

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 19 de juliol del 2016.

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. Vincent ANIERE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER.- La representació processal del Sr. I.S.S.C. va interposar demanda, de data 28-04-2010, envers X., S.A. , segons la qual sol·licitava la condemna a abonar una indemnització de danys i perjudicis en la quantia de 11.655,63 USD o la major que es determini en el present procediment, amb més la imposició de les costes processals.

SEGON.- La representació processal de la mercantil defenent va oposar-se a la demanda, per escrit de 26-05-2010, i va sol·licitar la seva desestimació, assumint únicament l'import de 1.901,19 USD en concepte d'abonament de les retencions, sense efectuar imposició de les costes processals.

TERCER.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 7-09-2011, amb la següent part decisòria: "DECIDEIX: que estimant molt parcialment la demanda principal interposada pel Sr. I.S.S.C. contra l'entitat bancària "X.,

S.A.”, ha de condemnar i condemna a la darrera a pagar al primer la suma global de mil nou-cents un dòlars amb dinou cèntims (1.901,19.- \$), això és en concepte d'abonament de les retencions que foren practicades en el pagament dels cupons o dividendes de les accions de N. corresponents als 3r i 4t trimestre del 2007 així com als 1r, 2n i 3r trimestre del dos mil vuit, sense que hi hagi lloc a efectuar especial condemna en costes d'aquesta instància segons s'ha raonat en el darrer Considerant”.

QUART.-Per Aute de la Sala de 31-05-2012 es va donar lloc parcialment a les pretensions probatòries de la part recurrent i recorreguda.

La representació processal de la part recurrent va presentar escrit de conclusions complementàries de data 15-04-2016.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- Els motius o greuges en els que la part agent fonamenta el seu recurs són els següents. En primer terme, entén que la sentència ha qualificat erròniament la natura jurídica de la relació existent entre les parts i per això determina inadequadament els dret i obligacions de les parts i les seves responsabilitats. Així, afirma que mai va existir un contracte de gestió de carteres perquè aquest s'ha de perfeccionar en forma escrita i acceptar els nivell de risc i les característiques de les inversions que, igualment, s'hauran de fer per escrit pel client. Afegeix que no es reclama amb fonament en una responsabilitat derivada d'una manca de diligència en la gestió de carteres, sinó en la manca de diligència del gestor de X. del compte corrent del recurrent. Dels correus electrònics s'observa que el gestor va incomplir les seves obligacions d'assessorament i informació respecte a elements essencials per a decidir sobre la venda de les accions preferents adquirides.

Consta a les actuacions que el 25-09-2007 es va enviar un correu electrònic al gestor on es demanava amb urgència si el pagament dels rendiments d'unes accions preferents estava subjecte a retenció fiscal i que el mateix dia el gestor va contestar que no. I després de la contesta va abonar els rendiments a compte amb una retenció del 30% i entre el 31-10-2007 i el 15-10-2008 es van portar a terme moviments erràtics d'abonaments i retrocessions dels pagaments previs dels cupons. I ha quedat adverat a la causa que el fullet informatiu de l'emissió de les accions ja indicava la retenció del 30%. Sustenta que, a més d'aquestes errades d'informació i la pràctica d'operacions derivades de les mateixes, va actuar amb mala fe per ocultar al client les informacions incorrectes. Per això, no es pot acceptar que la sentència entengui que la gestió no pot ésser titllada d'impròpia o defectuosa i mereixedora de responsabilitat civil i percep comissions per la gestió del compte, alhora que es presenta com a experta, segura i prudent en l'assessorament, de manera que no es pot excusar en que la informació també la podia obtenir el client.

En segon terme, la declaració del Sr. G. no pot fonamentar la decisió perquè va ser el gestor que va contestar equivocadament, va ocultar l'errada, i està vinculat amb la part defenent. Considera que no hi ha cap element a la causa que acrediti els coneixements i l'experiència de la part agent. Afirmar que si el Banc està disposat a reemborsar els imports relatius a les retencions practicades, d'aquest reconeixement de culpa s'haurà de deduir la procedència de l'acció exercitada. Per això, a més de les retencions demana la diferència de valor entre quan va vendre les accions i el preu de venda el 25-09-2007: 11.655,53\$, subsidiàriament de 3.822,76 \$ (diferència entre el preu d'adquisició i el de venda) així com 37.312,5 \$ pels cupons impagats, l'import de 6.000 euros per dany moral per l'actuació maliciosa de X., la totalitat de comissions respecte de les operacions de càrrec i abonaments per a retrocedir els abonaments fets sense retenció i els interessos legals de les sumes que hauria d'haver obtingut des de la data de contesta.

