

Núm. de Protocol: 2000072/2016

Núm. de Rotlle: TSJA-0000087/2018

SENTÈNCIA 26-2019

PARTS:

Apel·lant: AGÈNCIA ESTATAL DE RESOLUCIÓ D'ENTITATS BANCÀRIES (AREB)

Representant: Sr. CPS

Advocat: BDA

Apel·lat: Sr. MAM

Representant: Sra. EAM

Advocat: Sr. ARG

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: Sr. Bernard PLAGNET

Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, vint-i-set de març de dos mil dinou.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **2000072/2016**.

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

ANTECEDENTS DE FET

1.- El Sr. MAM va interposar demanda jurisdiccional contra la resolució del 10 d'octubre de 2016 del Consell d'Administració de l'AREB per la qual s'adopta, entre altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de l'entitat X. a favor de Y.

2.- En la sentència del 2 de juliol de 2018 el Tribunal de Batlles ha estimat en part la demanda promoguda pel Sr. MAM.

3.- En el seu escrit d'apel·lació de data 5 d'octubre del 2018, l'AREB estima en substància:

- La comunicació als clients de X de la resolució de l'AREB que els declara transferibles o no a Y.
- La comunicació va ser efectivament realitzada per X.
- L'agent no ha patit cap mena d'indefensió perquè ha tingut accés a l'informe de PwC que ha analitzat els seus comptes.
- L'expedient bancari no forma part de l'expedient administratiu.
- Sigui l'única accionista de X. l'AREB no té al seu abast la documentació que constitueix dades bancàries de l'entitat.
- L'expedient bancari no pot fer part de l'expedient administratiu perquè no ha servit no ha estat tingut en compte per adoptar la resolució impugnada: l'AREB no coneix la identitat dels titulars dels comptes.

Condemna en costes i dret a la jurisdicció

No ha existit la suposada utilització abusiva el procediment per part de l'AREB.

L'AREB ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 11 de desembre de 2018.

4.- En la seva contesta de data 7 de novembre del 2018, el Sr. MAM estima en substància:

- al meu mandant mai li fou notificat el resultat de l'anàlisi dels seus comptes ni mai ha disposat en fase administrativa, però tampoc en fase judicial de l'informe de la consultora.
- no està d'acord amb el dret administratiu ni amb els seus principis d'acordar a l'AREB el no traspàs del meu mandant sense conèixer o sense disposar dels motius que condueixen a la resolució.

-el comportament processal de l'AREB ha de qualificar-se de temerari o mala fe.

El Sr. MAM ha confirmat els seus arguments en el seu escrit de conclusions de data 10 de desembre del 2018.

5.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat el magistrat ponent i han quedat vistes les actuacions per a deliberar i decidir.

FONAMENTS DE DRET

Primer.- Competència

El Tribunal Superior, Sala Administrativa, és competent per conèixer del recurs, en aplicació de l'article 39.3 de la Llei qualificada de la Justícia.

Segon.- El context jurídic del present litigi es el següent.

1) Adopció de l'instrument de resolució: creació de l'entitat pont

La Llei 8/2015 del 2 d'abril ha creat una autoritat administrativa, Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB).

“El tercer pilar consisteix que gran part de l'administració del sistema dissenyat per la Llei s'atribueix a una Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (AREB) com a autoritat competent en matèria de resolució. També, amb la finalitat de finançar, en la mesura que calgui, les mesures acordades en aplicació d'aquesta Llei, es crea, segons el que preveu la Directiva 2014/59/UE, el Fons Andorrà de Resolució d'Entitats Bancàries (FAREB), entitat sense personalitat jurídica que serà gestionada per l'AREB” (exposició de motius de la Llei).

“Article 40

AREB

1. Es crea l'AREB, amb la finalitat de gestionar els processos de resolució i d'exercir les restants facultats que li atribueix aquesta Llei.

2. L'AREB és una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, autonomia patrimonial i financera i plena capacitat pública i privada per al desenvolupament de les seves finalitats, que s'ha de regir pel que estableix aquesta Llei.

3. L'AREB queda sotmesa a l'ordenament jurídic privat excepte quan exerceixi les potestats administratives que li atribueix aquesta Llei o qualsevol altra norma amb rang de llei".

El 17 de juliol de 2015, el Consell d'Administració de l'AREB va acordar adoptar l'instrument de resolució, establert a l'article 17 de la Llei 8/2015; és a dir, la creació de l'entitat pont, en l'exercici de les facultats administratives que els articles 17 i següents, 50 i 52 de la Llei 8/2015, li atribueixen pel compliment de les funcions assignades sent l'AREB l'accionista únic d'aquesta nova entitat" (punt 83 de la resolució del 21 d'abril del 2016).

És a dir que, a comptar d'aquesta data, existeixen dos entitats jurídiques: la nova entitat i la "entitat residual".

