

Roj: **STS 278/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:278**Id Cendoj: **28079110012015100047**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/02/2015**Nº de Recurso: **249/2006**Nº de Resolución: **70/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 12539/2005,**
STS 278/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 496/2005 por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 203/2002, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arganda del Rey, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana María García Fernández, en nombre y representación de don Sabino, como sucesor procesal de doña Evangelina quien actuaba en su propio nombre y en interés de la comunidad hereditaria de don Jose Ángel, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y el procurador don Gonzalo Herráiz Aguirre en nombre y representación de Caja España de Inversiones Camp en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Oscar Gafas Pacheco, en nombre y representación de don Sabino, interpuso demanda de juicio ordinario, sobre ejercicio acumulado de acciones de nulidad de procedimiento de Ley Hipotecaria e indemnización de daños y perjuicios, contra Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que:

a) Se anule las actuaciones realizadas en el procedimiento del art. 131 LH y en concreto, las relativas a la tercera subasta y remate a favor de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y se deje sin efecto el acta de la tercera subasta de 11 de enero de 2000 y el auto de adjudicación de 11 de diciembre de 2000 dictado en dichos autos del procedimiento del art. 131 Ley Hipotecaria núm. 337/97 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arganda del Rey (Madrid) y resoluciones judiciales y actuaciones posteriores al mismo, realizadas en dicho procedimiento de ejecución.

b) Se condene a la Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas a mi representadas que las pagaron con la realización del bien ejecutado para cancelar la deuda en cuestión.

c) Se condene a la Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad al pago de los daños y perjuicios causados a D.^a Petra, D.^a Evangelina y a la herencia yacente de Don Bernabe en la cantidad de 188.688,93 euros, más los intereses de demora correspondientes a dicha cantidad desde la interposición de la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».



2.- El procurador don José Montalvo Torrijos, en nombre y representación de Caja España de Inversiones, Camp, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que «desestime todas y cada una de las peticiones contenidas en la demanda presentada de contrario, imponiendo a la actora las costas causadas».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia 1 de Arganda del Rey se dictó sentencia, con fecha 14 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO. Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gafas Pacheco en nombre y representación de D. Sabino, quien a su vez actúa en representación de D.ª Petra y D.ª Evangelina y de la herencia yacente de D. Bernabe, contra CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, representado por el Procurador Sr. Montalvo Torrijos, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones frente ella ejercitadas, declarando no haber lugar a la nulidad de las actuaciones del juicio sumario hipotecario seguido con el número 337/97 en el Juzgado número 2 de Arganda del Rey, condenando a los actores al pago de las costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 21 de noviembre de 2005, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS. DESESTIMAR EL RECURSO INTERPUESTO POR D. Sabino REPRESENTADO POR LA PROCURADORA DÑA. ANA MARÍA GARCÍA FERNÁNDEZ CONTRA LA SENTENCIA DE FECHA 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004, DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE ARGANDA DEL REY EN PROCEDIMIENTO DE JUICIO ORDINARIO N º 203/02 SEGUIDO CONTRA CAJA ESPAÑA INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. GONZALO HERRÁIZ AGUIRRE, CONFIRMANDO LA MISMA E IMPONIENDO A LA APELANTE LAS COSTAS DE ESTA ALZADA.

TERCERO .- 1.- La representación procesal de D. Sabino interpuso recurso de casación basándose en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 131, regla 3ª.1 de la Ley Hipotecaria, y artículos 252.1 b) y 253.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 en relación a los artículos 1158, 1205, 1255 y 1257 del Código Civil.

Segundo motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 266, 267, 268 y 269 LEC 1881 en relación con el art. 131 reglas 3ª. 3 Y 4ª, regla 7ª.1 y regla 12ª de Ley Hipotecaria y art. 24 de la Constitución Española.

Tercer motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 1257 párrafo 1º, 1262 y 1526 del Código Civil, artículo 149 párrafo 1º de la Ley Hipotecaria, y el artículo 10.bis y disposición adicional primera, II, 10ª de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Cuarto motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 12, 131, regla 2ª, II y 132 de la Ley Hipotecaria, en relación al art. 10, apartado c), nº 3, 4 y 5, y art. 10 bis, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, art. 3, de la Directiva 93/13 de la CEE, de 5 de abril de 1993 y art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

Quinto motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 9.2, 12, 142, 143, 131 regla 2ª, II y 153 de la Ley Hipotecaria.