I, en darrer terme, en relació a les costes processals manifesta que si s'acull la demanda les costes processals s'han d'imposar a l'altra part litigant i si es confirmés, també s'haurien d'imposar degut a que l'admissió de la defenent dels seus errors i la consignació d'un import en el moment de la contesta i la falsa voluntat de resoldre aquest afer extrajudicialment justifiquen la imposició de les costes de les dues instàncies.

II.- En consonància amb els fets provats ressurt que:

- 1.- La part agent era titular d'un compte corrent numeral i que el Sr. G. era el seu assessor-gestor.
- 2.- L'agent emprava el compte corrent per a efectuar operacions de compra i venda de valors, escollides i realitzades personalment, de manera que el Banc només actuava com a mer intermediari. La diversitat i el volum d'operacions borsàries posa de relleu que l'agent operava de forma habitual mitjançant el seu compte corrent en aquest tipus de transaccions (cfr. Folis 64 a 76), de forma que el Banc li va donar accés a la taula de tresoreria (foli 140, testifical del Sr. G.).
- 3.- Ni el gestor ni cap altre treballador assessoraven a l'agent en l'adquisició i venda dels productes financers.
- 4.- En data 14-08-2007 va adquirir 2.400 accions preferents de N. amb un cupó del 9,75% de pagament trimestral.
- 5.- En data 25-09-2007 va formular una consulta al gestor sobre si els rendiments de les accions preferents estaven o no subjectes a retenció fiscal.
- 6.- El gestor va respondre erròniament a aquella pregunta, tot indicant que no existia retenció fiscal quant als rendiments de les accions, a diferència del que consta acreditat (cfr. Folis 116 i 137 del rotlle).
- 7.- Les accions preferents varen suspendre el pagament de dividendes des del 31-10-2008 fins finals de març de 2010.
- 8.- En data 25-03-2010 va decidir vendre les seves accions.

D'acord amb els fets precedents, si bé es pot convenir amb la part recurrent que no resta acreditat que la relació contractual entre les parts fos la d'una

gestió de carteres, ja fos en la seva modalitat d'assessorada o discrecional, el que sí queda provat és que l'agent era titular d'un compte numeral a X. i que mitjançant el mateix va adquirir 2.400 accions preferents de N. i amb un cupó del 9,75% de pagament trimestral, així com que la seva consulta del 25-09-2007 sobre si el pagament del cupó tenia retenció va ser resposta incorrectament per l'entitat financera demandada.

Ara bé, la inexactitud i incorrecció de la informació facilitada si bé ha de donar lloc, com ha establert la sentència d'instància, a l'abonament de les retencions que es van practicar derivades de l'errada en la informació facilitada per X., per un import de 1.901,19 \$, no pot donar lloc a les partides indemnitzatòries que sol·licita la part agent, i que consisteixen en la indemnització entre la diferència de valor de vendre les accions el 25-09-2007 i quan es van vendre, comissions, interessos, pagament de cupons no percebuts i danys morals en atenció als següents raonaments.

Fonamentalment, perquè no s'ha acreditat el nexa de causalitat entre que els dividends s'abonessin sense retenció (com es va dir equivocadament) i la decisió de no vendre les accions de N. La pròpia part agent exposa que quan es va comunicar que no existia retenció en el pagament dels dividends va decidir no vendre les accions sense que aportí cap explicació de les raons que impedièn, des d'un punt de vista econòmic, la venda del seu paquet accionarial.

Consegüentment, si bé la informació de X. fou errònia quant a la retenció en el pagament dels dividends, la qual cosa ha motivat per aquesta raó la seva condemna a la restitució de les retencions practicades, no existeix cap lligam causal entre aquesta informació errònia i la decisió de vendre o no en un determinat moment les accions de N. perquè un extrem és l'obtenció dels rendiments, amb retenció fiscal o no, i l'altre el valor de cotització de les accions en el mercat secundari. I en aquest sentit, no es pot compartir amb la recurrent que el reconeixement de l'errada per part de X. quant a la existència de retenció en el pagament de dividends pels no residents fiscals

als USA hagi de comportar la indemnització de totes les partides indemnitzatòries que sol·licita sinó únicament aquelles que s'enllacen de manera directa i precisa amb l'errònia informació sol·licitada i rebuda.

