

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia N°: 75/2011**

**Fecha Sentencia: 02/03/2011**

**CASACIÓN**

**Recurso N°: 33/2003**

**Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimando**

**Votación y Fallo: 02/02/2011**

**Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana**

**Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA SECCION  
SEXTA**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Pablo Carrasco Escribano**

**Escrito por: AAV**

**Nota:**

**NULIDAD DE CLAÚSULAS CONTRACTUALES, CONDICIONES  
GENERALES: INFORMACIÓN Y REDONDEO.**

**CASACIÓN Num.: 33/2003**

**Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana**

**Votación y Fallo: 02/02/2011**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Pablo Carrasco Escribano**

**TRIBUNAL SUPREMO**  
*Sala de lo Civil*

**SENTENCIA N°: 75/2011**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Antonio Seijas Quintana**

**D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos**

---

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil once. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio verbal, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia, cuyo recurso fue preparado ante la Audiencia Provincial de Valencia por la representación procesal de Banco Popular Español S.A.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- 1.- Por D. Francisco Ballester Marín, interpuso demanda de juicio verbal, contra Banco Popular Español S.A y alegando

los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se condene a la parte demandada a pagar la cantidad de 110.000 pesetas, más el interés legal (o el pactado si fuera mayor), desde la interpelación judicial o requerimiento extrajudicial, así como el abono de las costas procesales.

Se amplió la demanda y terminó suplicando al Juzgado la anulación de cualquier norma o texto que previamente no se expresaran en el documento contractual. La anulación de cláusulas abusivas, entendiéndose como tales, las no equitativas o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones "cláusula primera" apartado 3.3. Redondeo del tipo de interés aplicable. La devolución de las cantidades resultantes de incrementar los intereses, sin haberlo notificado previamente 100.00 ptas de sanción al Banco Popular español SA por intentar engañarme ( fraude) al incrementar el interés pactado a su favor, en base a un texto que previamente no se expresó en el contrato.

2.- Por resolución de 26 de octubre de 2001, se admitió a trámite la demanda y se citó para la celebración de la vista para el próximo día 15 de abril de 2002.

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas estas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia, dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2002, cuya parte dispositiva es como sigue:*FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Don Francisco Ballester Marín, contra Banco Popular Español S.A., debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, y en su consecuencia, debo de 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.-** Interpuesto recurso de apelación por D. Francisco Ballester Marín, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia,

dictó sentencia con fecha 19 de Octubre de 2002, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: 1º) Estimamos en parte el recurso interpuesto por Don Francisco Ballester Marín. 2º) Revocamos la sentencia impugnada, y en su lugar: A) Estimamos la demanda interpuesta por Don Francisco Ballester Marín, contra Banco Popular Español S.A. B) Declaramos nula la mención "**Salvo en los casos que, por disposición legal, este 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 incluida 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 una cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto". D) Dirijase 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. 3ª) No hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.*

**TERCERO.-** 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal Banco Popular Español S.L. El primero con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:** Tasados en los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 469.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia impugnada no resulta congruente con las pretensiones de las partes al pronunciarse sobre alegaciones que no fueron debatidas en primera instancia y sin embargo omitir cualquier tipo de pronunciamientos sobre uno de los puntos que, en razón de lo anterior, debería haber sido objeto de pronunciamiento previo, alegado y puesto de manifiesto por esta representación tanto en primera como en segunda instancia, como es la excepción del procedimiento por razón de la materia, lo que además provoca una absoluta indefensión que resulta insubsanable, al traer causa la sentencia ahora impugnada en un procedimiento nulo de pleno derecho desde su inicio como consecuencia de la vulneración de sus normas esenciales al haberse ventilado por los tramites de un verbal cuando la materia objeto de debate no puede ser tratada más que con las garantías y requisitos de un juicio ordinario en atención a lo dispuesto por el artículo 249,1, 5º en relación con el 248.3.

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando por tanto vulnerado el derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

El recurso de casación se fundamenta en un motivo único: Infracción incurrida por la sentencia impugnada de las normas aplicables para la resolución de las cuestiones objeto del proceso, entre las que se encuentran el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación que excluye de su ámbito de aplicación a las condiciones que vengan reguladas específicamente por una disposición legal de carácter general que sea de obligada aplicación por los contratantes, en relación con los artículos 1 y 6 y el anexo II de la Orden del Ministerio de la Presidencia.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha tres de julio de 2007 se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte para que formalizen su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal por no estar personada la parte recurrida, presentó escrito de impugnación al mismo.

