

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 27 de novembre 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.- Per escrit presentat en data 19 de maig del 2016 en el marc de la causa 6000197/2016, la Sra. G.C.T., actuant en la seva qualitat de Procuradora del Tribunals i de la Sra. J A.N. va formular demanda contra la societat XXX, SA, i va sol·licitar substancialment que en el seu dia es dicti sentència, que declari nuls els acords pels quals la societat XXX, SA va retrocedir la transferència de fons ordenada per la seva mandant per import de 84.931.-

euros i que de no ser possible l'anterior, que s'anul·li l'ordre de recol·locació de les participacions preferents, i la imposició a la part demandada de les costes judicials ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador.

II.- La representació processal de la societat XXX va contestar la demanda en data 20-10-2016 oposant-se totalment als arguments exposats a la mateixa, manifestant que es faci imposició als agents de les costes processals ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador

III.- Les parts van presentar oportunament els seus escrits de rèplica i dúplica, 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 26-04-2018 i va decidir : “ **Primer.-** Estimar les demandes formulades per les representacions processals dels Srs. J.A.N. i R.A.R. contra la societat XXX, SA i declarar la nul·litat de ple dret de la decisió adoptada per la societat XXX, SA el 19 de març del 2018 i amb data valor el 11 de març del 2018 de compravenda d'accions preferents amb càrrec als comptes bancaris oberts en dita entitat per part dels Srs. J.A.N. i R.A.R.

Segon.- Condemnar a la societat XXX, SA a reintegrar al compte corrent titularitat de la Sra. J.A.N. la suma de 84.931.-euros i al compte corrent titularitat del Sr. R.A.R. l'import de 49.959,56.-euros.

Tercer.- Fer imposició a la societat XXX, SA de les costes judicials ocasionades als agents, inclosos els honoraris derivats de la intervenció d'advocat i de procurador, a acreditar en període d'execució de sentència.”

V.- 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 24-07-2018, demana la seva revocació i que s'imposi a l'adversa les costes del procediment.

Pel contrari, la part recorreguda, per escrit de contesta a les conclusions de data 13-09-2018, va oposar-se al recurs i va sol·licitar la

desestimació d'aquell amb imposició a la part recurrent de les costes processals.

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

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. – En el present procediment els Srs. J.A.N. i R.A.R., part agent, reclamen front la part defenent XXX,SA en demanda en la que sosté una petició de nul·litat de l'acord de 17.3.15 de retrocedir les transferències per ells ordenades en el dia 12.3.15 i també la nul·litat de l'acord de 19.3.15 de anul·lar XXX la recompra de les participacions preferents que havia tingut lloc per apunt comptable del dia 12.3.15, més les condemna al pagament de l'import de la compra de les participacions preferents, és a dir, 84.931€ i 49.959,56€ respectivament més les costes judicials.

La sentència d'instància estima la demanda en els termes que hem transcrit en l'antecedent de fet anterior.

Contra tal decisió s'alça la part defenent.

SEGON.- Antecedents d'interès i fets provats

Abans d'entrar en l'examen de cadascun dels recursos hem de centrar els fets que han esdevinguts demostrats. Com ja es públic i notori en el dia 10.3.15 es va fer pública la nota del *United States Department of the Treasury's Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN) per la qual se la va declarar “*com a entitat financera de preocupació de primer ordre en matèria de blanqueig de capitals*” i, arran d'això, les autoritats nord americanes varen adoptar diverses mesures per limitar en el futur l'activitat operativa de la XXX entre les quals la de la prohibició d'obrir i/o mantenir comptes de corresponsalia amb l'entitat, a més d'altres mesures

preventives. Llegim en la Resolució de l'AREB de 21.4.16 que *“En definitiva, tal com assenyala la NoPRM mateixa, l'objectiu de la mesura és l'exclusió de XXX del sistema financer nord-americà, animant la resta de països a prendre mesures similars sobre la base de la informació facilitada per FinCEN”*.

“3. A partir del mateix moment en què es va produir aquesta declaració i proposta, el conjunt de l'activitat de XXX es va veure afectat. Alguns dels corresponsals i custodis, com també diferents operadors de sistemes de pagaments van comunicar la seva decisió d'anticipar l'aplicació de les mesures proposades per FinCEN a l'efecte de l'obertura o el manteniment de comptes amb XXX. Això va suposar un deteriorament immediat i significatiu de la capacitat operativa de XXX, la qual s'ha continuat produint fins provocar, de facto, un bloqueig complet de l'operativa de l'entitat dins l'àmbit internacional, i fortes limitacions d'aquesta dins l'àmbit intern.”

L'endemà, 11.3.15 (dimecres) l'INAF va acordar la suspensió del Consell d'Administració de XXX així com del seu conseller-delegat i de dues persones més i va nomenar tres administradors provisionals mancomunats. Aquesta decisió va suposar la intervenció de l'entitat.

