se dictó auto en fecha quince de mayo de dos mil catorce, acordando haber lugar a dicha intervención.

**CUARTO.-** Que el juicio se celebró, en la Sala de Audiencias de este Juzgado, con fecha dieciocho de marzo de dos mil quince, practicándose pruebas que fueron admitidas a las partes, dándose traslado de las mismas a las partes para conclusiones y quedando a su término los autos sobre la mesa para dictar sentencia.

**QUINTO.-** Que en la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto el plazo para dictar Sentencia dado el enorme volumen de asuntos que pesa sobre este Juzgado, que triplica los módulos de entrada previstos por el CGPJ para este tipo de Juzgados y la existencia de obligaciones de carácter preferente, derivada de la especialización de este Juzgado en materia de incapacidades e internamientos.

#### **FUNDAMENTOS JURIDICOS :**

**PRIMERO.-** La actora, que dijo actuar en su propio nombre y derecho y en defensa de los intereses de la sociedad de gananciales constituida con su marido, cotitular del contrato, manifestó haber suscrito, en fecha tres de julio de dos mil ocho, un contrato de cuenta de depósito, cuya finalidad era la adquisición de otro producto financiero ofertado por el personal de la sucursal de la entonces CAM sita en el Paseo de Germanías de Elche, consistente en la compra de CUOTAS CAM (CUOTAS PARTICIPATIVAS) por un valor nominal de 3.000 euros, que se adjudicarían en fecha veintidós de julio de dos mil ocho.

En la fecha de la contratación, la demandante, que era cliente de toda la vida de la entidad, según manifestó, no

recibió una información veraz de los representantes de la entidad bancaria, que en ningún momento le explicaron las características, naturaleza y riesgos del producto, habiendo creído en todo momento, en la confianza depositada en la entidad y en su personal, que contrataba un producto sin riesgo (un plazo fijo), con alta rentabilidad y absoluta disponibilidad. Señaló que no se facilitó información precontractual y coetánea, y que en el momento de la contratación, no se entregaron por escrito las características de la inversión, ni folleto informativo alguno, ni se advirtió sobre el alto riesgo al que se le exponía. Incluso, con maliciosa intención, señaló, hicieron "colar" junto a la orden de compra, la comunicación a la que hacía referencia la normativa MIFID, respecto a la no idoneidad del producto para el cliente, insistiendo, pese a ello, que era responsabilidad del mismo contratarlo. Y añadió que la actora había sido "incitada" a cancelar un plazo fijo anticipadamente y sin penalización, para invertir de nuevo su dinero en este novedoso y atractivo producto, que no dejaba de ser otro plazo fijo vinculado a la solvencia de la entidad, garantizando ésta el capital y su alta rentabilidad.

Y solicitó la nulidad del contrato firmado por considerar que el producto, de carácter variable y que dependía precisamente de la estabilidad y viabilidad financiera y económica de la entidad, había sido ofrecido temerariamente en fechas cercanas a las noticias de inestabilidad financiera de la propia entidad, al objeto de captar y mantener fondos a costa de sus clientes, a sabiendas de que, según el perfil de la cliente, el producto no era adecuado para ella. Dicha negligencia o conducta dolosa provocaron un error esencial en el consentimiento prestado, que recaía sobre la naturaleza y características esenciales del producto, y que de modo alguno hubiera podido ser evitado. Con carácter subsidiario, y para el caso de que se aceptara la validez del contrato, solicitó se acordara su resolución por incumplimiento grave de las obligaciones de información, transparencia y protección que la normativa específica y general de aplicación prevé para la contratación de productos financieros.

**SEGUNDO.-** La CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO (actual FUNDACION ESPECIAL CAJA MEDITERRANEO OBRA SOCIAL) se opuso a la demanda, solicitando con carácter previo se notificara al BANCO DE SABADELL la pendencia del juicio a efectos de su intervención en el presente procedimiento, toda vez que el mismo había sucedido a BANCO CAM SAU, y que a la misma se había transmitido todo el negocio de actividad financiera de la CAM, excepto los elementos patrimoniales excluidos, entre los que no se encontraban, por los motivos que alegó, las cuotas participativas. Y, llamado finalmente a juicio BANCO DE SABADELL, el mismo negó la legitimación pasiva para soportar

el ejercicio de la acción, toda vez que, según afirmó, en síntesis, las cuotas participativas nunca fueron adjudicadas a BANCO CAM SAU, siendo en su día la CAM quien decidió comercializar este tipo de producto y dió instrucciones de comercialización a través de la red, segregando en su día a BANCO CAM SAU tan solo la actividad financiera de la entidad, pero no las cuotas participativas, de las que debía responder, según la Ley de Mercado de Valores, la entidad emisora.

