

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 ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, 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 Y. SAU 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 “Y., S.A.”, 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.

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

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- En el present litigi, la part agent reclama com a pretensió principal la nul·litat d'un ordre de compra d'accions preferents D. de data 8 de juny de 2005 per manca de consentiment i, subsidiàriament, l'anul·labilitat del dit ordre per vici en el consentiment, davant Y., SA.

L'Hble. Tribunal de Batlles desestima la demanda per estimar quant a la pretensió principal que el contracte d'ordre de compra d'accions preferents no és radicalment nul per manca de consentiment i pel que fa la petició més subsidiària d'anul·labilitat del contracte per vici de consentiment no es pot entrar en el fons ha prescrit pel transcurs del termini de tres anys (caràcter

mercantil del contracte) quan en 11.2.2014 varen presentar els defenents la citació a judici.

Contra tal decisió s'alça la part agent.

SEGON.- De fet, són tres les pretensions recollides en la demanda origen del procediment. La primera, fa referència a la nul·litat del dit ordre de pagament per manca de consentiment; la segona, és nul el contracte per dol de la part demandada i la tercera, la de la seva anul·labilitat per vici en el consentiment.

Com acabem de ressaltar per dues raons demana la part recurrent la declaració de nul·litat de ple dret del contracte que vincula les dues parts, una per manca de consentiment i l'altra per dol de l'entitat bancària. Coincidim plenament amb la sentència d'instància en què no es pot recolzar la petició de nul·litat per manca de consentiment perquè de les pròpies manifestacions de la part agent (coincident amb la testifical de la gestora del seu compte, la Sra, B.L. que va declarar com a testimoni) es conclou que hi va haver consentiment i que es va expressar de manera telefònica per part del Sr. C.R.S. Ell va ser qui va donar la conformitat i qui va rebre les explicacions de la Sra. B.L. la qual va fer un croquis per escrit dels rendiments del producte en els seus tres primers anys (7%), tal i com coincideix amb el document 5 aportat amb la demanda. Per tant, consentiment n'hi va haver i també ho demostra el fet que els senyors C.R.S. i M.M.C. varen percebre un rendiment anual els dies 8 de juny dels anys 2006, 2007 i 2008 per un import cada anualitat de 1.368,64 €. En conseqüència aquesta petició de nul·litat radical o de ple dret per manca de consentiment no pot prosperar, tal i com ja ha conclòs encertadament la sentència d'instància.

TERCER.- Pel que fa a l'altra petició de nul·litat fonamentada en l'existència de dol per la part defenent –que no analitza la sentència -, hem de dir que no queda en res acreditada perquè caldria haver demostrat que hi va haver un engany maliciós per aconseguir que els clients ordenessin la compra

d'accions preferents d'un banc determinat coneixent la poca solvència d'aquest. No resultaria tampoc raonable poder sostenir aquesta malícia per part de la pròpia entitat quan hauria pogut oferir altres productes financers sense necessitat de causar un dany de manera intencionada als seus clients. En conclusió, la manca de tota consistència d'aquesta pretensió fa que decaigui sense més raonaments. Altra cosa diferent és si la informació donada va ser suficient atenent al perfils dels clients, però ja això ja ens porta a la referència de la següent pretensió plantejada de manera més subsidiària.

QUART.- Finalment, cal entrar en la darrera pretensió de la part agent que consisteix en la petició d'anul·labilitat del contracte de 8 de juny de 2005 d'ordre de compra d'accions preferents per un vici en el consentiment, com és l'error prestat per manca de la deguda informació. Aquests error consisteix en que qui ha emès el consentiment no s'ha pogut representar la verdadera dimensió d'allò que consentia en realitzar un negoci jurídic. I sobre aquesta qüestió l'Hble. Tribunal de Batlles no hi entra perquè considera que la dita pretensió ha prescrit.

Com ja es sabut, en aquestes accions cal parlar de caducitat i no de prescripció. I pel que fa la primera, no existeix cap mena de termini per demanar-la (STSJA 11.5.2000, número 1369) perquè tot negoci nul ni pot produir cap efecte ni a favor ni en contra de ningú (*quod nullum est, nullum effectum producit*); ni pot convalidar-se ni pot confirmar-se; es pot apreciar d'ofici la seva nul·litat pels Tribunals i la ineficàcia del negoci es produeix *ipso iure* a petició de qualsevol persona i la sentència que la declara no és constitutiva sinó merament declarativa de la nul·litat.

