

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA**  
**Sala Civil**

**TSJC.- 0000101/2019**  
**ORIGEN: 1000396/2016 - 00**  
**NIG: 5300542120160003032**

**PARTS:**

**Apel·lant : X. SA**  
Procurador : Sr. CPS  
Advocat : Sr. FBG

**Apel·lat : G. SA**  
Procurador : Sr. ACR  
Advocat : Sr. ASA

## **SENTÈNCIA 002-2020**

**COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:**

**President : Sr. Vincent ANIÈRE**  
**Magistrats: Sr. Carles CRUZ MORATONES**  
**Sr. Jaume TOR PORTA**

Andorra la Vella, el 16 de gener de 2020.

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 número **1000396/2016**.

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

## ANTECEDENTS DE FET

**Primer.-** En data 22.12.18 el Tribunal de Batlles va dictar Sentència i va acordar :

*“Estimar la demanda i donar lloc a la nul·litat de l'ordre de compra relativa a ACCIONS PREFERENTS X CAPITAL FUNDING EUR3M+160BP 1,678% per import total de 150.000 €, restituint-se els diners invertits (150.000 €) majorats amb els interessos legals a comptar del dia de la inversió (17.12.2014) fins a la data del pagament efectiu de la suma, costes judicials i honoraris d'advocat i de procurador, suma que serà disminuïda de les quantitats que per dividends/interessos hagi cobrat el demandant.*

*No es dóna lloc al pediment 2 del decideixo, per manca de prova dels perjudicis al·legats.”*

**Segon.-** Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de la societat X. SA, la qual en data 25.04.19 va formular les corresponents conclusions, en virtut dels arguments que s'hi exposen demana que es revoqui la sentència dictada en data 22.12.18 pel Tribunal de Batlles, desestimant íntegrament la demanda interposada per la societat G.SA, i condemnant aquesta darrera al pagament de les costes d'ambdues instàncies, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador. Altrament sol·licita que es practiquin les proves de requeriment III, IV i V per ella proposades en primera instància.

**Tercer.-** En data 16.5.18 la representació processal de la societat G. SA formulà el corresponent escrit de contesta a les conclusions demanant la confirmació de la sentència d'instància en tots els seus extrems i la imposició a la part recurrent de les despeses processals derivades de la tramitació del present plet en les seves dues instàncies, incloent-hi els honoraris d'advocat i de procurador.

**Quart.-** En data 11.7.19, aquesta Sala va dictar Aute decidint el següent :

*“Primer.- No donar lloc a la pretensió probatòria sol·licitada la representació processal de la societat X. SA mitjançant el seu escrit de conclusions presentat en tràmit d'apel·lació.*

*Segon.- Comunicar a les parts litigants que no es celebrarà el tràmit de vista oral atesa llur renúncia al mateix.”*

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.-** En el present procediment, la part agent el Sr. EGB actuant en nom i representació de G. SA (G. SA) reclama front la part defenent X. SA (X.) en demanda en la que sosté una petició de nul·litat de la compra de participacions preferents que va subscriure amb la defenent en el dia 17.12.14 per import nominal global de 150.000€ i que se la condemni a la restitució recíproca de la dita quantitat més els interessos legals generats fins a la data de pagament efectiu de la suma referida.

La sentència d'instància estima íntegrament la demanda amb imposició de costes a la defenent.

Contra tal decisió s'alça la part vençuda.

### **Consideracions prèvies**

La sentència d'instància recull perfectament les consideracions prèvies que la Sala ha fet en aquests casos i que s'exemplifiquen en la sentència del rotlle TSJC168/18 que donem plenament per reproduïdes.

### **Segon.- Fets provats**

L'objecte essencial del present litigi es centra ara en saber si l'entitat defenent va incorre en alguna negligència informativa respecte al producte que va oferir al seu client abans de la seva contractació. Hem de començar per ressaltar que efectivament la càrrega probatòria havia de córrer a càrrec de l'entitat defenent perquè era l'obligada a donar aquella informació als agents abans que aquests prenguessin la decisió d'invertir en aquell específic producte. La part agent ha acompanyat en la seva demanda els testos d'idoneïtat i d'adequació practicats al seu client.

