

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 29 de febrer del 2016.

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 mercantil X.,S.A. va interposar demanda, en data 4-09-2012, envers els Srs. S.D. i G.D., segons la qual a satisfer les sumes degudes, derivades de la resolució anticipada del préstec, alhora que interessava la realització en subhasta pública dels immobles objecte de la garantia hipotecària, amb imposició de les costes processals a la part defenent.

Els defenents van contestar la demanda, en data 11-12-2012, en virtut de la qual demanaven l'estimació parcial de la demanda, la declaració de

nul·litat de la clàusula de responsabilitat patrimonial universal, l'atorgament de la dació en pagament dels immobles hipotecats amb la cancel·lació dels deutes reclamats i la no imposició de les costes processals.

II.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 26-05-2015, amb la següent part decisòria: **"DECIDEIX:**

Que estimant íntegrament la demanda interposada per X., S.A. contra el Sr. S.D. i G.D. ha de condemnar i condemna solidàriament aquests darrers a satisfer a la primera la suma de **161,91.- €** més els interessos de descobert al tipus ABA a partir del 5-4-2012 i fins al seu total pagament i la suma de **262.720,69.- €** més els interessos bancaris pactats en l'escriptura de préstec des del dia 5-4-2012 i fins al seu total pagament i a satisfer les costes processals ocasionades inclosos els honoraris d'advocat i de procurador. Alhora escau declarar que en relació al contracte de préstec, les seves resultes es troba garantit hipotecàriament essent necessari, si escau, procedir-se a la venda en pública subhasta de les unitats immobiliàries, situades totes elles a l'edifici "R.", carretera secundària 410 al terme d'Arinsal (La Massana) detallades a continuació, acordant l'aplicació del preu obtingut a la rebaixa o cancel·lació del deute hipotecari reclamat: Pis o apartament a l'edifici X., planta x., porta x.; plaça d'aparcament 10, situada a la planta soterrani x., quina tenia adscrita el traster 2; plaça d'aparcament 11, situada a la planta soterrani x. quina tenia adscrita el traster 19".

III.- La representació processal de la part defenent va interposar recurs contra la sentència d'instància i, en data de registre 23-09-2015, va presentar escrit de conclusions, en mèrits del qual i d'acord amb els arguments continguts en el mateix, demanava l'estimació parcial de la demanda, la nul·litat de la clàusula de responsabilitat patrimonial universal, l'atorgament de la dació en pagament dels immobles hipotecats amb la cancel·lació dels deutes existents, sense que continuï la reclamació

mitjançant l'acció personal i que no es doni lloc als interessos i penalitzacions reclamats, sinó solament als interessos legals. Tot l'exposat, sense imposició de les costes processals.

Per el contrari, la representació processal de la part recorreguda va presentar escrit de contesta a les conclusions, de data 14-10-2015, segons el qual sol·licita la desestimació del recurs i la imposició a la part recurrent de les costes processals.

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 la part defenent fonamenta el seu recurs són els següents. En primer terme, entén que la responsabilitat patrimonial universal esdevé una clàusula abusiva. Considera que l'accessorietat entre la relació obligacional i la garantia real exigeix valorar les circumstàncies fàctiques que envolten l'impagament, la subscripció de l'escriptura pública o la negociació de determinades clàusules en un procés hipotecari que afecta a un bé de primera necessitat. Assenyala que, malgrat que la recurrent ha cercat diferents formes per a solventar el problema, l'entitat bancària no li ofereix cap solució. Sol·licita la nul·litat de la clàusula perquè desconeixien el sentit de la mateixa i el consentiment fou viciat en el moment de la subscripció del títol. La clàusula ha de ser explicada correctament per part dels Notaris i al no fer-ho ocasionen un vici del consentiment als defenents. Insisteix en que es tracta d'un contracte d'adhesió, no negociat, i corresponia a l'entitat financera valorar la capacitat d'endeutament dels defenents, de manera que pot aconseguir la satisfacció

del seu crèdit mitjançant l'adjudicació del bé i sense continuar l'acció personal.

