

La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable

por

FERNANDO DÍAZ VALES
Profesor Titular interino de Derecho Civil.
Universidad de Alcalá

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE REDONDEO AL ALZA. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.
- II. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA CUESTIÓN:
 1. AUSENCIA INICIAL DE UNA REGULACIÓN LEGAL EXPRESA.
 2. LOS PROCESOS JUDICIALES SOBRE EL REDONDEO AL ALZA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS:
 - a) *Planteamiento de las diferentes demandas y solución.*
 - b) *Argumentos esgrimidos a favor y en contra de la nulidad.*
- III. LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE CONTENIDO DEL REDONDEO AL ALZA:
 1. EL CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN DEL REDONDEO AL ALZA.
 2. EL CONTROL DE CONTENIDO DEL REDONDEO AL ALZA:
 - a) *Posibilidad.*
 - b) *Requisitos:*
 - b') Ausencia de negociación.
 - b'') Contrario a la buena fe y al justo equilibrio en los derechos y obligaciones.
 - b''') Perjuicio para el consumidor.
- IV. LA PREVISIÓN LEGAL EXPRESA DEL REDONDEO AL ALZA:
 1. LA DA 12.^a LF.
 2. LA REFORMA DE LA LGDCU OPERADA POR LA LEY 44/2006 Y EL TRLGDCU.

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE REDONDEO AL ALZA. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

A falta de una expresa definición normativa del redondeo al alza objeto del presente trabajo, puede delimitarse como aquella cláusula de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por la que se impone al consumidor el redondeo siempre por exceso a un factor o fracción de punto porcentual —normalmente, como veremos, un cuarto de punto porcentual (0,25%), en menor medida un octavo (0,125%)— del tipo de interés resultante conforme al índice de referencia pactado, de manera semejante a la siguiente: «El tipo de interés pactado se determinará por periodos anuales, contados desde la fecha de la firma del presente contrato, siendo durante el primer (trimestre, semestre, año) el que figura en el primer apartado de la cláusula financiera tercera. Para (trimestres, semestres, años sucesivos), el tipo a aplicar será el tipo interbancario a un año (MIBOR, EURIBOR), vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el *BOE* para los préstamos hipotecarios a interés variable destinados a la adquisición de vivienda, redondeado por exceso a un (factor de redondeo) de punto porcentual, incrementado en 0,5 puntos porcentuales» (1).

Como muestra, la cláusula litigiosa en el procedimiento que dio lugar a la SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002 (*BD Westlaw* 2003/11669) establecía: «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». Por su parte, la cláusula enjuiciada por la SAP de Madrid, de 31 de julio de 2007 (*BD Westlaw* 2008/24295) era del siguiente tenor: «El interés nominal anual aplicable al capital dispuesto y pendiente de amortizar se determinará mediante adición al valor que represente el tipo de interés de referencia definido en el apartado siguiente un margen constante de 1,90 puntos. El tipo que resulte redondeado al alza al cuarto de punto siguiente se considerará nominal a todos los efectos».

Debe tenerse en cuenta en este punto que en los contratos de préstamo a tipo de interés referenciado, éste no permanece fijo, sino que puede variar cada cierto tiempo en función de las cláusulas preestablecidas en el momento de perfeccionarse el contrato. El tipo de interés variable será así el tipo de interés a aplicar en cada periodo de intereses (en que se divide el periodo de vigencia de un préstamo), cuya determinación tiene lugar mediante la adición

(1) Así, VICENT CHULIÀ, «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, dirigido por CUÑAT EDO, Madrid, 2005, págs. 108 y 109, y BELDARRAÍN BEGOÑA, «Préstamos hipotecarios», en *Malas prácticas bancarias*, dirigido por LUNA DÍAZ, Madrid, 2002, pág. 141.

de un margen o diferencial al valor que presente el tipo de referencia establecido en la fecha de revisión del tipo. En la práctica es habitual que el tipo de interés a aplicar a cada periodo se calcule mediante la adición de un margen o diferencial (*spread*) expresado en puntos al valor que presente el tipo de referencia establecido en la fecha de revisión del tipo. Es decir, que para la determinación concreta del importe de un interés variable se debe atender a dos magnitudes: el referencial y el denominado *spread*. Si a estos dos sumamos el interés inicial, el periodo de interés y el tipo nominal de interés tenemos la remuneración del préstamo (2).

El pacto de redondeo sólo por exceso a una fracción superior implica, por tanto, que si el MIBOR o el EURIBOR vigentes en la fecha de revisión del tipo de interés del préstamo con garantía hipotecaria son, por ejemplo, el 4,501, se considere el 4,750 el que ha de aplicarse al préstamo —si el factor pactado es de un cuarto de punto porcentual—, lo que representa una cantidad adicional a pagar por el prestatario (siempre beneficia a la entidad de crédito, nunca al cliente) considerable en los préstamos con garantía hipotecaria, ya que se contratan generalmente (por necesidad) a plazos muy largos. Puede calcularse, por ejemplo, que en un préstamo de 90.000 euros referenciado al MIBOR + 0,75 a 25 años, el redondeo al alza puede suponer un coste para el prestatario de más de 2.000 euros (3).

