

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 30 de maig del 2017.

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.- En data 07-11-2013 la representació processal de l'entitat bancària B. va interposar demanda envers el Sr. J.M.L.F. i la societat C., en virtut de la qual demanava que es condemnés al Sr. J.M.L.F. en la seva qualitat de legal representant de la mercantil C. i en el seu nom propi en qualitat de part fiadora i hipotecant, al pagament de la quantitat total de 285.536,65-€, quina quantia és la que consta a la darrera liquidació practicada en data 30-09-2013 respecte a la pòlissa per operacions bancàries, i quina quantitat ha de ser incrementada amb aplicació dels interessos i comissions de descobert previstos en les condicions generals dels contractes de constant referència,

endemés de reclamar el pagament dels honoraris d'advocat i de procurador a acreditar en període d'execució de Sentència.

La representació processal de la part defenent va oposar-se a la demanda per escrit de 16-01-2014 i va formular excepció peremptòria de manca de legitimació passiva del Sr. J.M.L.F. únicament en la seva qualitat de representant legal de la societat C., i que en el seu dia es dictés sentència deixant imprejutjat el fons, estimant l'excepció peremptòria formulada, tot i imposant les costes processals, inclosos honoraris d'advocat i procurador la part agent.

II.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 28-01-16, amb la següent part decisòria:

“Primer.- Desestimar l'excepció peremptòria de manca de legitimació passiva aixecada per la representació processal de la societat C. i del Sr. J.M.L.F..

Segon.- Estimar parcialment la demanda formulada per la representació processal de la societat B., contra la societat C., i el Sr. J.M.L.F., i condemnar de forma solidària a la societat C., i al Sr. J.M.L.F., en la seva qualitat d'avalador personal, a pagar la suma de 255.265.-euros corresponent al saldo deutor del compte de crèdit a dia 4 de març del 2013, que s'haurà de veure incrementada dels interessos legals meritats a comptar de la fermesa de la present resolució judicial.

Tercer.- No fer expressa imposició de les costes processals ocasionades, havent de suportar cadascuna de les parts les seves pròpies i les comunes per meitat.”.

III.- En data 12-04-2016, les representacions processals de la societat B. així com del Sr. J.M.L.F. i de la societat C. van formular recurs contra la sentència dictada a la instància.

En data 30-06-2016 aquesta Sala dictà Aute donant lloc al desistiment formulat per la representació processal del Sr. J.M.L.F. i de la societat C., i prosseguint a la tramitació del recurs de la societat B..

La representació processal de la societat B. va presentar escrit de conclusions, en virtut del qual i pels arguments continguts en el mateix, demana la revocació de la sentència de primera instància, i es dicti Sentència estimant el recurs presentat per en el sentit interessat en l'apartat Quart del seu escrit i imposar les costes de primera i segona instància a la part apel·lada.

La representació processal del Sr. J.M.L.F. va presentar escrit de contesta a les conclusions, de data 18-07-2016, en el que interessava que es desestimés íntegrament el *petitum* de l'escrit de conclusions en el sentit de revocar la Sentència d'instància, confirmant-la íntegrament, i imposant a la part recurrent les costes processal de segona instància causades inclouen els honoraris d'advocat i procurador.

En data 22-07-16, l'administradora judicial de la cessació de pagament i d'arranjament judicial de la societat C. demana la suspensió de la tramitació per un període de tres mesos, i en mèrits d'aquest el 23-01-17 es dictà Aute per quin es decidir suspendre les actuacions pel que respecta a la societat C.

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

FONAMENTS DE DRET

I.- Són tres els motius o greuges en els que la part agent fonamenta el seu recurs contra la sentència d'instància. En primer terme, impugna l'apreciació de la sentència d'instància segons la qual els interessos

moratoris no es trobaven determinats al moment de la celebració del contracte i declara nul·la la clàusula que els imposa.

