
2017-36-RE

CAUSA 2017-36-RE

(Mora Banc Grup, SA c/ Rodríguez Sementé i Martínez Castelo)

Número de registre 354-2017. Recurs d'empara

Aute del 22 de desembre del 2017

BOPA núm. 4, del 17 de gener del 2018

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 13 de setembre del 2017, per la representació processal de l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra la sentència del 30 de maig del 2017 i contra l'aute del 20 de juliol del mateix any, dictats per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució, i atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració del dret fonamental al·legat, que revoqui les resolucions impugnades, que ordeni la retroacció dels autes al moment anterior a dictar sentència per tal que la Sala Civil es pronunciï novament amb ple respecte del dret fonamental a la jurisdicció;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41, 88 i 98 c);

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vist l'informe del Ministeri Fiscal del 5 d'octubre del 2017;

Escollat l'informe de la magistrada ponent, Sra. Laurence Burgogue-Larsen.

1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries

1.1. El 19 de març del 2014, els Srs. Cèsar Rodríguez Sementé i Maria Margarita Martínez Mosquera van interposar una demanda declarativa de nul·litat de contracte de compravenda d'accions preferents per absència de consentiment contra l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA.

1.2. El 7 d'octubre del 2015, la Secció Civil del Tribunal de Batlles, mitjançant sentència, va acceptar l'excepció preemptòria de prescripció de l'acció sol·licitada per l'entitat bancària, ja que l'ordre de

compra d'accions havia tingut lloc el 8 de juny del 2005, i, per tant, va desestimar íntegrament aquesta demanda. Els demandants van interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta sentència que va ser estimat el 19 de juliol del 2016 per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia la qual revocava la sentència de la primera instància i retornava les actuacions a la Batllia per tal que el litigi fos resolt en el fons.

1.3. El 7 de setembre del 2016, la Secció Civil del Tribunal de Batlles va dictar una segona sentència en què declarava que de les actuacions es desprenia que la informació a la qual van tenir accés els demandants depenia únicament de les declaracions de la seva gestora bancària i que, per tant, no s'havia acreditat que aquesta hagués acomplert la seva obligació d'assessorament i d'informació sobre els elements essencials que ineludiblement li corresponia proporcionar als seus clients, per tant, declarava l'anul·labilitat del contracte d'ordre de compra d'accions preferents per error en el consentiment i ordenava la restitució recíproca de prestacions, incloent els interessos derivats de l'ordre de compra que cada part hagués percebut.

1.4. La representació processal de l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta sentència i, el 30 de maig del 2017, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia va dictar una sentència mitjançant la qual desestimava aquest recurs i confirmava íntegrament la decisió de la primera instància.

1.5. La representació processal de l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA va formular, aleshores, un incident de nul·litat d'actuacions contra aquesta sentència per considerar que s'havia vulnerat el seu dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, reconegut a l'article 10 de la Constitució.

1.6. El 20 de juliol del 2017, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia va dictar un aute mitjançant el qual desestimava aquest incident de nul·litat d'actuacions.

1.7. El 13 de setembre del 2017, la representació processal de l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA, va interposar un recurs d'empara contra les resolucions que s'acaben d'esmentar de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració del dret a la jurisdicció, reconegut a l'article 10 de la Constitució.

2. Argumentació jurídica

2.1. Argumentació jurídica de l'entitat bancària recurrent

- Aquesta part destaca que els fets de la causa es remunten a l'any 2005, moment en què ni s'havia adoptat la Llei 14/2010, del 13 de maig, de règim jurídic de les entitats bancàries i de règim administratiu bàsic de les entitats operatives del sistema financer, ni havia entrat en vigor el comunicat de l'INAF 163/05 en què es fonamenta la Sala Civil per justificar l'obligació d'informació de l'entitat recurrent.

- Així mateix, considera que la jurisprudència citada per la Sala Civil és la jurisprudència europea i espanyola, i la jurisprudència andorrana que invoca (dels anys 2012 i 2013) és posterior als fets que originen aquesta causa.

- Tot i criticar la forma com la Sala Civil exposa unes consideracions generals, precisa, entre altres punts, que l'ordenament jurídic andorrà aplica, d'acord amb el *ius commune* "d'immemorial vigència

al Principat", el principi de bona fe o d'equitat de les parts en tot negoci jurídic.