La práctica del redondeo se generalizó con la implantación del euro, si bien pueden apreciarse diferencias esenciales entre este redondeo y el aplicado por exceso en los préstamos hipotecarios a interés variable.

En primer lugar, aquél se halla regulado minuciosamente a nivel legal (4), detallada ordenación de la que carece el redondeo en los préstamos hipotecarios, a pesar de que como se analizará con posterioridad, éste ya se encuentra previsto a efectos de su prohibición.

Pero, sin duda la divergencia más notoria entre ambos reside en que el redondeo que se aplica a las conversiones en euros de los importes monetarios nacionales o viceversa ha de llevarse a cabo de forma neutral, *por exceso o por defecto al céntimo más próximo* (art. 11.1 de la Ley 46/1998), neutralidad que, como se ha indicado, no concurre en el redondeo al alza en

(2) Vid. ORDÁS ALONSO, *Las deudas de intereses en las pólizas de crédito bancario*, Granada, 1999, pág. 218 y sigs.

(3) Como señalan VICENT CHULIÁ, *ibídem*, y BELDARRAÍN BEGOÑA, *ibídem*.

(4) El artículo 11.1 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (conforme a la redacción dada por la Ley 9/2001, de 4 de junio), dispone: «1. En los importes monetarios que se hayan de abonar o contabilizar, cuando se lleve a cabo una operación de redondeo después de una conversión a la unidad euro, deberán redondearse por exceso o por defecto al céntimo más próximo. Los importes monetarios que se hayan de abonar o contabilizar y se conviertan a la unidad monetaria peseta deberán redondearse por exceso o por defecto a la peseta más próxima. En caso de que al aplicar el tipo de conversión se obtenga una cantidad cuya última cifra sea exactamente la mitad de un céntimo o de una peseta, el redondeo se efectuará a la cifra superior».

los préstamos hipotecarios practicado siempre por exceso a la fracción más alta (5). Quizá tal diferencia se halle en su diversa raíz, puesto que el redondeo derivado de la implantación del euro tiene su causa en la introducción de una nueva moneda, y ha de enlazarse con el redondeo rutinario que se realiza al prescindir de pequeñas diferencias, bien por la falta física de signos monetarios que representen tales cantidades, bien porque existiendo tales piezas monetarias son insignificantes o dificultan su utilización en la práctica, mientras que en el caso del redondeo al alza en los préstamos hipotecarios se utiliza una misma unidad monetaria, sin que se trate de redondear la cifra final a la que se llegue tras aplicar el tipo de referencia pactado (6). Vid., al respecto, entre otras, las SSAP de Madrid, de 2 de enero (*BD La Ley Digital* 10759/2005) y 13 de julio de 2005.

Con estos rasgos, el redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable ha sido abordado y resuelto doctrinal y judicialmente desde el comienzo con base en la normativa sobre consumidores y usuarios, más concretamente como una condición general predispuesta de carácter abusivo (7): en este sentido, el concepto de cláusula abusiva ha tenido implicaciones especiales en el sector bancario donde cada vez más va incidiendo el Derecho de consumo (8).

(5) Por tal razón, no coinciden con el supuesto de hecho planteado los finalmente resueltos por las SSAP de Madrid, de 15 de abril (*BD Westlaw* 2005/157999) y 13 de julio de 2005 (*BD Westlaw* 2005/199090), en los que se demandó la nulidad de sendas cláusulas de redondeo, respectivamente, al cuarto de punto y medio punto más cercano (al alza o a la baja), es decir, «neutro».

(6) Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, «Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre de 2002, págs. 216 y 217, y DE TORRES PEREA, «Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda», en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coordinado por CAÑIZARES LASO, Madrid, 2006, pág. 244.

(7) Asimismo, ha sido incluido como auténtica cláusula abusiva entre los grupos de malas prácticas bancarias por el propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Vid., al respecto, DE TORRES PEREA, *op. cit.*, pág. 242.

(8) La doctrina comúnmente se ha mostrado decididamente partidaria de aplicar la normativa sobre consumidores y usuarios a los contratos de préstamo hipotecario (y a todos los bancarios) por considerar que éstos tienen por objeto servicios bancarios que han de considerarse de uso común, ordinario y generalizado. Así, RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Contratación bancaria y protección de los consumidores: el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España», en *Derecho del mercado financiero*, coordinado por MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ y ALONSO UREBA, vol. 2, Tomo I, págs. 86 y 87; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la Ley de Defensa de los Consumidores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo de 1991, págs. 222 y 223, y COLINA GAREA, «El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (a propósito de la STAP de Madrid, de 28 de febrero de 1995)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre de 1996, págs. 736 y 737.