Sexto motivo.- El fallo apelado infringe los artículos 9.2, 12 y 131, regla 2º, II de la Ley Hipotecaria y 1173 y 1174 del Código Civil, en relación a la determinación exacta de los intereses remuneratorios u ordinarios y moratorios o de demora.

Séptimo motivo.- Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 9.2 y 12 de la Ley Hipotecaria en relación con el art. 1256, 1258 y 1288 del Código Civil.

2.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal Supremo y en la sustanciación del recurso de casación incoado en esta Sala se presentaron escritos en fechas 17 y 18 de diciembre de 2008 comunicando el fallecimiento de doña Petra y el de doña Evangelina, estando la herencia yacente, sin haberse producido declaración de herederos y existiendo un error registral de nacimiento de doña Petra por el que se había instado su rectificación en el Juzgado de Arganda del Rey núm. 2, ordinario 475/2004.

3.- Por esta Sala se acordó mediante providencia de 3 de febrero de 2009 la suspensión del recurso hasta las subsanaciones correspondientes y que para ello se participara a esta Sala la resolución del procedimiento ordinario 475/2004.



4.- En fecha 7 de febrero de 2012 se requirió a la procuradora doña Ana García Fernández para que informara a la Sala sobre el estado de tramitación del procedimiento ordinario del Juzgado núm. 2 de Arganda del Rey, con apercibimiento de tenerla por desistida del recurso y archivar el mismo.

5.- El 20 de febrero de 2012 la procuradora manifestó que no había recaído resolución firme en el ordinario 475/2004, en el que por auto de fecha 25 de febrero de 2009 se había acordado la suspensión del mismo en base al art. 16.1 de la LEC, y aporta Auto de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de enero de 2012, y solicitando que se mantuviese la suspensión acordada en el presente recurso de casación.

6.- En fecha 13 de marzo de 2012 se acuerda por la Sala librar oficio al Juzgado de Primera Instancia 2 de Arganda del Rey para que informara a esta Sala sobre la situación del ordinario 475/2004.

7.- En fecha 16 de abril de 2012 se une la certificación recibida, auto de fecha 25 de febrero de 2009, que acuerda: *"suspender el presente procedimiento a tenor de lo previsto en el artículo 16.1 de la LEC, hasta tanto no se personen los sucesores de Doña Evangelina o transcurra el plazo de caducidad de la instancia"*.

8.- En fecha 19 de febrero de 2013 se dicta providencia por la Sala en la que se acuerda requerir a don Jose Ángel para que acredite haber instado, en calidad de heredero de doña Evangelina, la continuación del ordinario 475/2004 o desistir del mismo y para que se personara como heredero de la misma bajo apercibimiento.

9.- Tras la presentación de varios escritos y requerimientos de esta Sala con fecha 1 de abril de 2014 se acuerda tener por personado a don Sabino como sucesor procesal por fallecimiento de la recurrente doña Evangelina, y se le requiere para que se persone como sucesor procesal de la recurrente doña Petra, bajo apercibimiento de tenerle por desistido del recurso como heredero de la mencionada recurrente.

10.- Interpuesto recurso de reposición contra la providencia de 1 de abril anterior, en fecha 10 de abril de 2014 se dictó Auto en donde se acuerda:

"1. Estimar el recurso de reposición interpuesto por la representación de D. Sabino contra la providencia de 1 de abril de 2013 en cuanto a su pronunciamiento b)2, que se deja sin efecto, y en su lugar la Sala acuerda:

Se tienen por efectuadas las manifestaciones de D. Sabino sobre la renuncia a la herencia de su padre D. Bernabe, si bien D. Sabino como sucesor procesal que es de D.^a Evangelina actúa en la misma posición que ésta, es decir en su propio nombre y en beneficio de la comunidad hereditaria de D. Bernabe.

2. Desestimar el indicado recurso de reposición en cuanto al pronunciamiento b)3 de la indicada providencia.

3. Se declara desistido el recurso de casación formulado por D.^a Petra.

4. Se alza la suspensión de la tramitación del recurso de casación del recurso de casación sostenido como sucesor procesal de D.^a Evangelina, como recurrente en nombre propio y en interés de la comunidad hereditaria de D. Carlos Jesús, por D. Sabino, con cuya representación procesal se entenderán las sucesivas diligencias en concepto de recurrente.

