



Roj: **SAP B 347/2021 - ECLI:ES:APB:2021:347**

Id Cendoj: **08019370172021100022**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **20/01/2021**

Nº de Recurso: **731/2019**

Nº de Resolución: **17/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CRISTINA DAROCA HALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188057815

Recurso de apelación 731/2019 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 269/2018

Parte recurrente/Solicitante: Zaira

Procurador/a: Montserrat Martínez Vargas Valles

Abogado/a: JOSE LUIS MARTIN MIÑANA

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a: Carlos Montero Reiter

Abogado/a:

SENTENCIA N° 17/2021

Magistrados:

Jose Antonio Ballester Llopis (Presidente) Ana Maria Ninot Martinez Cristina Daroca Haller

Barcelona, 20 de enero de 2021

Ponente: Cristina Daroca Haller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 17 de julio 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 269/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Montserrat Martínez Vargas Valles, en nombre y representación de Zaira contra la sentencia dictada en fecha 21 de mayo de 2019 y en el que consta como parte apelada BANCO DE SANTANDER representada por el procurador Carlos Montero Reiter.

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:



"Que DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta el 7 de marzo de 2018 por Zaira contra BANCO POPULAR SA (ahora BANCO SANTANDER SA) y absuelvo a BANCO SANTANDER SA de todos los pedimentos de la misma.

Condeno a Zaira al pago de las costas procesales."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 20 de enero de 2021.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Cristina Daroca Haller.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del litigio.

El objeto del proceso queda fijado de forma resumida en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia.

La parte actora ejercita acción tendente a declarar la nulidad absoluta y la anulabilidad de los contratos financieros de suscripción y compra de participaciones preferentes de BANCO POPULAR suscritos entre ella y la demandada en fecha 19 de diciembre de 2002 (20.000 euros), por vicio del consentimiento motivado por la inadecuada, falsa e insuficiente información facilitada por la entidad demandada al contratar el referido producto financiero, mediante demanda de juicio ordinario en la que, en síntesis, se alega que la demandante adquirió participaciones preferentes únicamente por las instrucciones del apoderado de la sucursal bancaria de BANCO POPULAR, quien le dijo que este producto era una forma de mantener unos depósitos con altos rendimientos de intereses, siendo una operación completamente asegurada y con la posibilidad de rescatar este importe en el momento que entendiera oportuno y sin ningún riesgo. La demanda relata también que el 28 de marzo de 2012 el apoderado de BANCO POPULAR indicó a la actora que para garantizar el depósito debía canjear estas participaciones preferentes por deuda subordinada, lo que la actora realizó.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la demandante manifestando, respecto de la acción de nulidad absoluta, que debe desestimarse por haber prestado la actora el consentimiento, y en cuanto a la acción de nulidad relativa o anulabilidad, que la misma ha caducado, en la medida en que los Bonos I/2012 fueron convertidos en acciones el 27 de enero de 2014.

SEGUNDO.- Decisión del juzgador de primera instancia y posiciones de las partes en el recurso de apelación.

El magistrado de primera instancia desestima la demanda por considerar que no puede prosperar la acción de nulidad absoluta, por cuanto no se trata de un caso en que la actora prestara su consentimiento para celebrar un contrato distinto ni el que se produjera una discrepancia entre su voluntad interna y su declaración de voluntad; sino que la demanda expresa que en realidad el consentimiento está viciado por falta de información real sobre las condiciones verdaderas de las participaciones preferentes.

Y en cuanto a la acción de anulabilidad la desestima por hallarse caducada.

El juzgador computa el plazo de cuatro años de caducidad establecida en el artículo 1301 del CC desde el 27 de enero de 2014 que es cuando se produjo el canje de la totalidad de los Bonos Subordinados en acciones y la actora se convirtió en accionista, por lo que en esa fecha no sólo se produjo el canje preceptivo de las obligaciones subordinadas en que se había convertido el producto inicialmente contratado, sino que además la actora dejó de percibir los rendimientos que hasta ese momento iba percibiendo por los Bonos.