La aplicación de los preceptos legales sobre consumidores y usuarios a los contratos bancarios en general, y a los de préstamo hipotecario en particular, se ve reforzada, de otro lado, por un argumento de tipo normativo: ni la derogada Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), ni su sucesor, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), contienen disposición alguna que excluya de su ámbito de aplicación los servicios bancarios; antes bien, en varias ocasiones se refieren expresamente a *contratos referidos a servicios financieros* (v.gr., art. 85.3 TRLGDCU). A ello ha de añadirse que el artículo único.1 del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, que actualiza los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2.2 y 11.2 y 5 de la LGDCU, dispone que: *«a los efectos previstos en los artículos 2.2 y 20.1 de la LGDCU..., en todo caso, tendrán la consideración de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado los que se detallan en el Anexo I del presente Real Decreto»*, incluyendo el apartado C), número 13 de éste, *«los servicios bancarios y financieros»*.

Por otra parte, como se ha indicado, la inmensa mayoría de las cláusulas que incorporan el redondeo al alza en los préstamos hipotecarios con interés variable constituyen condiciones generales de la contratación (9), al ser pre-dispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes (el prestamista) por lo que en la práctica judicial el recurso a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) ha ido casi indisolublemente unido al empleo de la normativa relativa a consumidores y usuarios, tanto en las demandas iniciadoras de los procesos como en las resoluciones que los finalizaban.

No obstante, resulta conveniente diferenciar condiciones generales de la contratación (definidas por el art. 1.1 LCGC como aquellas *«predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes... habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*) y cláusulas abusivas, ya que no toda condición general es abusiva, pues para ello ha de reunir los caracteres de los artículos 10 bis LGDCU y 82 TRLGDCU (a los que se remite el art. 8.2 LCGC), es decir, ha de ser contraria a la buena fe y generar un desequilibrio importante, como se analizará en próximos apartados; asimismo, hay cláusulas abusivas que pueden no ser condiciones generales de la contratación, pues conforme a los artículos 10 bis LGDCU y 82 TRLGDCU, basta con que la cláusula abusiva no esté

(9) Así, BELDARRAÍN BEGOÑA, *op. cit.*, pág. 142.

negociada individualmente con independencia de su predisposición o no en múltiples contratos. Al respecto son ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos de la LCGC: «Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares» (10).

Para concluir con este epígrafe introductorio, hemos de referirnos a cómo se va a acometer el tema objeto de estudio. En este punto hemos optado por sistematizarlo a través del iter judicial y legislativo que ha seguido la cuestión, desde que en un inicio se planteó como práctica bancaria la aplicación de redondeos neutrales en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, derivando progresivamente a fórmulas que implicaban siempre un redondeo al alza.

Así, en un primer momento, la ausencia de una normativa que expresamente previera dicha práctica generó una serie de pronunciamientos judiciales acerca de su nulidad por abusiva. Como quiera que dichas resoluciones carecen de una adecuada sistemática e incluso se han basado en argumentaciones muy discutibles y algunas de ellas aún no han ganado firmeza, ofrece interés el análisis ordenado a continuación de la efectiva concurrencia en ella los requisitos exigidos a las cláusulas abusivas conforme a la normativa sobre

(10) Vid., sobre el tema, PAGADOR LÓPEZ, «Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: la nueva redacción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ, Madrid, 1999, págs. 185 y 186; REGLERO CAMPOS, «Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología», en *Aranzadi Civil*, 1991-I, pág. 1637; GÓMEZ GÁLIGO, «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1592, y BOTANA GARCÍA, «Contratos con consumidores y usuarios», en *Diario La Ley*, núm. 6990, 16 de julio de 2008, pág. 6, para quien el TRLGDCU persigue que se controle tanto las cláusulas insertas en contratos con condiciones generales como las cláusulas predispuestas e impuestas por el contratante que actúa empresarial o profesionalmente, aun cuando no posean carácter general, o, también llamadas «cláusulas predispuestas individuales». Por su parte, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Las cláusulas abusivas», en *Actualidad Civil*, 2005, núm. 17, 1-15 de octubre, pág. 2135 y sigs., señala que las cláusulas abusivas afectan sólo a los consumidores, mientras que las condiciones generales a cualquier persona. Por el contrario, RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación», en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, coordinado por ESPIAU ESPIAU, Madrid, 1999, pág. 83, se muestra muy crítico con la citada distinción que hace la Exposición de Motivos de la LCGC.

consumidores y usuarios y sobre condiciones generales de la contratación, a través de los denominados controles de inclusión y de contenido.

Con posterioridad, el redondeo en los préstamos hipotecarios a interés variable recibió un tratamiento normativo específico en la Disposición Adicional 12.^a de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (vulgarmente Ley Financiera, en adelante LF), mientras que una previsión más general del redondeo únicamente al alza se plasmó en la prohibición del mismo contenida en la cláusula 7 bis de la Disposición Adicional 1.^a LGDCU incorporada por el artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (convertida posteriormente en el actual art. 87.5 TRLGDCU). Ambas previsiones normativas han zanjado de forma concluyente y definitiva la problemática planteada, como se examinará en el último apartado del trabajo.

II. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA CUESTIÓN

1. AUSENCIA INICIAL DE UNA REGULACIÓN LEGAL EXPRESA

Como se ha indicado, en los inicios del uso generalizado de las cláusulas de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable (y de la consiguiente impugnación judicial de las mismas), no existía una regulación legal expresa de las mismas, convergiendo únicamente la normativa general sobre consumidores y usuarios y sobre condiciones generales de la contratación con una serie de normas reglamentarias de carácter administrativo ordenadoras de la actividad bancaria.

Por un lado, en la regulación general de las condiciones generales abusivas concurrían la LGDCU, la LCGC y, a nivel comunitario, la Directiva del Consejo 1993/13/CEE, de 21 de abril (en adelante, Dir. 93/13).

Así, en primer lugar, el artículo 10.bis.1 LGDCU, a modo de regla general, consideraba cláusulas abusivas: *«todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente 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 la actualidad, arts. 82 y 83 TRLGDCU, de análoga redacción), añadiendo que *«en todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley»* (hoy, arts. 85 a 90 TRLGDCU), entre las que no se encontraba la de redondeo al alza. La sanción al carácter abusivo de la cláusula era la nulidad de pleno derecho de la misma, teniéndose por no puesta, conforme al número 2 del precepto. La parte del contrato afectada por la nulidad había de integrarse con arreglo a lo

dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas integraría el contrato disponiendo de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, en caso de subsistencia del contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinasen una situación no equitativa insubsanable en la posición de las partes, podía declarar la ineficacia del contrato.

Por su parte, tras haber declarado el artículo 8.1 nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención), el artículo 8.2 LCGC establece en particular la nulidad para las condiciones generales abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10.bis y la DA 1.ª LGDCU.

En el ámbito comunitario, la Directiva 93/13 regula expresamente las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros (normativa de mínimos de acuerdo con su art. 8). Su artículo 3.1 establece que: *«las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»*, añadiendo el número 2, que *«se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba»*. Añade el artículo 4.1 que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias concurrentes en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. No obstante, el artículo 4.2 dispone que: *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Finalmente, incluye

la Directiva 93/13 un Anexo, una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas de acuerdo con el artículo 3.3 (11), entre las que, como acontecía con la DA 1.^a LGDCU, tampoco se halla el redondeo al alza.

En consecuencia, la no inclusión del redondeo al alza en la «lista negra» de cláusulas abusivas contenida en la DA 1.^a LGDCU (ni en la «lista gris» del Anexo de la Directiva 93/13), hizo necesaria la labor judicial de subsunción de aquél dentro del tipo de cláusula abusiva previsto con carácter genérico en el artículo 10.bis LGDCU (12).

Como se ha indicado, frente a la anterior normativa civil, concurría una reglamentación administrativa de la actividad bancaria en general, compuesta básicamente por las siguientes normas:

- La Orden del Ministerio de Economía, de 12 de diciembre de 1989, reguladora de los tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, concede plena libertad a la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito, cualesquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten, sin más excepciones que para las de las entidades de depósito y las entidades oficiales de crédito (núm. 1.º). Únicamente, los números 4.º a 8.º se limitan a incluir una serie de normas protectoras de los clientes que contratan con dichas entidades en cuanto a publicidad y Registro en el Banco de España de determinados datos, y singularmente de la obligación de entrega del documento contractual en que se formalice la operación con la entidad de crédito (núm. 7.º). En cualquier caso, ninguna limitación se impone al redondeo en los contratos de préstamo a interés variable.

(11) Como se ha señalado con insistencia, se trata de una «lista gris» (pueden ser declaradas abusivas) frente a lo que acontece con la DA 1.^a LGDCU (y hoy con los arts. 85 a 90 TRLGDCU) que contiene una «lista negra» (son expresamente declaradas abusivas), circunstancia que encuentra su justificación en el mencionado carácter de mínimos de la Directiva. Vid., por todos, CADARSO PALAU, «La lista negra de cláusulas abusivas», en *La Ley*, 2000-3, pág. 1691, y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *loc. cit.*, pág. 2136.

(12) Téngase en cuenta que, como señala CADARSO PALAU, *loc. cit.*, pág. 1690 y sigs., la técnica legislativa que combina la cláusula general y la lista de concretas cláusulas abusivas se proporcionan recíproca cobertura a sus respectivas carencias, reduciendo el margen de inseguridad jurídica dejado a la tarea de subsunción judicial; el legislador anticipa la subsunción judicial, sirviendo incluso para la evitación del litigio con efecto preventivo o disuasorio. Más críticos con el sistema de «lista negra» se muestran CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, «El carácter abusivo de la fórmula “hora o fracción” en los contratos de aparcamiento», en *La Ley*, 2002-7, pág. 1768 y sigs., al señalar que da lugar a un quehacer más predecible de los Tribunales, que prefieren echar mano de la lista de cláusulas legales que interpretar argumentativamente el artículo 1.258 del Código Civil.