Assenyala que el banc va descomptar un efecte i va abonar en el compte del defenent l'import de 250.000 euros. El lliurat no va abonar la lletra i es va procedir a efectuar el càrrec corresponent que incloïa el capital i les despeses (256.843,75 euros), que va situar el compte corrent en descobert. Entén que l'interès moratori es deriva de la condició general 5-5 del contracte que remet a les tarifes estàndards de l'entitat per a descoberts en compte. Indica que a la proposició de proves sí s'han provat els interessos de demora carregats. Manifesta també que ha estat la defenent la que ha sol·licitat en període de proves l'acreditació dels tipus d'interès aplicats i això li impedeix al·legar que mancava prova al respecte.

Quant a la manca de determinació del tipus de demora, addueix que la pràctica bancària de remetre a les tarifes de l'entitat financera s'adequa a les necessitats del tràfic mercantil. Esmenta la STSJA de 28-11-2013 segons la qual es trobava a l'abast del deutor obtenir la informació respecte de les sumes degudes i havien de fer-ho per a ser diligents.

Així mateix, exposa la diferència entre interès remuneratori i moratori i conclou que aquest darrer té funcions almenys anàlogues al remuneratori i no pot ésser inferior a aquest darrer. Per això, considera que la sentència al no aplicar els interessos moratoris pactats per les parts i deixar un temps sense interessos desconexa la força obligatòria del contracte.

En segon terme, combat la determinació del dies a quo dels interessos moratoris. La sentència els determina a la data de fermesa d'aquesta i això equival a imposar un crèdit forçós no remunerat. Sosté que els interessos moratoris, els pactats o uns altres inferiors, s'han de meritjar des de l'exigibilitat del deute.

En tercer terme, de manera subsidiària, si s'admet la nul·litat del tipus de demora de remissió no es pot reduir a l'interès legal ja que penalitza a la part que ha complert el contracte i afavoreix al morós. La reducció a l'interès legal constitueix un trencament injustificat de l'equilibri contractual.

En quart terme, s'alça contra la sentència perquè no declara en la seva part decisòria l'execució de la garantia hipotecària i es va demanar la condemna del Sr. J.M.L.F. com a hipotecant, malgrat la resolució ho negui. La STSJA de 17-09-2015 reconeix la compatibilitat de l'acció personal i de la hipotecària per manca de procediment executiu hipotecari.

II.- Esdevé oportú iniciar l'examen dels greuges pel darrer dels al·legats per la recurrent. La sentència d'instància assevera que no consta que la mercantil agent, B., hagi acumulat a l'acció personal adreçada contra C., l'acció real d'execució de la garantia hipotecària.

Si s'examina la demanda i l'escrit de rèplica s'aprecia que en la primera es reclama al Sr. J.M.L.F., com a legal representant de la mercantil C., i en nom propi la quantitat de 285.536,65 euros, que correspon a la darrera liquidació practicada en data 30-09-2013 de la pòlissa per operacions bancàries, amb més interessos, comissions i honoraris d'advocat i procurador. I encara que a la súplica afegeixi que reclama la referida quantitat contra el Sr. J.M.L.F., en la seva qualitat de fiador solidari i hipotecant, com es desprèn del cos de la demanda i de la pròpia pètica d'aquesta només s'exercita una reclamació de quantitat i no es sol·licita l'exercici d'una acció hipotecària o de realització de la garantia real.

I a l'escrit de rèplica cap menció o precisió s'efectua sobre la pretesa acumulació de l'acció personal amb la real hipotecària, sinó que es sol·licita l'estimació íntegra de la demanda.

Per tant, i en funció de les consideracions anteriors, aquest primer greuge ha de ser desestimat.

III.- Respecte dels interessos moratoris, no es pot acollir l'argument de la recurrent que la part defenent ha sol·licitat prova respecte dels tipus

d'interessos aplicables i que, en virtut dels actes propis, ja no podria al·legar en contra de la reclamació dels interessos.