En el dia 12.3.15 (dijous) els agents, la Sra. J. i el Sr. R. donen l'ordre al seu gestor bancari (familiar directe seu) de vendre les participacions preferents i així ho anota -com apunt comptable- el gestor bancari per import de 84.931€ i 49.959,56€ respectivament, a cadascun dels seus comptes respectius. No consta que aquesta operació extraordinària de recompra (en el cas de les preferents) fos autoritzada pels nous administradors. Al mateix temps un cop ja anotat en compte aquests ingressos, ordenen els clients transferir els saldos dels seus comptes (312.000€ i 630.000€ respectivament) a l'entitat XXX,SA en el qual també hi tenen comptes.

Posteriorment, el dilluns dia 16.3.15 es va publicar en el BOPA el Decret del Cap de Govern, “d'aprovació de mesures cautelars i temporals que **considerin adients en relació amb l'operativa corrent nacional i**

internacional de l'entitat" en relació a l'operativa de clients de XXX que, entre d'altres mesures, es va autoritzar als administradors provisionals a va fixar límits quantitatius a la lliure disposició de saldos, comptes corrents, comptes de crèdit o de qualsevol altre tipus, així com la transmissió, endossament o cessió d'efectes canviaris. També podien fixar límits quantitatius a la utilització de mitjans de pagament i operativa de caixers. Tot això degut *"a la situació excepcional que ha motivat la suspensió provisional del Consell d'Administració de la XXX" i "a les circumstàncies extraordinàries del moment, amb l'objectiu de **preservar els interessos dels clients i salvaguardar l'estabilitat i el valor de l'entitat, així com salvaguardar l'estabilitat i reputació dels sistema financer andorrà, promoure la confiança en aquest i contribuir a reduir el risc sistèmic**"*.

Acte seguit els administradors provisionals ja varen fer ús de les facultats atorgades pel Decret de 16.3.15 i les ordres de recompra i les transferències posteriors al 11.3.15 es varen veure afectades, atesa la seva quantia que superava amb escreix la limitació quantitativa de disposició per compte imposada pels nous administradors (2.500€ setmanals per compte).

En dia 17.3.15 es retornen les dues transferències de saldo al compte del XXX i el dia 19.3.15 XXX acorda la retrocessió de la compra de les preferents que s'havia anotat en el dia 12.3.15 pels imports ja indicats respectivament.

Posteriorment els administradors varen formular en data 26.3.15 una demanda de suspensió de pagament per l'obertura del procediment d'arranjament judicial a la Batllia atesa la inviabilitat operativa de l'entitat.

Finalment, en data 2.4.15 es va aprovar pel Consell General la llei 8/2015 i en el dia 16.4.15 es va constituir l'Agència estatal de resolució d'entitat bancàries (AREB).

TERCER.- Nul·litat de ple dret dels acords de XXX

Convé precisar quina és la pètitia de la part agent en aquest procediment. Les dues demandes acumulades que són idèntiques en la seva pretensió fan referència a 1) *“que es declari nul l’acord pel qual es retorna la transferència ordenada per la Sra.(Sr.) A. de l’entitat XXX al XXX,SA per valor de 84.931€ (49.959,56€); i 2) de no ser possible retornar la dita transferència al XXX,SA es demana que s’anul·li l’ordre de recol·locació (sic) de les participacions preferents, contrària a les ordres donades per la Sra.(Sr.) A. i que en el se dia eren ajustades a Dret.”*.

En la seva rèplica la part agent introdueix la qüestió de la naturalesa de les accions o participacions preferents i el deure d’informar al client minorista de tots els riscos abans de la seva contractació fent referència a la normativa MIFID, qüestió aquesta que res té a veure amb el debat d’aquesta litis atès que no es demana la nul·litat per vici en el consentiment de les ordres de compra de preferents que es remunten a efectes del 29.7.11 en els dos clients. En la seva rèplica ja no distingeix si les transferències retornades de les quals en demana la nul·litat són les de l’import indicat en la demanda o són les dels imports de tot el saldo existent en el compte en el moment que va ordenar la seva transferència a l’entitat CA.

Aquesta manca de claredat porta al Tribunal d’instància a estimar que el que demana també és la nul·litat de l’ordre de retornar la transferència pels seus imports del saldo total (312.000€ per la Sra. Judith i de 630.000€ pel Sr. R.) i arriba a la conclusió el Tribunal que la pretensió d’anul·lar la retrocessió o retorn de la transferència no va ser per voluntat de XXX sinó per les circumstàncies alienes i foranies que l’envoltarem arribant al *“bloqueig complet de l’operativa de l’entitat dins l’àmbit internacional i fortes limitacions d’aquesta en l’àmbit intern”* a partir de la nota del FinCEN del dia 10.3.15, en clara coincidència amb el relat que inclou la Resolució de l’AREB de 12.12.16 que transcriu parcialment.

