

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 28 de març del 2019.

Reunida la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del magistrat Sr. Vincent ANIÈRE, i els magistrats Sr. Carles CRUZ MORATONES i Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- El Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 8.8.18 i va decidir:

“Estimar la demanda i donar lloc a la nul·litat dels contractes d'adquisició de les participacions preferents XXX – per manca d'informació clara i suficient i adaptada al perfil del demandant – de dates de dates 05.07.2011, per uns imports total de 300.000 € i 80.000 € , condemnant a l'entitat demandada XXX SA a reintegrar la inversió esmentada, incrementada amb l'interès legal des de la data en què es va fer aquell càrrec, i disminuïda de les quantitats que per dividends/interessos s'hagin cobrat”.

II.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal de la societat XXX SA i, en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions de data 14.1.19, demana la revocació de la sentència i que es desestimi íntegrament la demanda interposada per la societat XXX SL, fent expressa condemna en costes judicials d'ambdues instàncies, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador.

III.- Per escrit de data 4.2.19, la representació processal de la societat XXX SL demana en el seu escrit de contesta a les conclusions que es confirmi la sentència d'instància i es condemni a l'altra part al pagament de les costes judicial inclosos honoraris d'advocat i procurador.

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

FONAMENTS DE DRET

Primer.- En el present procediment, la part agent la societat XXX SL 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.

Segon.- Consideracions prèvies sobre l'entorn de la realitat en el moment de la contractació

Donem per reproduïdes les paraules del Tribunal d'instància en el seu fonament jurídic Cinquè sobre aquestes consideracions prèvies que hem vingut fent en la nostra doctrina en l'abordatge dels casos de la revisió del contractes bancaris i que la sentència d'instància transcriu.

Tercer.- 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 (en la persona del Sr. R. C. B.) no era un client professional, com ja consta en el test d'idoneïtat que se li va fer en el dia de la contractació (5.7.11); 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 dos tests d'idoneïtat però cap i d'adequació. Així mentre en el d'idoneïtat de 5.7.11 (folis 75 a 77) que era l'escaient perquè era el moment de la contractació 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”*, i arriba a la conclusió que té *“coneixements i experiència inversora Mitjans”*(sic) i un horitzó temporal d'1 a 3 anys. I malgrat la preocupació lògica del client Sr. C. 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 el test són *comptes corrents, imposicions a termini fix o dipòsits (no estructurats)* amb un volum de més de 5 operacions a l'any, i que en les *accions o renda variable cotitzada en mercats organitzats* (no SICAV) no hi consta el volum en menys d'un any. 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. C. 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 els documents 1 i 2 de la contestació que consisteixen en els contractes que va signar (“Nota al subscriptor”) ni tampoc es correspon amb les dues “Composició de cartera valorada” que analitzen els pes de cada factor integrant de la Cartera del client Hotel C.

Quart.- 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 una 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 els documents contractuals (doc.1 i 2 de la contesta a 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.

Cinquè.- 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 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 "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. C. (i la seva esposa, com després analitzarem) al test d'idoneïtat però no al d'adequació (aquest només se li va practicar a l'esposa que no havia signat) 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 TSJC 155/12, TSJC 125/13 i TSJC 175/13) i més recentment en la TSJC 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 (5.7.2011) 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. C. 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 d'haver ofert perquè no resultava ni idoni ni adequat al seu perfil, a menys que se l'hagués advertit de la seva inadequació i aquest hagués manifestat per escrit que malgrat aquest advertiment, insistia en la

contractació.

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, 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. C. ha de reputar-se com viciat.

Sisè.- 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 XXX 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 (5.7.11) va incorre el Sr. C. 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.

Setè. Referència específica a la valoració de la prova respecte la Sra. J. B.

En el seu recurs introdueix la part apel·lant una referència a la errònia valoració de la prova documental consistent en els testos practicats a l'esposa del Sr. C., la Sra. J. (a/P.) B. Posa l'accent en les seves respostes als testos per primera vegada en el seu recurs. Cap referència ha fet ni en la contesta ni en la dúplica ni en les conclusions. Sempre ha donat per fet que no hi havia cap problema de legitimació activa en la part agent que reclama sota la societat XXX,SL. Per tant ara no pot qüestionar allò que no ha qüestionat durant el procediment, tot i que si ens fixem en els dos contractes que ara s'impugnen per error en el consentiment qui els signa sempre és el Sr. C. i no la seva esposa. Si això hi afegim que en els documents de "Composició de Cartera Valorada" confeccionats per la pròpia entitat ja es computa tota la inversió de 380.000€ a A XXX que és el nom comercial pel qual actua la societat XXX,SL, com es pot veure en els documents expedits pel Govern acompanyats a la citació a judici. En conseqüència, la valoració de la prova documental sobre el test d'idoneïtat havia de centrar-se en el fet al Sr. C. que era l'autèntic inversor contractant, com ja reconeix la pròpia entitat defenent en la seva documentació.

En conseqüència fem nostres les consideracions de la sentència d'instància en els seus fonaments Segon i Tercer perquè és el Tribunal qui ha copsat per primer cop aquella circumstància dels noms en els contractes.

Vuitè.- Costes de la instància

Finalment el darrer motiu del recurs de XXX es centra en una petició subsidiària de no imposició de les costes de la instància encara que es desestimi la seva oposició a la demanda. Afirmar que hi ha "iusta causa litigandi".

No ho podem compartir. Si precisament el resultat de l'estimació de la demanda és l'actuació negligent i poc curosa amb el client en el moment de la contractació, aquell no ha tingut altre remei que demanar l'auxili judicial per veure restaurats els seus drets. Per tant no es pot dir que existeix cap motiu per aplica l'excepció prevista en la Novel·la 82, cap. X.

Novè. 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,

DECIDEIX

DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de XXX,SA contra la Sentència dictada pel Tribunal de Batlles en data 8 d'agost de 2018, que confirmem íntegrament.

Imposem 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, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-