

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de maig del 2017.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES i M.I. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- En data 11.2.14 la representació processal dels Srs. C.R.S. i M.M.C. va formular petició de citació a judici per formular i demanda en reclamació de nul·litat/anul·labilitat contractual, demanant la imposició a la defenent les costes del procediment.

II.- La representació processal de la societat M. va contestar la demanda en data 16.4.14 oposant-se totalment als arguments exposats a la mateixa, manifestant l'excepció de prescripció i subsidiàriament al fons de l'assumpte.

III.- Les parts van presentar oportunament els seus escrits de rèplica i dúplica, i posteriorment de conclusions, reiterant els seus arguments i

oposant-se als de l'adversa.

IV.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 7 d'octubre de 2015 i va decidir : *“que desestimant íntegrament la demanda principal interposada pels Srs. C.R.S. i M.M.C. contra la mercantil “M.”, això és en haver prosperat l'excepció peremptòria de prescripció de l'acció, ha d'absoldre i absol lliurement a la darrera de tots els pediments efectuats de contrari, amb imposició de les costes processals segons s'ha articulat en el III.- Considerant.*

V.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de C.R.S. i M.M.C. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demanar la seva revocació, imposant a l'adversa les costes del procediment. Aquesta Sala en el rotlle 447/15 va dictar sentència en 19.7.16 en la qual va decidir: *“ESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal dels Srs. C.R.S. i M.M.C. contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 7 d'octubre de 2015, que revoquem i ordenem RETORNAR les actuacions a l'Hble. Batllia per que sigui resolt el fons del litigi en els termes indicats en el FJ Sisè i reservar les costes processals de la instància fins a la sentència definitiva.”*

VI.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 7.9.16 i va decidir : *“Primer.- que estimant íntegrament la pretensió subsidiària continguda en la demanda principal interposada pels Srs. C.R.S. i M.M.C. contra la mercantil “ M.”, ha de declarar i declara l'anul·labilitat del contracte d'ordre de compra d'accions preferents subscrit el 8 de juny del 2005, això és per error en el consentiment en no haver-se donat inicialment la deguda informació al respecte de dit producte financer per tal de que els clients – referint-nos per suposat als demandants- poguessin prendre les seves decisions en coneixement de causa; pronunciament que ha de comportar la restitució recíproca de les prestacions i doncs el lliurament als demandants de la quantitat dinerària que inicialment entregaren de vint mil euros (20.000.- EUROS), augmentada dels interessos convencionals d'aquesta*

des que es lliuraren i fins que es produeixi l'efectiva devolució –això és un cop deduïts els interessos pagats per la compra de les accions preferents- i la restitució de les quantitats pagades en concepte de gestió i custòdia dels valors segons s'aplicà per l'entitat bancària defenent mentre el negoci jurídic que ens ocupa produí efectes, amb imposició de les costes processals segons s'ha articulat en el III.- Considerant.

Segon.- contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació en el termini de tretze dies, presentant la voluntat d'apel·lar davant la secció del Batlle Ponent. Presentada l'apel·lació, el Batlle Ponent emplaçarà per Providència les parts perquè compareguin davant el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra per a formalitzar el recurs en el termini de quinze dies remetent així mateix els autes originals”.

VII.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de M. i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la seva revocació total i que es desestimi la demanda, imposant a l'adversa les costes del procediment.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.– En el present procediment, la part agent demana la nul·litat per vici en el consentiment l'ordre de compra d'accions preferents anomenades “ACCS DEPFA 3,45% EUR” que va tenir lloc en el dia 8 de juny de 2005 i per un import de 20.000€ front la part defenent M. en demanda en la que sosté una petició de condemna per la restitució recíproca de prestacions, incloent els interessos que cada part hagi percebut derivades d'aquella ordre de compra, amb imposició de les costes a la part defenent.

La sentència d'instància, després d'haver estat desestimades altres pretensions en aquest procediment, estima la petició subsidiària d'anul·labilitat per vici en el consentiment dels agents i clients de l'entitat

amb les conseqüències ja transcrites.

Contra tal decisió s'alça la part vençuda.