Varies qüestions fàctiques han quedat plenament acreditades: 1) que el client reclamant no era un client professional, sinó qualificada de minorista; 2) que no sabem quina informació va rebre de l'entitat perquè ni s'ha proposat la prova de confessió ni s'ha escoltat com a testimoni a cap empleat de l'entitat (únicament la gravació de la conversa de contractació telefònica -foli 218), sense cap mena de document escrit ni fullatò informatiu, únicament aporta un "pantallazo" del dia de la contractació en el que es llegeix en la descripció del producte X. CAPITAL FUNDING EUR 3M; 3) se li van efectuar els tests d'idoneïtat i d'adequació en el dia

2.7.14, que arriben a conclusions sorprenents. Així mentre en el d'ideïtat afirma el client -el reconeix com minorista- que té *“un horitzó temporal de liquiditat d'1 a 3 anys i que vol preservar el seu capital i obtenir-ne alguna rendibilitat que situa entre el 0 i el 3%, que té estudis superiors i no té, ni ha tingut, una professió vinculada al sector financer, assegurator o similar en el darrer any”*, arriba a la conclusió en el test d'adequació (aquest és una reproducció parcial de l'anterior) que té *“coneixements i experiència mitjans”*. I malgrat la preocupació lògica del client sobre la liquiditat que la situa en un horitzó temporal de més de 3 anys, fa que es conclouï que té un perfil “equilibrat”. Val a dir que **els productes sobre els que l'inversor afirma tenir experiència i els objectius d'inversió** recollits en els dos testos, ja els hem vist reflectits idèntics en el cas de la clienta del rotlle TSJC 171/2018 i 168/18 –cosa que ja genera dubtes - però no consta que hagin estat comprovats per l'entitat per poder afirmar que els “coneixements i l'experiència són “mitjans”; 4) que de la conversa gravada que han aportat amb el gestor Sr. P. li van oferir diferents productes financers de X. per invertir, en va contractar i fins i tot li va recomanar invertir en bons i obligacions de FCC i SACYR (com al cap de pocs dies va contractar) com productes seriosos i no com les “preferents”, 5) és a dir, que va fer una tasca d'assessora d'inversions per part de X., i no es va limitar a ser una simple intermediària entre el client (de la conversa es constata una confiança absoluta del client amb el gestor), i sobre un total d'inversió de 250.000€ es van invertir 100.000€ a accions preferents de X. quan la recomanació de la consultora Y. – a instància de l'INAF *“davant una sèrie de incidències detectades en la supervisió que va dur a terme en relació al procés de col·locació”* - va establir en el protocol de comercialització d'accions preferents de X. de 22.3.12 que si se superava un 25% d'adquisició de la posició global (en aquest cas era del 40%) calia una clàusula addicional que no consta es signés, com tampoc la del supòsit que fos superior al 40% en productes X. I encara hi ha més. Aquest protocol de comercialització -que ja recollien en la nostra sentència esmentada TSJC 168/18- exigia que qui adquireixi accions preferents abans de signar el document de subscripció, hagin sol·licitat prèviament la seva subscripció i manifestin conèixer les condicions d'emissió. Tampoc consta que hagi estat així. Volem destacar que no s'ha proposat cap prova personal per part de X. (ni testifical ni la confessió del Sr. EG). O sigui que ja va incomplir el propi protocol.

### **Tercer.- Les accions (participacions) preferents. Naturalesa jurídica**

Com ara es sabut, les accions (o participacions) preferents són valors atípics de caràcter perpetu que comptablement formen part dels recursos

propis de la societat que els emet, però que no atorguen poders polítics a l'inversor ni tampoc drets de subscripció preferent respecte futures emissions, cotitzen en mercats secundaris, i si ofereixen una retribució fixa (almenys els primers anys) i posteriorment condicionades a l'obtenció de beneficis. Per tant, tenen un caràcter mixta de renda fixa i variable i una mena d'híbrid financer, perquè combinen característiques de capital i altres de deute. El seu caràcter perpetu no impedeix que la seva entitat emissora no pugui reservar-se el dret a amortitzar-les, en el cas d'espècie, en un termini de 5 anys (2019) "*sempre que sigui possible*", com molt be diu la contestació a la demanda (pàg. 4).

Però aquestes accions també tenen més riscos: En particular, la possibilitat d'incórrer en pèrdues en el nominal invertit (com així ha succeït en aquest cas després de l'amortització); que no existeix una garantia de negociació ràpida i fluïda en el mercat en cas que es desitgi vendre l'instrument financer i que el qualificatiu de "preferent" no significa que els seus titulars tinguin la condició de creditors preferents (com es podria deduir del seu nom) sinó que en l'ordre de recuperació es situen únicament per davant de les accions ordinàries.

Aquestes peculiaritats tant singulars devien explicar que el propi INAF adoptés el comunicat 132/02 davant els dubtes sobre la seva naturalesa com accions o com obligacions, cosa que va fer en favor d'aquestes últimes però només en els "estats financers" perquè de cara al client aquella condició no es va produir a partir del tercer any.

