

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

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

## **ANTECEDENTS DE FET**

I.- La representació processal de A SA va interposar demanda, de data 16-04-2015, envers el Sr. M.F.M. i la societat B SL, aquesta darrera com a hipotecant, segons la qual demanava la condemna del primer a l'abonament de les sumes que es detallaven a la demanda i, pel cas que no complís voluntàriament, la realització en pública subhasta de la garantia hipotecària, amb més les costes processals.

En data 7-05-2015 la representació processal de la part defenent va articular l'excepció de prescripció i, quant al fons, no concorrien els requisits per tal que les operacions es poguessin considerar vençudes; que la clàusula de determinació dels interessos de demora esdevenia ambigua i indeterminada, alhora que perjudicava als defenents i que l'agent havia estat copartícep de la problemàtica ocasionada, a l'haver permès disposar de 6 milions d'euros amb l'objectiu de bastir un edifici. En conseqüència, demanava l'estimació de l'excepció i subsidiàriament la desestimació de la demanda en concepte d'interessos moratoris i que operés la dació en pagament, sense condemna en costes processals.

II.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 2-02-2017, amb la següent part decisòria: “

**Primer.-** *Estimar de forma substancial la demanda formulada per la representació processal de la societat A, SA contra el Sr. M.F.M. i contra la societat B, SL, i condemnar el Sr. M.F.M. a pagar els següents imports:*

- *Del compte de número 1076667.101, la suma de 1.589.556,42.-euros derivada del incompliment del préstec amb garantia hipotecària de data 20 d'abril del 2005, majorada dels interessos pactats contractualment a partir del 7 de maig del 2014, i altre import de 48.839,78.-euros derivat del descobert en compte corrent i incrementat dels interessos de descobert meritats a partir del 7 de maig del 2014 i fins a la definitiva cancel·lació del deute;*

- *Del compte de número 1070459.102, la quantia de 5.770.499,01.-euros derivada del incompliment del crèdit amb garantia hipotecària de data 30 d'abril del 2010, majorada dels interessos pactats contractualment a partir del 7 de maig del 2014, i altre import de 2.822.767,86.-euros, derivat de l'incompliment del préstec amb garantia hipotecària de data 30 d'abril del 2010, incrementat dels interessos pactats contractualment a partir del 7 de maig del 2014;*

- *Del compte de número 1077342.101, l'import de 39.531,20.-euros derivat del incompliment del crèdit en compte corrent de data 28 d'abril del 2008, majorat dels interessos de descoberts al tipus previst per l'Agrupació de Bancs Andorrans a partir del 7 de maig del 2014;*

**Segon.-** *Fer imposició al Sr. M.F.M. de les costes judicials ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador a acreditar en període d'execució de sentència.”*

III.- La representació processal de la part defenent ha interposat recurs contra la sentència d'instància. Així, en data de registre 9-05-2017, va presentar escrit de conclusions, en mèrit del qual i pels arguments continguts en ell, sol·licita la revocació de la sentència d'instància.

Pel contrari, la representació processal de la part recorreguda, per escrit de contesta a les conclusions, de data 25-05-2017, i en consonància amb els arguments exposats, interessa la desestimació del 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 o greuges en els quals es fonamenta el recurs de la part defenent són els que segueixen.

En primer terme, després d'exposar que les operacions creditícies es van signar per a regularitzar la posició deutora del compte bancari 1070459.102 i degut a la greu crisi immobiliària mai es va poder assumir el pagament de les quotes del préstec, ni del crèdit en compte corrent. Per això, va enviar comunicacions (docs. 85 i 86 de la demanda) per a reconduir la seva posició deutora, així com per a procedir a una dació en pagament de l'edifici, i assenyala que no concorren els requisits per a donar per vençudes les operacions creditícies.

Sustenta que en cap de les comunicacions adreçades per l'entitat financera se'l va informar de la voluntat de procedir a la resolució de les operacions creditícies i del saldo deutor. Així, indica que el contracte de préstec de 20-10-2005 i el de préstec en garantia de 30-04-2010 es varen resoldre a l'avança i a les cartes de 18-01-2012 no es comunicava la decisió

de resoldre ni el saldo resultant. I, fins i tot, l'entitat les va resoldre el 23-01-2012 sense esperar el compliment del termini de 8 dies que atorgava al recurrent.