SEGON.- Consideracions prèvies

I) En primer lloc, cal que ens referim a l'abordatge de la normativa aplicable a la contractació d'aquesta naturalesa. Alguns sectors doctrinals s'inclinen per l'aplicació de la normativa clàssica sobre la contractació civil fruit que, en especial, en tractar la delicada qüestió de l'error en el consentiment que, lògicament, sempre s'ha abordat amb cautela ja que la seguretat jurídica del trànsit civil o mercantil es pot veure afectada. Aquesta òptica jurídica es fonamenta en un punt de partida que sempre ha estat l'històricament més comú, que és la igualtat precontractual de les parts contractants (igualtat formal) i que, sens dubte amb èxit, s'ha incorporat a la nostra cultura jurídica. En el dret andorrà també imperava la igualtat formal pròpia dels drets liberals del segle XIX fins que es van acollir les correccions dels drets nacionals i del comunitari favorables a la igualtat material.

Una altra òptica –coincident amb la doctrina de la Sala- entén que aquests conflictes amb productes financers s'han d'abordar des de l'òptica més actual, que parteix de la no igualtat real de les parts contractants en el sector bancari i de les grans corporacions no només davant del consumidor individual sinó també davant altres empreses. En els convulsos i canviants temps actuals, en què la globalització dels moviments econòmics i financers els situa a escala mundial (o europea), l'accés a les fonts d'informació i de decisió i als recursos financers comunitaris està a l'abast tan sols d'unes quantes societats o sectors financers i està molt allunyada dels consumidors i de les petites i mitjanes empreses, que no tenen, per la seva dimensió, implantació en diversos mercats mundials com sí que la poden tenir les grans corporacions multinacionals. Aquest és l'entorn en el qual, per a aquest sector doctrinal i jurisprudencial, ha d'enquadrar-se la resolució d'aquests conflictes jurídics de caràcter massiu que sorgeixen en la nostra

societat. En definitiva, es tracta d'emmarcar l'entorn en el qual ens movem amb la realitat social del temps en què han de ser aplicades.

En aquesta línia s'ha pronunciat també el nostre entorn internacional com és en el cas d'Espanya resulta especialment clarificadora la Sentència del Ple de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 9.5.13 i 20.1.14, i en l'àmbit de la Unió Europea el TJUE, en sentències de 27 de juny de 2000, Océano Grupo Editorial i Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 apartat 25; de 26 d'octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartat 25; de 4 juny 2009, Pannon GSM C-243/08 apartat 22; de 6 d'octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartat 29; 3 de juny de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartat 27; de 9 novembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartat 46; de 15 de març de 2012, Perenièová i Pereniè, C-453/10 apartat 27; de 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10 apartat 33; de 14 juny 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 apartat 39; de 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11 apartat 19; de 14 de març de 2013, Aziz VS Caixa d'Estalvis de Catalunya, C-415/11 apartat 44, i de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartat 41).

D'aquest posicionament jurisprudencial en poder extraure les següents notes: **a)** "l'asimetria informativa" existent entre l'Entitat que comercialitza productes financers i el client detallista o minorista; **b)** que l'abast de la normativa MIFID (Directiva 2004/39, relativa als mercats d'instruments financers) té les arrels en el dret andorrà en la necessitat d'actuar conforme a les exigències de la bona fe o l'equitat; **c)** que cal realitzar al client minorista un test de conveniència (quan es d'aplicació la Directiva MIFID) quan la contractació no ha estat precedida d'un servei d'assessorament per part de l'Entitat financera sinó que ha estat el mateix client el que, coneixent per endavant el producte, ha optat per contractar un producte financer; **d)** que el test ha de ser d'idoneïtat (en aplicació de l'esmentada Directiva) quan sí que hi ha hagut un assessorament previ personalitzat (no mitjançant canals de distribució o destinada al públic en general) en matèria d'inversió que ha convençut el client que li convé aquell producte; **e)** que la informació personalitzada al client ha de ser

comprensible i adequada sobre el producte en qüestió i ha d'incloure una advertència clara dels riscos que assumia i que, a la vista de la seva situació financera i dels objectius d'inversió, aquest producte era el que més li convenia; **f)** el vici en el consentiment ha de ser sobre un extrem rellevant (com el caràcter aleatori del contracte i sobretot els riscos assumits); **g)** ha de donar-se aquest vici en el moment de la gènesi o perfecció del contracte (no després) perquè se'n deriva una representació errònia per part del client que l'impulsa a contractar allò que no coneix en la seva plenitud; i finalment **h)** el vici en el consentiment ha de ser sempre excusable i no ho és si amb la diligència exigible al client detallista aquest podia conèixer l'abast real del que pretenia contractar.