Per contra, l'anul·labilitat, del contracte (el qual conté els elements essencials com el consentiment, l'objecte i la causa, més la forma, quan aquesta s'exigeix) manté efectes fins que no sigui declarat nul; només estan legitimades les parts contractants (o els seus representants, en el seu cas) per demanar-la i el contracte anul·lable sempre pot ser convalidat. La part recurrent

discrepa que es tracti d'una relació mercantil (amb prescripció de tres anys) i considera que el termini hauria de ser el de trenta anys (Usatge *Omnes causae*) o, subsidiàriament, el de 4 anys. Però el que ara interessa de manera prioritària és determinar el *dies a quo* de qualsevol dels terminis al·legats perquè, com veurem, aquest punt resol la qüestió. Tot termini ha de tenir un dia inicial per poder-lo computar i es sabut que aquest sempre ha de coincidir amb el moment en què es pot començar a exercir-la. (bé sigui perquè ha cessat l'error-vici, o sortit de la minoria d'edat o de la incapacitat). I en el cas de contractes de tracte successiu des del moment en que el contracte s'hagi consumat i no des de la seva perfecció perquè posteriorment aquesta continua produint efectes.

CINQUÈ- Dit això, en el cas d'espècie, en que es tracta d'un ordre de compra d'accions preferents que ens remunta al dia 8 de juny de 2005, va seguir produint efectes en forma de pagament de rendiments als clients de l'entitat en un primer moment, fins que en el dia 16 de gener de 2012 (doc. Número 6 de la demanda) l'entitat els va remetre una "nota d'abonament" per import de 424,89€ corresponents als cupons dels anys 2009, 2010 i 2011, cosa que va alertar als agents que la rendibilitat no era la que els havien dit. Arran d'aquesta informació i de l'obtinguda en personar-se al banc, en el mes d'abril de 2012 van fer una reclamació a l'INAF (segons reconeix la pròpia part defenent en les seves conclusions -pàg. 3- al recurs de la part apel·lant). Però tot i això el que demostra que el contracte ha seguit produint efectes fins i tot al llarg del present procediment és que la defenent en data 29.5.2015 ingressà 11.350,38€ (i va deduir la seva comissió de gestió i custòdia) en concepte d'amortització de les accions preferents D., data de finalització dels 10 anys d'amortització previstos, segons va comunicar a la Batllia mitjançant escrit de 25.6.2015 (foli 257).

SISÈ.- En conseqüència, resulta evident que no es pot parlar d'extinció de l'acció pel transcurs del temps per no haver-ne transcorregut cap període de temps des de la data de la seva consumació (29.5.2015) ni tan sols encara que

es consideri que va desaparèixer el vici en el consentiment quan van fer la primera reclamació a l'INAF en 2012 derivades de l'abonament fet per l'entitat en data 16.1.12 i van presentar la citació en judici en 2014.

En conclusió, l'acció subsidiària de la part agent està perfectament viva i cal resoldre-la.

Això obliga a revocar la sentència d'instància i a ordenar que es retornin les actuacions a l'Hble. Tribunal de Batlles perquè dicti nova sentència entrant en el fons de l'assumpte (si pot existir un vici en el consentiment dels agents) amb llibertat de criteri. Aquest és el criteri ja establert de manera definitiva per la Sala en el nostre Aute de data 27.06.16 del rotlle 486-2015 expressada en el següents termes:

“Tal situació (la de si calia que la Sala entrés en el fons de l'assumpte assumint el paper de la instància) pot generar dubtes i inseguretat jurídica, raó per la qual la Sala ha decidit fixar un criteri clar i unívoc.

Com ho ha plantejat la part incidental, el fet d'entrar directament al fons després d'haver resolt una excepció processal en el sentit oposat al primer jutjador quan aquest no ha entrat a resoldre el fons, ens ha de portar a estudiar la qüestió del doble grau de jurisdicció i el seu abast constitucional, per determinar si pot existir una violació de l'article de 10 de la Constitució i del dret fonamental a un procés degut.