La parte apelante alega como primer motivo de apelación la inexistencia de caducidad de la acción. Considera el apelante que no ha quedado probado que la fecha del canje de los bonos por acciones, pues el juzgador se basa en los documentos nº 5 y 6 de la contestación, sin embargo dichos documentos son unilaterales generados y efectuados por la propia demandada. Además estima que aún en el caso de considerar probado que el canje hubiera tenido lugar en fecha 27 de enero de 2014 como se indica en la sentencia apelada, la acción no estaría caducada al infringirse la interpretación jurisprudencial del artículo 1301 del CC.

Así, la jurisprudencia fija como plazo inicial del cómputo el momento en que el perjudicado tiene o puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción y para ello debemos tener en cuenta las situaciones individualmente consideradas, de tal modo que no es lo mismo una persona que reside en el lugar en que tiene su banco y tiene una relación fluida con este, que una persona que vive en el extranjero y se relaciona con el banco de forma esporádica cuando viaja cada ciertos años.



Sigue alegando la apelante que en el caso de autos los documentos nº 5 y 6 de la contestación nunca fueron notificados a la Sra. Zaira , y aún en el caso de que se le hubiera notificado dicha documentación ello no tendría lugar hasta el primer trimestre de 2015 , ya que al consistir en información fiscal del ejercicio 2014, no se notifica hasta principios de 2015. Además la actora no deja de percibir rendimientos el 27 de enero de 2014 sino que en la primera liquidación trimestral posterior al canje, es decir el 4 de abril de 2014, tal como resulta del documento nº 1.

A mayor abundamiento la parte apelante considera que dicha determinación del conocimiento pleno no es determinante según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si este momento es anterior a la consumación del contrato debemos estar a esta fecha. En el caso de autos el contrato firmado por la Sra. Zaira establece como fecha del vencimiento y de conversión obligatoria de los bonos en acciones el 4 de abril de 2018 por lo que ésta debe ser la fecha inicial del cómputo.

Por último, se alega como motivo de apelación la concurrencia de nulidad absoluta por cuanto la Sra. Zaira al firmar los documentos no lo hizo en la creencia de que estaba suscribiendo cualquier producto bancario que tenga o no riesgos, sino que actuó por la confianza absoluta y cierta que tenía con el sr. Luis Antonio , empleado de la entidad que tenía la gestión de su patrimonio, y por tanto creyó que lo que firmaba era una simple autorización para constituir un plazo fijo.

La parte apelada se opuso al recurso de apelación.

TERCERO.-Decisión del tribunal. Nulidad radical.

En cuanto a la nulidad absoluta debemos confirmar y hacer nuestro el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia.

Ya nos pronunciamos sobre esta cuestión en nuestra sentencia de fecha 29 de septiembre de 2017 :

*"Pero nuevamente la impugnante incurre en cierta confusión al no distinguir entre error vicio y **error obstativo**, pues sólo este último da lugar a la **nulidad absoluta** o inexistencia del contrato por falta de consentimiento. A la distinción entre ambas clases de error se refiere la STS de 2 de febrero de 2016 , con cita de otras anteriores, señalando que " Se puede precisar que en el error vicio aparece errónea la voluntad y en el **error obstativo**, lo erróneo es la declaración, divergente con la voluntad. En el primero se declara con una voluntad equivocada (viciada) y en el segundo se quiere una cosa y se declara otra, se declara lo que no se quiso". Y en el caso enjuiciado, el error denunciado no es obstativo, sino error vicio como evidencia todo el argumentario expuesto por la actora en su demanda."*

