

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 29 de maig 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 ANIERE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

## **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Per escrit registrat en data 06.06.12, la representació processal del Sr. J.E.F., formulà demanda pel procediment ordinari, contra l'entitat bancària A SA, mitjançant la qual sol·licitava es dictés Sentència condemnant-se aquesta darrera a la quantitat de 25.469,61.- euros augmentada dels interessos bancaris corresponents i amb inclusió del *lucrum cessans* que va deixar de percebre el seu mandant fruit de la negligència imputable de l'adversa, incloent-hi les costes processals causades.

II.- En data 18.07.12 la representació processal de l'entitat A SA va oposar-se a les pretensions de contrari, i sol·licitava que es dictés sentència desestimant la demanda en tots els seus extrems condemnant a l'adversa a

pagament de les costes ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador.

III.- Les parts van replicar i duplicar de forma oportuna reproduint les seves pretensions.

IV.- Obert el judici a proves, van ser practicats els diferents mitjans probatoris proposats pels litigants.

V.- Les parts van formular escrit de conclusions en què van reproduir les seves pretensions inicials.

VI.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar Sentència en data 15.11.17, amb la següent part decisòria:

*“Primer.- que desestimant íntegrament la demanda principal interessada pel Sr. J.E.F. contra l'entitat bancària “A, S.A.”, ha d'absoldre i absol lliurement a la darrera de tots i cadascun dels pediments efectuats de contrari, amb imposició de les costes processals d'aquesta instància segons s'ha motivat en el darrer Considerant.*

*Segon.- 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.”*

VII.- Contra l'esmentada resolució formula recurs d'apel·lació la representació processal del Sr. J.E.F., i en virtut dels arguments que exposa en les seves conclusions, demana la revocació de la sentència d'instància amb imposició de les costes processals d'ambdues instàncies a la contrapart, inclosos els honoraris d'advocat, de procurador i de pèrit.

VIII.- Per escrit registrat el 11.04.18, la representació processal de l'entitat A SA (A), s'oposava a les pretensions de la contrapart, sol·licitant expressa imposició en costes a la part apel·lant amb inclusió dels honoraris 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 reclama la devolució de la suma invertida en el producte FONS ALTERNATIU CONSERVADOR (abans denominat Fons Alternatiu Moderate) segons una ordre de compra que va donar en data 1.2.07 sobre participacions en aquest Fons per import de 25.469,61€. Considera que el seu perfil era d'un inversor conservador i que el banc com a dipositari d'aquest Fons que havia contractat amb la societat gestora G,SA havia d'haver-lo informat de tots els riscos que comportava doncs la finalitat de la inversió del client era únicament la de conservació del capital invertit, evitant la volatilitat del capital. En no haver-ho fet així i vista la considerable pèrdua de capital patida, reclama la devolució del capital invertit i a més els interessos bancaris i el lucre cessant per la fallida inversió. En definitiva el que demana la part agent és l'anul·labilitat de l'ordre de compra i la devolució de les prestacions.

### **II.- Consideracions preliminars**

I) En primer lloc, cal que ens referim a l'abordatge de la normativa aplicable a la contractació d'aquesta naturalesa. 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 dipositen 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 honestedat 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.- Ha restat acreditat a les actuacions que en data 1.2.2017 el Sr. J.E.F., comerciant jubilat i amb 64 anys d'edat, va efectuar una compra de 202 participacions del producte ALTERNATIVE FUND MODERATE per import de 25.469,61€ que posteriorment va canviar la seva denominació per la de FONS ALTERNATIU CONSERVADOR.

De la documentació que es troba a les actuacions (document 10, foli 105) apareix una ordre per a la compra de valors, on es conté escrit a mà la data indicada i compra de 25.000€ en participacions ALTERNATIVE FUND MODERATE, a la vegada que el càrrec efectuat va ser per import de 25.469,61€, segons figura al foli 27.