- No obstant això, i després d'exposar la jurisprudència contemporània mateixa de la Sala Civil en relació amb l'error com a vici del consentiment (sentència del TSJC del 20 de gener del 2005), aquesta part manifesta que de les actuacions va quedar desacreditat que els demandants no haguessin rebut tota la informació veraç sobre el producte que contractaven; els demandants eren plenament conscients del tipus de producte adquirit i van anar percebent els resultats de la inversió fins a l'any 2008, any en què va esclatar la crisi financera mundial. En aquest sentit, destaca que tot i ser minoristes, els demandants eren molt proactius amb l'entitat bancària, no eren conservadors, ja que demanaven alternatives de major rendiment i havien adquirit altres productes d'alt risc.

- La part recurrent coneix clarament la funció del recurs, així com la competència del Tribunal Constitucional en aquesta matèria i considera que la fonamentació en Dret de la Sala Civil en aquesta causa menysté i ignora fets no discutits per les parts, jutja fets passats amb normativa posterior, vulnerant el principi constitucional de no retroactivitat de les lleis que comportin efectes desfavorables. Així mateix, considera que no només aplica legislació i jurisprudència inaplicables a l'ordenament jurídic andorrà, sinó que també aplica paràmetres jurídic-culturals i socials aliens als fets d'autes i, en general, a la comunitat andorrana.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada, que declari la vulneració del dret fonamental al·legat, que revoqui les resolucions impugnades, que ordeni la retroacció dels autes al moment anterior a dictar sentència per tal que la Sala Civil es pronunciï novament amb ple respecte del dret fonamental a la jurisdicció.

2.2. Argumentació jurídica de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia

- Després d'exposar diverses consideracions prèvies en relació amb la contractació de productes financers, les normes aplicables i les relacions entre les parts contractuals, la Sala Civil considera que l'objecte essencial d'aquest litigi se centra en saber si l'entitat defenent va incórrer en alguna negligència informativa en relació amb el producte que va oferir als seus clients, els quals portaven molts anys operant amb ella.

- La Sala Civil considera que la càrrega de la prova corresponia a l'entitat defenent, ja que li pertocava aportar la informació necessària per tal que els clients poguessin decidir amb coneixement de causa sobre la seva inversió en aquell producte financer específic.

- La Sala Civil destaca que de les actuacions va quedar plenament acreditat que els demandants no eren professionals del sector financer i podien ser classificats com a minoristes; que la informació transmesa va ser oral; i que la contractació es va efectuar telefònicament.

- La Sala Civil també destaca que es van contractar per telèfon unes accions preferents que eren un producte nou l'any 2005 i després d'exposar les seves característiques principals, conclou que els riscos que implicaven eren realment importants.

- Seguidament, la Sala Civil reconeix que les obligacions de transparència informativa de les entitats bancàries andorranes no eren, l'any 2005, tan exigents amb els drets dels clients com ho són ara, però això no significa que els clients estiguessin absolutament desprotegits legalment.

En primer lloc, recorda la doctrina de la Sala Civil mateixa de la qual es desprèn que el deure

d'informació i de 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. Per tant, en aquest cas, hagués calgut deixar constància dels riscos de les accions preferents.

En segon lloc, la Sala Civil reprèn una de les condicions del contracte d'obertura de compte dels recurrents en què es preveu l'obligació per part del banc d'informar de manera periòdica i regular de les operacions realitzades i dels moviments, així com de tot allò que es cregui escaient pel coneixement dels clients. Per tant, tant les prescripcions de l'INAF sobre la tramesa d'informació als clients, com l'entrada en vigor de la Llei 14/2010, de 13 de maig, esmentada, havien d'haver dut a l'entitat bancària a assegurar-se que els seus clients eren conscients del risc que havien assumit.

- De tot això la Sala Civil conclou que, en aquest cas, atès el perfil conservador i no avesat en coneixements financers dels clients, atesa la complexitat i el risc del producte financer contractat, atesa la manca d'informació escrita i signada pel client com a garantia de la seva comprensió, l'entitat defenent havia d'assegurar-se que el producte era idoni i convenient pel client i que aquest acceptava el risc elevat de la seva inversió.