- Ninguna limitación se contiene, asimismo, en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, desarrolladora de la anterior.
- De forma específica, la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, complementaria de la citada Orden de 1989 en materia de préstamos con garantía hipotecaria destinados a la adquisición de vivienda. La norma tiene por objeto la regulación de dicho contrato con una finalidad proteccionista del prestatario, en la medida en que impone una serie de obligaciones de información a las entidades de crédito prestamistas tendentes a garantizarle la máxima información y claridad (entrega de un folleto informativo, de gastos y servicios accesorios, de oferta vinculante...). Su artículo 6 dispone el contenido mínimo del documento contractual (escritura pública), que ha de incluir, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras ajustadas a lo establecido en el Anexo II, el cual contiene una concreta previsión acerca del redondeo del tipo de referencia (cláusula 3.^a bis.4): *«Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto)»*. Se mantiene, pues, en ella la plena libertad de pacto del redondeo, imponiéndose únicamente un deber de información transparente de las condiciones financieras.
- Para concluir, la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, que modifica la Circular 8/1990 y desarrolla la Orden de 5 de mayo de 1994, no incorpora tampoco limitación alguna a la posibilidad de estipulación del redondeo.

En definitiva, de esta ordenación administrativa de la actividad bancaria (en especial de la cláusula 3.^a bis.4 del Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994) no puede inferirse obstáculo alguno a la inclusión de cláusulas de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable, siendo éste uno de los argumentos invocados de forma recurrente por las entidades de crédito en defensa de la validez de dicho redondeo en los procesos en que se ha impugnado su abusividad.

No obstante, los Tribunales desestimaron correcta y sistemáticamente tal alegación, en la consideración de que dichas normas no pueden suplantarse o suprimir la función de los Tribunales de velar por la validez de los contratos y sus condiciones, limitando su ámbito de actuación a la regulación interna y control administrativo de la actividad bancaria, sin que puedan en ningún caso interferir o incidir en la función jurisdiccional de los Tribunales reconocida en los artículos 24 y 117 de la Constitución, y plasmada en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —algo, por otra parte, admitido por la propia OM de 5 de mayo de

1994, al establecer que sus previsiones se entienden con absoluta independencia de lo dispuesto en la LGDCU y demás leyes que resulten de aplicación (art. 2.2)—, y sin perjuicio de que posean alguna virtualidad en el campo jurídico privado como indicio para los Jueces a fin de determinar la existencia de una condición abusiva (13). Vid., por todas, la SAP de Madrid, de 21 de febrero de 2006 (*BD La Ley Digital* 45895/2006).

2. LOS PROCESOS JUDICIALES SOBRE EL REDONDEO AL ALZA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

a) *Planteamiento de las diferentes demandas y solución*

A partir del año 2000 comenzaron a promoverse demandas de nulidad de las citadas cláusulas (14) por una triple vía:

1. A través de acciones colectivas de cesación ejercitadas por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), contra diversas entidades de crédito con base, inicialmente en el artículo 12.2 LCGC, y posteriormente en el artículo 10.ter LGDCU, tras la modificación de ésta por la Ley 39/2002 (15).

(13) Resaltan este argumento ORDÁS ALONSO, *op. cit.*, pág. 73 y sigs., y DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, págs. 229 y 230, para quien el hecho de que el Notario haya cumplido con el deber de información que recoge la Orden de 5 de mayo de 1994, no blinda la cláusula del redondeo exclusivamente al alza hasta el punto de impedir que una sentencia se pronuncie sobre el carácter abusivo de la misma.

(14) Con excepción del caso resuelto por la SAP de Madrid, de 4 de marzo de 2005 (*BD La Ley Digital* 52677/2005), en que la cláusula controvertida imponía un redondeo por exceso al octavo de punto, en el resto de supuestos analizados lo fue al cuarto de punto.

(15) Conforme al primero: «La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz». Por su parte, el segundo disponía: «1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores. b) Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que reúnan los requisitos establecidos

En ellas se instaba la condena a las entidades demandadas: *a*) a su eliminación de los contratos (art. 10 bis.2 LGDCU —trasunto del actual 83.1 TRLGDCU—); *b*) a la abstención de su utilización en lo sucesivo (arts. 20.1 LCGC, 10 ter.2 LGDCU —equivalente al 53 TRLGDCU—, y 221 LEC); *c*) a la publicación del fallo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en un periódico de difusión nacional (arts. 21 LCGC y 221 LEC); y *d*) a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 22 LCGC).

Accesoriamente, se solicitaba la condena a la devolución a los prestatarios afectados por tales cláusulas de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de ellas, y en alguna ocasión se reclamaba una indemnización de daños y perjuicios, peticiones basadas en ambos casos en el artículo 12.2 LCGC.

Este primer grupo de demandas fue resuelto por las SSAAPP de Madrid, de 10 de octubre de 2002 (*BD La Ley Digital* 7903/2002) (16) y 21 de febrero de 2006; Baleares, de 17 de marzo de 2003 (*BD La Ley Digital* 13081/2003) (17); Barcelona, de 29 de marzo de 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/855) (18), 13 de julio de 2005 (*Aranzadi Civil* 2006/1590) (19) y 23 de marzo de 2006 (*BD La Ley Digital* 27750/2006); Jaén, de 19 de junio de 2006 (*BD Westlaw* 2007/41487), y la SJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002 (*Aranzadi Civil* 2003/362).