**3.-**Mediante providencia de 12 de Noviembre de 2008, se suspende el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial europea planteada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la interpretación de los artículos 4.2. y 8 de la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con los artículos 2.3 1 letra g) y 4.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea . A tal efecto se incorpora a los autos testimonio del auto de 20 de octubre de 2008, recaído en el recurso de casación, número 3090/2002, por ser necesario para resolver recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conocer la respuesta del citado Tribunal a las cuestiones prejudiciales planteadas.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de febrero de 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**,

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-El día 22 de Octubre de 2001, Don Francisco Ballester Marín presentó escrito de demanda de juicio Verbal contra el Banco Popular Español, S.A., mediante impreso normalizado cuyo pedimento se contraía a solicitar la condena al pago de 110.000 pesetas, más intereses legales desde la interpelación judicial o requerimiento extrajudicial y el abono de las costas procesales. La demanda se justifica por "introducir en el contrato textos que previamente no se estipularon en las cláusulas, incrementando el interés pactado sin previo aviso a favor del Banco" y "cláusulas abusivas contrarias al artículo 10.3 de la ley 26/84 GDCU".

Este impreso de demanda se amplió posteriormente con otro escrito en que se concreta que la demanda trae causa en el préstamo con garantía hipotecaria núm. 47/47206-93 formalizado mediante escritura notarial otorgada en Valencia el 16 de Mayo de 2000, por lo que solicita del Juzgado: "La anulación de cualquier norma o texto que previamente no se expresara en el documento contractual. La anulación de cláusulas abusivas, entendiendo como tales, las no equitativas o que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones -cláusula primera apartado 3.3 Redondeo del tipo de interés aplicable-. La devolución de las cantidades resultantes de incrementar los intereses, sin haberlo notificado previamente. 100.000 pesetas de sanción por intentar engañarme (fraude) al incrementar el interés pactado a su favor, en base a un texto que previamente no se expreso en el contrato".

El Banco plantea en la vista del Juicio Verbal la inadecuación del procedimiento, si bien el Juzgado no se pronuncia sobre dicho extremo, siendo la sentencia de instancia favorable al Banco. El particular, sin abogado ni procurador, recurre ante la Audiencia. En su escrito de oposición al recurso de apelación vuelve a manifestar que el procedimiento se debió tramitar como un juicio ordinario, conforme al art. 249.1.5° de la LEC, si bien al no resultar perjudicado por la resolución no se adhiere a la apelación.

La Audiencia Provincial estima la apelación planteada y declara nula una mención del clausulado que eximía al Banco de la obligación de notificar al prestatario el interés a aplicar con carácter previo a su aplicación, porque que entiende que no ha sido negociada individualmente y es abusiva, contraria a la exigencia de la buena fe y en perjuicio del consumidor, con desequilibrio importante en los derechos y deberes de las partes. Igualmente, declara nula la cláusula de redondeo, por considerarla gravemente perjudicial para el consumidor, ya que únicamente puede beneficiar al banco.

El Banco Popular formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**SEGUNDO.-** El recurso se fundamenta en dos motivos tasados en los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 469.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia impugnada no resulta congruente con las pretensiones de las partes, al pronunciarse sobre alegaciones que no fueron debatidas en primera instancia y sin embargo omite cualquier tipo de pronunciamiento, alegado y puesto de manifiesto tanto en primera como en segunda instancia, como es la excepción de inadecuación de procedimiento tramitado por las normas del juicio verbal cuando lo debió ser por las del juicio ordinario porque al tratarse de un proceso sobre condiciones generales de la contratación debió seguirse como ordinario según la materia, con independencia de la cuantía.

El criterio desestimatorio es coincidente en lo sustancial con el que propugna el Ministerio Fiscal en su informe. Se resume en lo siguiente:

(I) Esta Sala tiene declarado que "Los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación y de contradicción ( STS 31 de diciembre de 1999 y las que en ella se citan). De esa forma, el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a los pedimentos de las partes oportunas y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida, sin que sea lícito al juzgador modificarla ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras (SSTS 25 de abril de 2006; 26 de septiembre de 2007; 9 de julio 2008;6 de julio 2010, entre otras)".

