

**PARTS:**

**Apel·lant :** Srs. **RMP, EBC i TCQ**

Procurador : Sra. **CSM**

Advocat : Sr. **JST**

**Apel·lat :** **A, SAU**

Procurador : Sra. **EAM**

Advocat : Sr. **FBG**

## **SENTÈNCIA 021-2021**

**COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:**

**President :** Sr. **VINCENT ANIÈRE**

**Magistrats:** Sr. **CARLES CRUZ MORATONES**

**Sr. JAUME TOR PORTA**

Andorra la Vella, el 29 de gener del 2021.

En nom del Poble Andorrà.-

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions més amunt referenciades.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat **Sr. JAUME TOR PORTA**, el qual expressa el parer del Tribunal.

## ANTECEDENTS DE FET

**Primer.-** En data 7-12-2017, la representació processal dels Srs. RMP, TCQ i EBC formulaven demanda contra la societat A, SAU sol·licitant que es dictés Sentència condemnant aquesta darrera a donar compliment al contracte atorgat per les parts en data 23 de novembre del 2011 i en conseqüència a satisfer la suma de 315.700.- € majorada dels interessos legals a partir de la contesta a la demanda i a pagar les costes judicials ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat, procurador, de perit i eventualment de Saig intervinents.

**Segon.-** El 22-2-2018, la representació processal de A, SAU contestava la demanda oposant-se a les pretensions que s'hi formulaven tot i demanant es dictés Sentència desestimant-les i imposant a la part demandant el pagament de les costes processals ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador.

**Tercer.-** Els dies 15 de març i 5 d'abril les parts litigants replicaven i duplicaven reproduint les seves pretensions inicials.

**Quart.-** Practicades les proves proposades per les parts considerades necessàries i evacuats els respectius escrits de conclusions, en data 2-6-2020 requeia Sentència amb la següent part decisòria:

*“Primer.- Desestimar les pretensions exercitades per la representació processal dels Srs. RMP, TCQ i EBC contra la societat A, SLU, i absoldre aquesta darrera d'aquelles dirigides en la seva contra.*

*Segon.- No fer expressa imposició de les costes judicials ocasionades, en atenció al que es preveu al VII. Fonament Jurídic de la present resolució judicial”.*

**Cinquè.-** Contra aquesta decisió, s'alça la representació processal dels demandants i mitjançant escrit de conclusions de data 21-9-2020 interessa la seva revocació i en el seu lloc es dicti Sentència per aquesta Sala que aculli les pretensions que en el seu escrit de demanda havia articulats, amb imposició de les costes ocasionades a la part demandada.

**Sisè.-** La representació processal de la societat A, SAU s'ha oposat al recurs d'apel·lació plantejat, sol·licitant la íntegra confirmació de la Sentència dictada amb imposició de les costes ocasionades en ambdues instàncies a la part recurrent.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.-** En el present litigi, la representació processal dels Srs. RMP, TCQ i EBC persegueix la condemna de la societat A, SAU a satisfer la suma de 315.700.- € incrementada dels interessos i les costes ocasionades pel litigi seguit. Aquesta reclamació deriva del conveni subscrit pels demandants i B el dia 23-11-2011 (foli 39), a través del qual aquesta darrera garantia un valor liquidatori de la cartera de títols de que disposaven a alçada d'un valor mínim de 315.700.- € al seu venciment que es fixava en 5 anys, assumint B el risc de "default" dels títols que conformaven la cartera fins un valor a venciment de 178.700.- € (corresponen al valor de la renda fixa que existia en la cartera). En contraprestació els clients atorgaven al banc un mandat de gestió tan ampli com resultés necessari sobre la cartera esmentada per tal de que pogués operar segons el seu criteri amb la finalitat d'evitar o minimitzar el risc inherent als títols que la conformaven.

La Sentència dictada pel Tribunal de Batlles desestima la demanda articulada. Raona en essència que malgrat la cartera de valors que els demandants disposaven prop de B havia resultat traspassada a A, SAU i

que aquesta operació també comprenia les garanties contemplades en el conveni al·ludit en el paràgraf anterior, els drets Madoff que es preveien en el conveni havien resultat venuts abans del seu venciment i en aquest supòsit *“l'economia del contracte es va veure modificada i conseqüentment la garantia prestada en el seu dia per part de la societat B, SA no podia subsistir en els termes previstos doncs les restants condicions que envoltaven la garantia prestada no es trobaven complertes a la data de venciment del contracte”*.

La representació processal dels Srs. RMP, TCQ i EBC s'alça contra aquesta decisió amb fonament als motius de greuge que s'exposen en l'apartat següent.