En segon terme, la dació en pagament, com a institució que existeix històricament, permetria que es lliurés al creditor l'immoble i es cancel·lessin els deutes. Indica que la pèrdua de l'habitatge multiplica el risc de pobresa, de forma que la dació en pagament evita aquest i possibilita negociar amb l'entitat financera. És greu que el Banc es pugui quedar el bé en tercera subhasta pel 60% del seu valor o que no estigui regulada la fallida de la persona física. Així, demana que s'hauria de condemnar a X. a realitzar la dació en pagament. Manifesta també que la crisi és un succés imprevisible i fora de control per part dels deutors hipotecaris. La qualifica com a supòsit de cas fortuït, de manera que amb el lliurament de l'habitatge s'han de cancel·lar els deutes existents. Així mateix, afirma que a Andorra s'hauria de regular un procés específic per a la insolvència de les persones físiques i que es poguessin alliberar dels seus deutes igual que les empreses. Aporta com a document la STJUE de 14-03-2013, Cas Aziz i les conclusions de l'advocada general Sra. Kokott per tal que el tribunal pugui reflexionar.

I, en darrer terme, quant als interessos i comissions, sosté que la clàusula sobre els interessos de demora és abusiva perquè superen el doble de l'interès legal i resulta més elevat del que és necessari per aconseguir l'objectiu que es compleixi amb el pacte. I sol·licita que des del 5-04-2012, data de la liquidació, solament procedeix la condemna als interessos legals.

II.- L'escriptura pública de préstec hipotecari, de data 20-04-2009, signada pels Srs. S.D. i G.D., estableix la responsabilitat solidària dels prestataris (VI) i a més de la responsabilitat universal dels deutors, estableix la constitució d'un dret real d'hipoteca a favor de l'entitat financera sobre les unitats immobiliàries que refereix (VII).

La relació obligatòria imposa un deure al titular del pol passiu de la mateixa, consistent en la realització del programa prestacional. Davant l'incompliment del deutor, en els seus orígens, el creditor o titular del pol actiu de la relació obligatòria ostentava un poder personal sobre el deutor que s'ha substituït en els ordenaments jurídics moderns per la responsabilitat patrimonial. Aquesta responsabilitat patrimonial significa que el deutor ha de respondre de l'incompliment de les seves obligacions amb el seu patrimoni. I en els ordenaments jurídics de l'entorn, la responsabilitat no solament es qualifica com a patrimonial sinó que també participa de la nota d'universal; és a dir, que el deutor respon amb els seus béns presents i futurs.

Aquesta responsabilitat patrimonial universal pot ésser limitada en virtut d'un acte d'autonomia privada entre el deutor i el creditor, de manera que només pugui ésser exigible sobre determinats béns o fins a un determinat límit o topall (cfr. hipoteca de responsabilitat limitada). Pot també resultar limitada per la llei, com succeeix amb la Llei d'embargament –art. 6-, de manera que determinats béns o drets, en atenció a la protecció d'interessos superiors, no puguin ésser objecte d'alienació i, per tant, de sortida del patrimoni del deutor. I, fins i tot, pot succeir que el creditor, en ares a recolzar el seu dret de crèdit, sol·liciti la concessió de garanties de caire personal (fiança) o reals (panyora, hipoteca, anticresi). En el present cas, és precisament això el que succeeix.

L'existència de la responsabilitat universal del deutor es troba recolzada amb la constitució d'un dret real de garantia d'hipoteca, de manera que el creditor disposa, pel cas d'incompliment, d'una acció personal adreçada a agredir el patrimoni del deutor i d'una acció real, consistent en la subjecció directa del bé immoble a resultes de l'incompliment, que poden derivar en la realització del seu valor (*ius distrahendi*) amb prelació en el

pagament a favor del seu titular. L'existència de la hipoteca, com adequadament es raona a la sentència d'instància, participa de les notes d'accessorietat en relació al dret de crèdit que garanteix; en aquest cas, el préstec obtingut pels deutors.

