

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, a 14 de febrer de 2008

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

ANTECEDENTS DE FET

I.- La societat R. SA va presentar davant de l'Hble. Batllia, demanda a tramitar pel procediment ordinari, contra els Srs. M.S. i B.S., en reclamació de la quantitat de 942.303,65 €, més els interessos fixats en funció de les condicions i tarifes establertes per l'Agrupació de Banquers i Bancs Andorrans, en concepte de pagament del saldo negatiu del compte corrent obert pels demandats.

II.- Els Srs. M.S. i B.S. varen plantejar l'excepció de manca de legitimació passiva del Sr. B.S., així com l'excepció d'indeguda formalització de la demanda ; i sobre el fons es varen oposar a les pretensions de la part actora, formulant demanda reconvencional en el sentit de condemnar R. SA a pagar al Sr. M.S. (i B.S. en cas de no estimar-se l'excepció) : a) la totalitat de les sumes de diners que aquests tenien dipositades en els seus comptes el dia 7 de desembre de 1999, o tota altra data veïna anterior a l'inici de les operacions borsàries, en les mateixes divises en que estaven dipositades i amb els interessos bancaris calculats al mateix tipus dels que fins llavors s'havien practicat per les operacions de dipòsit i altres, b) la totalitat dels diners extrets per R. SA del compte n° 31.219 i altres

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

comptes del Sr. S. sigui quina sigui la numeració, amb els que el 13 de desembre del 2000 es va compensar el saldo negatiu del compte n° 30.639, incrementat dels interessos bancaris calculats al mateix tipus del que fins llavors s'havien practicat per les operacions de dipòsit i altres, c) l'import que resulti valorat el vehicle marca Porsche model 911 Carrera, matrícula 353 al mes de gener del 2000 amb interessos fins al dia del pagament; subsidiàriament, de declarar que entre les dues parts, la relació contractual era la de una societat de fet a mitges, declarant-la dissolta i liquidant-la com segueix: a) condemnar a R. SA a pagar al Sr. S.: la meitat de totes les sumes per ell invertides en els operacions borsàries, tant les provinent dels comptes n° 30.639 i 31.219, com de tot altre compte i origen, la meitat de totes les sumes carregades per R. SA als comptes del Sr. S. per descoberts, per interessos, comissions sobre operacions de compra i venda de valors, des de desembre 1999 fins a la fi del present procediment, la totalitat del valor del vehicle Porsche Carrera que resulti de les proves, b) condemnar al Sr. S. a pagar la meitat de la suma que segons R. SA ha quedat com a saldo negatiu de les operacions, és a dir 942.303,65 €, c) operar la compensació entre les quantitats resultant de les dues condemes anteriors, i condemnar la part que resulta deutora, és a dir R. SA, després compensació ; subsidiàriament, declarar que el Sr. S. no ha de pagar res a R. SA i que R. SA ha de pagar al Sr. S. el valor del vehicle Porsche Carrera que resulti de les proves; més subsidiàriament, si es declara que el Sr. S. ha de pagar una suma a R. SA, que aquesta entri en compensació amb la suma de condemna que R. SA ha de pagar al Sr. S. pel valor del vehicle Porsche, i que en tot cas, els interessos a percebre per R. SA no puguin excedir dels legals, des de la contesta a la demanda.

III.- Per sentència de data 5 de juny del 2007, l'Hble. Tribunal de Batlles secció civil, estimant la demanda principal i desestimant la reconvençional, va condemnar als Srs. B.S. i M.S. a pagar a l'entitat R. SA, l'import de 942.3030,65 €, més l'interès fixat en funció de les condicions i les tarifes establertes per l'Agrupació de Banquers Andorrans, des del 21 de desembre de 2000 fins que el deute sigui totalment cancel·lat, fent imposició de les costes processals als Srs. B.S. i M.S..

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

IV.- Contra aquesta resolució els Srs. B.S. i M.S. han interposat recurs d'apel·lació.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Jean Louis VUILLEMIN.

