



Roj: **SAP GC 1556/2017 - ECLI: ES:APGC:2017:1556**

Id Cendoj: **35016370052017100352**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **5**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **361/2016**

Nº de Resolución: **454/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL PALOMINO CERRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 15

Fax.: 928 42 97 75

Email: s05audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000361/2016

NIG: 3501642120150006406

Resolución: Sentencia 000454/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000295/2015-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Torcuato Miguel Rua Figueroa Gonzalez Elisa Colina Naranjo

Apelante BANCO BILBAO VIZCAYA S.A. Julian Jimenez Quintana Jose Javier Marrero Aleman

SENTENCIA

COMPOSICIÓN DE LA SALA

Presidente:

Don Víctor Caba Villarejo

Magistrados:

Don Víctor Manuel Martín Calvo

Don Miguel Palomino Cerro (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de diciembre de 2017.

Vistos por LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS los autos del ROLLO identificado con el número 361/2016, dimanante del procedimiento ordinario que con el número 295/2015 se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria, siendo apelante BANCO BILBAO VIZCAYA SA, representada por el procurador don José Javier Marrero Alemán y defendida por el letrado don Julián Jiménez Quintana, y apelado DON Torcuato , representado por la procuradora doña Elisa



Colina Naranjo y asistido por el letrado don Miguel Rúa-Figueroa González, se acuerda la presente resolución con apoyo en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia de primera instancia dice "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por DON Torcuato contra BBVA S.A., debo declarar y declaro la nulidad del CONTRATO DE STOCKPYME VII-BONIFICADO ESCALONADO (Modelo general para empresarios y profesionales) de fecha 7 de julio de 2.008, condenando a la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA Y ARGENTARIA, S.A." a estar y pasar por tal declaración y, en consecuencia, por la anulación de cuantas anotaciones, cargos y abonos se hayan efectuado y consecuentemente, se condene a la demandada a devolver y reintegrar a Don Torcuato la cantidad de TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS (39.777,63 €) más los intereses correspondientes; todo ello con imposición a la parte demandada de las costas de esta primera instancia".

SEGUNDO. La referida sentencia se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de noviembre de 2017.

TERCERO. Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. Don Miguel Palomino Cerro, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Planteamiento de la apelación. I. La sentencia de primera instancia declara la nulidad del contrato suscrito el 7 de julio de 2008 entre las partes, denominado STOCKPYME VII-BONIFICADO ESCALONADO, por concurrencia de error vicio en la prestación del consentimiento por parte del cliente.

II. Contra dicha resolución se alza el banco aduciendo los siguientes motivos:

Falta de jurisdicción, oportunamente denunciada en la instancia, donde se desestimó, por haber sometido las partes la cuestión objeto de debate a **arbitraje**, que se celebraría en Madrid. No coincide con la tesis del juzgador a quo de que la cláusula no este específicamente firmada por la parte ni de que refiera solo a cuestiones relativas a ejecución o interpretación del contrato. Entiende asimismo que el Sr. Torcuato no es consumidor y por tanto no pueden serle aplicadas las normas contenidas en el RD Legislativo 1/2007. Y ello porque en el propio préstamo al que se vincula el producto anulado se hace constar que "el prestatario declara que el préstamo no se destina a satisfacer necesidades personales suyas ajenas a su actividad empresarial o profesional". Y en el propio contrato objeto de litigio se plasma asimismo la mención de que "concierta esta operación con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional y no necesidades suyas personales".

Incongruencia omisiva. Y ello porque el juez de primer grado no se ha pronunciado o no ha acogido las alegaciones del banco vertidas en su contestación a la demanda relativas a la no aplicación al caso de la normativa protectora de consumidores y usuarios ni la de mercado de valores (por el contrario, entiende que ha de ser la estrictamente bancaria) y a que nos hallamos ante un producto de cobertura y no de inversión. Dentro de este motivo puede incluirse la alegación IV.3º del recurso relativa a que el banco nunca asesoró al cliente. Y su consideración de producto no complejo: "sin mayores dificultades", entendemos que de comprensión, "el tipo más simple de permuta financiera de tipos de interés y del contenido del contrato se desprende que el cliente lo comprende perfectamente" (folio 49).