En efecte, a la contesta a la demanda (foli 64), la defenent argumenta que ni tan sols es poden conèixer els interessos a aplicar a la pòlissa per a operacions bancàries i dels extractes bancaris resulta impossible conèixer si els interessos aplicats són o no correctes. Aleshores, el primer argument o motiu d'oposició de la defenent és que no ha pogut conèixer quins són els interessos moratoris aplicables i això resulta independent que a la fase de proves s'hagi acreditat quins són els efectivament aplicats. Es tracta d'analitzar si en el moment de la perfecció del contracte amb l'entitat financera i després al llarg de l'evolució de la relació contractual de tracte successiu, la part deutora ha pogut saber quins eren els interessos de demora aplicables i els canvis o les alteracions que aquests han patit.

La sentència d'instància refereix que la pòlissa de crèdit, de data 27-11-2012, és, segons paraules del Director de l'entitat financera, un contracte marc en el que es poden encabir diferents tipus d'operacions bancàries i en la que no s'especificava el concret tipus d'interès aplicable (foli 135). I en relació a la clàusula 5.5 sustenta que no dóna coneixement sobre els interessos de demora aplicables ja que remet a un document extern. En definitiva, per manca de claredat i comprensibilitat anul·la parcialment la clàusula 5.5.

La part recurrent ha argumentat que és habitual a la praxis bancària remetre el càlcul dels interessos a les tarifes vigents i que segons la sentència del Tribunal Superior de data 28-11-2013 corresponia a la part deutora sol·licitar quins resultaven ésser els tipus aplicables.

La doctrina d'aquesta Sala ha anat evolucionant per a superar els desequilibris materials que es produeixen amb motiu de la contractació seriada o amb contractes d'adhesió. Així, també el legislador andorrà en la

seva llei de 13-06-2013 ha promogut una defensa i protecció molt més intensa del consumidor i de les condicions de la competència en el mercat per a possibilitar l'assoliment de la igualtat real i no només formal, pròpia aquesta darrera de la contractació del segle XIX.

En aquest sentit, la Sala ha entès aplicables, com a principis que informen el dret privat andorrà, l'anàlisi d'ofici de les clàusules abusives, com a deure que s'imposa als jutjadors i d'acord amb les exigències processals que evitin la indefensió, i ha emprat criteris similars als determinats pel Tribunal de Justícia de la Unió europea en la seva tasca de protecció efectiva del consumidor, alhora que ha fet consideracions, en reiterades ocasions i amb posterioritat a la sentència que addueix la recurrent, de l'exigible informació a l'adquirent de productes i serveis bancaris, així com a la transparència que han de reunir les clàusules contractuals preredactades, unilaterals, generals i imposades en els contractes bancaris.

Com es pot observar, la jurisprudència i la tasca del legislador andorrà s'esmercen per a superar la igualtat formal pròpia de l'autonomia de la voluntat en seu de contractació, quan aquesta opera en contractes amb clausulats generals que s'imposen per una de les parts a una altra. Des d'aquesta òptica a la STSJA de 31-05-2016 afirmàvem que *"Com ja dèiem en un cas similar (TSJC 31.1.2012,rotlle 353-11) i hem dit en altres posteriors, en aquests casos cal examinar en primer lloc, i abans de començar l'anàlisi relatiu al caire abusiu o no del tipus d'interès de demora que es preveu, s'escau efectuar una primera consideració, consistent en que la citada clàusula, inclosa en un contracte d'adhesió, no guarda el necessari equilibri entre les posicions de les parts i col·loca al prestatari en una situació de manca d'informació referent al tipus d'interès moratori, atès que, per una banda, indica que el tipus serà el que aplica l'A.B.A., sense indicar quin és aquest en el moment de la perfecció del contracte, de forma que el prestatari no pot conèixer, sense haver de recórrer a documentació no inclosa ni annexada al contracte de préstec, quin és el tipus d'interès per mora en el pagament, sinó que a més remet a un*

tipus d'interès que fixa l'Agrupació de Bancs d'Andorra, de la qual la part prestamista en forma part i podia, sense dificultat, facilitar a la part prestatària aquesta dada, de manera que la pròpia literalitat de la clàusula i la remissió a documentació no aportada ja comporta una situació de desigualtat establerta en perjudici de la part prestatària“.

