

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 d'octubre del 2018.

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 7.3.2017 la representació processal del Sr. A.B.V. va formular demanda de nul·litat del contracte de compravenda d'accions preferents signat al seu dia amb l'entitat XXX SA, i mitjançant el qual el Sr. B. va adquirir en data 4.7.2011 participacions preferents del banc "XXX CAPITAL FUNDING EUR3M+1,725%" per valor de 50.000.-€, endemés demana que es restitueixi recíprocament totes les quantitats que haguessin estat matèria del contracte, amb els seus fruits, preu i interessos. I que es condemni a l'entitat XXX SA a pagar les costes judicials, incloent els honoraris d'advocat i de procurador.

II.- La representació processal de l'entitat XXX SA va contestar la demanda en data 9.5.17 aixecant l'excepció de prescripció i oposant-se totalment als arguments exposats en la mateixa i sol·licitant la seva desestimació i la imposició de les costes judicials, incloent els honoraris d'advocat i procurador.

III.- Les parts van presentar oportunament els seus escrits de rèplica i dúplica, es va practicar prova documental 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 17.4.2018 i va decidir :

Primer.- Estimar la demanda interposada de la representació processal del Sr. A.B.V. contra l'entitat XXX i declarar la nul·litat del contracte de compra d'accions preferents XXX CAPITAL FUNDING - EURIBOR 3M + 1,725% per vici del consentiment.

Segon.- Condemnar a l'entitat bancària XXX a procedir a:

- la restitució recíproca de les prestacions i per tant, l'entrega de la quantitat inicial de 50.000.- euros a la part agent més els interessos d'aquesta quantitat des de que es va subscriure l'emissió i fins que siguin objecte de devolució (un cop deduïts els interessos pagats per la compra de les accions preferents).

- la restitució a la part agent de les quantitats pagades en concepte de comissions, gestió i custòdia dels valors.

Tercer.- S'escau condemnar a la defenent a pagar les despeses judicials d'aquest litigi inclosos els honoraris d'advocat i procurador, a acreditar en període d'execució de sentència.

Contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació en el termini de tretze dies, presentant la voluntat d'apel·lar davant la secció del Batlle Ponent. Presentada l'apel·lació, el Batlle Ponent emplaçarà per Providència les parts perquè compareguin davant el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra per a formalitzar el recurs en el termini de quinze dies remetent així mateix els autes originals."

V.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de l'entitat XXX SA i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions de data 6.7.18, demana la revocació de la sentència dictada en la data ja indicada, imposant a l'adversa les costes judicials d'ambdues instàncies, inclosos els honoraris d'advocat i procurador,

en el sentit expressat en el darrer apartat del escrit.

Per escrit de data 26.7.2018, la representació processa del Sr. A.B.I V. presentà el corresponent escrit de contesta a les conclusions, en el qual sol·licitava que es ratifiqués la sentència, declarant nul el contracte de participacions preferents entre el Sr. B. i l'entitat XXX SA, i es reposin els diners invertits descomptats els interessos cobrats. Igualment demana la imposició de les despeses d'advocat i procurador.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- En el present procediment, la part agent el Sr. B.V. reclama front la part defenent XXX SA (XXX) en demanda en la que sosté una petició de nul·litat de la compra de participacions preferents (50) que va subscriure amb la defenent en el dia 4.7.11 per import nominal global de 50.000€ i que se la condemni a la restitució recíproca de les quantitats objecte de contracte amb els seus fruits, preu i interessos.

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

Contra tal decisió s'alça la part vençuda.

II.- Consideracions prèvies

I) En primer lloc, cal que ens referim a l'abordatge de la normativa aplicable a la contractació d'aquesta naturalesa, com ja hem fet en altres casos idèntics. Alguns sectors doctrinals s'inclinen per l'aplicació de la normativa clàssica sobre la contractació civil fruit que, en especial, en tractar

la delicada qüestió de l'error en el consentiment que, lògicament, sempre s'ha abordat amb cautela ja que la seguretat jurídica del trànsit civil o mercantil es pot veure afectada. Aquesta òptica jurídica es fonamenta en un punt de partida que sempre ha estat l'històricament més comú, que és la igualtat precontractual de les parts contractants (igualtat formal) i que, sens dubte amb èxit, s'ha incorporat a la nostra cultura jurídica. En el dret andorrà també imperava la igualtat formal pròpia dels drets liberals del segle XIX fins que es van acollir les correccions dels drets nacionals i del comunitari favorables a la igualtat material.