En l'únic fulletó incorporat a les actuacions en relació al dit producte ofert per l'entitat al client (segons ja es reconeix en la contesta a la demanda

-foli 44-), es pot llegir sobre aquest Fons Alternatiu Conservador: “**Objectiu del fons d’inversió. Aquest fons va ser creat amb la finalitat d’obtenir un creixement del capital al llarg termini invertint en estratègies no tradicionals amb la volatilitat molt baixa.**” Horitzó mínim d’inversió: Cinc anys”.

Afegirem que aquest capital invertit (25.469,61€) va passar a 22.194,73€ en 4.6.08; a 16.807,61€ en 19.12.08; a 7.706,98 en 20.9.10; a 7.832,26€ en 20.6.11; a 5.870,56€ en 8.2.12. En data 4.10.10 el Sr. J.E.F. va demanar el reemborsament com a titular de les participacions i se li va comunicar la impossibilitat atesa la suspensió provisional del reemborsament de participacions efectuada per la gestora del fons G, SA.

IV.- Davant la manca d’informació sobre el producte i sobretot dels seus riscos que efectua el demandant per estimar que justifica la devolució íntegra de la suma invertida (en altres paraules la nul·litat dels efectes de l’ordre de compra) hem de recordar pel que fa al deure d’informació per part de l’entitat financera, que, com ja vam afirmar a la nostres sentències de 28.02.2017 (263/16 i 290/16) i la de 26.4.2017 (TSJC 546/16), l’article 7 de la Llei de regulació del règim administratiu bàsic de les entitats financeres de 30-06-1998 obligava a les entitats a mantenir en les seves estructures tècniques i d’organització administrativa uns estàndards de qualitat internacionalment homologables en el sector. Aquests estàndards foren contemplats i definits a la Directiva 2004/39/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d’abril de 2004 (coneguda com a Directiva MIFID), relativa als mercats d’instruments financers, per la qual es modifiquen les Directives 85/611/CEE i 93/6/CEE del Consell i la Directiva 2000/12/CE del Parlament Europeu i del Consell i es deroga la Directiva 93/22/CEE del Consell.

Aquests estàndards han estat implementats a Andorra pel Comunicat 163/05 de l’ INAF i per la posterior 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.

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".*

L'esmentat comunicat 163/05, que exigia el deure d'informació clara, correcta, precisa, suficient i lliurada a temps va entrar en vigor el 31 de març de l'any 2006; és a dir, abans de la compra del producte financer que ens ocupa en el present supòsit.

No s'ha provat per l'entitat financera, i es tracta d'una càrrega probatòria que li pertoca, que hagués facilitat la informació clara, precisa, suficient i correcta sobre el producte financer que s'oferia a la part adquirent. Però, sobretot, no es va facilitar cap informació sobre el risc del producte per tal que el client pogués conèixer amb detall els efectes de l'operació. Per altra part, tampoc consta que l'entitat hagués valorat el perfil de risc del client per a l'oferiment de determinats productes i en el seu cas efectuar-li les advertències corresponents. Resulta intrascendent que tingués una variada cartera d'inversions en l'entitat per justificar que era un expert inversor, sinó que atès que l'entitat li prestava assessorament sobre els millors productes per invertir en cada moment, el que demostra és que el Sr. J.E.F. tenia plena confiança amb l'entitat de la qual era client des de 1993. No hem pogut escoltar cap testimoni de l'entitat que expliqués quines informacions orals i escrites li havien estat ofertes al client perquè pogués tenir coneixement de causa previ a la seva inversió. És més, el document d'ordre de compra (document 10 de la defenent) és francament desolador quant a explicacions o informacions sobre el producte del qual s'ordenava la compra. I el fet que se li fessin notificacions de l'estat de la cartera no era altra cosa que prendre coneixement del resultat negatiu del producte però no significa que donés la conformitat a les inversions efectuades per aquell fons d'inversió que, fins i tot el perit judicial, no ha pogut ni conèixer quines eren. Simplement l'entitat notificava l'estat de la situació, però això no es pot considerar com un aval del client minorista a unes inversions que desconeixia. Tampoc pot servir de justificació la manca d'informació al client el fet que aquest hagués adquirit

