

Núm. de Protocol: 2000077/2017
Núm. Rotlle: TSJA-0000028/2018

SENTÈNCIA 102-2018

PARTS :

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

Representant: Sr. CPS
Advocat: Sr. JGB

Apel·lant: Sra. HBB i K.

Representant: Sr. ACR
Advocat: Sr. JSC

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL

President: M.I Sr. Albert ANDRÉS PEREIRA

Magistrats: M.I Sr. Bernard PLAGNET
M.I Sra. Elsa PUIG MUÑOZ

Andorra la Vella, a dinou d'octubre de 2018

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel·lació a les actuacions número **0000028/2018**.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent la magistrada Sra. **Elsa PUIG MUÑOZ**, la qual expressa el parer del Tribunal.

ANTECEDENTS DE FET

1.- El 18 de juliol de 2017 la Sra. HBB i K. van interposar demanda jurisdiccional contra la Resolució de l'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (en endavant AEREB) de data 26 de juny de 2017, per la qual s'adopta, entre d'altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de la X. (en endavant X.) a l'entitat Y., publicada al BOPA de data 5 de juliol de 2017.

2.- A la sentència 15/2018, del 6 de febrer de 2018, el Tribunal de Batlles ha estimat parcialment la demanda promoguda per l'agent.

3.- En el seu escrit d'apel·lació, de data 20 d'abril de 2018, l'AREB estima, en substància que:

-En altres sentències el Tribunal de Batlles ha considerat que la manca de notificació personal és una mera irregularitat no invalidant. A més, la notificació personal sí que es va fer per carta a l'agent el 10 de juliol de 2017 (foli 234 de les actuacions), i la Resolució també es va publicar al BOPA;

-L'agent va rebre informació sobre l'anàlisi dels seus comptes, i coneix la causa de que se'l consideri client no traspassable;

-L'expedient bancari i l'informe de PwC no formen part de l'expedient administratiu;

Seguidament la representació de l'AREB fa una explicació extensa sobre el sistema de l'anàlisi dels comptes i de la metodologia emprada per la migració dels clients a l'entitat pont, afegint que x. només pot saber els noms i cognoms que es corresponen amb un ID (identificadors del client del banc, que és únic i intransferible) si els busca un a un, però en cap cas l'AREB té accés a aquesta informació.

Afegeix que la metodologia que s'infereix de la sentència no respon a l'emprada realment, per la qual cosa el Tribunal de Batlles arriba a la conclusió –desencertada segons l'AREB- que tota la documentació obrant a X. forma part de l'expedient administratiu.

4.- L'agent es va oposar al recurs de l'AREB amb els arguments següents:

-Mai se li va notificar cap comunicació individual, incomplint així l'obligació que estableix el punt 94 de la resolució recorreguda, sense que consti als autes cap acusament de recepció de les cartes suposadament trameses.

-La documentació relativa a l'anàlisi dels comptes es va aportar en fase de prova i fou proposada pel propi agent.

-Se l'hi ha causat indefensió ja que no ha estat fins les conclusions que ha tingut coneixement de l'anàlisi efectuat.

-L'expedient bancari i l'informe de PwC sí formen part de l'expedient.

En el mateix escrit es va sol·licitar la pràctica de determinades proves documentals, que per provisió de 22 de juny del 2018, es van denegar, tot indicant que el document 1 que va adjuntar al seu escrit de 22 de maig ja va ser incorporat als autes mitjançant l'escrit de conclusions de 16 de gener del 2018 (concretament consta als folis 230 a 234 del procediment tramitat a la instància).

5.- Per la seva banda, el recurs d'apel·lació de la Sra. HBB i K. té com a únic objectiu que s'imposin les costes en la instància a l'AREB, en considerar que ha actuat amb temeritat i mala fe.

6.- Trameses les actuacions a aquesta Sala, s'ha designat la magistrada 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.- L'acte que és objecte del present recurs és la Resolució de la AREB, de data 26 de juny del 2017, per la qual s'adopta, entre d'altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de X. a l'entitat Y.