5. Quede el presente rollo para resolver sobre el escrito presentado por la procuradora D.^a Ana María García Fernández el 12 de junio de 2013 y sobre la admisión del recurso".

11.- Por auto de fecha 7 de octubre de 2014 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por don Sabino, como sucesor procesal de D.^a Evangelina quien actuaba en su propio nombre y en interés de la comunidad hereditaria de D. Jose Ángel, y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

12.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Gonzalo Herráiz Aguirre, en nombre y representación de Caja España de Inversiones, Camp, presentó escrito de oposición al mismo.

13.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de febrero del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la prueba documental obrante en autos consistente en testimonio del procedimiento 337/97 seguido en el Juzgado número 2 de Arganda del Rey se deduce que en fecha 26 de marzo de 1992 el Banco de Fomento S.A. suscribió con D.^a Evangelina, D.^a Petra y con D. Bernabe, todos ellos representados por D. Sabino según amplio poder otorgado el día 24 de julio de 1991, un contrato de préstamo con garantía



hipotecaria sobre la finca sita en la PLAZA000 núm. NUM000 de Arganda del Rey, y en virtud del cual, los prestatarios recibían en concepto de préstamo la cantidad de quince millones de pesetas. En dicho contrato se pactaba un plazo de duración de quince años y cinco días (cláusula tercera); un tipo de interés anual fijo del 15% sobre el saldo deudor del préstamo, desde la formalización de la escritura hasta el 31 de diciembre siguiente al que se cumpliera el primer semestre de vigencia del préstamo, y variable a partir de dicha fecha calculándose con remisión a determinados índices de referencia para su concreción, conforme a lo establecido en la cláusula segunda, punto sexto de la escritura, y un interés de demora del 29% (cláusula segunda).

La finca hipotecada respondía de los quince millones de principal, cinco anualidades de intereses al tipo inicialmente pactado, es decir, once millones doscientas cincuenta mil pesetas, y cuatro millones quinientas mil pesetas para costas y gastos (cláusula séptima).

Se establecía como tipo para la subasta de la finca hipotecada 30.750.000 pesetas, fijándose como domicilio a efectos de notificaciones el de la PLAZA000 NUM000 , NUM001 (cláusula undécima).

Ante el impago por parte de los deudores de cuatro vencimientos, el Banco procedió a declarar vencido anticipadamente el préstamo y al cierre y liquidación de la cuenta en fecha 30 de septiembre de 1996, arrojando un saldo de 24.620.718 pesetas, presentándose en octubre de 1997 demanda que se tramitó por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (antes de su reforma por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero).

SEGUNDO .- El Juzgado declaró que lo planteado ante él fue:

1. Nulidad de la tercera subasta y actuaciones posteriores.
2. Falta de personalidad del actor. No consentimiento a la cesión y conexos.
3. Se ha ejecutado por intereses moratorios que no estaban garantizados.
4. No se acompañaron índices de referencia de los intereses al ser variables.
5. Defecto de notificación de la tercera subasta. No se notificó el precio de remate de la tercera subasta.

TERCERO .- La demandada contestó:

1. No se trataba de cesión de contrato sino de cesión de crédito.
2. No se han podido cobrar intereses moratorios, dado que la finca fue adjudicada por un valor inferior al principal reclamado.
3. Se acompañó la documentación necesaria.
4. La notificación para las subastas se hizo correctamente en la persona de una vecina (empleada de la Caixa).

En base a esas alegaciones, el juzgado desestimó la demanda de nulidad del procedimiento de ejecución del art. 131 de la LH .

CUARTO .- En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró:

1. Los defectos de personalidad fueron subsanados.
2. Los demandados se personaron con anterioridad a la tercera subasta por lo que no era necesario notificar el precio de remate de la tercera subasta.
3. No se incluyeron intereses moratorios en la ejecución.
4. No se pronuncia la sentencia sobre redondeo ni cláusulas abusivas, pues debió plantearlo en el procedimiento del art. 131 LH .
5. La cesión de crédito no precisa de consentimiento del deudor.
6. Se consideró legítimo el anatocismo.

QUINTO .- *Motivo primero. Se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 131, regla 3ª.1 de la Ley Hipotecaria, y artículos 252.1 b) y 253.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 en relación a los artículos 1158 , 1205 , 1255 y 1257 del Código Civil .*

Se desestima el motivo .

Se alega por el recurrente que no se acreditó debidamente por la ejecutante su personalidad, dado que se había producido una fusión por absorción.



