

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 12 de setembre 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. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- La representació processal de la Sra. R.C.G. va interposar, en data 4-09-2014, demanda envers la societat A SA, segons la qual exercitava les pretensions de nul·litat i de resolució contractual.

En data 23-10-2014 la representació processal de les entitats B SAU i A SA va adduir l'excepció peremptòria de prescripció i, subsidiàriament, es va oposar a la demanda.

II.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 26-10-2016, amb la següent part decisòria:

“Primer.- Desestimar en tots els seus termes la demanda formulada per la representació processal de la Sra. R.C.G. contra la societat A, SA, havent d'absoldre aquesta darrera de les pretensions que s'hi contenen.

Segon.- Fer imposició a la part demandant de les costes processals ocasionades a la societat A, SA, inclosos els honoraris d'advocada i de procuradora, a acreditar en període d'execució de sentència.”

III.- La representació processal de la part agent va interposar recurs contra la sentència d'instància i, en data de registre 3-02-2017, va articular llur escrit de conclusions, en virtut del qual i en mèrits dels arguments exposats sol·licita la revocació de la sentència d'instància.

La representació processal de la part recorreguda, en el seu escrit de contesta a les conclusions, de data 24-02-2017, sol·licita la desestimació del recurs i la imposició a la part recurrent de les costes processals.

IV.- Per Aute d'aquesta Sala, de data 7-04-2017, aclarit per aute de 25-04-2017, es va denegar la pràctica de prova en aquesta alçada demanada per la part recurrent.

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 es fonamenta el recurs de la part agent són els següents.

En primer terme, impugna la desestimació de l'anul·labilitat del contracte per error-vici o per dol. Així, exposa que l'agent va comprar el 8 de juny de 2005 accions preferents per valor de 35.000 euros. El contracte de custòdia és accessori i la reclamació es fonamenta en la manca d'informació, derivada de la compra d'accions preferents.

L'absència d'informació es desprèn de la prova documental, de la testifical del Sr. R.A., gestor del banc, qui alhora manifesta que desconeixia la professió de l'agent i si tenia coneixements financers. Afirmar que tampoc va existir informació en relació a la recompra de les accions preferents.

La informació que el gestor manifesta que es va proporcionar de forma verbal i que ha estat així apreciat pel jutge a quo, s'ha de prendre amb cautela, atès que fou possiblement el responsable de l'error. Afegeix que els raonaments de la sentència són contraris a la jurisprudència del TJUE i si bé Andorra no forma part de la Unió europea sí es pot tenir en compte com a fonament de les decisions judicials que emparen els consumidors.

Considera que la sentència no ha valorat tampoc que no es portés a terme un test de conveniència per a valorar el perfil inversor. Quant a l'apreciació del tribunal a quo, en relació al perfil inversor, s'ha de dir que no s'ha acreditat que la resta de productes fossin de risc, alhora que existissin altres productes de risc sense la prèvia informació solament prova que el Banc ja havia actuat abans incorrectament.

En segon terme, entén que la pretensió subsidiària de resolució contractual per manca d'informació hauria de prosperar, tota vegada que la manca d'informació significa un incompliment contractual greu. En aquest sentit, va recomanar un producte inadequat, ja que era d'alt risc i sense seguretat en el retorn de la inversió.

En tercer terme, es desestima la demanda de resolució per haver incomplert el banc l'obligació contractual de pagar interessos per entendre que B SAU era només intermediària. Fou l'entitat financera qui va abonar interessos des del 2005 fins el 2014.

I, en darrer terme, s'imposen les costes processals per la desestimació total de la demanda quan amb la jurisprudència europea, dels països veïns i la mala fe i temeritat de l'entitat financera caldria apreciar l'existència de dubtes suficients per a no imposar les costes en cap de les dues instàncies.

II.- Resta acreditat a les actuacions que la Sra. R.C.G. va adquirir, en data 8-6-2005, accions preferents de X BANK per valor de 35.000 euros. L'amortització d'aquestes accions es va produir, en data 29-05-2015, per un import de 19.856,45 euros.

La sentència d'instància entén que la relació contractual que vincula a les parts és d'administració i custòdia de valors i no de gestió de cartera de valors, de manera que el deure d'informació de l'entitat financera envers el client és diferent. En aquest sentit, afirma que l'obligació consisteix en lliurar, a la fase precontractual, una informació clara, correcta, precisa, i suficient, relativa als riscos inherents a cada concreta operació financera.

Si procedim a l'estudi de les actuacions, per tal de determinar quina era la veritable relació contractual que vinculava a les parts i en què havia de consistir el deure d'informació respecte del client, ressur el següent.

Al foli 28 es troba el document titulat "ordre d'operacions de valors", en el que es refereix l'operació com a "compra", es descriu el valor com a "ACCS. PREF. X BANK 7%) i per un import de 35.000 euros. De l'esmentat document resta clar que la Sra. R.C.G. és l'ordenant de l'operació de compra i que el Banc esdevé l'encarregat d'adquirir el producte financer.