En conclusió, els riscos de les accions preferents eren realment importants perquè ni garantien la rendibilitat després de tres anys, ni, sobretot, garantien com a mínim la devolució del capital invertit ni estaven vinculades a la solvència de l'entitat emissora (X.) que era la que podia donar confiança a l'inversor no professional, sinó a un mercat secundari d'incerta evolució i previsió. Això últim fa encara més palesa la importància del principi de confiança al qual ens hem referit abans.

#### **Quart.- Deure d'informació de les entitats financeres i bancàries en el marc europeu i andorrà. Valoració de la prova.**

Les obligacions de transparència informativa de les entitats bancàries andorranes són ja exigents després de l'entrada en vigor de la Llei 14/2010 de 13 de maig de règim jurídic de les entitats bancàries i règim administratiu bàsic de les entitats operatives del sistema financer que

transposa la Directiva de la UE 2004/39/CEE) del Consell de 21.4.04 coneguda com MIFID (MARKETS IN FINANCIALS INSTRUMENTS DIRECTIVE) que ja havien estat implementades en la seva essència al Principat pels comunicats de la INAF (en especial el 163/05).

Tinguem present que en 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”.*

A continuació, la Llei 14/2010 ja esmentada en la seva Exposició de Motius llegim *“Així, el capítol primer estableix els requisits que s’exigeixen de totes les entitats referides, destacant com a novetats els requisits relatius a les obligacions de transparència amb la clientela, alguns dels quals figuren actualment regulats mitjançant comunicats vinculants de l’INAF, i, sobretot, l’aplicació dels requisits exigits a les entitats financeres d’inversió també a les*

*entitats bancàries i a les societats gestores d'organismes d'inversió col·lectiva."*

En el seu article 37.1 ja disposa que "1. *Qualsevol informació que les entitats operatives del sistema financer dirigeixen als seus clients, actuals o potencials, o difonen de tal manera que probablement sigui rebuda pels mateixos clients ha de ser transparent, imparcial, clara i no enganyosa i ha de resultar comprensible per a qualsevol integrant mitjà del grup al que es dirigeix o per als probables destinataris."*

Per acabar, l'article 39 de la mateixa llei preveu "Article 39 Normes de conducta. 1. *Les entitats operatives del sistema financer han de vetllar pel bon funcionament i estabilitat del sistema financer i, a aquest efecte, estan obligades a evitar qualsevol pràctica que pugui infringir els bons usos i costums que puguin posar en perill els principis ètics i de conducta acceptats a escala internacional. 2. L'INAF dicta els comunicats específics dirigits a definir les regles ètiques i de conducta aplicables a les entitats operatives del sistema financer andorrà d'acord amb els principis establerts pels reguladors internacionals."*

Això significa que les entitats bancàries andorranes havien conegut les normes MIFID des del mes d'abril de 2004 i el comunicat esmentat de l'INAF número 163/05 de 23.2.2006 en vigor des del 31 de març següent.

En aquest cas ja eren plenament d'aplicació aquestes i la Llei 14/2010, 33/2010 i el text refós de la Llei 8/2013 i per això ja es va sotmetre al Sr. G. als testos d'idoneïtat i d'adequació però no al qüestionari KYC.

Entrant ja a valorar la prova, recordem, en primer lloc, que aquesta Sala ha establert una doctrina, continguda, entre d'altres, en les sentències de dates 15.11.2012 i 29.10.2013. (rotlles 155/12, 125/13 i 175/13) i més recentment en la 436/16 de 30.5.2017 i la 168/18, segons la qual el deure d'informació i comunicació que correspon a les entitats financeres envers els seus clients, encara que no estigui previst explícitament en el contracte es justifica en el deure de bona fe o d'equitat. O sigui que en tot contracte -sigui bancari o no ho sigui- les parts han d'actuar amb bona fe i això es dona quan s'informa de manera completa i exhaustiva sobre un producte financer a un client que no té especials coneixements financers. Això significa que calia deixar constància dels riscos de les accions preferents que són especialment elevats perquè posen en risc el capital invertit, cosa que allunya a tot inversor conservador. I si s'hagués fet aquell assessorament complet calia deixar **constància escrita** d'haver-ho fet per no veure's en el futur amb dificultats per demostrar-ho.

