



Roj: **SAP V 5715/2002 - ECLI:ES:APV:2002:5715**

Id Cendoj: **46250370062002100055**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **6**

Fecha: **19/10/2002**

Nº de Recurso: **536/2002**

Nº de Resolución: **699/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICENTE ORTEGA LLORCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5715/2002,**  
**STS 1244/2011**

PODER JUDICIAL

Audiencia Provincial

de Valencia

Sección Sexta

ROLLO nº 536/2002

**SENTENCIA nº 699**

ILUSTRÍSIMOS

PRESIDENTE

Don Vicente Ortega Llorca

MAGISTRADAS

Doña Purificación Martorell Zulueta

Doña Olga Casas Herráiz

En la ciudad de Valencia, a 19 de octubre de 2002.

La Sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por el señor y las señoras del margen, ha visto el presente recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2002, recaída en autos de juicio verbal nº 791 de 2001, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de los de Valencia, sobre incremento unilateral de interés en préstamo bancario.

Han sido partes en el recurso, como apelante, el demandante Don Rodrigo , representado y defendido por sí mismo, y, como apelada, la demandada BANCO POPULAR S.A., representada por su apoderado Don Miguel Villaescusa Conejeros.

Es Ponente Don Vicente Ortega Llorca, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada dice:

<<QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por Don Rodrigo , contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, y en su consecuencia,



debo absolver y absuelvo al citado demandado de los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora>>

SEGUNDO.- La parte demandante interpuso recurso de apelación, alegando que el contrato de préstamo hipotecario obligaba al Banco a comunicar al prestatario por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable previo a su aplicación. El incumplimiento por el Banco en virtud de unas "normas del Banco de España", que no estaban pactadas, es contrario al art. 10- 1-a de la Ley 26/1984, GDCU, que establece la invalidez de reenvíos. Las obligaciones contractuales del prestatario son sólo las pactadas con el Banco, y no la norma sexta bis de la circular 8/1990 del Banco de España, ni ninguna otra que no se pactara en el contrato.

La cláusula de redondeo es abusiva y contraria al art. 10-1-c y c-5 LGCU

La sentencia no se pronuncia sobre la cláusula "3.3 bis.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable". El Banco ha introducido una cláusula que limita la bajada de interés, y ello contraviene el art. 1283 CC y el art. 10 c-6 LGCU.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de interposición del recurso por un plazo de diez días, el Banco demandado presentó escrito de oposición al recurso.

CUARTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló para deliberación y votación el día 14 de octubre de 2002, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución impugnada, sólo en cuanto no se opongan a los de ésta.

PRIMERO.- Según el escrito de recurso de apelación (folio 61 de autos), la sentencia no se pronuncia sobre la cláusula "3.3 bis.- Límite a la variación del tipo de interés aplicable", argumentando que el Banco ha introducido una cláusula que limita la bajada de interés, y ello contraviene el art. 1283 CC y el art. 10 c-6 LGCU. Sin embargo, no podemos entrar en el estudio de la legitimidad o no de dicha cláusula, pues es esta una alegación introducida ex novo en el escrito de apelación, pues de ella no dijo nada la demanda (folios 2, 7 y 8), por lo que, sustraída al debate entre las partes durante la primera instancia, no puede analizarse sin quebrantar el derecho de defensa del demandado, y conculcar el tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 10 de Junio de 1.985, 28 de Enero, 16 de Mayo y 27 de Noviembre de 1.986, 14 de Diciembre de 1.987 y 25 de Enero de 1.989.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso sostiene que, como la cláusula 3.4 c) del contrato de préstamo hipotecario establece que "Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo, el Banco comunicará a la parte prestataria, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación ..." el Banco no puede incumplir ese deber de comunicación previo amparándose en unas normas del Banco de España, que no estaban pactadas, pues ello es contrario al art. 10- 1-a de la Ley 26/1984, GDCU, que establece la invalidez de reenvíos, de modo que las obligaciones contractuales del prestatario son sólo las pactadas con el Banco, y no la norma sexta bis de la circular 8/1990 del Banco de España, ni ninguna otra que no se pactara en el contrato.

Bien leído, no cuestiona la parte actora que las normas del Banco de España sean vinculantes para los consumidores. Tal planteamiento no podría admitirse. En la medida en que las "Circulares" emanadas del Banco de España sean dictadas en el ámbito de la competencia que en la regulación de nuestro sistema financiero le atribuye la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, en su redacción dada por la Ley 12/1998, de 28 de abril, que, conforme a lo que dispone su artículo 3.2, se publican en el Boletín Oficial del Estado y entran en vigor conforme a lo dispuesto por el artículo 2, apartado primero, del Código Civil, obligan a cuantos, activa o pasivamente, intervienen en ese sistema. Así pues, las Circulares del Banco de España que no hubieren sido impugnadas conforme prevé el último párrafo del mencionado artículo 3, son normas reglamentarias que se integran en nuestro ordenamiento jurídico y obligan a todos, agentes y usuarios del sistema.