II) En coherència amb aquest últim raonament, hem d'incloure també una altra consideració preliminar. Consisteix a examinar el marc en el qual sorgeixen aquestes contractacions entre ciutadans o societats mercantils. Així, quan es parla de la diligència exigible a un comerciant hem d'introduir alguns matisos que són transcendents. No són suficients per se ni les condicions o titulacions dels ciutadans individuals ni el volum de les societats mercantils per exigir-los una diligència que superi les dificultats de comprensió d'aquesta classe de contractacions, que per si mateixes són complexes i sobretot tècniques.

Són complexes perquè preveuen molts esdeveniments que la part contractant no coneix per endavant atès que no formen part de la seva activitat quotidiana i així mateix en desconeix el verdader abast.

Són tècniques perquè inclouen una sèrie de vocables i fórmules que són propis dels professionals de l'economia. Això també incideix –exigència d'equanimitat– en la forma i la profunditat de la informació que han d'oferir les Entitats bancàries i financeres. Els temps actuals exigeixen celeritat en la formalització de les operacions i resulta freqüent que no es pugui disposar del temps necessari per explicar als no iniciats (clients minoristes) el significat de totes i cadascuna de les clàusules contractuals i sobretot de les seves conseqüències pràctiques.

III) Finalment, cal deixar reflectit un altre aspecte consubstancial en la relació dels clients amb les Entitats bancàries. **El principi de confiança** és l'eix pel qual discorre tota relació entre client i Entitat. És el nucli dur de la relació que s'estableix entre tots dos. Juntament amb el sector sanitari, l'econòmic financer és segurament el que més se solidifica sobre una relació de confiança. Es dispositen els recursos econòmics propis, no a qualsevol, sinó a la part que ens ha merescut la confiança en la seva acurada gestió dels recursos aliens que se li confien. Ha estat sempre així en el sector bancari i, per això, cal entendre i comprendre que, a vegades, es prenen decisions de disposició basades exclusivament en la confiança de l'oferent, que generalment s'ha guanyat la confiança per serveis prestats amb una lleialtat i honestedat irreprotxable. No era infreqüent en la pràctica diària que la paraula donada en aquest sector (entre client i empleat d'Entitat) fos suficient per iniciar una disposició de fons a favor de l'altra part, sens perjudici de la formalització escrita posterior.

Aquesta realitat (temps molt convulsos des del punt de vista econòmic, complexitat molt elevada en les relacions comercials i relacions comercials basades en el principi de confiança) no es pot desconèixer quan s'aborden tant la valoració de la prova com la interpretació de les normes aplicables en els conflictes com el que aquí resoldrem.

TERCER.- Fetes aquestes consideracions generals que han de marcar l'abordatge de la present litis, direm que l'objecte essencial del present litigi es centra ara en saber si l'entitat defenent va incorre en alguna negligència informativa respecte al producte que va oferir als seus clients que portaven molts anys operant amb ella i amb la seva antecessora X., SA. Només sabem al respecte el que ha declarat l'empleada de l'entitat com a testimoni i deu anys després de l'operació objecte de debat. El Tribunal d'instància li ha semblat insuficient aquesta prova per poder conèixer l'abast de la informació oferta als seus clients. I per començar hem de dir que efectivament la càrrega probatòria havia de córrer a càrrec de l'entitat

defenent perquè era l'obligada a donar aquella informació als agents abans que aquests prenguessin la decisió d'invertir en aquell específic producte.