La sentència d'instància entén subsanat aquest requisit per les cartes de 10-07-2012 i 23-10-2013. El recurrent ho qüestiona perquè afirma que és primordial el requeriment previ a la resolució en el que s'exposi la decisió de resoldre i la comunicació del saldo deutor. Reconeix que és evident que a les dates de 10-07-2012 i 23-10-2013 es trobava informat de la resolució de les operacions creditícies, però va ser perquè va veure tancades totes les línies de crèdit i, aleshores, es va realitzar de forma indeguda i irregular.

Sosté que la resolució del contracte de crèdit en compte corrent de 28-04-2008 no es va formular adequadament, ja que el contracte estableix que s'entendrà tàcitament prorrogat mensualment si cap de les parts no notifica fefaentment la voluntat de donar per definitivament extingit el contracte amb una antelació mínima de 30 dies i es va enviar una carta, en data 30-03-2012, que no equival a una notificació fefaent (Notari o persona que disposi de fe pública).

II.-Aquesta Sala ha tingut ocasió de pronunciar-se en reiterades ocasions de les exigències que ha de reunir el venciment avançat d'una relació obligatòria. Així, entre altres, a les SSTSJA de 29-10-2013 i 23-07-2015, hem assenyalat que cal un requeriment previ de resolució, acompanyat de la necessària informació al deutor. En aquest requeriment s'ha d'explicitar la decisió de resoldre a l'avança el contracte i comunicar el saldo deutor, de manera que no es pot estimar la demanda sense aquestes exigències.

No obstant, la doctrina abans establerta s'ha de posar en relació amb les finalitats que cerca aquest requeriment previ de resolució. Es tracta que el deutor conegui la decisió de l'entitat financera, abans de l'exercici de l'acció judicial, de voler resoldre anticipadament la relació obligacional i quina

és la quantitat que ha d'abonar per a impedir la pèrdua del termini amb les greus conseqüències que aquesta li pot provocar.

En el cas que ara ens ocupa, les cartes de 18-01-2012 indiquen quins són els ròssecs deutors (s'acompanyen posicions del compte) i s'exposava que si en 8 dies no es regularitzava la situació, es passaria als serveis jurídics per a iniciar les accions en reclamació del deute. El que succeeix és que les cartes no indiquen la decisió de resoldre, sinó només de reclamar el deute. Però dels documents núm. 32 (foli 205) i del document 53 (foli 257) ressurta que el Banc agent va procedir, respectivament, a la resolució de les operatives financeres –contracte de préstec de 20-10-2005 i préstec en garantia de 30-04-2010- en dates de 23-01-2012 i 25-01-2012.

És a dir, el deutor coneixia el saldo deutor d'aquestes operatives, però va observar com l'entitat financera liquidava les operacions abans dels vuit dies de termini per a regularitzar. Aleshores, el que cal plantejar-se ara és si, conegut pel deutor l'import dels ròssecs deutors, i que la decisió de resoldre les relacions obligatòries no fou comunicada al deutor però es va produir, sí la reclamació judicial posterior pot o no ser admesa.

I en aquest sentit, hem de coincidir amb la resolució d'instància. En data 10-07-2012 –foli 346- (quasi sis mesos després de la liquidació de les operacions creditícies referides), el Sr. M.F.M. relaciona les quatre operacions perfeccionades amb l'entitat bancària agent (préstec amb garantia hipotecària de 20-10-2005 per import de 1.350.000 euros, crèdit en compte corrent, de 28-04-2008, per import de 219.000 euros, crèdit en compte corrent amb garantia hipotecària de 30-04-2010, per import de 4.650.000 euros, i un préstec amb garantia hipotecària de 30-04-2010, per import de 2.000.000 euros) i manifesta que les pòlisses estan excedides i no es troba en disposició d'abonar les quotes dels préstecs, de manera que demana un nou contracte de crèdit o préstec amb garantia hipotecària per a reconduir la seva situació econòmica. I prova que el Sr. M.F.M. coneixia la liquidació de les operacions és que ell mateix manifesta que no té sentit ni

justificació que l'entitat bancària estigui procedint a liquidar interessos abusius i desproporcionats sobre el capital degut.

De nou, en data 23-10-2013, el Sr. M.F.M. (foli 358) insistia en el refinançament o en la dació en pagament de l'edifici i criticava que l'entitat financera procedís des de fa més de 2 anys a liquidar interessos abusius i desproporcionats.

I, per carta de 29-01-2014, enviada pel Banc a l'adreça del Sr. M.F.M., que constava en les anteriors cartes (però que no fou rebuda, cfr. Foli 362), el Banc deixa palesa la impossibilitat de procedir a la refinanciació i insistia en què no es podia efectuar una nova operació creditícia si no disposava de capacitat d'amortització del deute, alhora que no es podia imposar l'adquisició d'un edifici per un valor de taxació que no era el de mercat. I, finalment, advertia que de no amortitzar-se tot o en una part significativa el deute existent es procediria a l'exercici de les accions judicials oportunes per a reclamar el ròssec.