"Cal esmentar en aquest sentit la disposició que conté l'apartat 4 de l'article 15 de la Llei 8/2015, segons la qual X., com a entitat residual, després de la transmissió de la part legítima del seu negoci a l'entitat pont, es sotmetrà a un procediment concursal dins d'un temps raonable que permeti complir la finalitat exposada al paràgraf anterior" (punt 179).

"4. Quan s'utilitzin els instruments de resolució previstos a l'apartat 1, lletres a, b i c, i s'apliquin per realitzar una transmissió parcial dels actius o passius o qualssevol drets o obligacions de l'entitat, l'entitat residual s'ha de sotmetre a un procediment concursal dins d'un temps raonable tenint en compte la necessitat que l'entitat residual col·labori per garantir la continuïtat dels serveis per part de l'adquirent i el millor compliment dels objectius i principis de resolució". (Article 15.4 de la Llei 8/2015).

2) Revisió exhaustiva de tots els clients de X.

Les autoritats andorranes van contractar a PwC per dur a terme una revisió exhaustiva de cadascun dels clients, definint un procediment denominat Customer Remediation Process (el "Procès de Revisió"). L'objectiu final d'aquest procés consistia en el fet que l'AREB disposés de les eines necessàries per decidir els clients (i, per tant, les posicions dels seus comptes) traspassables i no traspassables a Y. sobre la base de les conclusions que PwC establis formalment (en endavant, en singular; "Client Traspassable, "Client no Traspassable" i, en plural, "Cients Traspassables" y Clients no Traspassables" (punt 85).

En aquest cas, l'AREB ha aplicat regularment aquest procediment i, especialment, el punt següent:

“Dins del procés de revisió que es continua fent a X., i pel qual es continua recopilant informació de clients per a la seva anàlisi, és possible que s’identifiquin en el futur nous clients elegibles per al seu traspàs, és a dir, Clients Traspassables d’entre aquells clients que, en el moment de la publicació d’aquesta Resolució, no hagin estat encara traspassats per no ser encara elegibles, els quals seran objecte d’una nova resolució de l’AREB que els consideri Clients Traspassables a l’efecte de transferir-los a Y. o a qualsevol altra entitat o vehicle (“Nous Clients Traspassables”): punt 217.

En aquest cas, s’ha fet aplicació d’aquest procediment (v. més amunt, Fonament de dret Segon):

“Així mateix, s’acorda que X. notificarà als seus clients el resultat de l’anàlisi dels seus respectius comptes i per tant la seva condició de Client Traspassable o de Client No Traspassable a Y. amb posterioritat a la Data de Transmissió...” (Punt 266).

Aquesta disposició és la conseqüència lògica de l’existència de les dues entitats jurídiques, X. i Y.

S’ha de recordar que l’AREB és una entitat administrativa que gestiona el processos de resolució; per tant, no existeix una relació contractual entre l’AREB i els clients de X.

El present litigi s’ha de resoldre a la llum d’aquest context jurídic.

Tercer.- El procediment seguit en aquest cas

- a) L’AREB té un deure de secret, en aplicació de l’article 47 de la Llei del 2015.

Aquest deure est també previst per la directiva europeu:

“86 Toutefois, dans la mesure où les informations obtenues durant la procédure de résolution par les autorités de résolution et les professionnels qui les conseillent peuvent être sensibles tant que la décision de résolution n’a pas été rendue publique, elles devraient faire l’objet de règles de confidentialité efficaces... Il est donc indispensable de veiller à l’existence de mécanismes appropriés permettant de préserver la confidentialité de ces informations, comme le contenu et les détails du plan de redressement et du plan de résolution ou les résultats de tout examen réalisé dans ce cadre” (exposat de la directiva).

Una conseqüència d’aquest deure de secret és que l’AREB no coneix la identitat del o dels titulars dels comptes que estan identificats per un codi que només permet a X. i a Y. conèixer-los.

Per aquesta raó, la notificació del resultat de l'anàlisi és competència de X. (v. mes amunt).

b) Els clients han tingut la possibilitat de justificar l'origen dels fons.

1) El procediment seguit per l'AREB.

L'AREB descriu el procediment en la seva resolució del 21 d'abril del 2016:

“87. El Procés de Revisió s'ha dut a terme en tres nivells que es descriuen de manera succinta a continuació a efectes simplement informatius:

a. En primer lloc es va procedir a realitzar una valoració preliminar del risc de blanqueig de capitals/finançament del terrorisme (“BC/FT”) i filtrat de llistes de sancions; per a això, es va realitzar una anàlisi sobre supòsits sancionadors i/o llistes negres a escala nacional i internacional en matèria de BC/FT.

b. Seguidament, es va seguir un programa d'identificació de clients (“PIC”) i revisió diligent de clients (“RDC”): per a això, es va procedir a realitzar una anàlisi del nivell de compliment de la documentació continguda a cadascun dels expedients de cada client en relació amb els requeriments regulatoris (Customer dossier pre-check) i legals d'aplicació; identificació dels clients i compliment d'un nou KYC, acompanyats de la documentació necessària; es van fer, al seu torn, requeriments de nova informació a l'efecte d'establir el perfil de risc del client en matèria de prevenció del BC/FT (Customer risk profile).

c. I, finalment, es va dur a terme una revisió millorada (Enhanced Due Diligence) i avaluació final: investigació per especialistes per comprovar si el perfil de cada client és acceptable.