Aquesta superació de l'equilibri formal per tal d'assolir la igualtat real i tractar d'aconseguir que les dues parts disposin de la informació per a conèixer la càrrega econòmica i jurídica que comporta la perfecció d'un contracte i que la seva capacitat de negociació no sigui en excés desequilibrada, s'aconsegueix per dues vies diverses. Una, és la declaració de nul·litat de les clàusules abusives; és a dir, aquelles que generen un desequilibri important i contrari a la bona fe en perjudici del consumidor. I, la segona és el control de transparència.

Aquest mecanisme de protecció d'exigència de transparència significa que s'ha de portar a terme un doble control. El primer estadi és el control formal, que consisteix en eliminar o tenir per no incorporades aquelles clàusules que són il·legibles, incomprensibles, vagues, imprecises o que no es troben determinades. I, el segon control o de transparència material és aquell que s'adreça a valorar si una clàusula que resulta transparent formalment, permet a l'adquirent del producte financer conèixer quina és la càrrega econòmica (el grau de sacrifici patrimonial i els riscos que aquest producte o servei comporta) i la jurídica (posició o situació jurídica de l'adquirent en la perfecció i al llarg de l'evolució de la relació contractual).

En el cas present, com resta acreditat a la fase probatòria, la condició general 5.5. efectua una remissió a les tarifes que determini l'entitat financera, de manera que la part contractual desconeix quin és el tipus de demora en el moment de contractar, tota vegada que la clàusula que fixa aquest interès moratori no el precisa, sense que aquesta desproporció evident i desprovista de justificació quant a la informació pugui afavorir a la part predisponent i redactora de la clàusula. Afegir a més que el deure

d'informació que li correspon a l'entitat financera i que, en recents resolucions judicials, ja hem esmentat que es deriva de comunicats de l'INAF al respecte, exigeix una especial diligència, no per part de la part recorreguda –com sustenta l'entitat financera- sinó per aquesta darrera que ha de facilitar, en aquest cas, els tipus de demora aplicables a l'inici de la relació contractual, la seva modificació al llarg d'aquesta i, en el cas de liquidació, el detall dels tipus aplicables en la data en que es meriten i en relació al capital sobre el que es carreguen.

En aquest mateix sentit, l'exigència d'informació respecte de l'usuari de productes financers es contenia a la sentència de 29-10-2013, quan indicàvem que *“Des d'aquesta òptica, la Sentència d'instància encertadament determina que la situació de rebel·lia processal no eximeix a la part agent de provar els elements constitutius de les seves pretensions, entre els quals, es troben, sens dubte, les tarifes vigents en cada descobert i que possibiliten el coneixement del tipus i la comissió aplicable. Informació que ha de ser tramesa a l'usuari del producte financer en el moment en el qual aquest descobert es produeix i també quan es pretén l'exercici d'una reclamació derivada del descobert existent. Per tant, convé coincidir amb la Sentència d'instància (Considerant IV) que no ha acreditat la part agent (i aquest és un element constitutiu de la seva pretensió) quines eren les tarifes vigents, que les mateixes hagin estat comunicades a la defenent ni que el càlcul d'interessos i comissions s'hagi efectuat en relació a les tarifes vigents en cada moment”*. I a la nostra sentència de 5-03-2015, quan vam exposar que *“De l'esmentada clàusula no s'extreu quin és el tipus d'interès que s'ha d'aplicar als descoberts en compte corrent, sinó que s'efectua una remissió a les tarifes que fixi el Banc i a la seva modificació unilateral. Per tant, no solament existeix un dèficit clar quant a la informació dels tipus d'interès aplicables al descobert sinó que ni tan sols es facilita al consumidor un exemplar de les referides tarifes i de la seva evolució. I del certificat que es troba als folis 42 i 43 apareixen un interessos de mora i un import dotació, sense que es determini ni el tipus aplicable ni la data d'inici de còmput dels*

interessos. Per tant, esdevé necessari concloure amb la sentència d'instància que la manca d'informació i de claredat en relació al tipus d'interès i a la data d'inici del mateix no pot sinó perjudicar a la part agent".