En estos procedimientos se planteó, asimismo, una interesante cuestión de índole procesal, relativa a la legitimación activa de la aso-

en esta Ley o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. c) El Ministerio Fiscal. d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan».

(16) Recaída en apelación de la pionera demanda interpuesta contra Caja Madrid, resuelta en primera instancia por la SJPI, núm. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001 (*BD La Ley Digital* 6968/2001).

(17) Que resolvió la apelación presentada contra la SJPI, núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002 (*Aranzadi Civil* 2003/361).

(18) Resolvió la apelación presentada contra la SJPI, núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003 (*Aranzadi Civil* 2003/843).

(19) Dictada en apelación de la SJPI, núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003 (*BD La Ley Digital* 1928/2004).

ciación demandante, cuestionada invariablemente por las entidades demandadas con carácter previo, que fue resuelta de manera uniforme por los diferentes Tribunales con desestimación de las oportunas excepciones, y en la que no nos detendremos por exceder los límites del presente trabajo, bastando con hacer una breve mención de la misma (20).

2. Por los particulares en ejercicio de acciones de nulidad individuales con idéntica base legal a las demandas presentadas por AUSBANC. Resultado de estas acciones fueron las SSAAPP de Valencia, de 19 de octubre de 2002; Barcelona, de 19 de marzo de 2004 (*BD Westlaw* 2004/122712), y Madrid, de 2 de enero de 2005 y 31 de julio de 2007. Con análogo supuesto de hecho, la SAP de Cáceres, de 19 de octubre de 2004 (*BD La Ley Digital* 217371/2004) declaró inaplicable la normativa sobre consumidores y usuarios, al tratarse de una acción ejercitada por una empresa que destinó el préstamo a su actividad empresarial en la que, obviamente, no concurría la condición

(20) Esencialmente, la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las demandadas contra AUSBANC se basó en estimar que la misma carecía de la condición de asociación legalmente constituida para la defensa de los consumidores y usuarios al no hallarse inscrita en el correspondiente Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, requisito exigido en los artículos 2, 16 y 18 del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, en relación con el entonces vigente artículo 20.3 LGDCU, unido al hecho de que la asociación no formaba parte del Consejo de consulta y representación previsto por el artículo 22.5 LGDCU y no contaba con un número elevado de asociados. Las resoluciones reconocieron reiteradamente dicha legitimación por considerar que el requisito establecido en dicho Reglamento no podía contrariar el principio de jerarquía normativa, al no encontrarse recogido en el artículo 20 LGDCU, añadiendo como argumentos la constitución legal de la asociación (con la inscripción en el Registro General del Ministerio del Interior, tal y como exigía el art. 16.3 LCGC), y su fin social de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Asimismo, se señala que los intereses protegidos por la acción ejercitada son perfectamente determinados o fácilmente determinables (intereses colectivos, art. 11.2 LEC, para los que no se requiere representatividad), y no indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos, art. 11.3 LEC). Para concluir su argumentación se declaraba que la inscripción en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo únicamente lo era a efectos de publicidad y de obtención de ciertos beneficios fiscales, sin que pueda considerarse un beneficio el ejercicio de acciones a que se refiere el artículo 20.1 LGDCU. Así, SSJJPI, núm. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001; núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002; núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003, y núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, y SSAAPP de Madrid, de 10 de octubre de 2002; Baleares, de 17 de marzo de 2003, y Barcelona, de 29 de marzo de 2005. Tras la reforma operada por la Ley 44/2006, parece quedar zanjada la cuestión, ya que el artículo 21 ter.1 LGDCU (de análogo contenido al art. 33.1 TRLGDCU) dispone que: «*las Asociaciones de Consumidores y Usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo*».

de consumidor o usuario por su naturaleza y objeto social ni se encontraba en una posición contractual inferior frente a la Caja de Ahorros demandada, pudiendo muy bien eludir su aplicación, desestimando, en consecuencia, la nulidad por abusiva de la cláusula controvertida.

3. Finalmente, la impugnación de las cláusulas de redondeo al alza se produjo asimismo a través de la oposición por los particulares demandados en los procedimientos ordinarios o de ejecución hipotecaria iniciados por las entidades financieras, dando lugar a las SSAAPP de Asturias, de 6 de octubre de 2004 (*BD Westlaw* 2004/277056), y Madrid, de 4 de marzo, 13 de julio y 21 de noviembre de 2005 (*Aranzadi Civil* 2005/1968), y a los AAAAPP de Asturias, de 30 de diciembre de 2004 (*Aranzadi Civil* 2005/157) y Barcelona, de 26 de enero de 2006 (*BD Westlaw* 2006/112606) (21).