Les clàusules abusives, sobre les quals ja ha tingut ocasió aquesta Sala de pronunciar-se en diferents ocasions, tant respecte de la vessant processal de la seva anàlisi, com en relació a la vessant de fons o material (cfr. SSTSJA de data 27-11-2014), han estat també objecte d'atenció pel propi legislador. En efecte, i encara que les diccions legals, per raó de la vigència de la norma no siguin aplicables al cas que ens ocupa, si es poden prendre en consideració per a aprehendre el concepte de les mateixes, en la línia del que ja hem recollit a la nostra jurisprudència.

La Llei 13/2013, de 13 de juny, de competència efectiva i protecció del consumidor determina en la seva Exposició de Motius que *“En tercer lloc, en matèria de protecció del consumidor, aquesta Llei té com a finalitat modernitzar la normativa existent al Principat d'Andorra amb la voluntat de garantir als ciutadans l'accés als béns i serveis de forma eficient”*. L'article 34 de la referida Llei atorga el concepte de clàusula abusiva, que s'acomoda amb el que aquesta Sala ja ha reconegut en altres ocasions, i la defineix com aquelles estipulacions no negociades individualment que causen, en contra de la bona fe, un perjudici al consumidor i un desequilibri important en els drets i obligacions de les parts. La conseqüència de la declaració d'una clàusula o estipulació com a abusiva és la nul·litat radical de la mateixa, amb el manteniment de la resta del negoci jurídic.

Així mateix, el tercer apartat de l'article 34 esmenta, amb caire enumeratiu (numerus apertus) un elenc de supòsits de clàusules abusives: *“3. Són abusives en tot cas, entre d'altres, les clàusules que: a) vinculin el*

*contracte a la voluntat de l'empresari; b) limitin els drets de la persona consumidora; c) determinin la falta de reciprocitat en el contracte; d) imposin a la persona consumidora garanties desproporcionades o li imposin indegudament la càrrega de la prova; e) resultin desproporcionades en relació amb el perfeccionament i execució del contracte, i/o f) contravinguin les normes sobre competència i dret aplicables”.*

Des d'aquest punt de vista, s'ha de posar en relleu el següent. En primer terme, aquesta Sala coneix la STJUE de 14-03-2013, Cas Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa i les seves consideracions sobre l'aplicació dels articles 3.1, 6.1 de la Directiva 93/13/CEE i el principi d'efectivitat de la protecció del consumidor. Així mateix, la sentència analitza si les clàusules de venciment avançat, al pacte de liquidesa i a la determinació dels interessos de demora poden tenir o no caire abusiu i facilita les eines d'examen al jutge nacional. En aquest cas, i sense perjudici del que després es dirà en relació als interessos de demora, la clàusula que s'examina és la de responsabilitat patrimonial universal i no la de venciment avançat ni la referent al pacte de liquidesa.

En segon terme, la manca de negociació individual de la clàusula no comporta per sí mateixa la consideració d'abusiva, com ressurt de la normativa andorrana, de la jurisprudència d'aquesta Sala i de la jurisprudència del TJUE, inaplicable a Andorra en tant no rebi l'acquis communautaire si esdevé país associat de la Unió europea. Així, no es pot entendre que existeix un desequilibri important que sigui contrari a la bona fe, pel fet que el creditor compti, pel cas d'incompliment, de la responsabilitat patrimonial universal del deutor. No solament perquè la clàusula transcriu una regulació legal, que a Andorra prové del dret romà (cfr. Digest 50,16,39.1) i en els països de l'entorn és norma habitual en els Codis civils, sinó per quant esdevé adequat que per a garantir que el deutor compleixi

amb el programa prestacional, el creditor compti amb el seu patrimoni com a garantia del mateix.