Per comprendre millor l'objecte i abast de la Resolució impugnada, cal fer un breu anàlisi del procés de reestructuració de X.

En aquest sentit, cal tenir en compte que una de les raons del bloqueig nacional i internacional de l'operativa de X. va ser la incertesa sobre la licitud de l'origen de les posicions de certs clients de l'esmentada entitat, la qual cosa va determinar la necessitat de dur a terme un procés de revisió exhaustiva de cadascun dels clients. Per a això, les autoritats andorranes van contractar PwC perquè

s'encarregués de realitzar aquest procediment, anomenat Customer Remediation Process (o "Procés de Revisió") com a part intrínseca i imperiosa del procés de resolució de X., és a dir, l'exigència ineludible d'identificar i separar l'operativa dels clients en funció del seu nivell de compliment del marc legal de Prevenció del Blanqueig de Capitals i Finançament del Terrorisme (en endavant, PBCFT).

L'objectiu final d'aquest Procés de Revisió 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 establís en relació al total de clients respecte del compliment amb la normativa de PBCFT, tant materialment com formalment (el anomenats clients traspassables), i els que no.

Havent-se produït una sèrie de traspassos d'actius i passius a Y. a l'empara de les Resolucions de 10 d'octubre de 2016; 12 de desembre de 2016 i 2 de maig de 2017, el Consell d'Administració de l'AREB dins del continu Procés de Revisió va acordar, amb data 26 de juny de 2017, un nou traspàs addicional d'actius i passius a Y. Com ja va succeir en les anteriors ocasions, els actius i passius a traspassar vingueren determinats per aquells clients que, dins de l'esmentat continu Procés de Revisió, es reconsideraren com a traspassables en el període de temps comprès entre la Resolució del 2 de maig de 2017 i el 26 de juny de 2017, data de referència d'aquest traspàs.

D'aquesta manera, en virtut de la Resolució del 26 de juny de 2017 s'adoptaren, de conformitat amb allò establert a la Llei 8/2015 del 2 d'abril, de mesures urgents per implantar mecanismes de reestructuració i resolució d'entitats bancàries (en endavant LREB), els acords de (i) transferència d'actius i passius de Nous Clients Traspassables i (ii) Liquidació de posicions dels Clients No Traspassables.

La Resolució del 26 de juny de 2017 estableix que la X. ha de notificar als seus clients el resultat de l'actualització de l'anàlisi dels seus comptes respectius i, per tant, la seva condició de Nou Client Traspassable o si, contràriament, manté la seva categorització de Client no Traspassable a Y., i que aquestes comunicacions han de fer-se mitjançant publicació, i també mitjançant una comunicació individualitzada comunicant el resultat de l'anàlisi dels seus comptes.

L'AREB manté al seu recurs que X. sí va enviar varies cartes a l'agent (que es van aportar per X., folis 230 a 234 de les actuacions), mentre que l'agent afirma que no en va rebre cap carta ni comunicació.

Doncs bé, l'apartat 94 de la resolució recorreguda diu:

“94. S’ACORDA així mateix que X. ha de notificar als seus clients el resultat de l’actualització de l’anàlisi dels seus comptes respectius i, per tant, la seva condició de Nou Client Traspassable o si, contràriament, es manté la seva categorització de Client No Traspassable a Y. amb posterioritat a la Data de Transmissió mitjançant comunicacions escrites individualitzades. Aquestes comunicacions han de fer-se de la manera següent:

a. Mitjançant la publicació d’aquesta resolució o de successives resolucions al BOPA.

b. Mitjançant una comunicació individualitzada comunicant el resultat de l’anàlisi dels seus comptes respectius i informant de la seva condició de Nou Client Traspassable o de Client No Traspassable a Y.”

(el subratllat és nostre)

Certament la redacció d’aquest apartat no és massa afortunada, ja que no deixa clar que ambdues formes de comunicació –publicació en el BOPA, i notificació personal a l’interessat- són necessàries, tanmateix és evident que el titular del compte corrent és interessat en el procediment, i cal que sigui notificat de forma personal de la decisió de l’AREB de mantenir la seva condició de client no transferible, notificació que l’agent nega haver rebut.