FONAMENTS DE DRET

I.- La part que recorre torna plantejar les excepcions de manca de legitimació passiva del Sr. B.S. i d'indeguda formalització de la demanda i sobre el fons manifesta : que no pot compartir amb les tants extremistes afirmacions de la sentència impugnada quan la mateixa diu que les entitats financeres del país "...eren lliures d'elaborar el contracte que més els convingués per regular les relacions amb clients", que donen suport i afirmen d'aquesta manera l'existència d'una mena "d'acotament privat", privilegi només dels banquers andorrans i que els exclouria dels principis que regeixen el dret civil, el bancari i les relacions entre els bancs i els consumidors a EUROPA ; que el Sr. S. no és ni metge, ni encara menys comptable, era un client més del banc, neòfit del món financer, captat pel seu banquer i induït pels consells del mateix a endinsar-se, "amb l'adjunt del banc", en un negoci inadequat i perillós, en els quals ha acabat perdent tots els seus estalvis; que la majoria dels fets succeïts i de les relacions hagudes pel Sr. S. amb R. SA responen al que s'anomena males practiques bancàries que es prohibeixen tant contractualment que administrativament perquè vulnereu frontalment els principis de no ingerència, el deure d'informació, el de vigilància i de neutralitat del banquer, i el fan entrar en clara responsabilitat tant per l'incompliment dels mateixos principis, com per haver esdevingut el banc gerent o soci de fet i haver finalment trencat abusivament les relacions al seu únic favor i en total perjudici del seu co-contractant ; que és mala pràctica bancària la compensació operada unilateralment per R. SA, ja que el banc ha d'operar de la forma la menys danyosa pel client aleshores que va compensar els saldos no en el moment en que hagués estat menys perjudicial pel client, sinó quan el resultat ha passat quasi un milió d'euros en contra del client a favor del banc ; que aquesta actitud injusta del banc que ha perdut

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

la seva neutralitat, ha estat el resultat d'una contractació indeguda, inadequada i d'una mala pràctica bancària; que és evident que d'haver-se emprat els instruments contractuals adequats al negoci proposat, com ho hagués estat el contracte de palanquejament, el banc hagués saldat el compte quan la compensació entre actius i passius era de saldo 0, posició en la qual el client hauria perdut el capital, però no hauria acabat fallit; que la implicació dels Srs. B. i P., empleats del banc, resulta del fet de tenir i d'haver usat i abusat del PIN del client; que el perit del banc és el mateix que el que anualment certifica i audita els seus comptes i doncs no és independent de cap manera.

II.- S'ha prèviament de resoldre les excepcions de manca de legitimació passiva del Sr. B.S. i d'indeguda formalització de la demanda. Ambdues excepcions han d'ésser desestimades pels motius següents. Respecte a la primera de les referides excepcions, queda acreditat en autes, que tant el Sr. M.S. que el Sr. B.S. són titulars amb caràcter indistint del compte corrent n° 30.639 obert inicialment pel Sr. M.S. en els llibres de R. SA. Encara que el Sr. B.S. no hagi realitzat cap operació en el referit compte, la solidaritat existent entre els diferents titulars del compte, que deriva de les disposicions de l'article 4 de les condicions generals del contracte de compte corrent, el fa responsable del compte a igualtat amb el Sr. M.S., atès que en cas de solidaritat no es pot fer la distinció entre deute i responsabilitat. Pel que fa a la segona excepció formulada pels recurrents, és cert que la demanda sempre ha d'anar acompanyada amb els documents en els que la part fonamenta el seu dret o acredita el valor de la cosa litigiosa, com factures, albarans, justificants etc. En cas d'autes, R. SA va aportar en el marc de la mesura cautelar d'embargament preventiu formulada anteriorment a la present acció judicial, el contracte de compte corrent i la certificació del saldo deutor del referit compte. Dits documents compleixen els requisits de forma de la demanda de R. SA, atès que acrediten l'existència de l'obligació, amb el contracte de compte corrent, i el quantum del deute, amb la certificació. En efecte, és de jurisprudència ben establerta pels Tribunals Andorrans que els llibres dels banquers gaudeixen d'una presumpció de veracitat i s'ha doncs de considerar que la certificació del saldo que consta en els dits llibres,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

