

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 d'octubre 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. Sra. Eulàlia AMAT LLARI, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- La representació processal de la societat XXX va interposar demanda, de data 23-03-2016, envers els Srs. J.R.R.A. i R.M.D.M., en virtut de la qual sol·licitava la condemna solidària dels defenents a satisfer a la seva mandant la suma de cent trenta-vuit mil quatre-cents cinc euros amb cinquanta-vuit cèntims (138.405,58.-EUROS), augmentada dels interessos bancaris pactats per a incompliments segons l'escriptura pública de préstec hipotecari d'autes i que es meritin des del 25 de novembre del 2015 –dia següent a la data de la darrera liquidació practicada- i fins a la total i definitiva cancel·lació del deute, més les costes judicials, inclosos els honoraris d'advocat i procurador d'aquesta part. Igualment es vulgui declarar l'existència d'una primera hipoteca a favor del banc, que garanteix dit deute

hipotecari, en mèrits de l'escriptura hipotecària d'autores, constituïda sobre un habitatge, una plaça d'aparcament i un traster, unitats immobiliàries totes elles situades al C.R.E.I radicada al Tarter, Parròquia de Canillo i que queden més ben detallades en el referit instrument públic; disposant la realització en pública subhasta de la referida hipoteca, acordant l'aplicació preferent del preu obtingut a la rebaixa o cancel·lació del deute hipotecari, més els interessos per ells generats.

II.- En data 20-07-2016 la representació processal dels defenents es va oposar a la demanda i va articular demanda reconvençional, sol·licitant l'estimació parcial de la demanda interposada en el sentit que es deu la quantitat principal que es reclama sense l'aplicació dels interessos per descoberts en compte corrents establerts per l'ABA i que es procedeixi a declarar la nul·litat de la clàusula III del contracte de préstec de 29 de juny del 2012 i s'apliquin els interessos legals corresponents, tot sense que es faci especial pronunciament sobre les costes processals.

III.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 25-01-2017, amb la següent part decisòria: **Primer.-** que estimant íntegrament la demanda formulada per l'entitat bancària "XXX." contra els Srs. J.R.R. A. i R. M.D.M., ha de condemnar i condemna solidàriament a aquests darrers a pagar a la primera la quantitat de cent trenta-vuit mil quatre-cents cinc euros amb cinquanta-vuit cèntims (138.405,58.- EUROS), incrementada dels interessos bancaris de descobert

fixats per l'Associació de Bancs Andorrans, això és d'ençà el dia vint-i-cinc de novembre del dos mil quinze –dia següent a la data de la última liquidació practicada- i fins que sigui íntegrament satisfeta, imposant-los les costes processals causades de conformitat amb el que preveu el darrer Considerant de la present resolució. I en mèrits de l'existència d'una primera hipoteca a favor del banc, que garanteix dit deute hipotecari, això és a tenor d'allò pactat en l'escriptura pública de préstec amb garantia hipotecària subscripta pels litigants el 29 de juny del 2012 prop del Notari de les Valls Sra. Rosa Maria Ferràndiz Esteve, de ser necessari, procedirà la realització en pública

subhasta de les unitats immobiliàries descrites en aquell instrument públic i objecte d'hipoteca, acordant l'aplicació preferent del preu que s'obtingui a la rebaixa o cancel·lació del deute hipotecari aquí reconegut, més els interessos per ell generats.

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.

Així per aquesta sentència, ho pronunciem manem i signem.”

IV.- La representació processal dels Srs. J.R.R.A. i R. M.D.M. va interposar recurs contra la sentència dictada a la instància i, en data de registre 06-04-2018, va articular llur escrit de conclusions, en virtut del qual, i pels arguments continguts demanava la revocació de la sentència en el sentit interessat en la demanda reconvençional.

La representació processal de la part apel·lada, per escrit de contesta a les conclusions de data 03-05-2017, i en consonància amb les consideracions efectuades, demanava que es desestimés el recurs amb imposició de les costes processals a la part recurrent.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- Els motius en els que la representació processal dels Srs. J.R.R.A. i R.. M.D.M. són els següents.