Lo que verdaderamente cuestiona el recurrente es que el pacto por el que se le reconoció el derecho a que el Banco le comunicara previamente y por escrito el nuevo tipo de interés, no puede quedar desmentido por virtud de una disposición legal anterior a él, que al tiempo de celebrar el contrato excluía ese deber del Banco.

TERCERO.- La estipulación primera, 3.4 c) del contrato de préstamo hipotecario firmado por las partes previó la obligación del Banco de comunicar por escrito al prestatario el nuevo tipo de interés aplicable, "Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo ...", con lo que se creó en el prestatario la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado, salvo que una disposición legal relevara en el futuro al Banco de esa obligación. Sin embargo, el Banco (profesional)



sabía, y el prestatario (usuario) ignoraba que esa salvedad era ya aplicable en el momento de celebración del contrato, pues ya entonces se hallaba vigente la norma sexta de la Circular 8/1990 del Banco de España, que disponía que "La comunicación previa al cliente no será precisa cuando se trate de préstamos ... que utilicen como referencia uno de los tipos de referencia oficiales ... y el tipo aplicable al préstamo se obtenga, bien añadiendo al tipo de referencia un margen constante ... expresado en puntos o fracciones de punto, bien aplicando a aquél un determinado porcentaje", que es precisamente lo que se estableció en la estipulación primera, 3-2, al prever que a partir del 4 de mayo de 2001, se determinaría el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produjeran mediante la adición de un margen de 050 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia, estableciendo como tal "... el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 5/94 del Banco de España" (folios 19 y 19 vuelto).

En consecuencia, la norma sexta de la Circular 8/1990 del Banco de España vaciaba de contenido real la estipulación primera, 3.4 c), pues el juego de ambas impedía siempre la aplicación del deber de comunicación escrita al prestatario, siendo así una condición de imposible cumplimiento. Sin embargo, en las relaciones contractuales no resultan aceptables las cláusulas que, provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y desconocido para la parte más débil, crean en ésta (los consumidores o usuarios) falaces expectativas, que sólo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real. Cláusulas o estipulaciones, como la que analizamos que, conforme a lo que dispone el artículo 10 bis. 1 de la LGDCU, merece la consideración de abusiva en la medida en que no habiéndose negociado individualmente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Ello implica que, por vía de interpretación judicial, restablezcamos el equilibrio contractual, haciendo uso de las facultades moderadoras que nos atribuye el artículo 10 bis. 2 de la LGDCU, teniendo en cuenta también que la reiterada estipulación primera, 3.4 c) del contrato tiene la consideración de verdadera "Condición General de la Contratación", definida en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, LSCGC, pues no cabe duda de que la declaración de "Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo ..." constituye una cláusula predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos; por ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 6 LSCGC, su obscuridad, debe interpretarse en favor del adherente, haciendo prevalecer el pacto de previa comunicación escrita al prestatario, y eliminando la salvedad transcrita, de manera que la cláusula controvertida debe decir "El Banco comunicará a la parte prestataria, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación ..."

CUARTO.- Sobre si la cláusula de redondeo es abusiva y contraria al art. 10-1-c y c-5 LGCU.

Las cláusulas abusivas, a diferencia de las condiciones generales, tienen su ámbito restringido a la relación de los profesionales con los consumidores, siempre que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente, sino «prerredactadas, predispuestas e impuestas». La ausencia de negociación individual se presume iuris tantum, de manera que «el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba» ( art. 10 bis de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la Ley 7/1998, que incorpora la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores). En segundo término, en cuanto al fondo, las define como aquéllas que «en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley».

La ley acoge el principio de interpretación pro consumidor en su art. 10. 2, según el cual «En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor», que se complementa con los criterios interpretativos recogidos en su art. 10 bis. 1, último párrafo, conforme al cual «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa». Las circunstancias concurrentes pueden consistir, como señala la mencionada Directiva, en la fuerza de las respectivas posiciones de negociación, en la inducción al consumidor para dar su acuerdo a la cláusula, y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

La enmienda n.º 71 del Congreso (BOCD n.º 78-6) suprimió la exclusión que hace el art. 4 de la Directiva del objeto y de su adecuación al precio, como criterios que pudieran determinar el carácter abusivo, y justificó esta supresión afirmando que «el objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamos con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone

una gran indefensión de los consumidores». Con ello nuestro legislador garantiza una mayor protección al consumidor, conforme a lo previsto por el art. 8 de la Directiva.