88. PwC va iniciar l'anàlisi el 16 de març de 2015, definint la data de tall per a la preparació de l'informe el 29 de gener de 2016 i tancant el document presentat a l'AREB el passat 29 de febrer. Per realitzar aquesta feina, PwC va revisar, un per un, tots els clients de X. dins de l'abast establert i totes les operacions de més de 37.000 comptes realitzades durant els últims set anys. En total, s'han analitzat 15 milions de transaccions i **s'han rebut i contrastat més de 60.000 documents enviats pels clients per justificar la legitimitat dels seus comptes.**” (la negreta és nostra).

Aquesta massa de clients explica que tots els clients no han pogut estar examinats a la mateixa data i aquesta situació no pot ser analitzada com una discriminació.

2) L'informe de Pricewaterhouse Coopers

El Sr. MAM podia acreditar l'origen dels fons i no aportat una documentació suficient.

L'informe constata: "Para acreditar los movimientos de ingresos i retiradas de fondos, el cliente ha presentado la siguiente información..." (foli 1797).

Per conseqüent, resulta clarament d'aquest document que l'interessat ha presentat observacions (v. foli 1797, 1798) però aquestes es consideren insuficients (V; foli 1798 i 1799).

L'argument relatiu a la indefensió no pot prosperar, atès que l'interessat ha tingut la possibilitat de presentar els seus arguments i coneixia perfectament els motius pels quals és un Client no Traspassable.

Es pot subratllar que, en aquesta instància, el Sr. MAM no discuteix el fons de la resolució i presenta únicament arguments de forma.

3) La notificació

En la seva resolució de data 10 d'octubre del 2016, l'AREB precisa (foli 108, foli 25, revers):

"...c) Els Clients No Traspassables rebran un abonament per l'import esmentat al subapartat anterior als comptes associats que mantenen a X. amb obligació de bloqueig fins que existeixi evidència que no concorren causes relatives a delictes, faltes o infraccions relacionades o vinculades amb el BC/FT o, en el seu defecte, fins que l'autoritat competent en matèria de PBCFT o una autoritat judicial emeti una decisió o resolució sobre la licitud de l'origen de les posicions originals dels Clients No Traspassables".

En aquest cas, és clar que la comunicació prevista a la resolució impugnada fou efectiva, atès que l'interessat ha formulat la demanda que va iniciar aquest procediment.

c) Les decisions de l'AREB són impugnables davant la jurisdicció administrativa:

La directiva preveu: "Conformément à l'article 47 de la charte, les parties concernées ont droit à un procès équitable et à un recours efficace contre les mesures qui les affectent. Les décisions des autorités

de résolution devraient donc être sujettes à un droit de recours.” (foli 88 de l’expositiu).

I l’article 85 de la directiva disposa:

“1. Le droit de recours visé au paragraphe 3 est soumis aux dispositions suivantes:

- a) l’introduction d’un recours n’entraîne pas la suspension automatique des effets de la décision contestée;
- b) la décision de l’autorité de résolution est immédiatement exécutoire et induit une présomption réfragable selon laquelle une suspension de son exécution serait contraire à l’intérêt public”.

La Llei 8/2015 preveu efectivament un dret de recurs contra les decisions de l’AREB i el recurrent ha fet us d’aquest dret en aquest cas:

“1. Els actes i les decisions de l’INAF i de l’AREB dictats en el marc de processos de resolució no es poden suspendre de manera cautelar, posen fi a la via administrativa i són directament impugnables davant la jurisdicció administrativa” (article 62).

Per conseqüent, els clients no són en situació d’indefensió.

Quart.- La condemna en costes no és possible compte tingut que l’AREB no ha actuat amb temeritat ni mala fe, i, a més, el recurs contenciós de l’agent serà finalment desestimat en aquesta instància.

DECISIÓ

En atenció a tot el que s’ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix:

Primer.- Estimar el recurs d’apel·lació presentat per l’Agència Estatal de Resolució d’Entitats Bancàries (AREB).

Segon.- Anul·lar la sentència recorreguda i declarar que la resolució del Consell d'administració de l'AREB de data 10 d'octubre del 2016 és ajustada a dret i als fins que i que legitimen l'activitat administrativa.

Tercer.- No efectuar un especial pronunciament sobre les costes causades en aquesta instància.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.