

ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE REDONDEO AL ALZA EN HIPOTECAS

(A PROPÓSITO DE LA STS núm. 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 marzo)

Dr. Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de Derecho Civil
UCLM-CESCO

1.- Resumen.

Nulidad de cláusula de redondeo del tipo inicial, contenida en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito entre la entidad Bancaria y el cliente, al falta de acreditación de que la cláusula de redondeo al alza haya sido negociada individualmente. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés, lo 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. Es igualmente nula la mención del clausulado que eximía al Banco de la obligación de notificar al prestatario el interés a aplicar con carácter previo a su aplicación: creación en el prestatario de la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado, salvo que por disposición legal relevaba en el futuro al Banco de esa obligación: conocimiento por el banco, ignorándolo el prestatario 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: condición de imposible cumplimiento: apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y desconocido para la parte más débil.

2.- Introducción.

El TS ha confirmado el carácter abusivo de la cláusula que redondeaba al alza el tipo de interés variable de las hipotecas de Banco Popular S.A., por lo que la entidad financiera deberá devolver a sus clientes los importes que les haya cobrado en exceso. En concreto, la citada cláusula de los contratos hipotecarios permitía a la citada caja el redondeo "al cuarto de punto superior", en referencia al tipo de interés que se toma como base para las revisiones anuales del interés aplicable al préstamo hipotecario y a cualquier otra análoga".

3.- Los hechos.

El 22 de octubre de 2001 el demandante presentó escrito de demanda de juicio Verbal contra el Banco Popular Español, S.A., 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 (RCL 1984, 1906).

La demanda se amplió posteriormente con otro escrito en que se concreta que la demanda trae causa en el préstamo con garantía hipotecaria 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".

Por tanto, 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.

La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia, dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2002, desestimó íntegramente la demanda.

La Audiencia Provincial, en sentencia de fecha 19 de Octubre de 2002, 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. Los motivos del recurso de casación son los siguientes:

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 (RCL 1994, 1322), 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 (RCL 1990, 1944) 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.

4.- La decisión del TS.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia de fecha 19-10-2002 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia.

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

Se discute si las prescripciones de 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 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 (RCL 1998, 960), que ha sido cumplida por el Banco.

Este argumento es desestimado por el TS.

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 conciertan 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 (RCL 1984, 1906), 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(RCL 1994, 2281)del Banco de España".

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.

La STS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021) declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 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 2010 (TJCE 2010, 162) -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (LCEur 1993, 1071), 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".

En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS núm. 861/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 29 diciembre (RJ 2011\148) y STS núm. 651/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 2 noviembre (RJ 2010\8014).