Error en la valoración de la prueba. En concreto en lo que atañe al padecimiento de error vicio del consentimiento por el cliente apelado. Principia esta alegación (folios 56 y siguientes) señalando que ha de ser el cliente demandante el que ha de probar el error y no hacerse recaer en el banco la actividad probatoria de que no medió dicho error. Constituye prueba diabólica el exigir al banco documentación de las conversaciones previas del contrato cuando no es práctica mercantil grabarlas ni documentarlas. Además, según esta parte, "no tiene sentido que un cliente como el demandante, contratara la operación sin haber recibido información previa acerca de la misma" (folio 57, segundo párrafo). Sea como fuere, sostiene que en este caso el actor sí fue debidamente informado sobre la naturaleza y funcionamiento del producto, incluidos sus riesgos, como lo acredita el testimonio de don Bienvenido, director regional del banco. En el mismo sentido depuso el también testigo don Arturo, gestor de negocios con pequeñas y medianas empresas. Sostiene también que no era necesario practicar un test de idoneidad (sí se formalizó el de conveniencia, con resultado favorable) por no tratarse de un producto de inversión. Se desprende igualmente la cumplida información proporcionada



al cliente de la entrega de un documento explicativo, el 5º-A de la contestación a la demanda, previamente a la contratación y de la propia redacción del contrato, donde se explica el funcionamiento con claridad. Destaca asimismo como el Banco de España, ante la reclamación del apelado, resolvió que la apelante no había quebrantado las "normas de transparencia de operaciones y protección de la clientela ni de las buenas prácticas o usos financieros".

Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el error vicio. Y ello porque el pretendidamente padecido por el apelado ni es esencial, puesto que "no recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato ni sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo" (folio 77), ni inexcusable.

Da por reproducidos los hechos y fundamentos de la contestación, entre los que hemos de incluir la caducidad.

III. La parte apelada, aunque critica la sistemática recopilatoria de antecedentes (demanda, contestación, audiencia previa y sentencia) que se plasma en las primeras páginas del recurso de apelación, hace lo mismo en las primeras siete de su escrito de oposición, relatando qué dice la contraria en su recurso respecto de tales antecedentes. No es hasta el folio 8 donde expone que entiende que el recurso de apelación comienza en la página 22 del escrito que lo documenta y despliega sus razonamientos contrarios a que aquél prospere, a saber:

En lo que atañe a la falta de jurisdicción por sumisión a **arbitraje** se muestra conforme con la decisión del juez de primer grado de rechazarla puesto que, en primer término, el **arbitraje** se previó para los supuestos de "interpretación y ejecución" del contrato, esto es los relativos al desenvolvimiento de un contrato válido, y no para su eventual declaración de nulidad.

Se muestra igualmente en desacuerdo con la pretendida de contrario incongruencia por falta de resolución de cuestiones controvertidas. Y ello porque, a su juicio, el contenido de este motivo no es otra cosa que un disentir del rechazo de la pretensión de la apelante de que sea la normativa bancaria y el Banco de España los que hayan de resolver cuestiones como la planteada en el proceso.