**TERCERO.-** Al respecto de esta cuestión se ha realizado un pormenorizado examen de las circunstancias concurrentes en la Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2015, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, siendo ponente la Magistrado Dña. Maria del Carmen Escrig Orenga, que es la que se considera más acertada de entre las numerosas resoluciones que han sido aportadas por una y otra parte al procedimiento, y cuyas conclusiones se comparten en su integridad por esta Magistrado-Juez.

Señala la Sentencia mencionada 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".*

No obstante, tras el análisis de los documentos aportados, que también lo han sido al presente procedimiento, extrae las siguientes conclusiones:

"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 firma del 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 .

Y añade la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que "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.

De todo ello, se desprende la legitimación pasiva tanto de la FUNDACION ESPECIAL CAJA MEDITERRANEO OBRA SOCIAL para soportar el ejercicio de la acción de nulidad, por cuanto se reservó su posición como emisor de las cuotas, como del BANCO DE SABADELL, como sucesor de BANCO CAM SAU para soportar el ejercicio de la acción y asumir las consecuencias de la pretensión indemnizatoria que se ejercita.

**CUARTO.-** En cuanto al motivo de nulidad, y, subsidiariamente, de resolución del contrato que se alega, resultan de aplicación, inicialmente, los arts. 1089 y 1091 ss. del Código Civil, que establecen el carácter generador de las obligaciones que tienen los contratos y la fuerza de ley que tales obligaciones tienen entre las partes; así como los artículos 1254 y ss. del mismo cuerpo legal, que definen el contrato como el que existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna

cosa o prestar algún servicio, y establecen los principios de autonomía de la voluntad, esencia de la obligación, eficacia "erga omnes" de los contratos, que supone que las partes contratantes quedan vinculadas por el contrato a las obligaciones que éste ha producido, y consentimiento para el perfeccionamiento de los mismos.

En cuanto a la nulidad del contrato que se solicita, resultan aplicables los arts. 1300 y siguientes del Código Civil, en cuanto a la capacidad para prestar el consentimiento y requisitos de los contratos resultan aplicables los artículos 1261, 1265, 1266 Cc. En cuanto a la existencia de vicios en el consentimiento contractual prestado, dispone el art. 1.265 del Código Civil que *"será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo"*. Al respecto ha de señalarse, con O'Callahan, que el consentimiento contractual presupone la conciencia y voluntad de los sujetos, por lo que faltará si carece de capacidad, como señalan los dos artículos anteriores, o si concurre un vicio del consentimiento, como expresa este artículo. El problema es que lo expresa mal; dice el artículo que *"será nulo el consentimiento"*, lo que significa, literalmente, que también sería nulo (o inexistente) el contrato cuyo consentimiento (elemento esencial) era nulo por el vicio de la voluntad. No es así; no se trata de nulidad de consentimiento, y por ende, nulidad del contrato, sino que dan lugar a la anulabilidad, a no ser que anulen totalmente la voluntad (lo que puede ocurrir en casos de violencia o intimidación) y falte plenamente el consentimiento contractual. Debe señalarse, igualmente, que la voluntad se presume consciente y libre a no ser que se pruebe que existe un vicio: presunción iuris tantum de validez del contrato. Los vicios que dan lugar a la anulabilidad del contrato son: error-vicio (distinto del error obstativo) que se desarrolla en el artículo 1.266; la violencia e intimidación, que son la violencia física y moral, en realidad lo mismo, definidas en los artículos 1.267 y 1.268; y el dolo, previsto en los artículos 1.269 y 1.270. Al respecto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de septiembre de 1.996, ha señalado que *"la teoría de los vicios de la voluntad en los contratos, surge en el principio incuestionable que establece a dicha voluntad libremente emitida como base del contrato, y no es que los referidos vicios supongan una inexistencia de tal voluntad, sino que la misma adolece de un defecto. Y concretando más, si ese defecto proviene de una equivocada información acerca de aquello sobre lo que se contrata y sobre las cualidades del objeto contractual, surge entonces el vicio de la voluntad denominado error"*.

Dispone el art. 1.266 del Código Civil, al respecto del error que *"para que el error invalide el consentimiento,*

deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo". La Jurisprudencia, en cuanto al error como vicio del consentimiento, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1.996 señala que "para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1.266 del Código Civil, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración -artículo 1.261 1º y Sentencia de 16 de diciembre de 1.923 y 17 de octubre de 1.964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar..., que no sea imputable a quien la padece..., y que exista un nexo causal entre le mismo y la finalidad que perseguía en el negocio jurídico concertado. De otra parte, como recoge la Sentencia de 18 de febrero de 1.994, según nuestra jurisprudencia, para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente, y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, este mismo consagrado hoy en el art. 7 del Código Civil; es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esta protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración".

**QUINTO.-** En cuanto a la obligación que rige para la entidad bancaria de informar suficientemente a sus clientes en relación con el contenido y alcance de las cláusulas suscritas, así como del estado de sus productos, riesgos de los mismos y riesgo de pérdida de la inversión, resultan aplicables, los artículos 13, 44, 79 y 79 bis del la Ley del Mercado de Valores 24/88, así como los artículos 60, 62, 64, 65, 69, 72 y 73 del Real Decreto 217/08 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, así como la normativa específica que seguidamente se expondrá al abordar las características del concreto producto cuya nulidad se solicita.