Varies qüestions fàctiques han quedat plenament acreditades: 1) que els clients reclamants no eren professionals del sector financer i que a partir de la Llei 14/10 ja van ser classificats com a minoristes; 2) que la informació que els hi va oferir l'entitat a través de la gestora de comptes Sra. B.L. (només duia a l'entitat vuit mesos treballant-hi) va ser oral, sense cap mena de document escrit ni fulletó informatiu i que la contractació va ser telefònica; 3) que els va oferir diferents productes financers per invertir, és a dir, que va fer una tasca d'assessora d'inversions i no es va limitar a ser una simple intermediària entre els clients i el banc alemany, com a es dedueix de les seves respostes i resulta versemblant atès el perfil conservador dels clients; 4) que un dels productes oferts i que finalment van contractar per telèfon varen ser unes accions preferents. Aquest era un producte novedós a l'any 2005 i que varen oferir diverses entitats bancàries del nostre entorn geogràfic.

Com ara es sabut, les accions (o participacions) preferents són valors atípics de caràcter perpetu que comptablement formen part dels recursos propis de la societat que els emet, però que no atorguen poders polítics a l'inversor ni tampoc drets de subscripció preferent respecte futures emissions, cotitzen en mercats secundaris, i si ofereixen una retribució fixa (almenys els primers anys) i posteriorment condicionades a l'obtenció de beneficis. Per tant, tenen una caràcter mixta de renda fixa i variable i una mena d'híbrid financer, perquè combinen característiques de capital i altres de deute. El seu caràcter perpetu no impedeix que la seva entitat emissora no pugui reservar-se el dret a amortitzar-les, en el cas d'espècie, en un termini de 10 anys (2015), com així ha estat.

Però aquests accions també tenen més riscos: En particular, la possibilitat d'incórrer en pèrdues en el nominal invertit (com així ha succeït en aquest cas després de l'amortització); que no existeix una garantia de negociació ràpida i fluïda en el mercat en cas que es desitgi vendre

l'instrument financer i que el qualificatiu de "preferent" no significa que els seus titulars tinguin la condició de creditors preferents (com es podria deduir del seu nom) sinó que en l'ordre de recuperació es situen únicament per davant de les accions ordinàries.

Aquestes peculiaritats tan singulars devien explicar que el propi INAF adoptés el comunicat 132/02 davant els dubtes sobre la seva naturalesa com accions o com obligacions, cosa que va fer en favor d'aquestes últimes però només en els "estats financers" perquè de cara al client aquella condició no es va produir a partir del tercer any. I finalment s'ha vist que en l'any 2015 han estat aquelles accions amortitzades per 11.350,38€ quan el seu nominal inicial era de 20.000€.

En conclusió, els riscos de les accions preferents eren realment importants perquè ni garantien la rendibilitat després de tres anys, ni, sobretot, garantien com a mínim la devolució del capital invertit ni estaven vinculades a la solvència de l'entitat oferent que era la que podia donar confiança a l'inversor no professional, sinó a una entitat estrangera que era l'emissora. Això últim fa encara més palesa la importància del principi de confiança al qual ens hem referit abans.

QUART.- Les obligacions de transparència informativa de les entitats bancàries andorranes no eren en aquella època (2005) tan exigents amb els drets dels clients com ho són ara, especialment després de l'entrada en vigor de la Llei 14/2010 de 13 de maig de règim jurídic de les entitats bancàries i règim administratiu bàsic de les entitats operatives del sistema financer que transposar la Directiva de la UE 2004/39/CEE) del Consell de 21.4.04 coneguda com MIFID (MARKETS IN FINANCIALS INSTRUMENTS DIRECTIVE) que ja havien estat implementades en la seva essència al Principat pels comunicats de la INAF (en especial el 163/05). Tinguem present que en aquest Comunicat es fa esment precisament de la "Informació relacionada amb els clients" en el seu Apartat 5 i es diu: " *Les entitats hauran d'assegurar una correcta informació als clients amb l'objectiu*

de permetre que aquest formin les seves decisions amb coneixement de causa dels riscos i de les costes a les quals s'exposen..."

Això significa que les entitats bancàries andorranes havien conegut les normes MIFID des del mes d'abril de 2004 i el comunicat esmentat de l'INAF número 163/05 de 23.2.06 en vigor des del 31 de març següent. Ara bé encara que en aquest cas l'ordre de compra va ser anterior (8.6.05) això no significa que els clients estiguessin en aquells moments absolutament desprotegits legalment davant l'actuació poc acurada de les entitats bancàries.