Una altra òptica –coincident amb la doctrina de la Sala- entén que aquests conflictes amb productes financers s'han d'abordar des de l'òptica més actual, que parteix de la no igualtat real de les parts contractants en el sector bancari i de les grans corporacions no només davant del consumidor individual sinó també davant altres empreses. En els convulsos i canviants temps actuals, en què la globalització dels moviments econòmics i financers els situa a escala mundial (o europea), l'accés a les fonts d'informació i de decisió i als recursos financers comunitaris està a l'abast tan sols d'unes quantes societats o sectors financers i està molt allunyada dels consumidors i de les petites i mitjanes empreses, que no tenen, per la seva dimensió, implantació en diversos mercats mundials com sí que la poden tenir les grans corporacions multinacionals. Aquest és l'entorn en el qual, per a aquest sector doctrinal i jurisprudencial, ha d'enquadrar-se la resolució d'aquests conflictes jurídics de caràcter massiu que sorgeixen en la nostra societat. En definitiva, es tracta d'emmarcar l'entorn en el qual ens movem amb la realitat social del temps en què han de ser aplicades.

En aquesta línia s'ha pronunciat també el nostre entorn internacional com és en el cas d'Espanya resulta especialment clarificadora la Sentència del Ple de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 9.5.13 i 20.1.14, i en l'àmbit de la Unió Europea el TJUE, en sentències de 27 de juny de 2000, Océano Grupo Editorial i Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 apartat 25; de 26

d'octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartat 25; de 4 juny 2009, Pannon GSM C-243/08 apartat 22; de 6 d'octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartat 29; 3 de juny de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartat 27; de 9 novembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartat 46; de 15 de març de 2012, Perenièová i Pereniè, C-453/10 apartat 27; de 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10 apartat 33; de 14 juny 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 apartat 39; de 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11 apartat 19; de 14 de març de 2013, Aziz VS Caixa d'Estalvis de Catalunya, C-415/11 apartat 44, i de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartat 41).

D'aquest posicionament jurisprudencial en poder extraure les següents notes: **a)** “l'asimetria informativa” existent entre l'Entitat que comercialitza productes financers i el client detallista o minorista; **b)** que l'abast de la normativa MIFID (Directiva 2004/39, relativa als mercats d'instruments financers) té les arrels en el dret andorrà en la necessitat d'actuar conforme a les exigències de la bona fe o l'equitat; **c)** que cal realitzar al client minorista un test de conveniència (quan es d'aplicació la Directiva MIFID) quan la contractació no ha estat precedida d'un servei d'assessorament per part de l'Entitat financera sinó que ha estat el mateix client el que, coneixent per endavant el producte, ha optat per contractar un producte financer; **d)** que el test ha de ser d'idoneïtat (en aplicació de l'esmentada Directiva) quan sí que hi ha hagut un assessorament previ personalitzat (no mitjançant canals de distribució o destinada al públic en general) en matèria d'inversió que ha convençut el client que li convé aquell producte; **e)** **que la informació personalitzada al client ha de ser comprensible i adequada sobre el producte en qüestió i ha d'incloure una advertència clara dels riscos que assumia i que, a la vista de la seva situació financera i dels objectius d'inversió, aquest producte era el que més li convenia;** **f)** el vici en el consentiment ha de ser sobre un extrem rellevant (com el caràcter aleatori del contracte i sobretot els riscos assumits); **g)** ha de donar-se aquest vici en el moment de la gènesi o

perfecció del contracte (no després) perquè se'n deriva una representació errònia per part del client que l'impulsa a contractar allò que no coneix en la seva plenitud; i finalment **h)** el vici en el consentiment ha de ser sempre excusable i no ho és si amb la diligència exigible al client detallista aquest podia conèixer l'abast real del que pretenia contractar.

II) En coherència amb aquest últim raonament, hem d'incloure també una altra consideració preliminar. Consisteix a examinar el marc en el qual sorgeixen aquestes contractacions entre ciutadans o societats mercantils. Així, quan es parla de la diligència exigible a un comerciant hem d'introduir alguns matisos que són transcendents. No són suficients *per se* ni les condicions o titulacions dels ciutadans individuals ni el volum de les societats mercantils per exigir-los una diligència que superi les dificultats de comprensió d'aquesta classe de contractacions, que per si mateixes són complexes i, sobretot, tècniques.

Són **complexes** perquè preveuen molts esdeveniments que la part contractant no coneix per endavant atès que no formen part de la seva activitat quotidiana i així mateix en desconeix el verdader abast.