El juzgador concluye en los siguientes términos: " *El caso de autos, por lo tanto, no es, a tenor de la propia demanda, un caso en el que la actora prestara su consentimiento para celebrar un contrato distinto, ni en el que se produjera una discrepancia entre su voluntad interna y su declaración de voluntad. La demanda expresa, en realidad, que el consentimiento de la actora está viciado por la falta de información real sobre las condiciones verdaderas de las participaciones preferentes adquiridas, lo cual podrá dar lugar, en su caso, a la estimación de la acción subsidiaria de anulabilidad, pero no a la estimación de la acción principal de nulidad absoluta por falta de consentimiento, pues en efecto existe consentimiento.*"

Los argumentos de la parte apelante no desvirtúan las conclusiones expuestas por el juzgador de instancia. En la demanda inicial la parte actora indica que suscribió un contrato de depósito y administración de valores y una orden de valores sin recibir información de ningún tipo para la comprensión y asunción del contenido de dichos documentos, entendiendo que ello correspondía a un depósito seguro de sus ahorros, lo que no encaja en el concepto de error obstativo sino en el de un error vicio. En el acto de la audiencia previa la actora manifestó que no negaba que hubo consentimiento.

Por tanto, debemos desestimar el primer motivo de apelación.

CUARTO.- Caducidad de la acción de anulabilidad.

Revisado en la alzada todo el material probatorio y visionada la grabación del acto del juicio, procede confirmar la conclusión alcanzada por el Juez de instancia.

El primer motivo de impugnación es el error en la valoración de la prueba, en concreto los documentos 5 y 6 de la demanda a los efectos de determinar la fecha en que se produjo el canje de los Bonos Subordinados en acciones.

Según documento nº 1 de la demanda en fecha 19 de diciembre de 2002 se suscribió una orden de adquisición de 20 títulos de Participaciones Preferentes con la entidad Banco Popular y en fecha 28 de marzo de 2012 se suscribió la orden de canje de los 20 títulos por 200 Bonos I/2012 según documento nº 3 de la contestación.



El documento nº 6 de la demanda consiste en un extracto de la entidad Banco Popular que refleja la información obrante en los registros del Banco respecto a los movimientos de los valores que aparecen en el mismo y en dicho extracto se observa claramente que en fecha 27 de enero de 2014 se produjo un canje y los Bonos se convirtieron en acciones Banco Popular con un valor de 22.345, 18 €.

Dicho canje también se refleja en el documento nº 5 consistente en la información fiscal y en concreto en la relativa al año 2014 se observa que en fecha 27 de enero de 2014 se produjo el canje de los Bonos Subordinados en 4563 acciones.

La parte recurrente considera que dichos documentos no acreditan la fecha del canje por cuanto se trata de documentos unilaterales de la entidad bancaria.

Sobre esta cuestión debe decirse que se trata de documentos que constan en el registro informático de la entidad, sin que del resto de prueba obrante en autos permita dudar de la validez y credibilidad.

Por otro lado, existe una correspondencia absoluta entre ambos documentos, extracto de movimientos de los valores y la información fiscal.

La autenticidad de dichos documentos no fueron impugnados en la audiencia previa.

En consecuencia, cabe confirmar la conclusión del juzgador a quo conforme que la fecha del canje en acciones Banco Popular se produjo el 27 de enero de 2014.

A partir de este hecho la parte apelante considera que el magistrado de instancia ha infringido la jurisprudencia del TS en cuanto a la fijación del dies a quo para el cómputo de la caducidad de la acción de anulabilidad.

Consideramos correcta la aplicación de la jurisprudencia del TS al caso de autos efectuada por el juzgador a quo.