El primer enfocament del problema ha de portar a interrogar-nos sobre la natura de l'apel·lació. És evident que, pel fet d'haver estimat la caducitat invocada per la part empresarial demandada, el primer jutjador no es va pronunciar sobre els arguments de les parts en relació al fons de l'afer. Això no impedeix que el tribunal unipersonal hagi examinat de manera exhaustiva tots els elements del litigi.

Com a conseqüència del recurs d'apel·lació i en virtut del seu caràcter devolutiu, un altre òrgan jurisdiccional, superior i diferent del que ha resolt el

litigi en primera instància ha conèixer de la resolució impugnada. Això comporta la transmissió del poder de decisió de l'assumpte. És l'objecte mateix de l'apel·lació, fent que el Tribunal Superior qui ha de revisar la resolució apel·lada per determinar si amb la base del que allà s'ha al·legat i demostrat, el tribunal a quo ha decidit conforme a dret, i decidir sobre el fons de l'assumpte, i en principi, sense tornar les actuacions a l'òrgan a quo qui perd la seva jurisdicció sobre la matèria objecte del recurs.

Però, s'ha de distingir entre doble examen i doble pronunciament, i la qüestió esdevé determinar si les parts tenen el dret només al primer, i en aquest cas es pot admetre la possibilitat de no retornar els autes, o si tenen dret al segon, i en aquest cas, no es pot admetre que el Tribunal Superior resolgui directament una qüestió que no va donar lloc a pronunciament per part del Tribunal a quo.

Per contestar a aquesta qüestió, ens hem de referir a la jurisprudència del Tribunal Constitucional relativa al doble grau de jurisdicció. Aquest darrer ha reconegut la seva importància en uns termes clars, motivant que "l'apel·lació està íntimament unida a la consideració que un litigi ha de poder ser examinat dues vegades, atès que el seu objectiu és permetre un nou examen del litigi: el pronunciament d'apel·lació, que intervé en segon lloc, s'efectua per magistrats normalment més experimentats i dels quals, a més, es pot esperar que jutgin millor, perquè la instrucció davant els primers jutges ha dilucidat i ha aclarit les dades de l'assumpte. Altrament dit, és la preocupació d'una bona administració de la justícia que du a la tècnica del doble grau de jurisdicció." i "si el principi del doble grau de jurisdicció no té per ell mateix valor constitucional, en el sentit que el legislador el pot excloure, per contra, quan aquest mateix legislador l'estableix, esdevé un component del dret a la jurisdicció. Per aquest motiu, pel fet d'incloure'l en un dret que reconeix l'article 10 de la Constitució, el legislador li atorga un abast constitucional." (Causa 2013-30-RE del 03-02-2014).

També va precisar que "L'apel·lació, per ser un procés degut, en el sentit

de l'article 10 de la Constitució, ha de permetre que l'assumpte resolte en primera instància sigui examinat per ulls nous, amb l'extensió i l'amplitud, que la llei mateixa pugui determinar. Aquesta és la seva raó de ser: jutjar de nou un assumpte a través de la mirada d'un magistrat o d'un tribunal que no tingui sobre ell cap judici personal previ i d'aquesta forma s'aproximi a la decisió apel·lada i a les actuacions que la van originar.” (CAUSA 2014-22 i 32-RE Sentència del 16-02-2015).

D'aquestes consideracions, s'ha d'extreure la conclusió que seria contrari a la Constitució el fet de privar una part de la possibilitat que la seva causa fos jutjada una segona vegada en apel·lació i de la possibilitat d'obtenir un pronunciament complet de la justícia, és a dir un pronunciament del primer jutgador i un pronunciament de la jurisdicció d'apel·lació sobre la integritat del litigi.”.

SETÈ.- L'èxit del recurs s'ha de traduir, en matèria de costes processals, en la no imposició de les costes d'aquesta alçada (arg. Novel·la 82, cap. X).

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 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 resolte 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.**

No fer condemna en costes de la present 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.-