(II) No se incide en incongruencia al no fallar sobre una excepción puesto que siempre que se estima la acción se entienden desestimadas, por el mismo hecho, las excepciones del demandado que se opongan a su éxito" (SSTS de 18 de junio de 2006;31 de marzo 2010).

(III) Del examen de la demanda formulada, se deduce que la acción ejercitada es una acción de cesación, que se concreta en la pretensión de declaración de nulidad de dos condiciones generales del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el demandante y el Banco Popular Español, en concreto la estipulación primera 3.4 c), sobre información del nuevo tipo de interés aplicable, y la cláusula 3.3 de redondeo del tipo de interés inicial, interesando su eliminación. Además se ejercita, a tenor del referido precepto, la acción de indemnización de los daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

(IV) La Sentencia de Instancia resuelve las cuestiones planteadas de las partes que constituyen el objeto del proceso, y aunque no existe pronunciamiento acerca de la pretensión del demandante relativa a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la aplicación de las condiciones generales declaradas nulas en el fallo resolutorio, tal extremo no se cuestiona en el presente recurso en la medida que el mismo se formula por el demandado.

(V) La indefensión alegada por la recurrente queda descartada por su actuación en el proceso. Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS 14 de diciembre de 2007: 14 de junio 2010), que aquí no se produjo porque la recurrente siempre fue conocedora de lo que era el objeto del litigio y así lo ha hecho valer tanto en ambas instancias como en los recursos que ahora formula teniendo en cuenta que el alcance de la controversia se fijó en lo sustancial con relación a la nulidad de dos de las cláusulas incorporadas al contrato de préstamo con garantía hipotecaria del que deriva una reclamación de cantidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia.

(VI) Sobre la inadecuación de procedimiento y consiguiente nulidad de actuaciones, a tenor de lo dispuesto en el Art. 476 de la LEC, es claro que en el momento que se dictó la sentencia, no estaba vigente el actual Art. 250.1.12 de la LEC, redactado por la Ley 39/2002, de 25 de octubre, que establece: Que se decidirán en juicio verbal las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores", y el procedimiento adecuado era el Juicio Ordinario.

Pero con independencia de cual sea el procedimiento que debió seguirse, la parte recurrente se limita a alegar genéricamente que tales cuestiones debieron ser tratadas con las garantías y requisitos de un juicio ordinario, en base a lo dispuesto en el Art. 249.1.5º, en relación con el Art. 248.3 de la LEC. Es decir, obvia cualquier referencia a la indefensión que no sea la que de una forma genérica le ha podido producir, lo cual constituye requisito fundamental para poder estimar la cuestión planteada, como ya ha venido

manteniendo esta sala en ocasiones anteriores (SSTS 8 de noviembre 2000; 26 de junio 2007, entre otras).

(VII) Esta Sala ha relativizado y flexibilizado la aplicación estricta de esta excepción procesal de inadecuación de procedimiento cuando las garantías del proceso seguido no mermaban ni restringen los medios de defensa e impugnación (SSTS 27 de mayo 1995; 8 de noviembre 2000; 19 de diciembre 2007). Y ninguna indefensión se produce a las partes en la solución de un conflicto de contenido puramente jurídico (fuera quedó la reclamación de daños), analizado y resuelto a través de un proceso en el que, pese algunas carencias, se reconocen todas las garantías que exige el artículo 24 de la Constitución respecto de los derechos de contradicción, defensa, asistencia letrada y prueba. Declarar la nulidad para repetir el juicio, ninguna ventaja se deriva, en términos estrictamente procesales, a las partes y, si en cambio, se propicia, sin beneficio, la inutilidad del proceso contra una interpretación superadora del problema, más acorde con lo señalado en el apartado 3 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (STS 14 de julio 2008).

No procede, por tanto, la nulidad pretendida, ya que a tenor de lo dispuesto en el Art. 238.3º de la LOPJ, no se ha producido indefensión al recurrente que tuvo oportunidad de intervenir en el proceso, oponerse a las pretensiones del demandante, proponer las pruebas que estimó pertinentes para la defensa de sus intereses, sin haberle privado de garantía judicial alguna, máxime cuando el legislador a partir de la ley 39/2002, ha establecido tal cauce verbal para el ejercicio de las acciones de cesación.