En primer terme, exposa que el recurs es basa en les següents pretensions: nul·litat de la clàusula III del contracte de préstec hipotecari,

incompliment d'allò establert a la Llei de protecció del consumidor de 31-07-1985, la consideració del contracte com d'adhesió, l'abusivitat dels interessos moratoris aplicats i l'anul·labilitat de la clàusula III del contracte de préstec.

Entén que la clàusula tercera del contracte de préstec, de 29-06-2012, és nul·la, ja que fou subscripta amb evident error en el consentiment. Indica que no se'ls va informar degudament dels interessos moratoris i que es va ocultar informació per l'entitat bancària.

En el mateix motiu, assenyala que la clàusula és anul·lable amb base a l'error exposat i conclouen que l'error va provocar directament la formació de la voluntat, alhora que fou essencial i excusable.

En segon terme, sustenta que els clients són consumidors i els hi resulta aplicable la Llei de Protecció del Consumidor de 31 de juliol de 1985 (arts. 3, 9, 21 i 22). I d'aquí sosté que al ser la clàusula III obscura, s'hauria d'interpretar en pro dels interessos del consumidor.

En la mateixa línia argumentativa, afirma que el contracte és d'adhesió i que, segons reiterada jurisprudència, les clàusules fosques solament poden perjudicar a la part que les ha imposat.

En tercer terme, argumenta que en la clàusula III s'estipulen uns interessos moratoris notòriament superiors als del diner, sense rebre cap explicació. Considera que les sentències dictades en el rotlle TSJC-353/11 de data 31-01-2012, TSJC-175/13 de data 29-10-2013, TSJC-394/13 de data 05-03-2015 i 226/17 de data 30-11-2017 són d'aplicació al present supòsit.

En quart terme, quant a les costes processals manifesta que si s'acull la reconvenció no s'hauran d'imposar les costes i, subsidiàriament, si no s'estimés, hi ha prou indicis per a defensar el caire abusiú dels interessos

moratoris, de forma que no es justificaria la imposició de les costes processals.

II.- La pretensió del recurrent relativa a la nul·litat de ple dret ha de ser desestimada en atenció als següents arguments.

La nul·litat de ple dret o absoluta es produeix quan existeix una absència total de consentiment (vgr. dissens, simulació absoluta, absència d'elements essencials del contracte, manca de capacitat dels contractants), però no quan es denuncia la concurrència d'un vici del consentiment, que pressuposa l'existència del consentiment, encara que afectat per dol, error, intimidació o violència.

En el cas que ens ocupa, no concorre cap hipòtesi d'absència absoluta de consentiment, sinó que es defensa per la recurrent que existeix un error que vicia el consentiment i que originaria, en el cas que s'apreciï, un supòsit d'anul·labilitat.

L'error consisteix en una equivocada o inexacta representació de la realitat i que determina la prestació del consentiment. Aquesta errada per a provocar la invalidesa del contracte necessita projectar-se sobre els elements essencials d'aquest i poder ser configurat com a essencial i excusable.

Tampoc en el cas present ens trobem front a la concurrència d'un error en el consentiment que el viciaria i donaria lloc a l'anul·labilitat del contracte. I no ho estem perquè l'escriptura pública de préstec amb garantia hipotecària, de data 29-06-2012, atorgament tercer, determina que *“Les sumes adeudades per tots conceptes, vençudes i exigibles, derivades de la present operació de préstec, generaran sempre els interessos i comissions que, segons l'Associació de Bancs andorrans, siguin d'aplicació en cada moment als descoberts en compte corrent i estaran assegurats per les*

mateixes garanties reals i personals que s'estipulen en la present escriptura pública".