De les anteriors consideracions, resta acreditat que abans del present procediment judicial (la demanda és de data 16-04-2015), el deutor ha tingut ocasió de conèixer el saldo deutor de les diferents operacions creditícies, atès que es van aportar les diferents posicions dels comptes i coneixia que s'havia procedit a la resolució de les relacions obligacionals que el vinculaven amb l'entitat financera. Per tant, la finalitat del requeriment previ, consistent en el coneixement pel deutor d'allò degut, de la voluntat de l'entitat financera de donar per vençut el termini i de permetre-li que pogués pagar s'ha complert en el present cas, atès que ha disposat de més de tres anys per a amortitzar de manera total o parcial el seu deute.

Quant a l'operació creditícia de 28-04-2008, (foli 279) es troba la comunicació de A tramesa al Sr. M.F.M., en data 30-03-2012 (i rebuda el 5-04-2012, cfr. Foli 280 al dors), en la que, respecte del contracte de crèdit en

compte corrent de 28-04-2008, s'indica la voluntat de no prorrogar el crèdit referit i extingir-lo amb efectes 21-05-2012.

L'exigència d'una comunicació o notificació fefaent requereix que es pugui acreditar de manera indubtable o fidedigna el contingut de l'escrit i alhora amb la identificació prèvia del destinatari. En aquest sentit, el requeriment notarial, el burofax o el telegrama amb acusament de rebuda són notificacions fefaents.

No obstant, l'al·legació que la comunicació per carta certificada no complia amb l'exigència de ser una notificació fefaent constituïa un mitjà de defensa que es podia haver al·legat a l'escrit de contesta a la demanda i de la lectura d'aquesta i de la dúplica no s'aprecia que s'hagués articulat aquesta al·legació. En efecte, ni tant sols a l'escrit de conclusions apareix una menció a l'incompliment per a denegar la pròrroga que la notificació no fos fefaent. I, per tant, conegut que l'apel·lació constitueix una revisió del material probatori i del dret aplicat a la primera instància, sense que es pugui alterar el debat amb la introducció de pretensions noves ("pendente appellatione, nihil innovetur"), aquest extrem del motiu també ha de ser desestimat i amb ell la totalitat del primer motiu.

III.- El segon greuge rau, a criteri del recurrent, en que les clàusules relatives als interessos de demora són ambigües i indeterminades. El Banc no ha explicat mai com es calculaven els tipus d'interès ni ha incorporat el quadre d'amortització d'aquests, de manera que ignorava que es pagava per capital i per interès. Solament s'han explicat els tipus d'interès passada ja la fase d'al·legacions. Per altra part, afegeix el caire abusiu de les clàusules relatives als interessos de demora, ja que comporta una desproporció entre els que es podien haver aplicat per a satisfer l'interès del creditor (en alguns casos, s'eleva fins el 15%).

No comparteix que es negui la consideració de consumidor del Sr. M.F.M., ja que no es dedica a la promoció immobiliària sinó que va haver d'assumir la construcció de l'edifici derivada de la mort del seu pare.

La sentència d'instància recull la jurisprudència d'aquesta Sala que admet el pacte de remissió als interessos fixats per l'Agrupació de Bancs Andorrans i que aquest per se no esdevé abusiu. Així, a la nostra sentència de 20-12-2016 hem manifestat que la clàusula de remissió als interessos fixats per l'ABA *“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'ABA, 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 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”* (vegeu també SSTSJA de 29-10-2013 i 27-10-2016)

Hem exposat en la nostra jurisprudència que, sense perjudici de la crítica que mereix una clàusula de remissió a una documentació que no es facilita a la part contractant, pels dèficits de transparència i informació que ocasiona, per sí sola la remissió a uns tipus d'interès establerts per l'ABA no es pot conceptuar com una clàusula abusiva, sinó que, coneguts els tipus d'interès, s'ha de procedir pel Tribunal a efectuar el judici de comparació, segons les circumstàncies concretes de cada supòsit, la data d'execució del contracte i la comparació entre el tipus d'interès de demora establert i el tipus legal a Andorra per a valorar si per a satisfer l'interès del creditor calia fixar aquests tipus (SSTSJA 27-11-2014, 29-02-2016 i 20-01-2017).