En la sentencia de primera instancia, asumida por la de segunda, se declara que: " *En efecto, con el escrito de demanda que inicia el procedimiento judicial sumario se hace preciso la aportación de los comprobantes de personalidad (art. 131, regla 3ª, apartado 1º). Sin embargo, la alegación efectuada por el actor en el hecho tercero de su demanda debe rechazarse, pues no hay más que examinar la certificación del Registro de la Propiedad traído a los autos por el Juzgado en virtud de providencia de fecha 12 de noviembre de 1997, para comprobar que se hace constar expresamente en la inscripción cuarta de la finca 27.400 el cambio de nombre de la sociedad Banco de Fomento S.A., titular del derecho de hipoteca, a Hispamer Banco Financiero según escritura otorgada en Madrid el 1 de agosto de 1995 ante el Notario Ángel Benítez-Donoso Cuesta, así como que fueron transmitidos a CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD la totalidad de sus activos y pasivos, formando parte de aquellos el derecho de hipoteca que nos ocupa, quedando inscrita registralmente a favor del nuevo titular CAJA ESPAÑA* ".

De este relato, no discutido, se deduce que la ejecutante estaba legitimada para instar el procedimiento del art. 131 de la LH, lo cual fue acreditado documentalmente dentro del procedimiento, subsanando cualquier omisión en la que se pudiera haber incurrido, por lo que se respetaron escrupulosamente los arts. 231 de la LEC y 243 LOPJ.

SEXTO .- *Motivo segundo. Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 266, 267, 268 y 269 LEC 1881 en relación con el art. 131 reglas 3ª, 3 Y 4ª, regla 7ª.1 y regla 12ª de Ley Hipotecaria y art. 24 de la Constitución Española.*

Se desestima el motivo.

Se alega defecto en las notificaciones realizadas para la celebración de la tercera subasta, en la persona de la arrendataria de un local (ocupado por La Caixa) en la finca hipotecada. Igualmente que no se le notificó la postura ofrecida en la tercera subasta, con el fin de poder mejorarla.

En el procedimiento consta requerimiento extrajudicial (vía notarial) del pago, posteriormente completado por el propio Juzgado.

Por otro lado, con respecto a la tercera subasta (que es la única afectada por la petición de nulidad), consta que los hoy demandantes, entonces ejecutados, se personaron en el procedimiento del art. 131 de la LH el 4 de enero del año 2000, mientras que la tercera subasta se celebró el día 11 del mismo mes y año.

Por tanto, no puede alegar el recurrente desconocimiento ni de la fecha de la tercera subasta ni de la postura alcanzada en la misma, lo que conlleva la necesidad de rechazar la petición de nulidad del procedimiento, en tanto que los hoy demandantes pudieron conocer (previsiblemente lo conocieron) tanto la fecha de la subasta como el resultado de la misma, por lo que si no mejoraron la postura fue por causa dependiente de su propia voluntad, por ello no se ha producido indefensión alguna (art. 225.3 de la LEC).

SÉPTIMO .- *Motivo tercero. Se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 1257 párrafo 1º, 1262 y 1526 del Código Civil, artículo 149 párrafo 1º de la Ley Hipotecaria, y el artículo 10.bis y disposición adicional primera, II, 10ª de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.*

Se desestima el motivo.

Alega el recurrente que la fusión que dio lugar a la adquisición del préstamo hipotecario por parte de CAJA ESPAÑA generó una cesión de contrato, en la que no se obtuvo el consentimiento del deudor. Niega el recurrente que se trate de una cesión de crédito, como se declara en la sentencia recurrida.

Esta Sala ha declarado:

La cesión del crédito la contempla el Código civil dentro del contrato de compraventa, artículos 1526 y siguientes aunque ciertamente no es una verdadera venta sino la cesión que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (así, sentencias de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) cuyo deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (sentencia de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (sentencias citadas de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005).

Sentencia de 25 de enero de 2008, recurso: 5387/2000.

La cesión de contrato tiene su base en el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual. A diferencia del contrato en favor de tercero y de la cesión de crédito, el objeto de la cesión de contrato se limita o se circunscribe al estricto marco de la reglamentación o contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar a la ejecución o cumplimiento. La cesión de contrato requiere del consentimiento del promitente cedido,



bien causalizándolo en el contrato, bien a posteriori. Se desestima el recurso de casación con confirmación de la sentencia recurrida.