El propi Banc, a la contesta a la demanda (foli 83) assevera que la Sra. R.C.G. va rebre informació abans d'ordenar la compra de les accions preferents i que va portar a terme aquesta compra conscient del risc que podia existir. Resta clar també que el producte de les accions preferents fou ofert per l'entitat financera, com resulta de l'escrit de dúplica (foli 145). A més, en el compliment de la prova quarta documental privada per requeriment, el propi Banc evidencia que no es limita la seva actuació a una custòdia i/o administració de valors ja que assevera que el contracte de custòdia de valors s'integra per l'obertura del compte corrent de 24-08-1999 i per l'ordre de compra de les accions preferents de X BANK de 8-06-2005, així com per les tarifes del banc.

A aquests extrems s'afegeix que el Sr. R.A. (folis 235 i 236), gestor bancari, reconeix que era el seu visat i que va atendre a la part agent però no recorda l'operació, així com que existia el consell del Banc de vendre les accions preferents. També exposa que si la clienta va acceptar comprar les accions és perquè entenia el risc existent i amb la seva signatura era suficient, encara que els protocols bancaris han evolucionat molt, i que fou ell que la va assessorar de forma tècnica i adient.

Per tant, arribats a aquest extrem; s'ha de tenir per provat que es va procedir a donar un ordre de compra d'un dels productes oferts per l'entitat financera i que l'actuació d'aquesta darrera no es limitava a custodiar valors sinó que fou decisiva en l'oferiment i adquisició del producte financer d'autes.

Aleshores, cal analitzar si es va proporcionar la informació necessària per tal que el consumidor pogués comprendre la inversió que portava a terme i els riscos que comportava, així com quin era el nivell i abast de la informació exigible l'any 2005.

III.- Quant al deure d'informació per part de l'entitat financera, s'ha de posar en relleu que, com ja vam afirmar a la nostra sentència de 28-02-2017, l'article 7 de la Llei de regulació del règim administratiu bàsic de les entitats financeres de 30-06-1998 obligava a les entitats a mantenir en les seves estructures tècniques i d'organització administrativa uns estàndards de qualitat internacionalment homologables en el sector. Aquests estàndards foren contemplats i definits a la Directiva 2004/39/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d'abril de 2004 (coneguda com a Directiva MIFID), relativa als mercats d'instruments financers, per la qual es modifiquen les Directives 85/611/CEE i 93/6/CEE del Consell i la Directiva 2000/12/CE del Parlament Europeu i del Consell i es deroga la Directiva 93/22/CEE del Consell.

Malgrat que la compra de les accions es va produir el mes de juny de 2005 cap estudi del perfil del client es va portar a terme i no se'l va informar de les circumstàncies i del risc del producte financer que adquiria. En aquesta línia,

no va tenir coneixement el client de quin era el risc que assumia amb l'adquisició del producte, consistent en l'adquisició d'accions preferents.

En efecte, el deure d'informació del producte que s'adquiria, de les seves característiques i del risc que comportava, corresponia a l'entitat financera perquè, com a professional del sector que oferia aquest producte –les accions preferents- disposava de la informació respecte del producte i li corresponia, des de la seva posició de preeminència, traslladar al consumidor totes les dades necessàries i idònies per tal que aquest pogués entendre el producte que adquiria i el seu risc.

I aquest deure d'informació no solament es desprèn de la posició de preeminència informativa i financera de l'entitat financera respecte d'un consumidor, sinó que també es deriva de la llei anterior de protecció del consumidor de 31-07-1985 (art. 3. Dret a rebre informació correcta sobre productes i serveis) i de les obligacions que neixen del contracte, atès que el deure d'informació es deriva de les exigències de la bona fe com a font de les obligacions contractuals, que s'uneix a les previsions de les parts del contracte.

En aquest sentit, s'ha d'evidenciar que els drets del consumidor, abans i ara, són de dret necessari i irrenunciables, de manera que l'exoneració del Banc continguda a l'ordre de compra de valors en relació a la informació sobre el mercat de valors no el pot alliberar de l'obligació d'informar sobre el producte i el seu abast ("El fet que el Banc pugui facilitar informació respecte a la situació o evolució dels Mercats o dels propis valors en concret no es pot interpretar en cap moment com a cap compromís, garantia ni responsabilitat per la seva part").

Amb posterioritat a l'any 2005, aquests estàndards han estat implementats a Andorra pel Comunicat 163/05 de l'INAF i per la posterior Llei 14/2010, de 13 de maig de 2010, del règim jurídic de les entitats bancàries i règim administratiu bàsic de les entitats operatives del sistema financer.

Aquest Comunicat 163/05 exposava abans de la regulació concreta del seu contingut que *"En aquest sentit, l'INAF vol donar un marc a la disciplina*

professional del sector, mitjançant unes normes encaminades a enfortir el bon nom, reputació i prestigi de l'activitat financera andorrana i a evitar qualsevol pràctica que pogués infringir els bons usos i costums. Així doncs, les presents normes defineixen de manera explícita les obligacions que han de seguir les entitats del sistema financer per tal de mantenir i reforçar uns principis ètics i de conducta, i estableixen la prohibició de determinades pràctiques que són combatudes activament a nivell internacional i que el sistema financer andorrà no desitja acollir.

