

**Secció núm. 02 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)**

Plaça Josep Maria Lidón Corbi, 1, pi. 5a - Girona
17001 Girona

Tel. 972942368
Fax: 972942373
A/e: upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

NIG 1707942120218186022

Recurs d'apel·lació 458/2022 2

Materia: Apel·lació civil

Órgan d'origen: Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Girona
Procediment d'origen: Procediment ordinari 1475/2021

Entitat bancària: **Banc de Santander**

Pera ingressos en caixa, concepte: 1647000012045822

Pagaments per transferència bancària: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Beneficiari: Secció núm. 02 Civil de l'Audiència Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Concepte: 1647000012045822

Part recurrent / Sol·licitant: CAIXABANK S.A.
Procurador/a:
Advocada:

Part contra la qual s'interposa el recurs:
Procurador/a:
Advocada: óscar Serrano Castells

SENTENCIA NÚM. 397/2022

Il·lms. Srs.:

MAGISTRATS

Sr.

Sra.

Sr.

Girona, 4 d'octubre de 2022

FETS

PRIMER. El 13 de juny de 2022 es van rebre les actuacions de Procediment ordinari 1475/2021, procedents del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Girona, a fi de resoldre el recurs d'apel·lació interposat pel procurador en representació de





Caixabank SA, contra la Sentencia de data 19 d'abril de 2022, en qué consta coma part apel·lada la procuradora en representació de

SEGON. El contingut de la decisió de la Sentencia objecte de recurs és el següent:

"Estimar la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales O^o. en nombre y representación de O^o. D. J D. y D. por lo que debo condenar a CAIXABANK, SA a pagar a la actora la cantidad de 15.000 euros en concepto de por daños y perjuicios más los gastos de custodia vinculados a estos valores, menos las rentas, liquidaciones o cualquier otra cantidad percibida por los actores por los BONOS FERGO AISA adquiridos en el año 2006, que deberán ser devueltos a la entidad bancaria

La cantidad objeto de condena genera intereses desde la interposición de la demanda.

Se imponen las costas a la parte demandada."

TERCER. El recurs es va admetre i es va tramitar de conformitat amb la normativa processal per a aquest tipus de recursos.

Es va assenyalar la data per dur a terme la deliberació, votació decisió, que han tingut lloc el 28/09/2022.

QUART. En la tramitació d'aquest procediment s'han observat i les normes processals essencials aplicables al cas.





Es va designar com a ponent el magistrat

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Caixa Bank SA impugna la sentència d'instància només pel que fa a l'excepció de prescripció no acollida a la instància.

En aquest sentit defensa, en primer lloc, que seria d'aplicació al cas el que estableix l'article 945 Codi de Comerç. Subsidiàriament, sosté que el termini de 10 anys de prescripció s'hauria complert al moment d'interposar la demanda ja que, al seu entendre, el dia inicial de còmput ha d'establir-se l'any 2010 que és quan, al seu parer, els demandants haurien conegut els problemes de pagament dels cupons associats a l'adquisició del bonus de Fergo Aisa pels demandants.

SEGON. Ja ens hem pronunciat en anteriors resolucions quant a la no aplicació del precepte esmentat a casos com el que aquí enjudiciem. Podem fer cita, en aquest sentit, del que deïem en la nostra resolució de data 14/07/2021:

"En tot cas, la recurrent segueix mantenint que, al seu parer, l'acció exercitada es trbaría prescrita, ja que considera d'aplicació al cas el que disposa l'article 945 del Codi de Comerç.

Aquest article estableix el següent: "La responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Compartim el criteri d'instància que estableix que aquest precepte no és d'aplicació a un supòsit com el present, en què és una entitat bancària qui comercialitza el producte,





sent nombrosa la jurisprudència que, pel que fa als terminis de prescripció, aplica el de 4 anys en cas de vici de consentiment o de 10 anys si d'incompliment d'obligacions contractuals es tracta. Aquesta conclusió es desprèn del fet que les entitats financeres no són societats d'inversió malgrat que puguin intervenir en mercats financers, segons es deriva del contingut de la normativa de la LMV que extracta la resolució impugnada (article 62 i concordants)".