En nuestra sentencia de fecha 14 de noviembre de 2018 (Ponente Ana María Ninot Martínez) nos pronunciamos en un caso equivalente al que nos ocupa en el siguiente sentido:

"La parte demandada aduce que la Juzgadora de instancia yerra al aplicar la tesis jurisprudencial clásica sobre el inicio del cómputo del plazo de caducidad, que sitúa en la fecha de consumación del contrato el 25 de noviembre de 2015, sin tener en cuenta el cambio jurisprudencial asentado por el Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 12 de enero de 2015 , con arreglo a la cual en litigios relativos a contratación bancaria el día inicial del plazo de caducidad se debe fijar en el momento en que el cliente pudo conocer la existencia del supuesto error en la contratación, lo que, según la apelante sucedió cuando los demandantes canjearon los Bonos I/2009 por los Bonos II/2012 con el fin de mitigar las pérdidas que los primeros iban a generar a su vencimiento al convertirse en acciones. Según la apelante, el dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad debe fijarse en la fecha en que se produjo el canje de los Bonos I/2009 por los Bonos II/2012, lo que tuvo lugar el día 10 de mayo de 2012, pues como mínimo desde esa fecha los actores eran conocedores del descenso en la valoración del producto y de los riesgos asociados al mismo, de modo que cuando se interpuso la demanda el día 15 de julio de 2016 la acción ya estaba caducada.

Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, la STS de 21 de marzo de 2018 señala que " esta sala ha reiterado que no puede identificarse la consumación del contrato con su perfección. La sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 : i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de 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".

Como recuerda la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero , mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".



De esta doctrina sentada por la sala resulta que a efectos del cómputo del dies a quo de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes.

Con arreglo a esta doctrina jurisprudencial, la Sala considera que no es hasta el momento en que se produjo el canje de los bonos en acciones del Banco Popular cuando se produce el cumplimiento de las prestaciones y además cuando los demandantes pudieron haber conocido los riesgos y el alcance económico de lo que habían contratado, canje que tuvo lugar en fecha 27 de noviembre de 2015, por lo que la acción de nulidad no estaba caducada cuando se presentó la demanda el día 27 de julio de 2016. Este es también el criterio mantenido por otras Audiencias Provinciales como Baleares 9 de octubre de 2017, Segovia 29 de diciembre de 2017 y por otras secciones de esta misma Audiencia, así sentencia de la sección 4 de 13 de febrero de 2018 ."

Aplicado ello al caso que nos ocupa permite concluir que la acción está caducada por cuanto la fecha de inicio de la caducidad de la acción debe fijarse en el momento en que se produjo el canje de los Bonos en acciones, lo que tuvo lugar el 27 de enero de 2014 y la demanda se interpuso en fecha 7 de marzo de 2018.

Debemos reiterar como ya nos hemos pronunciado en otras sentencias de esta sección que el momento en que la actora pudo tener conocimiento del error sufrido en cuanto a la naturaleza y características del producto contratado es cuando se produce el canje en acciones.

Esa es la fecha en que entendemos que la perjudicada pudo tener conocimiento del error, por tanto, no podemos tener en cuenta la notificación de la información fiscal por parte de la entidad o cuando se deja de percibir rendimientos.

No son atendibles los argumentos de la parte apelante de que debemos estar a las circunstancias individualmente consideradas dado que la Sra. Zaira vivía en Venezuela y no recibía la documentación del banco, ya que la caducidad de la acción no se puede hacer depender de tales circunstancias, pues la jurisprudencia del TS fija como momento de inicio aquel en que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error y ello vendrá determinado por hechos que objetivamente permitirían al cliente conocer su error; ahora bien si éste por circunstancias personales (vivir en el extranjero) no mantiene contacto alguno con la entidad bancaria ni realiza un seguimiento de sus depósitos, productos, cuenta bancaria etc. ello no justifica que el inicio del plazo de caducidad deba dilatarse en el tiempo en función de su actuación más o menos diligente.

Todo lo expuesto conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución apelada.

QUINTO.- Costas.

La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas procesales al recurrente en virtud del art. 398 LEC .

Vistos los preceptos aplicables,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Montserrat Martínez Vargas Valles, en nombre y representación de Zaira contra la sentencia dictada en fecha 21 de mayo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona, que se confirma, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.

Desestimado el recurso de apelación, conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial Legislación citada LOPJ art. DA 15.9, la parte apelante pierde el depósito en su día constituido, al que se dará el destino legal.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.



Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19:

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.

- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.