En segon lloc, en el cas present hem de posar en valor que si bé per la data del contracte de compra (17.12.2014) ja estava consolidada una legislació exigent envers la protecció del client minorista amb un perfil de risc realment baix però malgrat constatar aquestes circumstàncies en els textos indicats, resulta que se li ofereix al Sr. G. sense cap experiència en l'àmbit financer, ni coneixements especials, un producte que la pròpia entitat a través de la conversa del gestor (no tenim altre document) ja qualifica de no seriós comparat amb els bons i obligacions. I si bé podria resultar teòricament que un client de perfil baix i de les característiques indicades podria acceptar aquests riscos, cal -en aquest extraordinari supòsit- assegurar-se que els ha entès (els riscos) de manera clara, comprensible a les seves capacitats i coneixements abans de signar el seu compromís per cinc anys. Doncs bé, per acreditar aquesta informació exhaustiva i clarificadora dels riscos (*informació transparent, imparcial, clara i no enganyosa*, segons l'article 37.1. de la Llei 14/2010 i 35.1 del TR de la Llei 8/2013), no se'ns aporta res més que un "pantallazo" i la gravació de la conversa amb el gestor -quan la part defenent va ser requerida per aportar-lo-.

Realment estem davant d'un contracte de condicions generals de la contractació en el qual el client és un simple adherent i no es pot justificar que per la seguretat jurídica cal pressuposar que coneixia i assumia tots els riscos que un producte "complex" i "de risc elevat" com les preferents. És que no se li tenia que haver ofert perquè no resultava ni idoni ni adequat al seu perfil.

En conclusió, davant d'un client minorista amb un perfil conservador i no avesat en coneixements financers (insistim que la redacció de productes que inclouen els textos practicats no han estat corroborats ni per la mateixa declaració de la part agent) ; davant d'un producte complex i arriscat (sobretot pel capital invertit i de no tractar-se de renda fixa), com eren unes accions preferents; davant de la manca d'una informació escrita, comprensible, clara, transparent, imparcial i adaptada al perfil del client minorista, i signada per aquest com a garantia de la seva comprensió dels elevats i nombrosos riscos, X havia d'assegurar-se que el producte era idoni i convenient pel client i que aquest acceptava el risc elevat de la seva inversió. No ho va fer i així el consentiment prestat pel Sr. G. ha de reputar-se com viciat i per això la seva pretensió d'anul·lació del contracte ha de prosperar.

**Cinquè.- La prova denegada a BPA i la improcedència de la mateixa**



La part recurrent i defenent ha insistit en aquesta alçada en demanar la prova que li havia estat denegada en la instància i la Sala ho va rebutjar l'11 de juliol passat. Ens ratifiquem en aquesta denegació. I la raó és que la part defenent va introduir a partir del seu escrit de proposició de proves un fet que no havia inclòs en la seva contesta a la demanda. Consisteix en afirmar que de fet el client havia adquirit una participació en un Fons inversor de la pròpia X. la qual al seu torn tenia productes d'accions preferents. Per tant sostenia que la titularitat de les preferents no era de la societat unipersonal del Sr. G. (G. SA) sinó del Fons. Bé aquesta presentació d'un fet nou fora del moment de la contesta no és admissible perquè violaria el dret a un procediment just (art. 10 de la Constitució) doncs la part agent es trobaria que ja no pot fer al·legacions i proposar proves com hauria pogut fer en rèplica si s'hagués al·legat en la contesta a la demanda. Aleshores la seva pretensió és extemporània.

Però com argument de reforç, afegirem que de ser cert aquest fet, ens confirmaria un altre element de la manca de transparència (o en altres paraules, d'opacitat) en la praxis de l'entitat bancària amb aquest client. Si resulta que ni l'entitat sabia que no era titular el client de les accions preferents (cosa que contradiu els documents 5 i 6 de la demanda on en la composició de la cartera del client hi figuren les accions preferents que aquí tractem) encara resultaria més clar l'error-vici en el consentiment.

Per acabar, afegirem que la nova direcció de l'entitat després del procés de resolució que ha patit, ha d'assumir les responsabilitats davant la seva clientela per una gestió poc transparent de l'anterior equip gestor, llevat de disposició legal que l'eximeixi o atenuï.

El recurs ha de ser desestimat.

**Sisè.-** En resultar desestimat el recurs procedeix imposar les costes per ell generades a la part recurrent, de conformitat amb el que disposa el Codi 7,51,5.

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

**Primer.-** Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació

processal de la societat X. SA contra la Sentència dictada pel Tribunal de Batlles en data 22 de desembre de 2018, que confirmem íntegrament.

**Segon.-** Imposar el pagament de les costes causades en aquesta alçada a la part apel·lant.

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.-