En el mateix sentit, la sentència de data 31/3/22:

"La *sentencia de 3 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:169)* se pronunció sobre el cómputo de la acción de caducidad en el marco de la adquisición de Bonos Aisa, por referencia a su *Sentencia 667/2018 de 23 de noviembre* (que, a su vez cita otras anteriores), indicando: *"En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las 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./ En este supuesto, el riesgo que se ha materializado ha sido el de la pérdida de la inversión, puesto que en la fecha en la que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente, tal circunstancia no se produjo, lo que tuvo lugar en el año 2011. No es relevante a estos efectos la fecha en que se produjo un retraso en el pago del cupón."/ 8.-En este caso, dado que la fecha en que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente era el 14 de agosto de 2011, cuando el cliente interpuso la demanda, la acción no había caducado. "Con la consecuente confirmación del pronunciamiento dictado en la instancia, que había estimado la demanda.*

En la de 23 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3354) la sala confirmó el pronunciamiento dictado en la instancia, indicando que *"dado que en el recurso de apelación no se formulaba impugnación alguna con relación a que se hubiera estimado una acción de resolución del contrato y restitución de la inversión con base en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores, la sala no puede entrar en la cuestión de si el incumplimiento de esta obligación puede servir para fundar una acción de resolución contractual, por cuanto que el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la "sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso". Por tal razón, la resolución del recurso de apelación no puede extenderse a cuestiones no planteadas en el recurso>*





La Sentencia de 11 de enero de 2019 (ROJ:STS 7/2019- ECLI:ES:TS:2019:7) estimó la acción de nulidad por error vicio de consentimiento con sustento en el déficit informativo en la comercialización del producto. Y en la previa de 23 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3906) indicó respecto al error de valoración probatoria que: " En lo que respecta al supuesto error en la valoración de la prueba, las alegaciones del recurso sobre este extremo resultan contradictorias con las relativas a la infracción de las reglas de la carga de la prueba (que suponen la ausencia de prueba sobre los hechos relevantes), y la recurrente mezcla cuestiones sustantivas y procesales que impiden saber qué es lo que está denunciando exactamente. / En todo caso, no se ha aportado al proceso la documentación en la que conste qué información facilitó el banco a los demandantes sobre la naturaleza y riesgos del producto ofertado. En el contrato suscrito no se contenía información adecuada al respecto, es más, la mención a la existencia de un pacto de recompra hacía que el cliente pudiera estar confiado en que el banco le restituiría en todo caso el precio pagado por los bonos. En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia ha actuado de un modo razonable al no otorgar trascendencia a la prueba testifical practicada a instancias de la entidad demandada./ En lo referente al perfil de los clientes, que el codemandante hubiera invertido cantidades moderadas en participaciones preferentes y en un fondo de inversión, o que tuviera un plan de pensiones, no supone necesariamente que pudiera conocer que en un contrato de compraventa de bonos celebrado con el banco "con pacto de recompra", la restitución del capital no estuviera garantizado. Tanto más cuando se trató de inversiones ofertadas por la misma entidad bancaria y no ha probado que en ellas se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y los riesgos de los productos de inversión ofertados. "

De dicha jurisprudencia ya podemos concluir , en primer lugar que a la acción de daños y perjuicios no le es de aplicable el plazo del art. 945 del Código de Comercio , por cuanto no estamos discutiendo la responsabilidad de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio o Intérpretes de Buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, que según dicha norma prescribirá a los tres años.

Y en segundo lugar en cuanto al día del inicio del cómputo no ofrece duda alguna que efectivamente como se recoge en la STS señalad debe computarse ./como se recoge En este supuesto, el riesgo que se ha materializado ha sido el de la pérdida de la inversión, puesto que en la fecha en la que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente, tal circunstancia no se produjo, lo que tuvo lugar en el año 2011. No es relevante a estos efectos la fecha en que se produjo un retraso en el pago del cupón"./ 8.-En este caso, dado que la fecha en que los bonos debían amortizarse y el capital invertido debía ser devuelto al cliente era el 14 de agosto de 2011, cuando el cliente interpuso la demanda, la acción no había caducado. "

En este caso al haberse interpuesto la demanda en julio de 2021 no había prescrito la acción al no haber transcurrido el plazo de 10 años establecido en el Art 121 del CCat "

TERCER. La desestimación de la pretensión subsidiaria planteada s'ha de desestimar d'acord amb la doctrina queja es recull, igualment, en l'extracte de la darrera de les sentències esmentades.