Y al respecto de este asunto, igualmente se realiza un análisis exhaustivo por parte de la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia de Valencia de fecha 18

de septiembre de 2015, que, sobre la carga de la actora de probar el error, señala que "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.... 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".

Y señala que, "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 precedente

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 n° 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 n° 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso n° 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".

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, con ocasión de un contrato de swap objeto de pretensión de nulidad, señala que: "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. ...

Sigue la Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia que "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..."

Y señala que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2014, en cuanto al alcance del deber de información que "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, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 1 del 13 de julio de 2015 señala 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 .»*

**SEXTO.-** Centrándonos en el objeto que nos ocupa, lo cierto es que no se ha acreditado en modo alguno por la parte demandada que se informara correctamente a la actora y a su esposo, de manera veraz, transparente, clara y comprensible, de las características y complejidad del producto financiero y riesgos de la operación. No consta, desde luego, la entrega por parte de la entidad bancaria de folleto resumen de la emisión.

No consta tampoco que se realizara a la demandante el test de conveniencia exigible, y, en cualquier caso, de la documentación aportada se desprende claramente que por la propia entidad se consideraba que el perfil de la demandante no era el necesario para la suscripción del producto, pese a lo cual se le ofreció y contrató.

El informe aportado por la FUNDACION ESPECIAL OBRA SOCIAL CAJA DEL MEDITERRANEO, emitido por ERNST&YOUNG poca luz arroja en relación con las circunstancias de la concreta contratación con la actora, pues dada la falta de información facilitada por la CAJA, se limita a afirmar que "la evaluación de todos los extremos relativos a esta inversión, en punto a la adecuada información y demás requisitos sobre el análisis de perfil de riesgo y test de idoneidad y conveniencia, en relación al señalado inversor, requerirá analizar, circunstancialmente, la conducta desplegada en sede de comercialización, por la entidad financiera que trató y negoció con el inversor, a través de la concreta sucursal del negocio financiero...determinantes de la suscripción de cuotas participativas por ella realizada... pues en su demanda, y en sentido económico, no cuestiona vicio alguno en relación a la emisión de las cuotas suscritas, sino resepecto de su comercialización, todo lo que acaece en el marco del negocio financiero, luego traspasado a BANCO CAM a título de sucesión en dicha área de negocio autónoma configurada como rama de actividad en sentido económico, que incluye, incluso, la sucesión en el personal que ejecutó aquella comercialización, los medios y recursos que se utilizaron para la misma así como el inmueble mismo desde que aquella venta y orden de suscripción se materializó e hizo efectiva. De igual modo, no existe información pública disponible en la base de datos públicos sobre la mencionada demandante". Y no se ha traído al procedimiento al personal de la sucursal que comercializó los productos para que justificara el cumplimiento de sus obligaciones ni aclarara las circunstancias en que se llevó a cabo la oferta y contratación del producto.

Todo ello lleva a aceptar la existencia de un error invencible en relación con las condiciones esenciales del contrato por parte de la demandante y su esposo, que lleva a la necesaria estimación de la demanda, en cuanto a la declaración de nulidad del contrato que se pretende, de la que deberá responder, como emisora de las acciones, la FUNDACION ESPECIAL CAJA MEDITERRANEO OBRA SOCIAL, y como destinatario final del negocio financiero de la entidad, el BANCO DE SABADELL que deberá hacerse cargo de las pretensiones indemnizatorias planteadas en la demanda, que se estiman en su totalidad.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con el criterio objetivo del vencimiento que rige en materia de costas procesales, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen su no imposición, (art. 394 primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y siendo en el presente caso la demanda íntegramente estimada, procede condenar a las demandadas al pago de las costas causadas de manera solidaria.

VISTOS los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación al caso :

**FALLO :**

Que, ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por Dña. representado por la Procuradora Dña. Yolanda Sánchez Orts, contra LA CAJA DE AHORROS DE MEDITERRANEO-OBRA SOCIAL representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cristina Navarro Pascual, y contra BANCO SABADELL, traído al procedimiento a instancias de la demandada, que actuó representado por el Procurador D. Emigdio Tormo Ródenas, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de suscripción de cuotas participativas celebrado con la demandada por vicio de consentimiento, con condena a la restitución de las recíprocas contraprestaciones, CONDENANDO AL BANCO DE SABADELL a reintegrar a la actora la cantidad de 3.000 euros, importe del capital aportado, menos los intereses cobrados, más los intereses legales devengados hasta la fecha de pago, con expresa condena al pago de todas las costas causadas en el presente procedimiento a las demandadas.

Contra esta Sentencia podrá interponerse ante este Juzgado Recurso de Apelación para ante la Audiencia Provincial