



Roj: **SAP SA 348/2015 - ECLI:ES:APSA:2015:348**

Id Cendoj: **37274370012015100348**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2015**

Nº de Recurso: **213/2015**

Nº de Resolución: **199/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00199/2015

SENTENCIA NÚMERO 199/2015

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON ILDEFONSO GARCIA DEL POZO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO VEGA BRAVO

DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ

DON JOSE ANTONIO MARTIN PEREZ

En la ciudad de Salamanca a trece de julio de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO NUM. 393/2014** del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 213/2015**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelante **DON María Angeles** representado por la Procuradora Doña Raquel Rodríguez Mateos y bajo la dirección del Letrado Don Ivan García Sainz y como demandada- apelado **BANCO CEISS S.A.** representada por el Procurador Doña Soledad González González y bajo la dirección del Letrado Don. Pedro Méndez Santos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 23 de marzo de 2015 por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por María Angeles con Procuradora Doña RAQUEL RODRIGUEZ MATEOS y Letrado Sr. D. IVAN GONZALEZ SAEZ, contra banco de CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA SORIA S.A.U. con Procuradora Doña Soledad González González y Letrado Sr. D. Pedro Méndez Santos, ABSUELVO a la parte demandada de los pedimentos contra ella contenidos, sin hacer expresa condena en costas, por lo que cada parte abonará las propias, siendo las comunes por mitad.

2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada concediéndole el plazo establecido en la Ley para interponer el mismo verificándolo en tiempo y forma, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando que estime el recurso interpuesto, y se resuelva frence a CEISS (Antigua Caja España), dictando sentencia por la que:



Declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de la suscripción de 8 títulos OBLIGACIONES C. ESPAÑA 10-FEB de Doña María Angeles con la cantidad de Caja España (ahora CEISS), por importe de 8.000 € (8 títulos de 1.000 € cada uno).

Declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de la suscripción de 39 títulos OBLIGACIONES C. ESPAÑA 08-agosto DE Doña María Angeles con la entidad Caja España (ahora CEISS), por importe de 39.000 € (39 títulos de 1.000€ cada uno).

Declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de cualquier canje efectuado por la entidad con los ante citados producto híbridos en BONOS CEISS.

Declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente, en su caso, las prestaciones derivadas de los contratos de adquisición de los títulos ante citados, para lo cual se desharán los desplazamientos patrimoniales efectuados por las partes.

Condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a mi mandante la suma total de 47.000 € más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los respectivos contratos, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en su sucesivo, por la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, determinándose en ejecución de sentencia la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre sobre la anterior base liquidatoria, conforme al artículo 219 de la L.E.C .

Subsidiariamente, declare que CEISS (antiguo Caja España) ha incumplido gravemente los contratos de cuenta de valores y de las órdenes de compra de valores ante citados denominados OBLIGACIONES C. ESPAÑA 10 FEB Y OBLIGACIONES C. ESPAÑA 08-AGO por un importe total de 47.000 €, por ausencia total de la información a la actora de la naturaleza y riesgos del producto que le comercializaron; y, en consecuencia, condene a la demandada a la indemnización de los daños y perjuicios que le han ocasionado a esta parte derivados de tales incumplimientos, determinando que los mismos ascienden a la suma total de 47.000 €, mas los intereses legales desde la fecha de suscripción de los respectivos contratos, allanándose esta parte a la devolución a la demandada de los intereses percibidos como consecuencia de los contratos referidos. Todo ello con imposición de costas a la entidad demandada CEISS.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se desestime íntegramente el recurso de Apelación de Doña María Angeles , Confirmándose íntegramente la sentencia apelada nº 21/2015 de 23 de marzo de 2015 , con expresa imposición a la actora-apelante de las costas procesales de la segunda instancia.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación **el día 9 de julio de 2015** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PEREZ.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de esta ciudad se dictó sentencia, con fecha 23 de marzo de 2015 , la cual, desestimando íntegramente la demanda promovida por la demandante, María Angeles , contra la mercantil demandada, Banco de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria, SAU., S.A., absolvió a ésta última de todas las pretensiones de la demanda deducidas en su contra, sin hacer expresa condena en costas procesales, por lo que cada parte abonará las propias, siendo las comunes por mitad.

Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la señalada demandante, por el que, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso, se interesa su revocación y que se dicte otra por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad de la suscripción de 8 títulos "Obligaciones C. España 10- Feb.", por importe de 8.000 euros (8 títulos de 1.000 euros cada uno); de 39 títulos

"Obligaciones C. España 08-Agosto", por importe de 39.000 euros (39 títulos de 1.000 euros cada uno), todos ellos suscritos por la actora con la demandada; así como de cualquier canje efectuado por la entidad con los antes citados productos híbridos en "Bonos CEISS"; y se declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente, en su caso, las prestaciones derivadas de los contratos de adquisición de los títulos antes citados, para lo cual se desharán los desplazamientos patrimoniales efectuados por las partes; todo ello con



condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituirla la suma total de 47.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los respectivos contratos, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo, por la contratación, la administración, el mantenimiento o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, determinándose en ejecución de sentencia la liquidación concreta de las prestaciones que deben restituirse, sobre la anterior base liquidatoria, conforme al art. 219 de la LEC .

Subsidiariamente, se declare que CEISS (antiguo Caja España) ha incumplido gravemente los contratos de cuenta de valores y de las órdenes de compra de valores antes citados denominados "Obligaciones C. España 10 Feb" y "Obligaciones C. España 08-Agosto" por un importe total de 47.000 euros, por ausencia total de la información a la actora de la naturaleza y riesgos del producto que le comercializaron; y, en consecuencia, condene a la demandada a la indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado derivados de tales incumplimientos, determinando que los mismos ascienden a la suma total de 47.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de suscripción de los respectivos contratos, allanándose esta parte a la devolución a la demandada de los intereses percibidos como consecuencia de los contratos referidos; y todo ello con imposición de costas a la entidad demandada CEISS.

SEGUNDO.- Así las cosas, ya debe anticiparse por la Sala, a la vista del contenido de los argumentos desarrollados en el escrito de recurso que nos entretiene, que el mismo ha de venir completamente desestimado, por cuanto los mismos no ponen de manifiesto que la juzgadora a quo haya incurrido en error valoratorio de prueba alguno, o haya obviado los pronunciamientos jurisprudenciales aplicables al caso; antes al contrario, siendo el alegato del recurso (en síntesis, que el testigo Romulo , hermano de la demandante y mandatario de ésta en los contratos objeto de juicio, que a su vez intervino en los mismos como empleado de la entidad demandada, no recibió ningún curso de formación y no tenía conocimiento de la complejidad, ni del riesgo de los contratos celebrados, ni tampoco de su idoneidad, por lo que las informaciones que dio a su mandante no fueron correctas, existiendo un error esencial y excusable que determinó un claro vicio de la voluntad contractual de la parte demandante, error que recae sobre las características esenciales del contrato, lo que determina la nulidad del mismo, etc.), sustancialmente idéntico al sostenido en el recurso formulado ante este mismo Tribunal por Modesta , hermana de la hoy actora-apelante, y otro, resulta que dicho alegato ha venido totalmente desestimado por la sentencia de esta misma Audiencia nº 132/2015, de 12 de mayo de 2015 , por lo que hemos, en este caso también, congruentemente, mantener y ratificar las consideraciones desplegadas en esta última resolución.

En su fundamento jurídico segundo, entre otras cosas, recordando que, ciertamente, las obligaciones subordinadas constituyen un producto financiero complejo y que su contratación se realiza por un **consumidor** mediante un contrato de adhesión, por lo que es exigible se lleve a cabo, tanto un control de su contenido o clausulado, (incluso de oficio por el Juez competente, con cita de la jurisprudencia del TJUE al respecto, a la que nos remitimos), como un control del proceso de formación de la voluntad del **consumidor**, que, en casos como el presente exige que se examine si tal proceso de formación de la voluntad ha sido libre y exento de todo error, cualquiera sea la causa de éste, etc., se afirma que respecto de éste último control, dado que la adquirente del producto financiero confirió autorización y mandato a su hermano Romulo , empleado de la entidad bancaria demandada Banco CEISS, con anterioridad Caja España, el mismo viene debidamente satisfecho, sin que quepa estimar la nulidad de los contratos objeto de juicio por error en el consentimiento ante el supuesto incumplimiento por la entidad demandada de los deberes de información que legalmente le eran exigibles.