El fet que el concret tipus de l'interès de demora no es precisi i només es pugui conèixer per remissió no significa, necessàriament, l'existència d'un error-vici, ja que la part prestatària, si bé desconeixia el tipus dels interessos de demora, coneixia perfectament que l'incompliment els generaria i que aquests es determinarien en funció de les tarifes que marqui l'ABA. Per tant, en el moment de la prestació del consentiment, cap inexacta o equivocada representació de la realitat s'ha produït i, aleshores, cap error ha motivat en la part prestatària respecte del producte financer adquirit i dels riscos que li ocasiona.

Així, aquest motiu ha de ser també desestimat.

III.- Els següents greuges o motius tenen a veure amb la condició de consumidora de la part prestatària, amb la interpretació de les clàusules fosques *contra proferentem*; és a dir, contra qui les ha emprat i amb si la referida clàusula pot ésser entesa com a abusiva i, per tant, cal proclamar la seva nul·litat.

Les sentències de la Sala (rotlles 544/16 i 441/17) han tingut ocasió de precisar l'existència d'un deure precontractual de formació que s'imposa a l'entitat financera amb fonament en la situació de preeminència informativa en la que es troba. Així hem sostingut que

"En efecte, el deure d'informació del producte que s'adquiria, de les seves característiques i del risc que comportava, corresponia a l'entitat financera perquè, com a professional del sector que oferia aquest producte – les accions preferents- disposava de la informació respecte del producte i li corresponia, des de la seva posició de preeminència, traslladar al consumidor totes les dades necessàries i idònies per tal que aquest pogués entendre el producte que adquiria i el seu risc.

I aquest deure d'informació no solament es desprèn de la posició de preeminència informativa i financera de l'entitat financera respecte d'un consumidor, sinó que també es deriva de la llei anterior de protecció del consumidor de 31-07-1985 (art. 3. Dret a rebre informació correcta sobre productes i serveis) i de les obligacions que neixen del contracte, atès que el deure d'informació es deriva de les exigències de la bona fe com a font de les obligacions contractuals, que s'uneix a les previsions de les parts del contracte.

En aquest sentit, s'ha d'evidenciar que els drets del consumidor, abans i ara, són de dret necessari i irrenunciables, de manera que l'exoneració del Banc continguda a l'ordre de compra de valors en relació a la informació sobre el mercat de valors no el pot alliberar de l'obligació d'informar sobre el producte i el seu abast ("El fet que el Banc pugui facilitar informació respecte a la situació o evolució dels Mercats o dels propis valors en concret no es pot interpretar en cap moment com a cap compromís, garantia ni responsabilitat per la seva part").

Amb posterioritat a l'any 2005, 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 2010, del 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 i tampoc cap informació es va facilitar al client, en relació al risc del producte financer, mentre estava a la cartera del client”.

Si analitzem el nostre cas, es pot concloure que la clàusula esdevé transparent, des d'un punt de vista formal, ja que no es pot considerar obscura, tota vegada que estableix clarament que els interessos de demora seran els referenciats per l'ABA. El que sí esdevé criticable i així ho hem fet, en altres ocasions (rotlle TSJC-353/11 de data 31-01-2012, TSJC-175/13 de data 29-10-2013 i TSJC-394/13), és considerar que aquesta clàusula no guarda el necessari equilibri entre les posicions de les parts i col·loca al prestatari en un situació de dèficit informatiu respecte de l'interès moratori, de manera que el prestatari no pot conèixer, sense recórrer a documentació no inclosa ni annexada, quin és el tipus d'interès moratori.

No obstant aquesta manca d'informació, que podia haver estat fàcilment solventada per l'entitat financera, ja que pot facilitar quins són els tipus de l'interès de demora en qualsevol moment, al formar part integrant de l'ABA, no determina per sí mateixa la nul·litat de la clàusula per abusiva, sinó que correspon al tribunal, en funció de les circumstàncies concretes (tipus legal del diner en el moment de l'execució de la clàusula i comparació dins d'un marc global de crisi amb el tipus de demora), examinar si el tipus fixat compleix amb la funció i finalitat de l'interès moratori o ultrapassa aquesta i ha de ser eradicat del contracte per ésser abusiu (cfr. rotlle 226/17 de data 30-11-2017).