La sentència del Tribunal de Batlles sosté que, mitjançant aquesta disposició, l’AREB ha delegat en X. la notificació individualitzada però que, tanmateix, és la pròpia AREB l’organisme que continua sent responsable de l’efectiu compliment d’aquest acte de comunicació, afirmació que aquesta Sala comparteix.

I la documentació lliurada per X. no acredita –al menys per sí mateixa, com seguidament es veurà-, que les cartes fossin enviades a l’agent, i encara menys que aquest les hagués rebut.

A la sentència objecte d’apel·lació es manté que en aquest cas el defecte de notificació és rellevant en haver causat indefensió a l’agent, i acorda *“la retroacció del procediment administratiu al moment que l’AREB, ja sigui directament o a través de l’entitat que administra (es refereix a X.) havia de notificar de forma individualitzada a l’agent el resultat dels seus comptes respectius i informant de la seva condició de client transferible o no transferible a fi que un cop notificada pertinentment aquesta decisió, la qual s’haurà d’acompanyar de la documentació que justifiqui l’anàlisi dels seus comptes i la decisió adoptada, i per tant també de l’informe emès per part de la consultora contractada, l’agent pugui, si ho creu oportú, impugnar en via contenciosa la decisió adoptada.”*

El raonament d’aquesta decisió es troba al fonament VI de la sentència apel·lada. Així, el Tribunal de Batlles, després d’haver-se referit en els fonaments anteriors a l’article 57 de la LREB, i a l’article

94 de la Resolució objecte del present recurs contenciós considera que *“no és que no s’hagi de notificar individualment l’Acord que en paral·lel fou publicat al BOPA, procedir que segons les circumstàncies podria conceptuar-se com una mera irregularitat no invalidant ja que <per se> no s’hauria privat a l’agent del seu dret a defensar-se, sinó que el què no s’ha notificat als demandants és el resultat de l’anàlisi dels seus comptes bancaris, informació que evidentment no constava en el repetit acord.”*

A la sentència no es concreta què entén el Tribunal de batlles pel concepte *“actualització de l’anàlisi dels seus comptes respectius”*, tot i que sembla despendre’s que ho equipara a l’informe de PwC (en la part que afecta al client, és evident).

Tanmateix, cal tenir en compte que l’article 57 de la LREB disposa que l’AREB ha de portar a terme les actuacions necessàries per donar publicitat a les mesures adoptades en virtut d’aquesta, publicitat que s’ha donat a través de la publicació al BOPA de la Resolució de 26 de juny del 2017 –com reconeix la sentència apel·lada-, i d’altra banda, l’article 94 de la Resolució impugnada estableix que X. ha de notificar als seus clients el resultat de l’actualització de l’anàlisi dels seus comptes respectius -i, per tant, la seva condició de com a nou client traspassable o el manteniment com a no traspassable a Y.-, mitjançant comunicacions escrites individualitzades, i que aquestes comunicacions han de fer-se, a més de mitjançant la publicació de les resolucions de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de X. a l’entitat Y. al BOPA –com efectivament s’ha fet-, mitjançant una comunicació individualitzada comunicant el resultat de l’anàlisi dels seus comptes respectius i informant de la seva condició de client traspassable o no.

És a dir, la literalitat d’aquest precepte no obliga a lliurar al client l’informe de PwC –com sembla despendre’s de la sentència del Tribunal de Batlles-, sinó a comunicar el resultat de l’anàlisi realitzat, és a dir, si és o no client traspassable, dada que, en aquest cas, l’agent sí que coneix.

D’altra banda, l’article 95 de la pròpia resolució estableix que, a més, X. *“informarà els clients que hauran de posar-se en contacte amb X. o els seus gestors respectius per obtenir més informació en aquest sentit”*.