En tercer terme, la clàusula és clara i de fàcil enteniment, sense que es pugui admetre l'existència d'un vici del consentiment. S'afirma que la responsabilitat dels deutors és universal, la qual cosa comporta des de la literalitat de la mateixa que abasta a la totalitat del seu patrimoni. I sabut és que aquest es troba integrat per la totalitat dels béns i drets, presents i futurs que conformen el mateix. I al respecte no es pot asseverar que existeixi un dèficit d'informació al consumidor per no haver informat que del seu incompliment es respon amb la totalitat del seu patrimoni, no solament perquè la clàusula resulta clara i transparent, des de la vessant formal, sinó a més perquè recull el que és un dels trets essencials dels dret d'obligacions del propi sistema i dels ordenaments jurídics del nostre entorn.

I, en darrer terme, perquè esdevé cert que el principi de la responsabilitat universal es pot desplaçar per un acte d'autonomia privada, a l'igual que es pot recolzar, com hem assenyalat, i és, precisament el que aquí succeeix, per la concessió dels deutors d'una garantia real a favor del creditor. En efecte, amb la constitució d'una hipoteca es subjecta un bé immoble al compliment de l'obligació garantida, encara que els béns surtin del patrimoni del deutor.

Quant a la inexistència de pacte en el present cas, el mateix ressurt de la simple lectura de l'escriptura de préstec, en la que no es constitueix una hipoteca de responsabilitat limitada, sinó una hipoteca que s'aposa, en la seva acció real, a la responsabilitat patrimonial universal, entesa aquesta com la norma general que garanteix l'eficàcia de les obligacions contractuals i extracontractuals (cfr. STM de 25-01-1988).

III.- El segon motiu o greuge que alça contra la sentència d'instància rau en la petició que s'acordi la dació en pagament. Entén que la dació en pagament, com a institució que existeix històricament, permetria que es lliurés al creditor l'immoble i es cancel·lessin els deutes. Indica que la pèrdua de l'habitatge multiplica el risc de pobresa, de forma que la dació en pagament evita aquest i possibilita negociar amb l'entitat financera. És greu que el Banc es pugui quedar el bé en tercera subhasta pel 60% del seu valor o que no estigui regulada la fallida de la persona física. Així, demana que s'hauria de condemnar a X. a realitzar la dació en pagament. Manifesta també que la crisi és un succés imprevisible i fora de control per part dels deutors hipotecaris. La qualifica com a supòsit de cas fortuït, de manera que amb el lliurament de l'habitatge s'han de cancel·lar els deutes existents. Així mateix, afirma que a Andorra s'hauria de regular un procés específic per a la insolvència de les persones físiques i que es poguessin alliberar dels seus deutes igual que les empreses.

El present motiu tampoc pot ésser acollit.

Si s'inicia l'anàlisi per l'al·legació de la crisi com a supòsit de cas fortuït o de força major, aquesta Sala ha tingut ocasió de considerar aquest argument en altres ocasions i també per a préstec perfeccionats quan la crisi ja existia i el mercat havia patit una contracció econòmica important. En aquest sentit, vam manifestar que: *"Aquesta Sala coneix que la crisi, no solament econòmica, sinó també social i cultural, ha esdevingut un fenomen global i que la seva incidència es projecta sobre la gran majoria dels ciutadans, els quals han d'adaptar el seu comportament i els seus recursos a les noves circumstàncies que envolten la seva quotidianitat."*

*El cas fortuït o la força major es conceptuen com un esdeveniment imprevisible o previsible però inevitable que impedeixen al deutor complir*

*amb la prestació deguda. I, com encertadament raona la sentència d'instància, s'ha d'analitzar si la crisi econòmica i la seva incidència en el contracte de crèdit hipotecari es poden entendre com un esdeveniment extern imprevisible o previsible, però inevitable, que impedis el compliment i també que no resulta apreciable el cas fortuït o la força major com a expedient que exonera de responsabilitat al deutor (...)*