De modo literal se consigna en el mismo, que : "*...a través de dicha autorización se realizaron los contratos objeto de juicio, en los que el citado Romulo en función de los ahorros habidos en la cuenta de Caja España procedía a la suscripción en unos casos de obligaciones subordinadas, o participaciones preferentes..., sin que los actores hiciese nunca ninguna alegación en contra de tales operaciones, ni revocación del mandato, ni pidiesen explicaciones, ni excluyesen la adquisición o compra de ningún producto. Siendo así que todas las contrataciones objeto de juicio fueron realizadas siempre por Romulo empleado de la demandada desde los 18 años, con experiencia vendedora de estos productos, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, el cual de forma prolongada en el tiempo desde 2008 a 2011 en la oficina en la que trabajaba de la entidad demandada, para la que sigue trabajando, y amparado por el mandato otorgado por los actores efectuó enteramente la contratación aquí cuestionada. Sin que los actores hayan demandado al citado Romulo , ni hayan impugnado o revocado el poder general otorgado. De modo que en la persona de Romulo se dio la doble condición de mandatario representante de los actores y mandatario representante de la entidad financiera..*" .

Y lo que es más importante y con ello hemos de quedarnos aquí, se concluye que :"*... esa doble condición de Romulo matiza por completo el caso que nos ocupa, e impide que podamos hablar de la nulidad de los contratos objeto de juicio por error en el consentimiento ante el incumplimiento por la entidad demandada de los deberes de información. En la medida en que dicho error en el consentimiento por falta del cumplimiento de los deberes*



de información en modo alguno puede considerarse, en un caso como el que nos ocupa, como error excusable, pues el cliente minorista adherente no estaba necesitado de esta información, al tratarse de un empleado de la demandada desde los 18 años, con experiencia vendedora de estos productos, y si carecía de hecho de la misma como manifestó en la testifical practicada en este y en otros juicios-, sin duda con una mínima diligencia por su parte habría podido suplir dicha carencia sometiéndose a algún curso de formación o similar. Por todo lo cual, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, no le es excusable a dicho contratante mandatario, ni por ende a su mandante, que ex arts. 1709 y 1727 CC está obligado a cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. Como, según consta probado en autos, así ha sucedido en el presente caso, donde la contratación realizada por el citado mandatario de los actores se llevó a cabo siempre dentro de los amplios límites del poder recibido al efecto".

TERCERO.- Bastaría con traer a colación y trasladar íntegramente las consideraciones fácticas y jurídicas que acabamos de transcribir en el anterior fundamento jurídico, para, sin más, desestimar el presente recurso de apelación, pero, a mayor abundamiento, se hacen precisas algunas otras adiciones complementarias.

Reconociéndose, explícitamente, en el escrito de recurso que nos entretiene que la ahora apelante fue "informada" y "asesorada" por su hermano de la ausencia de riesgo y de la disponibilidad total de todos y cada uno de los productos que sucesivamente contrató con la Caja demandada y de que se trataban de una "buena forma de ahorro", autorizándole para la suscripción de algunos de ellos, firmando el mandatario la mayoría de títulos y órdenes de compra y la minoría no (18), pero siendo de decisión de la cliente inducida por su referido hermano, la excusabilidad del error no se le puede trasladar e imputársela a la entidad financiera apelada, por cuanto de ella sería responsable único y último el testigo Romulo , que es quien interfiere en la negociación y comercialización de todos esos productos, sin permitir que ningún otro empleado o comercial de la entidad interviniera en la misma.

Es incontestable el significado y alcance del contrato tipo de depósito o administración de valores de 16 de agosto de 2004 (documento 8 de la contestación a la demanda, folios 52 y 53 de los autos), suscrito, pues, años antes de la adquisición de las "subordinadas" litigiosas, en el que confluyen la demandante, como autorizado su hermano citado y la entonces "Caja España", con la particularidad de que, a su vez, quien firma por ésta última lo es aquél; como el de 7-12-2009, de "custodia y administración de valores" (documento 9, folios 54 y 55).