Las resoluciones hasta ahora mencionadas declararon de forma invariable y con idéntica fundamentación la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de redondeo al alza o en exceso insertas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, condenando, en consecuencia, a su cesación, así como a la devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de las mismas (o a la práctica de una nueva liquidación) —salvo la SAP de Jaén, de 19 de junio de 2006, que no condenó a esta última—, así como, en su caso, a la publicación de la resolución en el BORME y un diario de gran tirada y a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

No obstante, numerosas de las anteriores resoluciones no han ganado firmeza, al hallarse recurridas ante el Tribunal Supremo (22), circunstancia

(21) En el caso abordado por las SSAAPP de Asturias, de 6 de octubre de 2004, y Madrid, de 21 de noviembre de 2005, los demandados instaron la nulidad de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria. En los supuestos resueltos por los AAAAPP de Asturias, de 30 de diciembre de 2004, y Barcelona, de 26 de enero de 2006, los demandados se opusieron a sendos procedimientos de ejecución hipotecaria. En el tratado por la SAP de Madrid, de 4 de marzo de 2005, ante una demanda de reclamación de cantidad contra los prestatarios, éstos se opusieron a la liquidación y formularon reconvención, solicitando la nulidad, entre otras, de una cláusula de redondeo por exceso.

(22) De acuerdo con nuestras últimas noticias, el Alto Tribunal ha suspendido el proceso en el momento en que se disponía a dictar sentencia sobre la casación de la pionera SAP de Madrid, de 10 de octubre de 2002, de acuerdo con el artículo 434.3 LEC, conforme al cual: «*se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se noti-*

que ha planteado algún problema de naturaleza procesal en la ejecución provisional de las mismas y de la que únicamente hemos de dejar de nuevo una sucinta referencia al desbordar el propósito de nuestro estudio (23).

Declaró asimismo la nulidad del redondeo al alza al cuarto de punto en los préstamos hipotecarios a interés variable practicado por las entidades bancarias demandadas a sus empleados, la STS, Sala 4.^a, de 11 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003/9193), si bien ha de tenerse en cuenta que el pleito no se planteó en esta ocasión con base en una demanda civil, y más específicamente de protección de consumidores y usuarios, sino en el marco de un conflicto colectivo, en el que el sindicato accionante impugnó dicha práctica ante la inexistencia de semejante previsión de redondeo en el convenio colectivo de las entidades bancarias demandadas.

Para concluir, ha de señalarse que únicamente se apartan de esta homogénea doctrina dos resoluciones, si bien los argumentos esgrimidos para ello son escasos o nulos, lo que les priva de virtualidad a efectos de apreciar la existencia de una doctrina contradictoria en la materia.

En primer lugar, el AAP de Lugo, de 9 de junio de 2005 (*BD Westlaw* 2005/181530), recaído en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que el particular ejecutado se opuso a la liquidación realizada por estimar abusiva la cláusula de redondeo al alza, declaró no encontrar «motivos para la no aplicación» de la cláusula de redondeo al alza pactada, sin agregar, de forma absolutamente asombrosa, mayores razonamientos.

Junto a él, la SAP de Madrid, de 10 de septiembre de 2004 (*BD Westlaw* 2004/41599) —recaída en un proceso de nulidad de un contrato por abusividad de varias cláusulas— desestimó la petición del prestatario acerca del carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, si bien no se pronunció específicamente sobre la misma, centrándose por el contrario la resolución en considerar que las condiciones del préstamo no fueron concretadas en una situación económica de angustiosa necesidad (el demandante había invocado,

ficará al órgano administrativo. Éste, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal.

Contra el auto de suspensión del proceso sólo se dará recurso de reposición».

(23) Particularmente, ha surgido una doble cuestión: en primer lugar, se han planteado problemas de ejecución de las resoluciones por los perjudicados por las cláusulas cuando la acción ejercitada es la colectiva de cesación. En este punto, el AAP de Barcelona, de 23 de junio de 2005 (*BD Westlaw* 2006/223021) y el AJPI, núm. 50 de Madrid, de 20 de diciembre de 2001 (*BD La Ley Digital* 1654/2002) negaron legitimación a AUSBANC para exigir la ejecución de condena a la devolución de cantidades y a la eliminación de la cláusula (arts. 519, 526 y 530.1 LEC).

Por otro lado, la Audiencia Provincial de Madrid ha denegado reiteradamente el reconocimiento de la condición de beneficiarios de la SJPI, núm. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001, por la ausencia del carácter firme de la resolución (recurrida en casación), con base en los artículos 517.2.1.^a y 519 LEC. Vid., por todos, el Auto de 11 de marzo de 2004 (*Aranzadi Civil* 2004/1531).

entre otras, la Ley de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908), sin hacer referencia en ningún momento a la normativa protectora de consumidores y usuarios.

b) *Argumentos esgrimidos a favor y en contra de la nulidad*

Por lo que se refiere a los variados razonamientos que han fundamentado la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable cabe señalar que han sido expuestos cumplida y reiteradamente de forma casi invariable por las sentencias mencionadas —en ocasiones a modo de mera transcripción de los desarrollados en la precursora SAP de Madrid, de 10 de octubre de 2002—, incorporados en aluvión para justificar unos fallos probablemente correctos desde la óptica de la justicia del supuesto resuelto, pero a veces un tanto frágiles, mientras en otros casos carecen de un mínimo rigor, al mezclar indiscriminadamente, como se analizará a continuación, los controles de inclusión (o incorporación) y de contenido respecto de la cláusula controvertida (24). Frente a ellos tampoco las entidades predisponentes han invocado razones concluyentes en defensa de la validez de las cláusulas en estudio.