Sentencia de 25 de febrero de 2013, recurso: 994/2010 .

De la doctrina referida y de la emanada de la sentencia de 9 de julio de 2003, recurso 3256/1997 , se deduce que lo cedido fue un crédito, en el que la entidad bancaria ya había cumplido la parte que le correspondía al haber transferido al deudor el importe del capital y lo que quedaba por cumplir era la obligación de pago por el prestatario y el crédito para exigir su cumplimiento fue lo cedido, por lo que no se precisaba consentimiento del deudor.

OCTAVO .- *Motivo cuarto. Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 12 , 131, regla 2ª, II y 132 de la Ley Hipotecaria , en relación al art. 10, apartado c), nº 3 , 4 y 5 , y art. 10 bis, Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, art. 3, de la Directiva 93/13 de la CEE, de 5 de abril de 1993 y art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación .*

Se estima el motivo.

Se alega que en el contrato de préstamo hipotecario se pactó una cláusula abusiva cual es la del redondeo al alza, cuya impugnación fue rechazada en la sentencia recurrida al entender que debió esgrimirlo dentro del procedimiento del art. 131 de la LH , como causa de nulidad el título.

En la sentencia recurrida, en apoyo de su tesis se citan las sentencias de esta Sala de 23 de febrero de 1996 y 18 de julio de 2002 .

Las sentencias citadas por la resolución recurrida para entender que la cuestión de la cláusula de redondeo debió plantearse en el seno del procedimiento del art. 131 de la LH , no son dictadas en un procedimiento hipotecario, sino en procedimiento de juicio ejecutivo, en interpretación del derogado art. 1479 de la anterior LEC , por lo que la doctrina que de las misma emana no es de aplicación a un procedimiento tan rigorista como el del art. 131 de la LH , con causas de oposición tasadas y recogidas en el derogado art. 132 de la LH .

Aceptada la posibilidad del plantear en un juicio declarativo posterior la nulidad de la cláusula de redondeo, debemos declarar que la *Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010 , que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año ,* declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los *artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio ,* al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...".

En la escritura de préstamo hipotecario, subsanado, aparece como estipulación segunda, apartado 6, párrafos 1º y 3º, lo siguiente:

"6.- No obstante el tipo de interés nominal anual pactado en el punto 1.- de esta estipulación, será de aplicación hasta el próximo 31 de diciembre siguiente al que se cumpla el primer semestre de vigencia del préstamo. A partir de tal fecha, en los sucesivos períodos anuales y hasta el vencimiento de la operación, el tipo de interés anual aplicable será el que resulte de la media aritmética, redondeada por exceso al cuarto punto inmediatamente superior, de los tipos de referencia, para los préstamos a tres o más años, publicado y comunicado al Banco de España por los siguientes Bancos: Bilbao Vizcaya, S.A., Banco Español de Crédito, S.A., Santander, S.A. y Popular Español, S.A., incrementado en UN PUNTO. Si por cualquier causa dejara de existir alguno de los Bancos citados, se tomará en cuenta la media aritmética del tipo publicado por los tres Bancos restantes. Y si estos quedaren reducidos a menos de tres, se tomará en cuenta el tipo publicado por otra entidad bancaria privada elegida por el Banco.

Si dejasen de comunicar y publicarse los tipos de referencia, el tipo de interés se calculará de igual forma, con los tipos preferenciales que tengan establecidos los mencionados Bancos, publicados y comunicados al Banco de España, incrementándose la media aritmética, una vez redondeada en CINCO PUNTOS.

A efectos de fijación del interés aplicable para los sucesivos períodos anuales el Banco comunicará a la parte prestataria el tipo resultante para cada uno de ellos, en base a lo establecido anteriormente, con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha del inicio de cada período, efectuándose dicha comunicación en el domicilio que como suyo consta en el punto 2.b. de la estipulación undécima o en el último que se haya comunicado fehacientemente al Banco. Se entenderá aceptada la modificación prevista si la parte prestataria no comunica al Banco su disconformidad al respecto cuarenta y ocho horas antes del inicio del nuevo período de devengo de intereses. En caso de no aceptarse el nuevo tipo de interés comunicado, la parte prestataria deberá cancelar el préstamo en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de su negativa y al tipo de interés vigente a ese



momento y si no lo hiciere el contrario se dará por vencido, siendo líquido y exigible por el Banco el total importe adeudado por todos los conceptos en virtud de lo pactado en este documento".