En efecto, podrá repetirse cuantas veces se quiera que la actora-apelante era la que decidía o tomaba la última palabra acerca de la contratación o no de las obligaciones subordinadas u otros títulos, -lo que, por cierto entra en flagrante contradicción con el contenido del poder simple que le otorgó a su hermano Romulo -, pero en lo que debemos fijar nuestra atención es, por la importancia que tiene en la determinación de la fuente que pudo viciar el consentimiento que se presume erróneo, en que fue aquél, como empleado de la demandada, quién le ofreció a aquélla y a otros familiares y amigos tal clase de productos y otros distintos, y fue quien, como auténtico *asesorpersonal experimentado* , les informó, verbal y telefónicamente, de ellos, de sus características y naturaleza, como medio de rentabilización máxima de sus depósitos y ahorros, etc.

Esto es, es él quien induce a error acerca de los riesgos del producto, es quien omite,- de haber habido la omisión-, la entrega de trípticos o folletos o de la documentación informativa precontractual exigible, quien, -de haberse omitido-, deja de elaborar el test de idoneidad o conveniencia con su "cliente"-hermana, de la que conocía perfectamente su nivel de estudios, de conocimientos financieros, su experiencia en la inversión en productos similares, como participaciones preferentes, fondos de inversión, etc.

Si dicho comercializador de subordinadas y preferentes, se dice que no tenía indicios o sensación de riesgo alguno en base a los datos que le facilitaba la entidad para la que prestaba sus servicios, etc., con mayor motivo y razón es incomprensible el hecho de que careciendo de esos conocimientos y de falta de formación específica (lo que ya este Tribunal en aquélla sentencia ha dicho que no es verdadero), se aventure a ofrecer, a intermediar y a actuar como mandatario en la suscripción de tales productos híbridos en favor de personas tan allegadas, porque, en el año 2007 o 2008 fuera o no ya delicada la situación contable-financiera de la entidad demandada, lo que no podía ignorar y obviar es que en los propios documentos de contratación y órdenes sí que quedan destacados los riesgos del producto, de los que no consta si se los precisó o no a la mandante, con independencia de que es inconcebible que un empleado de banca con muchos años de experiencia no sea consciente de que tales riesgos podían materializarse en algún momento a lo largo de la vida de la duración de los títulos contratados, cuando tenía acceso a las fuentes de información del riesgo a prevenir...; debiendo acogerse las alegaciones de la demandada contenidas en el escrito de oposición al recurso, relativas a los conocimientos económico-financieros y experiencia inversora de la misma apelante, antecedente a la contratación que se postula como nula.



CUARTO.- En definitiva, y sin necesidad de más consideraciones, ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la demandante, María Angeles , y confirmada íntegramente la sentencia impugnada. En materia de costas, y siguiendo el precedente de que se ha hecho mención con anterioridad, por aplicación del artículo 398.1, en relación, con el artículo 394.1, último inciso, de la LEC , igualmente hemos de mantener en éste caso que no procede hacer imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, en atención a las dudas que se suscitan en estas actuaciones, pues si bien es cierto que el citado mandatario de María Angeles actuó dentro de los límites de su tan genérico mandato en representación de la misma, también es de ponderar que actuó en representación de la entidad demandada que por ley (normativa denominada MiFID) estaba obligada al cumplimiento mediante su empleado de los necesarios deberes de información, los cuales de haber sido cumplidos quizás hubiesen influido en la mejor delimitación y restricción de los límites del tan genérico mandato que le fue otorgado; todo ello con pérdida del depósito constituido por la recurrente, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes conferidos por la Constitución,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, María Angeles , representada por la Procuradora Doña Raquel M^a Rodríguez Mateos, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 1 de esta ciudad, con fecha 23 de marzo de 2015 , en el Juicio Ordinario nº 393/2014, del que dimana el presente rollo, la debemos confirmar y confirmamos íntegramente, sin hacer imposición de las costas causadas en el recurso a ninguna de las partes, **y** declarando, en su caso, de haberse constituido, la pérdida del depósito, al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado, hallándose la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-