Cal tenir present que aquestes normes defineixen les regles ètiques i de conducta que les entitats financeres autoritzades a operar al Principat hauran de respectar en tot moment en el desenvolupament de les seves activitats. Constitueixen, per tant, una eina de referència en la qual no apareixen descrites totes les actuacions potencialment reprovables però inclouen una línia a seguir en tots els casos. De fet, representen una norma mínima per a totes les entitats del sistema financer i per tant cada entitat pot preveure normes addicionals més concretes o més precises a nivell intern”.

I a l'apartat 5 “Informació relacionada amb els clients” es pot llegir que “*Les entitats hauran d'assegurar una correcta informació dels clients amb l'objectiu de permetre que aquests prenguin les seves decisions amb coneixement de causa dels riscos i dels costos als quals s'exposen. En aquest sentit:*

- La informació a la clientela ha de ser clara, correcta, precisa, suficient i lliurada a temps (és a dir que encara pugui ser d'utilitat) per evitar la seva incorrecta interpretació i insistint en els riscos que cada operació comporta, molt especialment en els productes financers d'alt risc, i en els costos que representa (directament o indirectament) de forma que el client conegui amb precisió els efectes de l'operació que contracta. S'utilitzarà un llenguatge comprensible, facilitant les explicacions complementàries necessàries.

Qualsevol estimació haurà d'estar raonablement justificada i acompanyada de les explicacions necessàries per evitar malentesos”.

L'esmentat comunicat 163/05, que exigia el deure d'informació clara, correcta, precisa, suficient i lliurada a temps va entrar en vigor el 31 de març de l'any 2006 i tampoc cap informació es va facilitar al client, en relació al risc del producte financer, mentre estava a la cartera del client.

No s'ha provat per l'entitat financera, i es tracta d'una càrrega probatòria que li pertoca, hagués facilitat la informació clara, precisa, suficient i correcta sobre el producte financer que s'oferia a la part adquirent. Però, sobretot, no es va facilitar cap informació sobre el risc del producte per tal que el client pogués conèixer amb detall els efectes de l'operació. Per altra part, tampoc consta que l'entitat hagués valorat el perfil de risc del client per a l'oferiment de determinats productes i en el seu cas efectuar-li les advertències corresponents. Així, no es pot acceptar, com manifesta el gestor bancari, Sr. R.A., que si el client va adquirir el producte és perquè entenia el risc i que ja es va proporcionar la informació tècnica adient, sense que se li exposés amb claredat el risc del producte en funció del perfil concret del client.

I s'ha d'assenyalar també que l'existència d'altres productes, fossin de risc o no, no obsta que la demanda pugui triomfar, tota vegada que corresponia a l'entitat financera analitzar el perfil concret del client i en funció d'aquest procedir a informar respecte de qualsevol altre producte bancari que volgués adquirir, de manera que l'adquisició d'altres productes similars, sense haver facilitat informació o sense l'estudi i anàlisi del perfil del client, no pot exonerar a la part defenent de la pretensió ara exercitada.

En definitiva, s'ha de concloure amb la part agent que va existir un notori dèficit d'informació sobre el producte financer que s'adquiria i sobre el risc que comportava aquesta operació, de manera que el consentiment prestat es trobava viciat per la concurrència d'una errada sobre una característica essencial del producte, como ho era el risc d'aquest en relació a la possibilitat de poder recuperar els estalvis o el capital invertit. I aquesta errada resulta clarament atribuïble a l'entitat financera, qui no va donar compliment a la seva obligació d'informar de manera complerta, clara i precisa del producte i del risc d'aquest.

III.- L'èxit de la demanda significa l'anul·labilitat del contracte de compravenda de participacions i el retorn de les prestacions. Quant als interessos, aquests s'han de meritjar des de la data de la compra de les accions, tota vegada que esdevé una conseqüència derivada de l'anul·lació de la compravenda de participacions.

Les anteriors consideracions justifiquen que s'hagi d'estimar el recurs i fa innecessari pronunciar-se sobre els altres motius subsidiaris, referents a la resolució contractual.

Respecte de les costes processals, l'estimació de la pretensió principal justifica la imposició de les costes processals, tota vegada que les de primera instància hauran de ser imposades a l'entitat financera demandada, en virtut del triomf de la demanda (arg. Codi 7,51,5), mentre que l'èxit del recurs justifica la no imposició de les costes processals d'aquesta alçada.

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 interposat per la representació processal de la Sra. R.C.G. contra la sentència, de data 26-10-2016, la qual revoquem i estimant substancialment la pretensió principal instada per l'agent contra la mercantil A SA hem de declarar l'anul·labilitat del contracte de compra de les accions preferents de X BANK i condemnar a aquesta a l'abonament a la part agent de la quantitat de 35.000 euros, prèvia deducció dels interessos percebuts, comissions i altres quantitats abonades, amb més els interessos legals des de la data de la compra de les accions.

Procedeix imposar les costes processals de primera instància a la part defenent. I sense efectuar imposició de les costes processals 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.-