### **RECURSO DE CASACIÓN.**

**TERCERO.-** Denuncia lo siguiente:

1.- La Infracción del art. 4 párrafo 2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, en relación con los arts. 1 y 6 y el anexo II de la Orden del Ministerio de Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios. Para el recurrente los préstamos hipotecarios no están

sujetos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, ya su el art. 4. 2 excluye de su ámbito de aplicación a las condiciones que vengan reguladas específicamente por una disposición legal de carácter general que sea de obligada aplicación por los contratantes.

2.- Obligación de notificar previamente la variación del tipo de interés: no existe obligación de notificarlo conforme a la normativa legal vigente, art. 6.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994, y norma sexta, punto 8, párrafo segundo de la Circular 8/1990 del Banco de España, ya que no sería precisa la notificación individual de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se ha pactado la utilización un índice o referencia oficial, publicado en el BOE.

3.-Redondeo: Se alega, por un lado, que dicha cláusula es legal puesto que tiene la cobertura correspondiente, conforme a la Orden Ministerio de Presidencia de 5 de mayo de 1994. Por otro, afirma que la cláusula se negoció individualmente y que fue libremente consentida por las partes.

1.- Obligación de notificar previamente la variación del tipo de interés.

No se discute en el motivo el carácter de auténticas condiciones generales de la contratación de la mayoría de las estipulaciones que aparecen en el contrato. Lo que se discute es si las prescripciones la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación son de aplicación a la escritura de préstamo hipotecario suscrita por el banco y la parte actora, cuyas cláusulas, según la recurrente, están sometidas a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, conforme al artículo 4.2 de la Ley 7/98, que ha sido cumplida por el Banco

Se desestima.

El artículo 4.2 LCGC deja fuera de su normativa las condiciones generales que reflejen las disposiciones que vengan

reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Sin duda la finalidad de esta norma es respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras. Es el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas. La finalidad no es otra que la de garantizar la información y protección de quienes concertan préstamos hipotecarios, facilitando la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario así como la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, que sea comprensible por el prestatario.

Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el art. 7.b LCGC hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Pero esto nada tiene que ver con los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación.

Dice la cláusula 3.4 c), sobre notificación previa del tipo de interés, 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..."

Del citado texto la sentencia elimina la primera parte, es decir: "Salvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo", con el argumento siguiente: *"se creó en el prestatario la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado, salvo que por disposición legal relevara en el futuro al Banco de esa obligación"*.

Y así es, sin duda. El Banco sabía, y el prestatario lo ignoraba, que ya era aplicable en el momento de la celebración del contrato, pues ya entonces se hallaba vigente la norma sexta de la Circular 8/1990 del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, según la cual: "La comunicación previa al cliente no será precisa cuando se trate de préstamos a tipo variable sujetos a la Orden sobre préstamos hipotecarios, 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 aquel un determinado", 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 0,50 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia"*, estableciendo como tal *"... el tipo medio de los préstamos hipotecarios"*.

*a mas de tres años para adquisición de la 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".*

Como con acierto dice la sentencia, la norma sexta de la Circular 8/1990 "*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... provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y desconocido para la parte más débil*", y creaba en esta "*falaces expectativas, que solo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real*". Estamos, por tanto, ante una cláusula abusiva en la medida en que, según el artículo 10 bis. 1 de la LGDCU, no ha sido negociada individualmente y 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 deriven del contrato.

## 2.- Redondeo.

La cláusula de redondeo del tipo inicial, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito entre la entidad Bancaria y el cliente, está redactada literalmente de la siguiente forma: "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 redondeara al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo".

Es hecho probado de la sentencia que el Banco no ha acreditado que la cláusula de redondeo al alza ha sido negociada individualmente y que su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para estas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las

prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo 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 permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo.

Este argumento se mantiene. 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; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden *"apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible"*.

**CUARTO.-** La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición de las costas causadas por los mismos a la parte recurrente, de conformidad con el art. 398.1 en relación con el art. 394.1 de la LEC.

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

## **F A L L A M O S**

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal del Banco Popular Español, S.A, contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia el 19 de octubre de 2.002, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Juan Antonio Xiol Ríos**

**Francisco Marín Castán**

**José Antonio Seijas Quintana**  
**Cobos**

**Rafael Gimeno-Bayón**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana**, 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.