Mentre no té lloc el venciment del contracte els clients no saben fefaentment si els cupons els seran abonats o no. Només quan, arribat aquell moment, el pagament no té lloc amb l'amortització corresponent, poden tenir un coneixement suficient de l'incompliment definitiu de la contrapart. Els incompliments parcials o retards que prèviament s'haguessin pogut donar no eren suficients per disposar d'aquesta informació a un moment previ al del venciment del contracte, quan encara el client podria esperar un compliment per la contrapart.

Així dones, en el moment d'interposar la demanda l'acció no estava prescrita. Amb més raó arribaríem a aquesta conclusió si entréssim a conèixer, sent innecessari, de l'al·legació teta per la part apel·lada, quant al fet que la CNV, atesa la situació de la promotora, havia prorrogat els venciments de pagament fins a agost 2018, per bé que la promotora Fergo Aisa tos declarada en concurs l'any 2013, moment en què la part concreta, com a maxím, el dia inicial del comput de prescripció.

Per les raons exposades, i amb remissió, en allo que sigui necessari per evitar reiteracions, als arguments continguts en la sentència impugnada, així com en la jurisprudència extractada en aquesta resolució, aquest segon motiu d'apel·lació també ha de ser desestimat.

QUART. La desestimació del recurs interposat comporta que fem imposició de costes d'aquesta alçada a la part recurrent (article 398 LEC).





PART DISPOSITIVA

Desestimem el recurs d'apel·lació interposat pel procurador en representació de Caixabank SA, amb imposició de costes d'aquesta alçada a la part recurrent.

D'acord amb la disposició final 16 i la disposició transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra aquesta Sentència es pot interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem només si concorre la causa prevista en l'apartat tercer del número 2 de l'article 477. També s'hi pot interposar recurs extraordinari per infracció processal davant aquest Tribunal conforme al que preveuen els articles 468 i els següents de la mateixa norma, sempre que concorri aquell interès cassacional exigít pel recurs de cassació i s'hi formuli de manera conjunta. Aquests recursos s'hauran d'interposar davant d'aquesta Sala en el termini de vint dies.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i, una vegada ferma, retorneu les actuacions originals al Jutjat de Primera Instància i Instrucció d'on procedeix.

Així ho ha decidit la Sala, integrada pels Il·lms. Srs. Magistrats indicats, els quals, a continuació, signen.

Podeu consultar l'estat del vostre expedient a l'area privada de sejudicial.gencat.cat.





Les persones interessades queden informades que les seves dades personals s'han incorporat al fitxer d'assumptes de l'oficina judicial, sota la custòdia i responsabilitat d'aquesta, on es conservaran amb caràcter confidencial i es tractaran amb la màxima diligència.

Així mateix, queden informades que les dades que conté aquesta documentació són reservades o confidencials i que el tractament que se'n pugui fer queda sotmès a la legalitat vigent.

Les parts han de tractar les dades personals que coneguin a través del procés de conformitat amb la normativa general de protecció de dades. Aquesta obligació incumbeix als professionals que representen i assisteixen les parts, així com a qualsevol altra persona que intervingui en el procediment.

L'ús i l'hegítm de les dades pot donar lloc a les responsabilitats establertes legalment.

Amb relació al tractament de les dades amb finalitat jurisdiccional, els drets d'informació, accés, rectificació, supressió, oposició i limitació s'han de tramitar conforme a les normes que siguin aplicables en el procés en què s'obtinguin les dades. Aquests drets s'han d'exercir a l'òrgan o oficina judicial en què es tramita el procediment i n'ha de resoldre la petició qui en tingui la competència atribuïda en la normativa orgànica i processal.

Tot això de conformitat amb el Reglament EU 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, la Llei orgànica 3/2018, de 6 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals i el capítol I bis del títol III del llibre II de la Llei orgànica 6/1985, de 11 de juliol, del poder judicial.