*Així, l'inici d'aquesta crisi sol situar-se cap al mes d'agost de 2007 amb les terribles conseqüències de les hipoteques sub prime, que van ocasionar la intervenció pel Govern americà d'un dels més importants bancs hipotecaris el mes de juliol de 2008 (L'Indy-Banc) i que va portar a la fallida el mes de setembre de Lehman Brothers, derivada de les seves grans pèrdues en el sector hipotecari. Aquests efectes ja havien arribat al continent europeu, per quant a l'estiu de 2008 ja s'havia registrat una contracció important de l'economia de l'eurozona que va afectar, aleshores, a les quinze economies d'Europa. Per tant, quan el mes de gener de 2009 es va signar aquest crèdit hipotecari el panorama econòmic mundial ja demanava cautela i calma pel finançament que es demanava i la possibilitat de retornar el numerari prestat" (cfr. TSJA del 27-11-2014).*

Conseqüentment, en atenció a la data de perfecció del préstec hipotecari i a les conseqüències conegudes en aquell moment de la crisi que assolava l'economia mundial, no es pot admetre com a supòsit d'exoneració de la prestació del deutor la mateixa.

En segon lloc, correspon examinar l'al·legació relativa a que s'hauria de condemnar a l'entitat financera a admetre una dació en pagament i que l'ordenament jurídic andorrà hauria de regular un procediment concursal per a les persones físiques (s'ha d'entendre per les no comerciants, atès que per

aquestes darreres ja existeix al Decret de 4-10-1969) i un procediment d'execució que garanteixi l'obtenció del major valor del bé.

Convé assenyalar que la recent Llei 44/2014, de 18 de desembre, de l'embargament regula de manera adequada les garanties de la part embargada en relació a la realització del bé. Així, a l'article 16 ja es contempla un tipus de sortida en primera subhasta del 70% en ares a intentar assolir el major preu possible que es pugui obtenir pel bé. I sense perjudici que la jurisprudència pugui anar complementant les disposicions legals, no s'aprecia en la mateixa a priori que es desequilibrin els drets dels embargats en defecte dels creditors executants. Per altra part, no correspon a aquesta Sala efectuar valoracions sobre l'absència d'un procediment concursal per a les persones físiques que no són comerciants. Es tracta en tot cas d'una decisió de política legislativa que correspon adoptar al poder legislatiu en funció de les circumstàncies que es presenten al país i de la manera en la qual es vol regular la realitat social.

Per últim, quant a la dació en pagament, ens hem de remetre a la nostra doctrina, ja esmentada per la sentència d'instància, i plenament aplicable, segons la qual la dació en pagament requereix l'acord entre les parts deutora i creditora i no pot ésser objecte d'imposició judicial. En aquest sentit, hem manifestat que *"Sense perjudici de posar de manifest, com a qüestió prèvia i no menys rellevant, que aquest Tribunal Superior és sensible a la situació de crisi global que afecta als Estats i que no solament s'evidencia en la vessant econòmica, sinó també en la vessant social i cultural. I dins dels estralls que la crisi està produint, coneix aquesta Sala la difícil situació en la que es troben els deutors hipotecaris, que han vist com el valor de taxació del seu habitatge s'ha reduït, en ocasions, per sota del préstec sol·licitat i obtingut en el seu dia, i com les dificultats laborals els impedeixen fer front als mateixos. En aquesta òptica, i si bé la Sala coneix*