constitueix una prova suficient per fonamentar la demanda. Ara bé, si el certificat del saldo final del compte, justifica suficientment la demanda de l'actora a raó de la presumpció que en deriva, no es tracta d'una prova absoluta, i en cas que la part adversa no estigui d'acord amb l'import resultant del certificat, el banc haurà de provar la seva autenticitat en judici de proves mitjançant la comunicació de tota la seva comptabilitat. No és el cas en el present litigi, atès que els Srs. S. no tan sols mai han negat la quantitat reclamada, sinó que van reconèixer la mateixa en el escrit de contesta quan sol·liciten en el subsidiària 4t, la condemna del Sr. S. "a pagar la meitat de la suma que, segons R. SA, ha quedat com a saldo negatiu de les operacions, és a dir 942.303,65 €".

III.- Sobre el fons, és pacífic que els Srs. B.S. i M.S. són titulars del compte corrent n° 30.639 obert a l'oficina R. SA del PAS de la CASA, el qual presentava el dia 21 de desembre del 2000, un saldo negatiu de 942.303,65 €. Per oposar-se a la reclamació del dit saldo per R. SA, els Srs. S. manifesten que la responsabilitat de la situació s'ha d'imputar al banc a raó de l'actitud i de les males practiques bancàries de R. SA. Dit això, la relació entre el Sr. M.S. i R. SA descansa sobre 4 instruments contractuals : el contracte de compte corrent n° 30.639 de data 25 de gener de 1999, objecte del present litigi, un contracte de compte corrent n° 32.000 obert en data 29 de març de 1999 per M.S. i B.S., un contracte de compte corrent n° 31.219 obert el dia 17 de febrer del 2000 per M.S., i un contracte de gestió de data 8 d'abril de 1999 segons el qual M.S. autoritzava R. SA a utilitzar la totalitat del saldo positiu del compte corrent n° 32.000 per tal de realitzar operacions d'inversions, mitjançant una comissió. Aquest contracte de gestió va funcionar sense dificultat fins el 7 d'octubre del 2000 data en que es va cancel·lar. En canvi el Sr. M.S. va realitzar operacions borsàries en un primer temps amb els seus diners dipositats en el compte corrent n° 30.639, i després mitjançant descobert consentit pel banc en el mateix compte, i quan R. SA va considerar que la diferència entre el valor de la cartera del Sr. S. i el descobert en compte era massa important i perillós pel banc, l'entitat bancària va vendre la referida cartera per tal d'eixugar el passiu del seu client. La qüestió que es planteja és la de determinar si

el banc va actuar de manera correcte i respectant el seu deure de consell.

IV.- La part recurrent pretén que el banc, en virtut del seu deure de consell i de l'obligació contractual de fer les operacions de la forma més profitosa al client, o la menys danyosa, havia de proposar els instruments adequats al negoci del Sr. S., com el contracte de palanquejament. S'entén per palanquejament, la modalitat de finançament -habitualment mitjançant un préstec- que permet l'adquisició d'actius (generalment valors o accions) sense necessitat de disposar de la totalitat de diner propi efectiu en el moment de l'adquisició, amb la freqüent condició que els actius adquirits que constitueixen la garantia del finançament, siguin sempre superior en un x tant per cent al límit del crèdit. En cas d'autes, R. SA va optar finançar les operacions del Sr. S., mitjançant un descobert en compte corrent regulat per les condicions generals del contracte d'obertura de compte que estipula en el seu article 7 que "per poder carregar als clients efectes o rebuts domiciliats, xecs, talons, ordres de pagament, transferències, operacions de Borsa o del Mercat de capitals o sobre metalls preciosos, canvis de moneda o qualsevol altra operació a càrrec del client, serà necessària la pertinent provisió de fons. Això no obstant, si el banc decidís unilateralment carregar alguna d'aquestes o altres operacions en descobert, el client estarà obligat a reembossar immediatament al banc l'import del descobert, i en suportarà els interessos i les comissions establerts". Aquest sistema de finançament, segons el parer del propi perit dels Srs. S., no és censurable del punt de vista estrictament bancari i presenta l'avantatge d'una gran flexibilitat. Ara bé, s'ha de posar de manifest que tot endeutament suposa un risc, i que per tant, les entitats bancàries han de sempre tenir en compte aquest risc en les relacions amb els clients. La utilització d'un contracte de palanquejament suposa doncs un equilibri entre la confiança del banc amb les operacions realitzades pel client i el risc. No es pot obligar un banc a fer confiança a un client neòfit en els mercats financers, però que vol realitzar operacions borsàries. En canvi, el finançament d'operacions per descobert consentit, permet satisfer les necessitats del client sense gran risc pel banc. Per tant no es pot reprotxar a R. SA, de no haver proposat al Sr. S. un contracte de

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

palanquejament que podia comportar perill pel banc en raó de la manca d'experiència del client en el mon financer.