**Segon.-** En primer lloc, sosté que la Sentència dictada per l'òrgan judicial d'instància es fonamentava en la venda dels drets MADOFF ocorreguda abans de venciment del contracte el que cancel·lava la garantia, tractant-se aquest d'un argument que mai A, SAU havia invocat en fase d'al·legacions, ocasionant als seus representats una clara situació d'indefensió a partir del moment en que se'ls havia impedit argumentar i provar diferents circumstàncies que resultaven cabdals en relació a aquest fet doncs referien que la decisió de procedir a la venda dels dits productes havia estat adoptada unilateralment per B a l'empara del mandat de gestió discrecional que disposaven. Afegia tanmateix que la interpretació que s'efectuava pel Tribunal de Batlles al respecte del conveni de 23-11-2011 vulnerava no només l'essència d'un mandat de gestió discrecional sinó també la regla que prohibia deixar a l'arbitri d'una part, la validesa i compliment dels contractes. Afegia finalment que A, SAU havia introduït tant en la dúplica com en el seu definitiu escrit de conclusions diferents pretensions i al·legacions que menystenien la regla de prohibició de la “mutatio libelli”.

**Tercer.-** S'ha de convenir amb la part recurrent que la decisió desestimatòria adoptada en la instància s'ha fonamentat exclusivament en la circumstància que la venda dels drets Madoff havia intervingut abans d'assolir-se la data de venciment del contracte, malgrat aquest fet, A, SAU no l'havia plantejat al llarg del procediment.

Front aquest procedir recordarem que els principis de congruència i dispositiu impedeixen recórrer a fets estranys al procés: el Batlle civil ha de jutjar segons el que hagi estat al·legat i provat per les parts i no segons la seva consciència (*"iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus, non secundum conscientiam"*), i per això haurà de prendre en consideració exclusivament els fets al·legats per les parts que resultin provats i integrin la *"causa petendi"*.

Dit l'anterior, hem pogut admetre, recurrent per això als brocards *"iura novit curia"* i *"da mihi factum et dabo tibi ius"*, que el Tribunal pot modificar la qualificació jurídica d'uns fets quan existeixi error o imprecisió de la part. El recurs a aquestes figures però es troba estretament delimitat de tal manera que els Tribunals es trobaran sempre vinculats pels fets oportunament al·legats i per la concreta fonamentació jurídica emprada. (veure per això a títol il·lustratiu la Sentència de 27-1-2000, dictada en el rotlle TSJC-088/99). Tanmateix, el recurs a aquesta facultat es trobarà també proscriu quan pugui comportar una situació d'indefensió per a qualsevol del litigants

El supòsit examinat excedeix l'àmbit admissible del que acabem d'exposar. En efecte, en la seva contesta a la demanda, la tesis obstativa de A, SAU es limitava a argumentar que no s'havia subrogat en la posició de B front als demandants per raó del conveni de 23-11-2011; que entre B i A, SAU no va existir cap successió d'empresa; que el contracte de 23-11-2011 no integrava els actius i passius transferits a A, SAU i que en cap cas podia trobar-se obligada per un contracte que li era aliè.

En conseqüència l'òrgan judicial d'instància no podia fonamentar la seva decisió desestimatòria en la venda de determinat producte d'inversió (drets Madoff) quan aquesta mai li havia estat plantejada per la societat A, SAU i quan la seva apreciació d'ofici ha impedit als demandants al·legar i provar al respecte de les condicions en que aquesta s'havia realitzat. Aquest procedir ha comportat una situació d'indefensió material clara proscria pel nostre ordenament, i ens abocarà a examinar la bondat de les pretensions que la part demandant articulava.

**Quart.-** Resulta acreditat i en això compartim el raonament del Tribunal “a quo” que entre els actius i passius que es varen transmetre a A, SAU per part de l'AREB concorren els productes que els demandants tenien en cartera a B (compte corrent i inversió) i per això sols escau fer parangó de la certificació del compte obert en aquesta darrera (foli 245) a data 20-4-2016 (dia anterior al seu traspàs a A), per adonar-se com la cartera d'inversió es trobava formada pel producte INSURANCE LINK PORTFOLIO (contracte 000607016542024133343) amb un valor de 230.215.- €, i que tal producte es reflexa en “l'Annual Tax report” del demandants prop de A (folis 40 i ss) que preveu la transmissió del producte Renda Fixa 45 INSURANCE LINKED PORTFOLIO provinent d'altre entitat (foli 43), amb una numeració que reprèn parcialment el número que tenien a B (024133) i el seu valor resulta pràcticament idèntic (la diferència es pot atribuir a la variació que aquest mercat pot conèixer diàriament). Tanmateix tampoc pot negar A tenir coneixement d'aquesta transmissió, quan en l'extracte de comptes propi incorporat a les actuacions, aplica unes comissions mensuals per gestió des del mes de juny del 2016 i s'ingressen els rendiments associats als productes que conformen l'INSURANCE LINK PORTFOLIO (folis 218 i 219).