En cuanto al error en la valoración de la prueba, considera equivocada la afirmación de que no se ha de aplicar la legislación del mercado de valores, como de contrario se aduce. Si bien se muestra de acuerdo con la alegación, innecesaria, de que no se ha de aplicar al caso la legislación protectora de consumidores y usuarios. Igualmente disconforme se muestra con la descripción inocua del producto que contiene el recurso en su página 43. Nos hallamos, según esta parte, ante un asesoramiento (recomendación de suscripción del producto en consideración a las circunstancias personales y sin divulgación a través de los canales ordinarios de distribución), en el que, además, no se practicaron los dos cuestionarios, de idoneidad y de conveniencia, que exigen la normativa y la doctrina más actual. También se muestra en desacuerdo con que sea el cliente el que haya de probar la concurrencia del error, máxime en un supuesto en que el mismo deriva des suministro de una información insuficiente o capciosa. Rechaza que se proporcionase otra información que la documentada aportada al expediente, sin que deba incluirse el folleto informativo, pues, según el apelado, nunca se entregó. Considera que ha de apreciarse con cautela el testimonio de los empleados del banco, precisamente por su relación de dependencia, si bien incide en que algunos de ellos mencionaron que el producto no era el más adecuado para el apelado y, además, que conocían las previsiones del Euríbor, previsiones que, por supuesto, no comunicaron al cliente. Finalmente resalta que el apelado carece de conocimientos financieros y no cuenta con experiencia inversora previa, para terminar con la afirmación de que con la información proporcionada por el banco jamás pudo representarse que podría perder miles de euros.

La resolución recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial sobre el error. El apelado padeció error esencial y excusable.

La caducidad. Señala que el dies a quo ha de fijarse en la última liquidación, que fue en agosto de 2012.

SEGUNDO. De la falta de jurisdicción. Acordada en primera instancia la jurisdicción de los tribunales civiles para el conocimiento del conflicto, la Sala, ante las alegaciones contenidas en el recurso de apelación contra el auto que desestimó la declinatoria, no puede más que confirmar esta resolución. Y no tanto por la tan controvertida cuestión relativa a si el apelado es o no consumidor sino por la apreciación de la Sala de que el conflicto planteado en el expediente excede del ámbito objetivo de la competencia atribuida a los órganos arbitrales en la cláusula sexta del pacto, cuya firma por el cliente, por otra parte, se nos presenta como indudable..

Como bien dice la parte apelada, la remisión al **arbitraje** de un conflicto entre los contratantes dependía de que se cuestionasen o se discrepase acerca de los términos de interpretación y ejecución del contrato o de las operaciones relacionadas con él. Sin embargo, el objeto del conflicto planteado en este proceso no atañe a términos o a cuestiones de interpretación o ejecución del contrato sino a su propia validez y, por ende, a su surgimiento válido a la vida jurídica. Entendemos que las cuestiones de las que tendría que conocer la corte de



arbitraje o la cámara madrileña a que hace referencia el pacto sexto del contrato serían las que surgiesen en torno al desenvolvimiento del contrato (interpretación y ejecución), esto es cuando no se cuestionase su propia existencia o validez, pero no cuando lo que se discute es su surgimiento al mundo jurídico como contrato válido y no viciado. En consecuencia, entendemos competente a la jurisdicción civil para el conocimiento del presente litigio.

TERCERO. De la caducidad. Opuesta en la contestación a la demanda y desestimada en la sentencia, es reproducida su alegación, aunque sin desarrollar, en el recurso de apelación, a cuya procedencia se opone el apelado en el escrito de oposición a la apelación, habiendo específicamente tratado su improcedencia en su alegación quinta (folio 37 de 53).

Y en lo que a este aspecto de la controversia atañe, discrepa la Sala, siguiendo la doctrina más actual del Tribunal Supremo, tanto de la opinión de la apelante de que el plazo de caducidad comenzó el mismo día de la suscripción del contrato como de la del juez a quo, que lo sitúa en el cargo de la última liquidación negativa el 6 de agosto de 2012 (primer párrafo, in fine, del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida).