Però a més, hem exigit per a efectuar el judici sobre l'abusivitat de la clàusula referent als interessos de demora que ha de concórrer la condició de consumidor en la part defenent. En efecte, el concepte de consumidor, tant a nivell europeu com en el propi dret andorrà –recollit ara a l'art. 2 f) Llei 13/2013, del 13 de juny de competència efectiva i protecció del consumidor-, ha de ser entès com aquella persona que accedeix a un producte o servei fora del seu àmbit propi d'activitat .

En el cas present, el Sr. M.F.M., malgrat exposi que es va veure obligat a continuar amb la construcció de l'edifici per a atendre els deutes relatius a aquest, el cert és que va decidir exercitar aquesta actuació empresarial i, per a tal fi, va sol·licitar els préstecs i els crèdits financers necessaris per a poder assolir aquest objectiu. Encara que la mercantil tingués un objecte social divers, no hi ha dubte que els emprèstits es van demanar per a finalitzar la construcció de l'edifici i, per tant, aquestes s'ajustaven a l'activitat empresarial de qui el demanava.

Refusat el concepte de consumidor no procedeix analitzar el caire abusiu dels interessos de demora, tota vegada que es tracta d'un sistema de protecció exclusivament establert per a aquells que mereixen la qualificació de consumidor i actuen en un àmbit aliè a la seva activitat, atès que l'existència de desigualtat informativa i el desequilibri entre la situació econòmica i jurídica de les parts contractants els pot afectar i anihilar o reduir considerablement la protecció de la seva situació.

En canvi, sí que s'ha d'analitzar un altre motiu de recurs, introduït amb l'abusivitat, relatiu al fet que l'entitat financera no hauria acreditat en el període d'al·legacions els tipus dels interessos moratoris i que no s'ha explicat com es calculaven els interessos ni s'han aportat quadres d'amortització.

En el present cas, negada la possibilitat d'estudiar el caire abusiu dels interessos de demora, i tota vegada que aquests han estat incorporats a la

relació obligacional en virtut de la remissió de la clàusula ABA, s'ha provat per l'entitat financera, en període probatori (cfr. Folis 515 a 669, 680 i 685 a 687) que els tipus d'interès que s'aplicaven anaven des del 8,5% fins al 13%. No obstant, encerta la recurrent que no ha pogut proposar i practicar prova al respecte del càlcul concret dels tipus d'interès aplicats al present supòsit. Als folis 685 a 687 consta la certificació de l'entitat agent on apareix el muntant global dels interessos per a cada operació creditícia.

Hem d'exposar que si la part agent exercita una pretensió relativa al cobrament d'uns interessos de demora, caldria que acredités amb detall, a la fase d'al·legacions, el capital sobre el que es calculen els interessos, si s'aplica un interès compost o anatocisme, la diferenciació per anys dels diferents càlculs i això per cada operació creditícia. D'aquesta manera la part defenent es podria defensar i proposar prova en relació al càlcul efectuat per a impugnar les partides preses en consideració, el mode d'aplicació de l'interès o el simple càlcul matemàtic.

Al no haver-ho fet així, ha reduït les possibilitats de defensa de la part prestatària, de manera que, a l'igual que és doctrina d'aquest Tribunal quant a la concreció de la clàusula ABA., no poden formar part de la condemna contra la part defenent les partides relatives als interessos de demora, les quals s'hauran d'analitzar i concretar a la fase d'execució de sentència.

Per tant, s'ha d'estimar parcialment aquest motiu i diferir a la fase d'execució de sentència el càlcul dels interessos de demora de les diferents operacions creditícies.

IV.- En darrer terme, sosté que l'entitat financera esdevé copartícep de la problemàtica que afecta al Sr. M.F.M., qui fou empès a disposar de fins a 6 milions d'euros per a acabar l'edifici. I, en atenció a les especials circumstàncies d'aquest cas, s'ha de fixar i acotar en el període d'execució de sentència una dació en pagament, ja que es pot interpretar la normativa

de la forma més favorable a la víctima o perjudicat, ja que si no es vulneraria l'article 27.2 CA.

Aquest darrer motiu no pot prosperar. Ja hem posat abans en relleu que el Sr. M.F.M. no reuneix la condició de consumidor i fou ell qui va decidir continuar amb la construcció de l'edifici. La Sala no pot compartir l'argument que l'entitat financera fou copartícep de la situació en la que es troba el Sr. M.F.M. per haver concedit els crèdits i préstecs, atès que ja hem assenyalat en altres resolucions que la crisi econòmica i social global que va afectar a les Valls no es podia conceptuar com un cas fortuït ni com una hipòtesi de força major i que corresponia als empresaris i professionals adequar les seves operacions al nou escenari econòmic que anava apareixent.