*perfectament els requisits del pagament, quant a la integritat, indivisibilitat i identitat, sí que encoratja a les parts litigants, per tal que, en el marc de la present execució, cerquin els mecanismes adients per a possibilitar la renegociació o el compliment del deute en funció de les possibilitats econòmiques dels deutors, de manera que l'execució forçosa de l'habitatge familiar esdevingui la darrera solució a adoptar” (rotlle 294/13 Aute) i “... aquesta Sala no desconeix la profunda situació de crisi econòmica i social que afecta també al Principat d'Andorra, així com la difícil situació en la que es troben les persones que ha perdut la seva ocupació laboral i no poden fer front als préstec obtinguts de les entitats bancàries, així com les depreciacions que han patit les garanties d'aquests préstecs. Malgrat aquestes consideracions que justifiquen que la Sala recomani que les parts litigants assoleixen els acords possibles i viables per a reconduir els impagaments produïts, aquestes negociacions entre els litigants es poden produir durant el procediment i a la fase d'execució de sentència” (cfr. STSJA del 17-07-2014).*

En definitiva, a manca d'una previsió legislativa específica que pogués imposar, sota determinades circumstàncies i condicionants que afectessin al deutor, l'obligatorietat de la dació en pagament, aquesta Sala no pot sinó reconèixer la seva gènesi contractual i limitar-se a encoratjar a les entitats financeres, quan ho consideren adient i econòmicament rendible, a solventar d'aquesta forma els problemes de compliment de la prestació del deutor, per a possibilitar el seu alliberament prestacional.

IV.- El darrer motiu del recurs s'adreça a sostenir que la clàusula sobre els interessos de demora és abusiva perquè superen el doble de l'interès legal i resulta més elevat del que és necessari per aconseguir l'objectiu que es compleixi amb el pacte. I sol·licita que des del 5-04-2012, data de la liquidació, solament procedeix la condemna als interessos legals.

Tampoc aquest darrer motiu pot prosperar per un doble motiu de raons. La primera raó rau en que aquesta qüestió, relativa al caire abusiu dels interessos de demora, s'ha introduït en aquesta alçada. Així, a la contesta a la demanda (foli 82), a l'escrit de dúplica (foli 152) i a les conclusions (folis 248 i 249) el que sosté la part defenent, ara recurrent, és que els interessos d'ençà la data de liquidació siguin els legals i no al tipus de descobert. Per tant, en atenció a que les qüestions noves, introduïdes en aquesta alçada, no poden examinar-se ni presentar transcendència revocatòria, s'ha de desestimar el motiu (“pendente appellatione, nihil innovetur”).

I, la segona, per quant a l'escriptura de préstec (foli 47) es determina que el principal pendent d'amortització generarà els interessos i comissions de descoberta fixat per l'ABA. Al respecte, convé indicar que aquesta Sala ha assenyalat que, en línia de principi, la remissió als interessos que fixa l'ABA no significa que els mateixos siguin usuraris, sinó que caldrà, com encertadament ho recull la resolució d'instància, l'examen del cas concret (cfr. SSTSJA de dates 31-01-2012 i 28-11-2013).

Aleshores, procedeix mantenir la condemna a la pretensió que el principal s'incrementi amb els interessos previstos per a descobert al tipus ABA, però sense perjudici que, en seu d'execució de sentència, correspongui al jutgador vetllar per a que aquests no puguin ésser entesos com a abusius, en el sentit que els mateixos no són remuneratoris –adreçats a retribuir el servei de finançament de l'entitat- sinó moratoris –és a dir, comporten la indemnització de danys i perjudicis per l'incompliment de la prestació- i que siguin els necessaris per tal que l'entitat bancària assoleixi la finalitat que es cerca amb els mateixos.

V.- La desestimació dels motius de recurs comporta la confirmació de la sentència d'instància, la qual cosa s'ha de traduir, en matèria de costes processals, en la imposició a la recurrent de les costes d'aquesta alçada (arg. Codi 7,51,5).

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 dels Srs. G.D. i S.D. contra la sentència, de data 26-05-2015, dictada per l'Hble. Tribunal de Batlles. Procedeix imposar a la part recurrent 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.-