anteriorment a 2007 insignificants participacions del mateix Fons. No es tracta de fer responsable a la crisi econòmica manifestada públicament en 2008 -com argumenta l'entitat- sinó del que es tracta és de saber si va complir amb la seva obligació de donar tota la informació al seu client dels riscos que incorri en invertir en aquell Fons, cosa que hauria traslladat a ell les conseqüències de la seva inversió. Ni tan sols consta que si l'enviessin els obligats informe anual i comptes anuals revisats que obligava l'article 73 del reglament del Fons que ha estat aportat a les actuacions. Finalment no és acceptable l'argument que el client havia donat la conformitat o podia haver-la donat segons la condició general 20ena prevista en el contractes d'obertura de compte corrent (folis 138 revers i 144 revers) perquè a més de la seva condició general de contractual unilateralment proposada per l'entitat sense negociació amb el client (així ja ve impresa en els dos contractes) i amb eficàcia molt discutible, aquella condició està pensada pel compte corrent i no per la cartera de valors.

En definitiva, s'ha de concloure amb la part agent que va existir un notori dèficit d'informació sobre el producte financer que s'adquiria per un client minorista sense perfil d'expert financer i sobre el risc que comportava aquesta operació, de manera que el consentiment prestat es trobava viciat per la concurrència d'una errada sobre una característica essencial del producte, como ho era el risc de no poder recuperar els estalvis o el capital invertit. I aquesta errada resulta clarament atribuïble a l'entitat financera, qui no va donar compliment al comunicat 163/05 de l'INAF, que establia, entre altres obligacions mínimes, la d'informar de manera completa, clara i precisa del producte i del risc d'aquest.

V.- L'èxit de la pretensió de manca d'efectes de l'ordre de compra significa l'anul·labilitat del contracte de compravenda de participacions i el retorn de les prestacions respectives. És a dir, que el client haurà de percebre l'import de la inversió amb devolució de les participacions que obrin en el seu poder.

Quant als interessos “bancaris” que es reclamen no hi ha constància de que hi hagués cap pacte per la qual cosa hauran de ser els interessos legals des de la data de la contesta a la demanda, tota vegada que no consta a les actuacions cap requeriment de pagament a l’entitat financera demandada. Tampoc es pot accedir al lucre cessant demanat però en cap moment concretat per manca de la seva acreditació.

Per tant, s’haurà d’estar pel que es refereix als interessos a la data de meritació derivada de la contesta a la demanda, de conformitat amb el criteri imperant en el dret andorrà, segons el qual els interessos es meriten des de la data de la contesta i que ha estat recollit i constitueix doctrina reiterada d’aquesta Sala.

Això comporta l’estimació parcial de la demanda.

VI.- Finalment pel que fa a les costes de la instància, en haver estat estimada parcialment la demanda, es d’aplicació l’excepció continguda en la Novel·la 82, cap. X.

I pel que fa a les costes del recurs també és d’aplicació el mateix criteri.

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

ESTIMEM EN PART el recurs interposat per la representació processal del Sr. J.E.F. i revoquem íntegrament la part decisòria de la sentència, de data 15 de novembre de 2017, dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles i decidim que procedeix estimar parcialment la demanda interposada per la part agent contra A, S.A. i declarem que el contracte d'ordre de compra de 202 participacions de FONS ALTERNATIU CONSERVADOR, que va comportar un càrrec en el compte de l'agent de 25.469,61€, en data 1 de febrer de 2007, és nul·la i condemnen la part defenent al retorn de la quantitat de 25.469,61€, amb més els interessos legals a comptar des de la data de la contesta a la demanda, amb devolució de les participacions per part de l'agent, si obren en poder seu.

No fem pronunciament de condemna sobre les costes de cap de les dues instàncies.

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.