Aquesta previsió no tindria sentit si a la comunicació que s’ha d’enviar als clients es continguéssim l’informe de PwC o qualsevol altra documentació, més enllà de comunicar si són o no clients traspassables.

En definitiva, la norma obliga a comunicar als clients si són o no traspassables, i a informar-los que s'han de posar en contacte amb X. per obtenir més informació, procediment que s'ha seguit en el cas que ens ocupa, com tot seguit s'analitzarà.

Així, cal tenir en compte que la Sra. HBB va interposar també recurs contra la Resolució del 2 de maig de 2017, per la qual s'adopta, entre d'altres, l'acord de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de X. a l'entitat Y., és a dir, la resolució anterior a la que és objecte del present recurs. En aquell cas el recurs que va rebre el número 2000061/2017 (rotlle 22/2018). En ambdós casos els escrits processals són molt similars i la documentació aportada també. Les diferències estan en el fet que en aquest recurs, a més de la Sra. HBB, el recurs es va presentar també en nom de K., que és una societat patrimonial panamenya la beneficiària de la qual es la Sra. HBB (veure folis 155 i 192 de les actuacions). De fet, les cartes remeses per X. es van adreçar a la Sra. HBB en tant que única beneficiària de la societat.

I de l'anàlisi de l'anàlisi de la documentació obrant a les actuacions es comprova que la Sra. HBB sí va rebre diverses comunicació de X., si bé amb anterioritat a l'aprovació de la Resolució que és objecte del present contenciós, en les qual se li va dir que no era client traspassable. També reconeix que havia de justificar les operacions bancàries que PwC considerés necessàries per tal que l'agent pogués ser client traspassable, i està acreditat que es va requerir que la Sra. HBB aportés la seva titulació acadèmica i les seves declaracions fiscals.

Així, al foli 2 del document 3 que va adjuntar l'agent a l'escrit de conclusions del procediment 2000061/2017 –foli 225 de les actuacions- l'advocat de l'agent reconeix que *“el 4 de setembre de 2015 la Sra. HBB lliurà a X/PwC tota la documentació sol·licitada pels agents intervinents durant el procés de KYC amb una detallada explicació de l'operativa i informació sol·licitada per agents intervinents”,* i que es va lliurar la seva titulació de professora d'Estudis Socials de l'any 1993 (foli 221), i va lliurar també la titulació de postgrau com a especialista en planificació i avaluació de l'any 1995 (foli 222).

Tanmateix aquestes titulacions ho son com a professora (el títol s'atorga per l'“*Instituto de Mejoramiento profesional del Magisterio*” de la “*Universidad Pedagógica Experimental*”, i el d'“*Especialista en Planificación y Evaluación de la Educación*” l'expedeix el “*Centro de Investigaciones Psiquiátricas, Psicológicas y Sexológicas de Venezuela*”, és a dir, les seves titulacions ho són com a professora -o mestre-, que és l'activitat a la què s'ha dedicat fins la seva jubilació.

D'altra banda, l'agent està jubilada de la seva professió –que és la de professora o mestre d'escola- i, en la seva condició de pensionista, no està obligada a presentar declaració de l'impost de la renda, segons ella mateixa ha sostingut davant X.

En el mateix document 3, concretament al foli 227 de les actuacions del procediment 2000061/2017, l'advocat de l'agent reconeix que:

“En data 3 de juny i arrel de la comunicació efectuada per l'entitat segons la quina Sra. HBB no migrava a Y., en considerar un client “No apte”, se'ns informà que l'única qüestió pendent en l'anàlisi de l'operativa era <justificar la relació con el ordenante del TRASPASO por 4 MM\$”, o el que és el mateix, justificar la seva relació amb el Sr. B.

Atenent a que la relació entre les parts és mercantil, i es refereix a un únic pagament, en la resposta enviada en mes de juny es va fer novament referència a l'exposat anteriorment.”

Aquestes afirmacions demostren que l'agent sí va rebre les comunicacions relatives a que no era client traspasable després d'aprovar-se les resolucions anteriors de transmissió seqüencial de diferents actius i passius de l'entitat bancària X. a Y., tanmateix, a l'escrit d'oposició al recurs d'apel·lació de l'AREB afirma reiteradament i amb vehemència que no les va rebre mai.