Són **tècniques** perquè inclouen una sèrie de vocables i fórmules que són propis dels professionals de l'economia. Això també incideix –exigència d'equanimitat– en la forma i la profunditat de la informació que han d'oferir les Entitats bancàries i financeres. Els temps actuals exigeixen celeritat en la formalització de les operacions i resulta freqüent que no es pugui disposar del temps necessari per explicar als no iniciats (clients minoristes) el significat de totes i cadascuna de les clàusules contractuals i sobretot de les seves conseqüències pràctiques.

III) Finalment, cal deixar reflectit un altre aspecte consubstancial en la relació dels clients amb les Entitats bancàries. **El principi de confiança** és l'eix pel qual discorre tota relació entre client i Entitat. És el nucli dur de la

relació que s'estableix entre tots dos. Juntament amb el sector sanitari, l'econòmic financer és segurament el que més se solidifica sobre una relació de confiança. Es disposen els recursos econòmics propis, no a qualsevol, sinó a la part que ens ha merescut la confiança en la seva acurada gestió dels recursos aliens que se li confien. Ha estat sempre així en el sector bancari i, per això, cal entendre i comprendre que, a vegades, es prenen decisions de disposició basades exclusivament en la confiança de l'oferent, que generalment s'ha guanyat la confiança per serveis prestats amb una lleialtat i honestat irreprotxable. No era infreqüent en la pràctica diària que la paraula donada en aquest sector (entre client i empleat d'Entitat) fos suficient per iniciar una disposició de fons a favor de l'altra part, sens perjudici de la formalització escrita posterior.

Aquesta realitat (temps molt convulsos des del punt de vista econòmic, complexitat molt elevada en les relacions comercials i relacions comercials basades en el principi de confiança) no es pot desconèixer quan s'aborden tant la valoració de la prova com la interpretació de les normes aplicables en els conflictes com el que aquí resoldrem.

III.- Fets provats

Fetes aquestes consideracions generals que han de marcar l'abordatge de la present litis, direm que 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.

Varies qüestions fàctiques han quedat plenament acreditades: 1) que el client reclamant no era un client professional, sinó qualificat de minorista com ja reconeix la pròpia contesta a la demanda; 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, sense cap mena de document precontractual escrit ni fulletó informatiu ; 3) se li van efectuar els tests d'idoneïtat i d'adequació en el dia 9.6.11, que arriben a conclusions sorprenents. Així mentre en el d'idoneïtat afirma el client que té *“un horitzó temporal de liquiditat d'1 a 3 anys i que vol obtenir alguna rendibilitat tot assumint una mica de risc, que te estudis mitjans i no te, 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 inversora Mitjans”*(sic). I malgrat la preocupació lògica del client Sr. B. sobre la liquiditat que el situa en un horitzó temporal d'1 a 3 anys, fa que es conclogui 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 tests, ja els hem vist reflectits idèntics en els casos dels rotlles TSJC 171/2018 i TSJC 168/2018 –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 no es discuteix la tasca d'assessora d'inversions per part de XXX, i no es va limitar a ser una simple intermediària entre el client, i no consta que XXX efectués la comprovació que la subscripció del Sr. B. fos inferior al 25% del total del seu patrimoni financer i que el pes del total de productes del XXX fos inferior al 40%, com es pot llegir en el revers del document 2 de la demanda que consisteix en el contracte del que es desmana la seva nul·litat. Ja hem constatat en el rotlle 168/18 de l'existència d'un protocol de comercialització de XXX recomanat per la consultora XXX – 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”*. Aquest protocol de comercialització d'accions preferents de XXX de 22.3.12 vinculant per l'entitat va establir que si se superava un 25% d'adquisició de la posició global (en aquest cas no ho sabem perquè XXX no ho ha facilitat) calia una clàusula addicional, com tampoc la del supòsit que fos superior al 40% en productes XXX. Aquest protocol de comercialització també 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 XXX (ni testifical ni la confessió del Sr. B.). O sigui que ja va incomplir el propi protocol.

IV.- 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 sí 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 (2016) *"farà el possible per donar liquiditat via mercat secundari"*, com es llegeix en el document contractual (doc. 2 de la demanda).

Però aquests 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 tan 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 (XXX) 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.