Les circumstàncies del present cas no esdevenen especials o diferents d'altres supòsits d'incompliment, en els que la crisi econòmica ha actuat com a coadjuvant, de manera que hem de reproduir, una vegada més, la nostra doctrina relativa a la dació en pagament i a l'exigència que aquesta, com a subrogat en el pagament, sigui acceptada pel creditor. I això, sense perjudici d'encoratjar a les parts, i sense desconèixer que ja han existit reunions i acostaments entre elles, per tal que intentin trobar fórmules d'entesa o de solució extrajudicial a supòsits com els presents.

Per altra part, cap privació dels béns de la defenent es produeix sense justa causa (cfr. Art. 27.2 ningú no pot ésser privat dels seus béns o drets, si no és per causa justificada d'interès públic, mitjançant la justa indemnització i d'acord amb el procediment establert per la llei). El precepte de la CA estableix les garanties que han de concórrer per aquells supòsits d'ablació de la propietat privada per motiu d'expropiació forçosa, però l'esmentat precepte no prohibeix ni impedeix la realització pel creditor, mitjançant els processos legals, de la responsabilitat patrimonial universal del deutor o de l'execució dels béns que, en virtut d'un dret real d'hipoteca, garanteixen de manera directa l'incompliment d'una relació obligatòria del deutor, atès que

de fer-ho subvindrien el principi de seguretat jurídica i el foment del crèdit, ja sigui territorial o no.

En efecte, quant a la dació en pagament i a la pretesa vulneració de l'article 27.2 CA, aquesta Sala (SSTSJA de 20-12-2016, rotlles 134/16 i 446/15) ha tingut ocasió d'afirmar que *"I la mateixa sort desestimatòria ha de seguir l'argument segons el qual les especials circumstàncies concurrents en el present cas permeten a la Sala imposar la dació en pagament com a expedient per a alliberar els deutors del seu deute.*

*Aquesta Sala ja ha tingut ocasió d'exposar en les seves sentències de 17-07-2014, 3-09-2015 i 29-02-2016, que el pagament per part del deutor requereix el compliment de les exigències d'identitat, integritat i indivisibilitat. Per tant, emprar un subrogat del pagament com és la dació en pagament, que compleix funcions alliberadores del deutor però provoca un canvi en la prestació requereix inevitablement el consentiment del creditor. Per això, si bé s'encoratja a les parts litigants i en especial a les entitats financers a l'inici i manteniment de les negociacions per a la reconducció dels deutes durant el procés i a la fase d'execució, així com es recomana a les referides entitats per tal que, si ho entenen adient i econòmicament rendible, puguin admetre la dació en pagament com a forma d'alliberament del deute, a manca de previsió legislativa que possibiliti al tribunal imposar aquest expedient de satisfacció de l'interès del creditor, no es pot acordar la dació en pagament sense la concurrència del consentiment del creditor. Procedeix, per tant, l'aplicació de la normativa que regula els embargaments, contingudes a la llei 44/2014, de 18 de desembre, sense que cap afectació en aquest sentit s'hagi produït a allò previst a l'article 27.2 de la Carta Magna"*

En conseqüència el motiu ha de ser desestimat.

V.- L'èxit parcial del recurs s'ha de traduir, en matèria de costes processals en la no imposició de les costes d'aquesta alçada. Així mateix, l'estimació parcial de la demanda i el triomf de l'oposició en relació als interessos de demora, així com la prescripció d'una de les operacions

creditícies motiva també la no imposició de les costes de primera instància, devent cada part suportar les seves costes i essent les comunes per meitat.

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 del Sr. J.M.F.M. contra la sentència, de data 2-02-2017, i revoquem la seva part decisòria en el sentit de condemnar a la part defenent, Sr. J. M.F.M. a l'abonament dels principals deguts en el moment dels venciments avançats o de la voluntat de no prorrogar l'operació creditícia de 28-04-2008 relatius a les següents operacions financeres (compte 1076667.101 préstec amb garantia hipotecària 20-04-2005, compte 1070459.102, crèdit amb garantia hipotecària 30-04-2010; préstec amb garantia hipotecària de 30-04-2010 i crèdit en compte corrent de 28-04-2008), amb més els interessos de demora que s'hauran de calcular a la fase d'execució de sentència per cada operació i anualitat des del venciment o extinció, segons el fonament de dret III d'aquesta sentència, i amb possibilitat de contradicció. No procedeix efectuar imposició de les costes processals de cap de les dues instàncies.

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.-