És cert que les comunicacions remeses a l'agent que varen ser aportades a les actuacions (folis 230 a 234 de les presents actuacions, i 149 a 153 de les del procediment 2000061/2017), no es van acompanyar amb el corresponent acusament de rebuda, però les manifestacions de l'advocat de l'agent reconeixen haver-les rebut –i, com a conseqüència d'això, haver aportat la documentació que li fou requerida-, demostra que sí es van enviar i sí es van rebre per l'agent.

I si l'agent reconeix haver rebut les primeres comunicacions, es pot concloure que coneixia el contingut de les raons determinants de la Resolució de 26 de juny de 2017 (en tots els casos es tracta de cartes adreçades a la Sra. HBB al seu domicili a Venezuela, i tenen un contingut idèntic: es comunica a l'agent que continua sent client no traspasable, i se li demana que es posi en contacte amb X. pels canals que s'indiquen), amb la qual cosa no s'ha produït indefensió als agents.

A més, al paràgraf 13 de la demanda es reconeix que la representació lletrada ha procedit a actuar d'intermediació entre X.-PwC i els seus clients, exposant l'operativa d'acord a les explicacions, fets i documents facilitats pels clients.

De fet, si bé el retret de l'agent és que no sap perquè no es client traspasable, aquest Tribunal no dubta que sí ho sap. El

problema rau en què la documentació aportada per l'agent no ha estat suficient per poder acreditar la licitud del traspàs en favor de l'agent, mestra jubilada resident a Venezuela i que no ha demostrat tenir cap formació en el món dels negocis –i encara menys del negoci del joc *on line*- de 4MM\$ com a contraprestació per la seva suposada participació en la compravenda de dues empreses del sector del joc *on line*, i és aquesta qüestió la que, al seu cas, havia d'haver analitzat l'agent a la seva demanda, ja que disposava dels elements per fer-ho –l'agent sabia quins eren les objeccions per poder ser considerada client traspassable-, i al seu cas, l'AREB podia haver-li rebut en la seva oposició a la demanda.

En definitiva, tot i que no hi ha una constància fefaent de que l'agent va rebre la comunicació que li va adreçar X. el 14 d'octubre del 2016 (foli 231 de les actuacions), els raonaments anteriors permeten sostenir que sabia els motius pels quals era client no traspassable, ja que en la documentació obrant a les actuacions el Lletrat dels agents reconeix haver rebut altres comunicacions anteriors.

En qualsevol cas, aquest Tribunal considera que aquesta al·legació és purament formal i no ha comportat indefensió als agents, que podia haver discutit en la instància –i no ho va fer fins l'escrit de conclusions- que la documentació aportada a X. era suficient per justificar la procedència lícita dels fons.

A l'últim, resulta anòmal i contradictori que l'agent busqui a la pròpia Resolució objecte de recurs la fonamentació de la seva demanda. En tot cas es tractava d'una qüestió relativa als efectes de la Resolució, però no una causa de nul·litat de la mateixa.

Per tot això cal concloure que el recurs d'apel·lació formulat per l'AREB ha de ser estimat. Pel mateix motiu, cal desestimar el recurs d'apel·lació interposat per l'agent que, com s'ha dit, tenia com a únic objectiu la condemna en costes a l'AREB, condemna que no és possible compte tingut que no ha actuat amb temeritat ni mala fe, i, a més, el recurs contenciós de l'agent serà finalment desestimat en aquesta instància.

Tercer.- No s'aprecien circumstàncies determinants d'una especial condemna al pagament de les despeses d'aquesta segona instància.

DECISIÓ

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

Primer.- Estimar el recurs d'apel·lació presentat per l'AREB i revocar la sentència recorreguda únicament en la part que estima el recurs de l'agent.

Segon.- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la Sra. HBB i K.

Tercer.- No efectuar cap condemna en costes.

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.

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