IV.- Deure d'informació de les entitats financeres i bancàries en el mar 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 transposar 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. B. 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 d'altres posteriors, 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 (4.7.2011) 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 testos indicats, resulta que se li ofereix al Sr. B. sense cap experiència en l'àmbit financer, ni coneixements especials, un producte que la pròpia entitat en el document de subscripció ja recull que és de "liquiditat baixa" i producte "complex", de "risc elevat" amb un total de 15 riscos perfectament detallats i que inclou fins i tot el risc de l'emissor, és a dir de la pròpia XXX. 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 informativa 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), se'ns aporta un document de compromís d'un sol full, en el qual sense cap mena de destacat tipogràfic es llegeix que: "*s'emeten per temps perpetu; període mínim de 5 anys*"; "*l'emissor farà el possible per donar liquiditat via mercat secundari*"; "*liquiditat baixa*"; "*qualificació MIFID complex*" i al final una **Nota al Subscriptor** que diu "**l'inversor assumeix directament el risc de l'emissor; La valoració diària que pugui proporcionar XXX no pot interpretar-se com a compromís de preu en cas de realització fora de les dates d'amortització. Aquest producte no és pignorable; * L'inversor declara que la seva subscripció és inferior al 25% del total del seu patrimoni financer i que el pes del total de productes de XXX és inferior al 40%*" (ja hem vist que no consta comprovat que fos així); Aquesta darrera informació és absolutament formal, fictícia, mancada de cap fonament, contrària a la Llei i clarament abusiva.

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 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, XXX 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. B. ha de reputar-se com viciat.

V.- La particularitat de la situació administrativa de la XXX

La part recurrent i defenent fa especial esment del fet que la cancel·lació del producte contractat per la part agent va ser fruit d'una decisió administrativa de l'AREB de 21.4.2016 i, per tant, que no va ser causa de que els resultats de la inversió efectuada defraudés les expectatives del client. Efectivament, la decisió de l'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB) va acordar en el punt 2 de la seva resolució l'amortització amb cancel·lació total de la totalitat del nominal o principal pendent, si escau, dels instruments financers o emissions que computen com a recursos propis mínims de XX entre els quals hi havia les preferents.

El que resulta rellevant no és que s'hagi produït l'amortització per cancel·lació des del 21.4.2016 per resolució de l'AREB (en el contracte estava prevista la data de "call" pel dia 29.7.16), sinó si en el moment de la contractació (4.7.11) va incorre el Sr. B. en un consentiment viciat per culpa de la manca d'informació que li havia d'oferir XXX. Això és el que resulta rellevant perquè en arribar a aquesta conclusió és declara la nul·litat des del 2011 amb l'obligació de devolució recíproca de les prestacions satisfetes per cada part amb els interessos legals des de cada moment de la seva percepció.

En no haver actuat d'aquesta manera tan transparent com li era exigible, hem de concloure, amb el Tribunal d'instància, que no s'ha demostrat -per qui havia de fer-ho- que l'inversor disposava de completa i exhaustiva informació dels riscos del producte que adquiria i que els acceptava. Aleshores, la petició d'anul·labilitat de l'ordre de compra ha de prosperar i la sentència d'instància ha de ser confirmada.

Per acabar, afegirem com argument de reforç 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.

VI.- Prescripció

Finalment en el recurs de XXX s'aixeca de nou l'excepció de la prescripció. Però si bé en la seva demanda es referia la part defenent a la prescripció sobre el contracte de compte corrent que l'agent també tenia concertat lògicament amb l'entitat (en data 17.5.00), ara en el recurs centra la prescripció sobre un contracte de mandat de gestió. Resulta obvi que ara en aquesta alçada no pot canviar els fets i argumentar que existia un contracte del qual no s'ha fet esmenta en la contesta, però el cert és que el contracte objecte de discussió sobre la seva anul·labilitat és el contracte

aportat com document 2 en la demanda que era el de la subscripció de les participacions preferents XXX Capital Funding- Euribor 3M+ 1,725%.

I com ja hem dit en la nostra sentència del rotlle TSJC 297/17 el dia inicial del còmput de la prescripció en aquests casos no és el de la subscripció o perfeccionament del contracte sinó en el moment en que pot acreditar-se pel client que el producte contractat no és allò que ell creia que contractava. Aquest moment sol coincidir amb les liquidacions negatives o quan han transcorregut els cinc anys i el client constata que no pot recuperar el capital, però en aquest cas no hi ha dubte que la decisió de l'AREB del 21.4.16 d'amortitzar aquests productes de XXX va resultar decisiva per constatar la pèrdua del capital invertit. Això significa que havent interposat la demanda en 31.1.17 no havia transcorregut cap termini de prescripció. Aquest motiu tampoc pot resultar exitós.

VII.- 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 M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de XXX SA contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 17 d'abril de 2018, que confirmem íntegrament.

Imposem el pagament de les costes causades en aquesta alçada a la part apel·lant.

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