V.- També al·lega la part recurrent que els empleats de R. SA es van implicar en les operacions borsàries amb el resultat de donar al banc la qualitat de gerent o soci de fet. És cert que el Sr. M.S. no pot fer la prova negativa que no ha donat instruccions als Srs. P. i B. que prestaven els seus serveis a l'oficina R. SA del PAS de la CASA, per passar les operacions que es van realitzar en el seu compte corrent. No obstant això, és freqüent i fins i tot habitual que en matèria borsària, donat la volatilitat del mercat, el client doni algunes de les seves instruccions verbalment per trucada telefònica i resulta doncs també molt difícil pel banc provar que els seus empleats han actuat segons les instruccions del client. Les parts reconeixen que per permetre al Sr. S. invertir directament ell mateix en borsa, el banc va oferir al seu client el servei de banca telefònica consistent a donar al client un aparell amb el qual, una vegada marcat el seu PIN de seguretat, podia passar les seves instruccions. No es negat que el Sr. S. va comunicar el seu n° PIN als Srs. P. i B. que es van encarregar de realitzar operacions de compra venda de valors. Nogensmenys, no es pot concloure d'aquest simple ús del PIN pels empleats del banc, que les operacions efectuades pels mateixos han estat fetes de forma autònoma sense ordre del client. Realitzar operacions borsàries sense les instruccions corresponents del client i sense un mandat de gestió, com el que regulava el compte corrent n° 32.000, constituiria una culpa professional greu del banc. Ara bé, en cas d'autes, no tan sols no consta cap queixa del Sr. S., d'un abús d'utilització, per part dels empleats del banc, del seu n° PIN, sinó que resulta del document foli 162, que el Sr. S. va firmar el certificat de conformitat de la composició de la seva cartera de valors del compte 30.639 de data 30 de juny del 2000, el que acredita que totes les operacions es varen fer amb la seva autorització. Per tant, no es pot considerar de cap manera l'existència d'una societat de fet entre el Sr. M.S. i R. SA.

VI.- Un altre motiu de greuge de la part recurrent és relatiu a les "males practiques bancàries" imputades a R. SA, i particularment pel que fa a la compensació operada unilateralment pel banc en un moment que va

perjudicar el client. Està pactat en les condicions generals del contracte de compte corrent que "el banc té el dret de compensació, per la quantia que calgui, sobre tots i cadascun dels valors, títols, monedes, metalls o qualsevol forma de béns dipositats al banc a nom del client, sigui individualment o indistintament amb altres persones. Aquest dret serveix per garantir tots els deutes vençuts i les obligacions del client envers el banc, fins i tot els no vençuts". En conseqüència la compensació que fou operada pel banc, està contractualment prevista, i la realització unilateral per R. SA de la cartera de valors del Sr. S., conforme a lo pactat. Dit això, aquesta compensació s'ha de fer de manera coherent, tenint en compte els interessos tant del banc com del client, és a dir abans el moment on la situació d'insolvència del client resulta definitiva, i no empitjorar aquesta situació per una passivitat agreujant el risc. De la mateixa manera el banc no pot operar cap compensació sense prèvia informació al client i demanda formal de regularitzar ell mateix la situació. Només és en cas de passivitat del client que el banc pot realitzar directament les gestions escaients per compensar el deute.