En conseqüència, el greuge relatiu a la nul·litat parcial de la clàusula 5.5 no pot prosperar i ha de ser desestimat aquest motiu de greuge.

IV.- La part recurrent articula dos greuges més: un, el relatiu al dies a quo del tipus d'interès moratori i, l'altre, la reducció a l'interès legal del diner.

Aquests dos greuges poden ésser tractats de forma conjunta. Pel que es refereix a la reducció a l'interès legal del diner, la sentència d'instància ha declarat la nul·litat de la clàusula i ha decidit no integrar ni moderar aquesta amb els interessos legals, sinó que ha fixat l'interès legal del diner des de la fermesa de la sentència pel cas d'impagament de la condemna imposada al deutor. Aleshores, el que porta a terme la sentència és eliminar l'interès moratori a conseqüència d'una clàusula nul·la per incomprensible i mancada de transparència i per això no determina el seu dies a quo des de la situació de mora, sinó que l'eradica i només condemna al deutor a abonar els interessos legals des de la fermesa de la sentència, però aquests no són els moratoris de la pòlissa de crèdit sinó els imposables al deutor en qualsevol condemna de quantitat liquidada pel tribunal.

I arribats a aquest punt, convé assenyalar que la Sala havia integrat o moderat les clàusules d'interessos moratoris amb els legals en decisions anteriors d'aquest Tribunal. No obstant, aquesta Sala considera que la decisió d'instància ha de ser confirmada i modificar la nostra doctrina per tal d'assolir una major protecció d'aquella part contractant que ha obtingut la declaració de nul·litat d'una clàusula del contracte, ja sigui per abusivitat o per manca de transparència.

Entenem que per la consecució d'una plena i efectiva protecció de la part més feble econòmicament i que ha estat desequilibrada per la clàusula

declarada nul·la, i així mateix per a aconseguir l'efecte dissuasori dels predisponents de les clàusules generals que poden generar el desequilibri important en perjudici de l'altra part contractual, com així mateix es porta a terme per part del Tribunal de Justícia de la Unió europea (cfr. SSTJUE de Asbeek Brusse y de Man Garabito, Kásler, Banesto), les clàusules nul·les no han de ser integrades ni moderades, amb la única excepció que la seva nul·litat i no moderació esdevingués més perjudicial per a la part afectada per la clàusula nul·la.

D'acord amb les conclusions anteriorment obtingudes, la nul·litat de la clàusula que conté l'interès de demora impedeix que es pugui moderar amb l'interès legal i per això la sentència d'instància no en determina cap. I aquest criteri ha de ser mantingut.

V.- Finalment, i quant a les costes processals, malgrat anunciar que també impugna la recurrent la no imposició de les costes processals d'instància, no efectua al·legacions o motius per a combatre la no imposició de les costes processals en funció de l'estimació parcial de la demanda.

La manca d'arguments que justifiquin la incorrecció de la no imposició de les costes processals i la determinació adequada del règim de les costes, al tractar-se d'un supòsit d'estimació parcial, la qual cosa ja exclou el venciment de que parla la recurrent, motiva també la desestimació d'aquest greuge enunciat però no desenvolupat.

VI.- La desestimació del recurs interposat per la part agent no ha de comportar en el present supòsit la imposició de les costes processals, tota vegada que la present resolució judicial modifica la jurisprudència existent quant a la integració de les clàusules nul·les d'interessos amb l'interès legal i opta per la no integració o moderació de les clàusules declarades nul·les per abusives o per manca de claredat i transparència (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

DESESTIMAR el recurs interposat per la representació processal de B., contra la sentència, de data 28-01-2016. Dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles que confirmem íntegrament. No procedeix efectuar imposició de les costes processals d'aquesta alçada.

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.-