Per tant, si bé com s'ha dit s'ha de donar lloc a la indemnització per les retencions practicades, la part agent no ha acreditat al llarg del procediment, com a fet constitutiu de la seva pretensió, l'enllaç precís i directe entre la informació errònia rebuda, relativa a l'existència de retenció en el pagament de dividends, i la decisió de no vendre les accions de N. o de la seva pèrdua de cotització . I aquesta manca de prova d'aquest element constitutiu de la seva pretensió indemnitzatòria l'ha de perjudicar, de conformitat amb les regles de distribució de la càrrega de la prova.

I a la mateixa conclusió desestimatòria s'ha d'arribar pel que fa al pagament dels cupons de les accions. Consta a les actuacions que les accions de N. van suspendre el pagament de dividends des del dia 31-10-2008 fins a la fi del mes de març de 2010. I aquesta decisió no fou imputable a l'entitat financera. En efecte, corresponia a la part agent decidir si alienava o no les seves accions i al no fer-ho van restar afectades per la suspensió en el pagament de dividends, de manera que no va percebre els referents al quart trimestre de 2008, als de l'any 2009 i al primer trimestre de 2010.

Des d'aquesta òptica, no es pot donar lloc tampoc a cap indemnització derivada de l'existència d'un dany moral perquè no es pot atribuir, com ja s'ha exposat, a X. la pèrdua dels ingressos relatius al pagament dels cupons, atès que el pagament d'aquests es trobava suspès per causa no imputable a l'entitat financera, sense que tampoc pugui considerar-se actuació dolosa (encara que sí negligent com ja hem vist anteriorment) el fet d'obligar al client a interposar el present plet i no atendre les seves reclamacions extrajudicials, atès la manca de coincidència amb la indemnització sol·licitada, ni "pretendre" amagar la seva actuació negligent, per quant l'entitat financera va produir diferents assentaments comptables per a

regularitzar l'abonament dels dividendes amb retenció entre el 31-10-2007 i el 15-10-2008.

Nogensmenys el que s'ha afirmat, sí que s'ha d'acollir en part el recurs interposat, tota vegada que les conclusions abans exposades, justifiquen que si l'entitat financera ha de ser condemnada, com ho ha establert la sentència d'instància, a l'abonament de les retencions practicades, derivades de l'errònia informació, sí s'ha d'acollir la pretensió que també s'han d'abonar la totalitat de les comissions que s'han carregat al client, sota qualsevol denominació, relacionades amb les operacions de càrrec i abonament per a retrocedir els abonaments dels cupons o dividendes fets sense retenció i per a tornar a fer els abonaments amb retenció en el període indicat.

III.- Quant al darrer motiu, relatiu a la imposició de les costes processals, les d'aquesta alçada no resulten d'imposició, degut a l'èxit parcial del recurs interposat.

Pel que fa a les de primera instància, no es pot atendre l'argument d'imposició connectat a l'estimació de la demanda per quant aquesta no ha estat acollida i respecte de l'argument que la consignació d'un import per a rescabalar els danys i perjudicis, la falsa voluntat de voler resoldre l'afer extrajudicialment i obligar a l'agent a interposar el plet, no poden motivar la imposició de les costes processals (de les dues instàncies) a la part defenent. I no pot ésser així perquè ja hem raonat que l'entitat financera no ha volgut atendre les pretensions indemnitzatòries de la defenent perquè només havia de respondre de l'import de les retencions (consignat) i ara incrementat amb les comissions, però acreditava una iusta causa litigandi per a negar-se a la resta de pretensions d'indemnització, de manera que ha estat el present procediment el que només ha donat lloc a una estimació parcial de la demanda de la part agent, la qual cosa justifica que, conforme a la manca d'un venciment objectiu (Codi 7,51,5), es pugui efectuar imposició de les costes processals, devent cada part litigant suportar les seves i les comunes per meitat.

Aleshores, aquest motiu també es desestima.

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

ESTIMEM EN PART el recurs interposat per la representació processal del Sr. I.S.S.C. contra la sentència de data 7-09-2011, dictada per l'Hble. Tribunal de Batles, i revoquem la seva part decisòria, en l'únic sentit d'incloure dins de les partides a abonar a la part agent la derivada de la totalitat de les comissions que s'han carregat al client, sota qualsevol denominació, relacionades amb les operacions de càrrec i abonament per a retrocedir els abonaments dels cupons o dividends fets sense retenció i per a tornar a fer els abonaments amb retenció en el període de 31.10.2007 a 15-10-2008. No procedeix efectuar imposició de les costes d'aquesta alçada.

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.-