VII.- El perit de R. SA no ha pogut determinar tant el moment en que el valor de la cartera del Sr. S. equivalia al conjunt de les obligacions del mateix enfront del banc, que tant els successius valors de la cartera, dia a dia, entre la data d'equivalència i la data en que R. SA va efectivament vendre la cartera del Sr. M.S.. Només el perit exposa que en data 30 de juny del 2000 la posició neta del compte era negativa per un import de 2.388.555,18 €, positiva en data 30 de setembre del 2000 per un import de 374.794,65 € i negativa en data 13 i 14 de desembre del 2000 per un import de 934.854,10 €, sense donar cap detalls pel que fa als mesos d'octubre i novembre del 2000, encara que la situació del compte durant aquests mesos sigui molt important per apreciar l'actitud del banc. En canvi, segons el perit dels Srs. S., en el moment en que els actius del client són inferiors al passiu existent es situa entre les dates 2 d'octubre (+211.307 €) i 9 d'octubre del 2000 (-189.714 €) i la diferència va davallant des d'aquí fins a la venda total d'actius, des de saldos mínims (- 13.141 € a 6 de novembre del 2000) fins a màxims (- 1.157.369 € a 4 de desembre del 2000). Es desprèn d'aquestes

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

constatacions que no són discutides per R. SA, que va ésser a comptar de la segona meitat del mes d'octubre que la situació del Sr. M.S. va començar la seva davallada i que la insolvència del client, que no tenia cap altra garantia del descobert fora la cartera de valors, va resultar definitiva. A més a més, es desprèn de la carta de data 13 de desembre del 2000, entregada en mà al Sr. M.S. pel Notari I.B.M., que des del mes de juliol del 2000, el banc coneixia el nivell de risc de la cartera de valors del seu client que originava l'existència d'una situació de descobert en compte corrent no tolerada ni volguda i a més a més, que no ha estat regularitzada ni garantida suficientment en cap moment. Malgrat el coneixement de la situació perillosa del client, només fou el dia 12 de desembre del 2000 que R. SA va procedir a compensar el deute mitjançant la venda de la cartera del Sr. M.S.. En esperar quasi 5 mesos o almenys 2 mesos abans de prendre les mesures concretes per tal de posar fi a una situació del seu client que resultava definitivament compromesa, R. SA ha agreujat el risc i no pot ara demanar una compensació amb un passiu del qual n'és en part responsable. Si el banc havia actuat amb prudència i diligència, hauria d'haver operat la compensació des del mes de juliol o al menys des del mes d'octubre del 2000 quan el nivell de risc assumit per la cartera de valors del Sr. S., esdevenia massa perillós i per tant intolerable, i no esperar que el passiu s'hagi incrementat de manera que la situació d'insolvència del Sr. S. sigui irremeiable. En conseqüència R. SA només pot avui sol·licitar el pagament del saldo corresponent a la diferència entre passiu i actiu en el moment on el risc assumit per la cartera de valors del Sr. S. no es podia més acceptar, és a dir, segons el perit Ricard FORCADA BROCH, el dia 9 d'octubre del 2000, sia la quantitat de 189.714€.

VIII.- S'ha de condemnar els Srs. S. a satisfer a R. SA l'import de 189.714 € corresponent al passiu que és exclusivament imputable als mateixos, amb els interessos establerts per l'Agrupació de Banquers Andorrans a comptar de la data 9 d'octubre del 2000. Ara bé per tal de compensar el descobert del compte corrent n° 30.639, R. SA va extreure els diners dipositats en els altres comptes corrent del Sr. S.. Convé per tant, de deduir aquests diners del deute del client, tenint compte dels interessos vigents llavors.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
Sala Civil

IX.- L'estimació parcial tant de la demanda principal com de la reconvençional imposa de no fer especial condemna en costes d'ambdues instàncies.

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

Estimar en part el recurs dels Srs. B.S. i M.S.;

Estimar en part tant la demanda de l'agent que la reconvençional dels defenents, i en conseqüència:

Condemnar els Srs. M.S. i B.S. a pagar a R. SA, la quantitat de 189.714 € amb els interessos legals corresponents a comptar del 9 d'octubre del 2000, quantitat de la qual s'ha de deduir tots els diners extrets per R. SA del compte n° 31.219 i altres dels Srs. S., amb els que el dia 13 de desembre del 2000 es va compensar el saldo negatiu del compte n° 31.639, amb els interessos vigents llavors.

Sense fer especial imposició de costes d'ambdues instàncies.

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.-