Si aquest raonament no resultés suficient, la realitat de la transmissió d'aquests actius a A, SAU i del conveni subscrit pels recurrents amb B el

23-11-2011, també resulta de la pròpia resolució de l'AREB de 21-4-2016 quan disposa (epígraf 260 apartats II i XVI i XVIII):

*“(i) Actius, passius i posicions de fora de balanç dels clients Traspassables de B calculats a la Data de Referència.*

*(ii) Els contractes de gestió d'actius de Clients Traspassables de B, els contractes de gestió de B, i B Fons i B i B Assegurances.*

*(xvi) La transmissió de les esmentades operacions d'actiu comprèn la de les obligacions, els drets i les garanties accessoris, independentment de la seva naturalesa i el seu abast. Es fa constar expressament que B respon de l'existència i de la legitimitat dels mateixos, però no de la seva solvència.*

*(xviii) A se subroga en la posició de B en tots els drets i les obligacions inherents als elements patrimonials objecte de transmissió”*

Amb el benentès que el negoci jurídic descrit, ni la situació dels demandants troba cabuda en el supòsit d'exclusió previst en l'apartat 262 de la resolució de l'AREB segons la qual: *“(i) Quedaran excloses les posicions d'actiu i passiu, com també els contractes de gestió d'actius fora de balanç general i les posicions custodiades de clients No Traspassables.”*

En definitiva, les garanties que B podia haver atorgat als seus clients en el marc d'un contracte de gestió discrecional de cartera als seus clients, també es varen traspasar a A, SAU, de la mateixa manera que ho foren les garanties que el banc, com entitat creditora, podia disposar (hipoteques, penyores ....).

En aquesta situació, i en resultar pacífic entre els litigants que a la data d'extinció del contracte constantment repetit els valors de que els demandants disposaven en cartera no assolien l'import de 315.700.- €, escaurà estimar el recurs d'apel·lació articulat, revocant-se la Sentència dictada i disposant en el seu lloc l'estimació íntegra de la demanda, condemnant A, SAU a pagar als demandants la suma de 315.700.- € juntament amb els interessos legals devengats des del dia de la contesta a la demanda i fins el seu total pagament de conformitat amb la regla “lite

contestata usurae currunt”, podent disposar per això dels productes que existeixen en la cartera dels clients.

**Cinquè.-** Malgrat la solució assolida, i a títol d’argument de reforç, no ens podem deixar d’estar de realitzar unes breus consideracions en relació a la venda dels productes MADOFF efectuada el 5-2-2015 en quina circumstància l’òrgan judicial d’instància fonamentava la seva decisió desestimatòria.

El conveni de 23-11-2011 preveu expressament *“En atención a dicha asunción, los clientes intervinientes otorgan mandato de gestión tan amplio como sea necesario de la cartera a B, para que pueda operar según su criterio con la misma en aras a evitar o minimizar los riesgos inherentes a la títulos que componen la cartera”*. Aquesta clàusula instituïa en benefici de B un mandat de gestió discrecional de la cartera dels clients que porta a presumir que els actes que es podien produir durant la seva vigència intervenien a iniciativa del mandatari, i obeïen a l’estratègia de gestió de la cartera dissenyada sigui per augmentar els ingressos o per reduir les pèrdues previsibles. Cap prova obra en les actuacions que permeti atribuir als mandants la iniciativa d’aquesta operació, i en tot cas aquesta actuació, atesa la concreta situació econòmica que existia, escaparia a la més elemental lògica. En efecte, amb la garantia que disposaven i que derivada del conveni descrit, el banc assumia les pèrdues experimentades pel producte MADOFF (recordarem que es venia per 37.716,26.- € a febrer 2015 -foli 237- quan menys de dos mesos abans, el 31-12-2014, el seu valor es situava en 47.760.- € -foli 243-), sense que els restants productes que podien tenir en la cartera d’inversió permetessin assolir el valor de la garantia prestada (315.700.- €) (a desembre 2014 aquestes es valoraven en 200.853,50.- € foli 243).

Havent de presumir-se per tant que la venda de dit producte era decidida pel gestor corresponent de B ni aquesta, però tampoc la seva subrogada



A, SAU, podrien tampoc prevaldre's d'una eventual modificació de l'economia del contracte per a descartar els efectes del conveni subscrit. Admetre aquest raonament suposaria deixar a l'arbitri de la mandatària l'eficàcia de la garantia que en el seu dia va prestar atès que per a extingir-la sols havia de vendre qualsevol dels productes que es trobaven en la cartera dels clients (Digest 45, 1, 17 "stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione").

**Sisè.-** En mèrits de la regla del venciment objectiu, les costes ocasionades en la instància han de ser imposades a la part defenent.

Quant a les causades en aquesta alçada, l'èxit del recurs formulat comporta que no hagi de fer-se pronunciament al seu respecte.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, ha pres la següent

## DECISIÓ

ESTIMAR el recurs d'apel·lació articulat per la representació processal dels Srs. RMP, TCQ i EBC contra la Sentència 77/2020 dictada pel Tribunal de Batlles, Secció civil el dia 2-6-2020 que es revoca íntegrament i en el seu lloc disposem la íntegra estimació de la demanda, condemnant-se la societat A, SAU a satisfer als demandants la suma de 315.700.- € incrementada dels interessos legals devengats des del dia de la contesta a la demanda i a pagar les costes judicials ocasionades en la instància.

No escau fer pronunciament al respecte de les costes ocasionades en aquesta alçada.

Aquesta resolució és ferma i executiva.

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