En primer lloc, perquè hem de recordar aquesta Sala ha establert una doctrina, continguda, entre d'altres, en les sentències de dates 15-11-2012 i 29-10-2013. (rotlles 155/12, 125/13 i 175/13), segons la qual el deure d'informació i comunicació que correspon a les entitats financeres envers els seus clients, encara que no estigui previst explícitament en el contracte es justifica en el deure de bona fe o d'equitat. O sigui que en tot contracte -sigui bancari o no ho sigui- les parts han d'actuar amb bona fe i això es dona quan s'informa de manera completa i exhaustiva sobre un producte financer a un client que no té especials coneixements financers. Això significa que calia deixar constància dels riscos de les accions preferents que són especialment elevats perquè posen en risc el capital invertit, cosa que allunya a tot inversor conservador. I si s'hagués fet aquell assessorament complet calia deixar constància escrita d'haver-ho fet per no veure's en el futur amb dificultats per demostrar-ho.

En segon lloc, recordem que la Condició General Quarta del contracte d'obertura de compte amb l'entitat per part dels agents (document 1 de la defenent, foli 68 revers) ja preveu que *"El Banc s'obliga a informar als titulars de manera periòdica i regular de totes les operacions realitzades i moviments, **així com de tot allò que cregui escaient pel coneixement dels clients....**"* Aquesta obligació d'informació tenia caràcter periòdic i per tant suposava que tant les prescripcions del comunicat posterior de l'INAF com de la Llei 14/2010 havien d'haver fet reaccionar a l'entitat en ares a

informar i assegurar-se de que els seus clients eren conscients del risc que havien assumit. És a dir que era una obligació contractual i no només per qüestions d'ètica i de ser una entitat responsable calia fer-ho, com afirma el recurrent.

Tampoc pot passar per alt que ja l'article 7 de la Llei de regulació del règim administratiu bàsic de les entitats financeres de 30.6.98 (vigent fins el mes de juny de 2010 que va entrar en vigor 14/2010) obligava a les entitats a mantenir en les seves estructures tècniques i d'organització administrativa uns estàndards de qualitat internacionalment homologable en el sector, cosa que havia d'obligar a l'entitat a aplicar ja els estàndards europeus recollits en les Directives Europees.

Però també perquè encara que el comunicat de l'INAF 163/05 entrés en vigor uns mesos després de l'ordre de compra, res impedia que l'entitat l'apliqués per informar de manera més fefaent i completa als seus clients, però no ho va fer, malgrat l'obligació contractual ja esmentada. I el mateix cal dir després de l'entrada en vigor de la Llei 14/2010 que ja preveu que sigui d'aplicació en relació a la clientela actual i a la nova (així ho expressa l'article 37) i preveu els testos d'idoneïtat i d'adequació, que ja preveia el 2004 la Directiva MIFID esmentada. Tampoc aleshores va ocupar-se de la situació de la clientela que ara li reclama.

En conclusió, davant d'uns clients amb un perfil conservador i no avesats en coneixements financers (el fet de voler obtenir rendiment als seus estalvis és tan natural com generalitzat a qualsevol estalviador); davant d'un producte complex i arriscat (sobretot pel capital invertit i de no tractar-se de renda fixa després del trienni inicial, com ja hem dit abans) com eren unes accions preferents; davant de la manca d'una informació escrita i signada pel client com a garantia de la seva comprensió dels riscos (la durada de la inversió i del tipus variable a partir del quart exercici no són suficients); l'entitat havia d'assegurar-se que el producte era idoni i convenient pel client i que aquest acceptava el risc elevat de la seva inversió.

En no haver actuat d'aquesta manera, hem de concloure, amb el Tribunal d'instància, que no s'ha demostrat -per qui havia de fer-ho- que l'inversor disposava de completa i exhaustiva informació dels riscos del producte que adquiria i que els acceptava. Aleshores, la petició d'anul·labilitat de l'ordre de compra ha de prosperar i la sentència d'instància ha de ser confirmada.

CINQUÈ.- En resultar desestimat el recurs procedeix imposar les costes per ell generades a la part recurrent, de conformitat amb el que disposa el Codi 7,51,5.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de M. contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 7 de setembre de 2016, que confirmem íntegrament.

Imposem el pagament de les costes causades en aquesta alçada a la part apel·lant.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-