QUART.- Força major i compliment d'obligacions legals

Dins del marc de la pretensió de la part agent hem de considerar, en primer lloc, si hi ha hagut incompliment voluntari de no executar l'ordre de transferència de saldos a CA. I a la vista dels fets provats que hem recollit, arriba la sentència d'instància que el retorn de les transferències efectuades no és imputable a l'entitat defenent. Així, si bé només resulta explicable que en el dia següent a la decisió de l'INAF de cessar al Consell d'Administració, es recomprin als clients les participacions preferents (que no estava obligada l'entitat a recomprar) pel fet del parentiu que l'entitat defenent relata en la seva contesta a la demanda i reitera en les conclusions del recurs i que ni en un moment processal ni en l'altre ha estat desmentit per la part agent. El cert és que la sentència d'instància conclou que aquelles transferències a CA no es va executar no per voluntat de XXX sinó per la situació de bloqueig real a partir del dia 10.3.15 i encara més del dia següent quan es va cessar al Consell d'Administració i es van nomenar tres administradors provisionals aliens a l'entitat.

Així doncs podem concloure que es va trobar l'entitat defenent davant d'una causa de força major (**previsible inevitable**, després de la decisió de l'INAF del dia 11, com recull la nostra reiterada doctrina sobre els requisits de la força major en la sentència de 27.11.14), que va impedir qualsevol operativa a través de la cambra de compensació interbancària per executar l'ordre de transferència.

Cal remarcar que aquesta decisió de la sentència d'instància sobre la impossibilitat de declarar la nul·litat de l'acord de retrocedir les transferències per l'import total del saldo no ha estat impugnada per la part agent.

CINQUÈ.- Aleshores, si hem arribat al convenciment de que no hi va haver incompliment contractual imputable a la XXX actual per les causes circumstancials ja explicades des del dia 10.3.15, no podem tampoc atendre a la petició de declaració de nul·litat de la decisió de retrocedir la compra

de les participacions preferents.

En primer lloc, per una qüestió de coherència amb l'anterior decisió. Així si es va retrocedir la transferència de tot el saldo existent en cada compte dels agents (312.000€ i 630.000€) en el qual ja s'hi havia inclòs el preu de la recompra de les participacions preferents (84.931€ i 49.959,56€), no resultaria acceptable que ara es tornés a fer pagar a l'entitat XXX un altre cop el mateix import que ja consta anotat en el compte de cadascun dels agents.

En segon lloc, perquè la mateixa raó dels bloqueig en la pràctica de la seva activitat en la que es va trobar la XXX des del dia 10.3.15 justifica que no es pogués executar l'ordre excepcional i extraordinària de recompra (no de recol·locació, com es diu en la demanda) si no comptava ja amb el vistiplau dels administradors provisionals nomenats des del dia 11.3.15, cosa que s'ha acreditat ni tan sols al·legat que es produís.

En tercer lloc, no es pot oblidar que en el contracte que cadascun dels agents va signar amb XXX s'inclouïa en la clàusula Cinquena (folis 147 i 153) una previsió de que XXX no seria responsable del no compliment de les ordres dels clients si era *“en compliment d'obligacions legals”* o més específicament *“en cas de prohibicions o restriccions legals...bloquejos ordenats per les autoritats reguladores.. força major o qualsevol altra causa aliena a XXX”*. Així doncs, el propi concert contractual privat entre les parts obligava a actuar així.

En conclusió, l'actual administració de XXX va actuar conforme els mandats del regulador i del M.I. Govern, tal i com havia pactat que faria en el compliment del contracte amb els seus clients i, a més, en compliment de la seva obligació legal de protegir els drets de tots els clients, de la pròpia entitat i del sistema financer del Principat.

Si no s'hagués produït la intervenció i resolució de l'entitat, resultaria que

tindrien els agents els saldos dels seus comptes a la seva lliure disposició i ingressats a CA. Però com no ha estat així i ara s'ha de seguir el procediment previst en la llei 8/2015 respecte els comptes de cada client, previ el seu anàlisi, no podem ordenar que se li abonin els imports perquè resultaria contrària a la dita llei i, a la vegada, contrari a la igualtat de tracte amb la resta de clients afectats per la situació de l'entitat.

SISÈ.- En conclusió, el recurs de la part defenent ha de ser atès perquè en cap cas ha aplicat amb efectes retroactius mesures contingudes en el Decret de 16.3.15 sinó que ha actuat en aplicació de les obligacions legals que li corresponia aplicar a l'actual administració des de que va ser nomenada en el dia 11.3.15 que estava obligada a preservar els interessos de la seva cartera de clients sense privilegis i això ho va acordar.

Això comporta que les costes de la instància hagin de ser imposades a la part agent per la desestimació integral de la seva demanda (Codi 7,51,5), però que les costes recurs no hagin de ser imposades a cap de les parts (arg. Novel·la 82, cap. X).

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

- 1) ESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal de XXXX,SA contra la Sentència dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 26 d'abril de 2018, que revoquem en el sentit de **DESESTIMAR la demanda interposada per la Sra. J. A.N. i el Sr R.A.R. amb imposició de les costes de la instància a la part agent.**

- 2) No fem pronunciament de les costes causades en aquesta alçada derivades del recurs.

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