Decíamos en nuestra sentencia de 29 de septiembre de 2016 -Rollo 211/2016 - que "se ha pronunciado ya la Sala sobre el cambio doctrinal apreciable en las resoluciones del Tribunal Supremo a partir del año 2015 en lo que atañe al modo de computar el plazo del ejercicio de la acción de caducidad contenida en el artículo 1301 del Código Civil. De modo que si bien hasta no hace muchos años entendía que en productos de naturaleza similar o igual al analizado en el expediente el día inicial del cómputo era el de la finalización del tracto contractual, tal y como recoge la sentencia recurrida, en sentencias posteriores ubica dicho inicio en el momento en que se constata que el cliente se ha apercibido de que lo que suscribió no era el producto que había considerado; en casos de permuta financiera, en los que en la demanda se ha sostenido, como es el caso, que se le indicó que no debía realizar desembolsos o que no se le advirtió de que estos se producirían, cuando se empiezan a girar liquidaciones negativas, no bastando una para la constatación del padecimiento del error.

[...]Esta es la tesis que mantenemos en nuestras últimas resoluciones, como la pasada de 4 de julio de 2017 -Rollo 55/2016-, cuando decimos <<Sobre la caducidad de la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento, la Sentencia 769/2014 del Pleno, de 12 de enero de 2015 (reiterada en Sentencia de 489/2015, de 16 de septiembre), afirma: «Al interpretar hoy el art.1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquélla», tal como establece el art. 3 del Código Civil. (...) La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Criterio reiterado en posteriores SSTs y así en la recentísima STS 1ª de 9 de junio de 2017 se insiste en el mismo sentido[...] "iii) el dies a quo, de acuerdo con la doctrina de la sala elaborada en materia de contratación bancaria, es cuando se puede tener cabal conocimiento de los riesgos del producto adquirido por medio del consentimiento viciado por error, lo que tendría lugar en el caso cuando se gira la primera de las liquidaciones de intereses conforme a lo pactado por las partes, lo que identifica con el momento en que se gira la primera cuota fija del préstamo al entrar en vigor el swap, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2007. 2.- Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1303 CC para lograr la restitución solicitada por los



demandantes y derivada de la nulidad del contrato se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración. Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato, a partir de la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero, seguida después de otras muchas de la sala (376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero y 130/2017, de 27 de febrero, entre otras), se ha interpretado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. [...]En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, esta sala ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa (sentencia 153/2017, de 3 de marzo)".

Es el propio apelado quien en su demanda (folio 8) dice que ya en mayo, agosto y noviembre de 2009 abonó a la apelante liquidaciones negativas, por lo que entendemos que el plazo para el ejercicio de la acción habría de computarse desde agosto de 2009, por lo que el término para su ejercicio, no susceptible de interrupción, hemos de situarlo en agosto de 2013. Y habiéndose formulado la demanda en marzo de 2015, consideramos caducada la acción que a través de ella se articula, lo que comporta la estimación del recurso y la desestimación de la demanda inicial.

CUARTO. Costas. La estimación del recurso lleva aparejada la no imposición de costas en esta segunda instancia (artículo 398.2 de la LEC).

Tampoco se hará expresa imposición de las costas de primer grado puesto que la estimación del recurso obedece a un cambio de criterio jurisprudencial no consagrado cuando se dictó la sentencia de primera instancia, que observaba la anterior doctrina emanada del Tribunal Supremo. Nos hallamos, por tanto, ante una cuestión jurídica dudosa que aconseja no gravar con el pago de las costas contrarias a quien, inicialmente favorecido por una doctrina, se ve finalmente perjudicado por su modificación.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por BANCO BILBAO VIZCAYA SA contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria en el juicio ordinario 295/2015, debemos revocar y revocamos dicha resolución, acordando en su lugar la desestimación de la demanda formulada por DON Torcuato contra BANCO BILBAO VIZCAYA SA, absolviendo a esta entidad de los pedimentos contra ella formulados, sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán a Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales serán impugnables a través de los recursos regulados en los Capítulos IV y V, del Título IV, del Libro II, de la Ley 1/2000, cuando concurren los presupuestos allí exigidos, y previa consignación del depósito a que se refiere la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre que introduce la Disposición Adicional Decimoquinta en la LOPJ.

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