Aquesta anàlisi no s'ha portat a terme pel tribunal d'instància, qui conclou que els interessos de demora foren lliurement pactats i que la informació els podia ser subministrada per qualsevol oficina de l'entitat i que afirma, sense més justificació, que no són abusius, usuraris ni desproporcionats.

Ja hem vist com la manca d'informació no pot perjudicar a la part consumidora, sinó que és càrrega de l'entitat financera subministrar-la als clients per tal que puguin conèixer les característiques del producte adquirit i pel que es refereix a l'anàlisi del caire abusiu dels interessos de demora s'ha d'exposar el que segueix.

Es troba a les actuacions (foli 57) que es van liquidar els interessos moratoris a un tipus del 13% des de el 5-08-2014 al 24-11-2015. L'ABA fixava tipus del 13 al 14% per aquest període mentre que l'interès remuneratori el situava en aquesta fase temporal entre el 3 i el 4%. Per la seva part, el tipus d'interès legal a les Valls d'Andorra els anys 2014 i 2015 era del 1,49 i el moratori a la Llei de bases de l'ordenament tributari (Llei 21/2014, del 16 d'octubre –art. 23) era del 2,98.

En aquest context de crisi globalitzada i tenint en compte l'interès legal del diner, el moratori que determina la Llei de bases de l'ordenament tributari i la finalitat que desenvolupen els tipus de demora, s'ha d'entendre que percebre en concepte d'interès moratori més de 4 vegades el tipus d'interès legal no respon estrictament i exclusiva a la funció de percebre els danys derivats de l'incompliment per impagament, sinó que, com ja vam assenyalar a la STSJC de 31-05-2016 (rotlle 226/16) s'ha d'entendre com a desproporcionat i ha de comportar la declaració de nul·litat d'aquesta clàusula, conformada per remissió.

En conseqüència, correspon estimar en part el recurs interposat contra la sentència d'instància i declarar nul·la i inaplicable la clàusula III del préstec hipotecari en tant que determina uns interessos moratoris del 13%, sense que fos procedent, en virtut de la doctrina d'aquesta Sala (TSJC-122/16 de data 30 de maig del 2017) integrar el capital degut amb els interessos legals. No obstant com que la part agent reconvençional demana que s'integri amb els interessos legals, d'acord amb el deure de congruència, s'ha de donar-hi lloc i afegir al capital degut els interessos legals.

Així mateix, l'èxit parcial de la demanda de la part agent justifica la no imposició de les costes de primera instància, tota vegada que la condemna als interessos de demora ha estat exclosa, alhora que l'estimació de la demanda reconvençional significa la imposició de les costes processals a la

part agent, tota vegada que les normes processals sobre imposició de costes són normes reguladores de la resolució judicial i s'estableixen pel tribunal.

IV.- Les anteriors consideracions donen lloc a l'estimació parcial del recurs interposat, la qual cosa es tradueix en la no imposició de les costes processals d'aquesta alçada.

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

ESTIMAR EN PART el recurs interposat per la representació processal dels Srs. J.R.R.A. i R.M.D.M. contra la sentència, de data 25-01-2017, que revoquem en part en el sentit d'estimar les pretensions de la demanda reconvençional en el sentit d'excloure la condemna al pagament dels interessos de descobert aplicats sobre el capital, derivat de l'apreciació del caire abusiu de l'atorgament tercer de l'escriptura pública respecte dels interessos de descobert, que declarem nul·la quan determina un interès del 13%, els quals hauran de ser substituïts per la meritació de l'interès legal. No procedeix efectuar imposició de les costes derivades de l'estimació parcial de la demanda i sí a la part agent amb motiu de l'estimació de les pretensions de la demanda reconvençional. No s'escau efectuar pronunciament sobre les costes d'aquesta alçada.

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.-