El concepto de cláusula abusiva lesiona las exigencias de la buena fe entendida, no como criterio de integración del contrato, sino como conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual.

Para calificar de «abusiva» una cláusula es preciso apreciar, no sólo la existencia del desequilibrio (lo que comunmente no encierra grave dificultad), sino además, que este desequilibrio es contrario a la buena fe, es decir, que no está justificado por la estructura del contrato.

Por tanto, para que una cláusula sea declarada abusiva requiere: 1) Un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes. 2) Que se contraríe la buena fe. 3) Que la cláusula no haya sido negociada individualmente. 4) Que sea perjudicial para el consumidor.

QUINTO.- En el caso de autos no ha probado la parte demandada (profesional) que la cláusula de redondeo al alza haya sido negociada individualmente. En ella se prevé:

<<3.3 Redondeo del tipo de interés inicial.- Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto>>.

Su objeto no es propiamente establecer el precio del contrato, no se encamina a retribuir ninguna prestación, nada habrá de recibir el prestatario por abonar ese plus. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de intereses, pues la utilización de índices de referencia externos procedentes de mercados monetarios o interbancarios en las relaciones contractuales con particulares plantea la necesidad del redondeo para hacerlos prácticos; de manera que aunque el Banco de España publica los índices oficiales como medias mensuales ya redondeadas a tres decimales de las operaciones practicadas en los diferentes mercados o segmentos representados por dichos indicadores, la utilización de un índice con tres decimales resulta poco aconsejable, por razones de operatividad, por lo que la práctica generalizada es redondearlos a un máximo de dos decimales.

Pero, cuando el cálculo se prevé sólo al alza, esa aleatoriedad siempre jugará en favor del Banco y en contra del prestatario, nunca a favor, y siempre a cambio de nada. Así, el Banco (profesional) resultará siempre beneficiado por ese redondeo sin que por ello esté obligado a mayores o mejores prestaciones; muy al contrario, él será el primer beneficiado por la simplificación del sistema de cálculo del interés, pues él es quien en primer lugar debe realizar ese cálculo. Y no hay que olvidar que no resulta difícil arbitrar un tratamiento equilibrado de los intereses contractuales en juego, mediante la articulación de una cláusula de redondeo que no sea siempre al alza, sino que prevea también el descenso, tomando como a la fracción decimal más próxima o el cuarto de punto más próximo.

Sin necesidad de ningún cálculo financiero, puede concluirse que el redondeo al extremo del intervalo más próximo, al alza o a la baja, la igualdad de oportunidades entre las partes contratantes equilibra la posición de éstas.

Aunque se sostuviera que el redondeo forma parte del precio del préstamo, lo cierto es que se trataría de una parte clandestina del precio, pues sus verdaderas consecuencias económicas, siempre negativas para el prestatario, serían desconocidas por éste.

No obstante ello, no resulta dudoso que a lo largo de la extensa vida del contrato (20 años en el caso de autos) esa cláusula de redondeo sólo al alza provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición dominante del Banco queda reforzada mediante la recepción siempre de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se produce el debilitamiento de la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el Banco, sólo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente le permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo. Sin que a ello sea óbice que, violentando las disposiciones legales reguladoras de los derechos de los consumidores, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, regule la utilización de la cláusula controvertida. Por todo lo cual, siendo gravemente perjudicial para el consumidor, procede estimar erl motivo de recurso.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto por los artículos 394 y 398 LEC, las costas de la primera instancia deben imponerse a la entidad demandada, y no procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

En nombre del Rey, y por la autoridad que nos confiere la Constitución aprobada por el pueblo español



## FALLAMOS

1º) Estimamos en parte el recurso interpuesto por Don Rodrigo .

2º) Revocamos la sentencia impugnada, y en su lugar:

A] Estimamos la demanda interpuesta por Don Rodrigo , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

B] Declaramos nula la menión "Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo ..." que se contiene en la estipulación primera, 3.4 c) del contrato de préstamo hipotecario celebrado por los litigantes.

C] Declaramos la nulidad de la condición general de la contratación incluída en el mencionado contrato, y que es del siguiente tenor: <<3.3 Redondeo del tipo de interés inicial.- Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto>>.

D] Diríjase el correspondiente mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de esta sentencia.

E] Imponemos a la demandada las costas de la primera instancia.

3º) No hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

A su tiempo, devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales, con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.