Dicha cláusula, en lo que se refiere al redondeo deberá tenerse por no puesta, dado que la declaramos, expresamente, como abusiva, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta, en interpretación del art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio, vigente a la fecha de formalización del contrato.

NOVENO . *Motivo quinto. Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 9.2, 12, 142, 143, 131 regla 2ª, II y 153 de la Ley Hipotecaria .*

Se desestima el motivo .

Se alega que al ser el interés variable, la hipoteca ha de considerarse como de "máximo", por lo que no procedería la ejecución conforme al art. 131 de la LH, dado que debería haberse seguido el procedimiento del art. 153 de la LH .

Ha de rechazarse el presente motivo, pues de acuerdo con las reglas 3ª y 4ª del art. 131 de la LH, en la redacción introducida por la Ley 19/1986 de 14 de mayo, era posible iniciar el proceso conforme a lo establecido en el art. 131 de LH .

DÉCIMO .- *Motivo sexto . El fallo apelado infringe los artículos 9.2, 12 y 131, regla 2ª, II de la Ley Hipotecaria y 1173 y 1174 del Código Civil, en relación a la determinación exacta de los intereses remuneratorios u ordinarios y moratorios o de demora.*

Se desestima el motivo .

Se alega que hay "falta absoluta de respuesta a una pretensión que ha sido deducida".

Dicho esto, el recurrente debió plantear recurso extraordinario por infracción procesal, por medio del cual debió encauzarse la incongruencia y al no hacerlo debe desestimarse el motivo (art. 469 LEC).

En casación esta Sala debe analizar los argumentos de la sentencia recurrida, en relación con un determinado fallo y al carecer de ese razonamiento previo no podemos revisar lo *no declarado* en la sentencia recurrida (art. 477 LEC).

UNDÉCIMO .- *Motivo séptimo. Se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 9.2 y 12 de la Ley Hipotecaria en relación con el art. 1256, 1258 y 1288 del Código Civil .*

Se desestima el motivo .

Se alega que el fallo infringe los preceptos mencionados cuando no tiene en cuenta que las fórmulas matemáticas para la determinación de los intereses, forma parte del principio de especialidad o determinación registral.

Añade el recurrente que " *el fallo de la sentencia aquí recurrida, no realiza pronunciamiento alguno sobre este extremo oportunamente concretado y determinado en la interposición del recurso de apelación...supone una auténtica omisión con incongruencia infra petita ...*"

Invocándose nuevamente la incongruencia en el recurso de casación, debemos rechazar el motivo por los mismos razonamientos que en el motivo anterior.

DUODÉCIMO .- Estimada la declaración de abusividad de la cláusula de redondeo, declaramos la nulidad parcial del procedimiento del art. 131 de la LH nº 337 de 1997, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arganda del Rey, en el sentido de declarar que en la liquidación de intereses se tenga por no puesta la cláusula de redondeo en la escritura de préstamo hipotecario, por lo que en el cómputo de los mismos no se podrá tener en cuenta la mencionada cláusula de redondeo al alza, manteniéndose la validez del procedimiento en cuanto al resto de los actos procesales.

DECIMOTERCERO .- Estimado parcialmente el recurso de casación no procede imposición en las costas derivada del mismo.

No procede expresa imposición de costas derivadas de la demanda, ni tampoco se imponen expresamente las de la apelación (arts. 394 y 398 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS



1. **ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por D. Sabino , como SUCESOR PROCESAL DE D.ª Evangelina quien actuaba en su propio nombre y en interés de la COMUNIDAD HEREDITARIA DE D. Jose Ángel representados por la Procuradora D.ª Ana María García Fernández contra sentencia de 21 de noviembre de 2005 de la Sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid .
2. **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida, declarando la nulidad parcial del procedimiento del art. 131 de la LH núm. 337 de 1997, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Arganda del Rey, en el sentido de declarar que en la liquidación de intereses se tenga por no puesta la cláusula de redondeo en la escritura de préstamo hipotecario, por lo que en el cómputo de los mismos no se podrá tener en cuenta la mencionada cláusula de redondeo al alza, manteniéndose la validez del procedimiento en cuanto al resto de los actos procesales.
3. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.
4. No procede expresa imposición de costas derivadas de la demanda, ni tampoco se imponen expresamente las de la apelación.
5. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.