2.3. Argumentació jurídica del Ministeri Fiscal

- El Ministeri Fiscal considera que la sentència impugnada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia va efectuar una anàlisi detallada de tots els arguments esgrimits per la part recurrent en empara i va exposar tots els motius pels quals considerava que durant la gestió de l'ordre de compra d'accions preferents en litigi, els compradors no van ser suficientment informats per l'entitat bancària dels riscos del producte que adquirien.

- Així mateix, el Ministeri Fiscal considera que l'aute que resol l'incident de nul·litat d'actuacions explícita i fonamenta tant l'aplicació de la legislació concreta com la invocació de la seva jurisprudència en la matèria, recordant que el Tribunal Constitucional no és una tercera instància, el qual s'ha de limitar a comprovar que la fonamentació en Dret existeix i que aquesta no sigui *prima facie* absurda o arbitrària.

- Per consegüent, el Ministeri Fiscal demana la inadmissió a tràmit d'aquest recurs d'empara per la manca manifesta de contingut constitucional de les seves pretensions, d'acord amb l'article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional

3.1. D'acord amb la jurisprudència constant d'aquest Tribunal el recurs d'empara no és una tercera via de recurs judicial i el Tribunal Constitucional no és un tribunal de tercera instància ni un tribunal de cassació.

3.2. Així mateix, d'acord amb la jurisprudència constant d'aquest Tribunal, quan un recurrent al·lega la vulneració del dret constitucional a obtenir una decisió fonamentada en Dret (article 10.1), no correspon al Tribunal Constitucional esmenar jurídicament la selecció, la interpretació i l'aplicació de les lleis efectuades pels òrgans judicials, salvat que la decisió impugnada no estigui motivada, que s'hagi comès un error material evident, que la decisió sigui lògicament o jurídicament irraonable o que la selecció, la interpretació i l'aplicació de la legislació s'allunyin de manera evident de la

communis opinio del conjunt dels juristes.

3.3. En aquesta causa, la qüestió de dret que el Tribunal Constitucional ha de resoldre és la de saber si la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia ha vulnerat el dret a obtenir una decisió fonamentada en Dret, reconegut a l'article 10 de la Constitució, en el moment de determinar els principis aplicables al contracte que vinculava l'entitat bancària i els seus clients.

3.4. De l'examen de la sentència del 30 de maig del 2017 i de l'aute del 20 de juliol del mateix any, se'n deriva que la Sala Civil ha tingut una cura particular en l'imperatiu de motivació, fet de cabdal importància, ja que aquest imperatiu té per objecte exposar el conjunt dels motius destinats a justificar un raonament i, d'aquesta manera, a assentar la confiança dels justiciables en els tribunals.

3.5. *In casu*, si l'existència mateixa de la motivació no està en entredit, el seu contingut tampoc pot estar-ho. Pel fet de considerar que l'anàlisi del conflicte contractual derivat de la gestió de l'ordre de compra de productes financers de risc havia d'efectuar-se des d'una "*òptica més actual*" (FJ segon), la Sala Civil no ha vulnerat l'article 10.1 de la Constitució. Aquesta aproximació no es pot considerar com irraonable o com oposada a la *communis opinio* del conjunt dels juristes. El raonament de la Sala Civil ha pres en consideració els elements del contracte que vinculaven l'entitat bancària i els clients no solament en relació amb el principi de confiança, sinó també en relació amb l'obligació d'una transmissió regular d'informacions. Si bé és cert que aquests elements han estat considerablement enfortits d'ençà l'entrada en vigor de la Llei 14/2010, del 13 de maig, de règim jurídic de les entitats bancàries i de règim administratiu bàsic de les entitats operatives del sistema financer, val a dir que ja feien part integrant de la relació contractual en qüestió.

Per tot això que s'ha exposat.

El Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra,

DECIDEIX:

1. No admetre a tràmit el recurs d'empara 2017-36-RE presentat per la representació processal de l'entitat bancària Mora Banc Grup, SA contra la sentència del 30 de maig del 2017 i contra l'aute del 20 de juliol del mateix any, dictats per la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia, per la manca de contingut constitucional de les seves pretensions, d'acord amb les disposicions de l'article 37.2 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

2. Notificar aquest aute a la representació processal de l'entitat bancària recurrent, al president de la Batllia, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal.

3. Publicar aquest aute, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

Acordat a Andorra la Vella, el 22 de desembre del 2017.

Isidre Molas Batllori
President

Dominique Rousseau
Vicepresident

Laurence Burgorgue-Larsen
Magistrada