Habida cuenta del desorden con que se entrelazan los diferentes argumentos esgrimidos en pro y en contra de la nulidad del redondeo al alza en las diferentes resoluciones judiciales, conviene realizar a cabo una enumeración más sistematizada de los mismos que redunde en una mayor claridad expositiva, tarea para la cual consideramos preferible agruparlos por apartados en los que se confronten los incorporados a las diferentes resoluciones con aquellos alegados por las entidades de crédito:

- Con carácter previo, en los diferentes procesos se discutió acerca del cumplimiento por las cláusulas de redondeo al alza insertas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable de los requisitos establecidos para las condiciones generales impuestas por el artículo 1.1 LCGC (predisposición por una de las partes, el profesional,

(24) Señalan, con carácter general, CARRASCO PERERA y otros, *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, págs. 310 y 315, que los Tribunales en vez de aplicar primeramente los criterios de incorporación para después valorar la posible abusividad de la cláusula, realizan una ida y venida entre el control de inclusión y el de contenido, para resolver la ineficacia de la cláusula conforme al criterio más potente o que mejor justifica su decisión e, incluso, con ambos combinados. En idénticos términos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por BERCOVITZ, Pamplona, 1999, pág. 142, señala que en las resoluciones judiciales la referencia a las normas de incorporación es un argumento que se acumula al control de contenido.

e incorporación a una pluralidad de contratos), a fin de aplicarles dicha normativa y, con el fin de analizar su posible abusividad, la legislación sobre consumidores y usuarios, habida cuenta de la remisión que a ella realiza el artículo 8.2 LCGC.

En este punto, las resoluciones consideraron que dichas cláusulas cumplieran con los requisitos de las condiciones generales de la contratación, habida cuenta, en primer lugar, de su inclusión generalizada en la totalidad de contratos de préstamo hipotecario a interés variable, a lo que se añadió que se trata de cláusulas impuestas de forma unilateral por parte de la entidad financiera en el desarrollo de su actividad profesional con ausencia total de negociación. Consideraron, en este sentido, que las posibilidades de negociación por parte del cliente son inexistentes (se afirma expresamente que podrán negociarse otras cláusulas, pero esa no), y, como argumento ciertamente discutible, consideraron que no se entiende en caso contrario que un cliente acepte una cláusula totalmente perjudicial para él a favor del banco. De otro lado, queda de manifiesto tal predisposición de la cláusula en el hecho de que las entidades demandadas no han probado en ningún caso dicha negociación (recuérdese que la carga de la prueba de la misma recae sobre ellas, al presumirse *iuris tantum* la predisposición, art. 10 bis LGDCU —hoy art. 82.2 TRLGDCU—), por la vía, por ejemplo, de la entrega de un recibo firmado por el cliente a modo de cabal conocimiento y aceptación de la cláusula.

Conforme a las resoluciones, no cabe desconocer al respecto que la entidad crediticia ostenta una posición contractual de predominio frente a la parte débil, el cliente usuario del préstamo, porque se trata habitualmente de la contratación de un servicio destinado a la satisfacción de sus necesidades básicas (la adquisición de una vivienda), no pudiendo evitar la cláusula abusiva si desea obtener el bien o servicio, yendo más allá en sus conclusiones al afirmar que del conocimiento por parte del prestatario de la inclusión de dicha cláusula de redondeo al alza no cabe necesariamente inferir la negociación de aquella. En este sentido, estiman las resoluciones que la razón decisiva que lleva a negociar con una entidad u otra es el tipo de interés y el diferencial aplicables, al imponer las entidades financieras cláusulas de redondeo al alza invariablemente. No se negocia la incorporación de la cláusula de redondeo porque se negocie la Tasa Anual Equivalente (TAE), ya que el consumidor sólo debate el porcentaje que al inicio de la operación se le calcula, pero no la forma de la variación a lo largo del contrato.

Frente a tales consideraciones, las entidades de crédito han rechazado primeramente la concurrencia en la cláusula de redondeo de los requisitos exigidos por el artículo 1.1 LCGC, advirtiendo que la prerredac-

ción de dichas cláusulas de redondeo al alza se debe al fenómeno social de la contratación en masa, negando su imposición al prestatario; han afirmado su negociación, por el contrario, con fundamento en la situación de libre mercado, en el cual el consumidor puede acudir en solicitud del préstamo a la entidad que mejores condiciones le ofrezca, dada la variada oferta de las entidades prestamistas y la gran cantidad de información acerca de las mismas con que cuenta en la actualidad.

Pero, además, consideran las entidades demandadas que aun manteniendo el carácter de condición general de la contratación de la cláusula de redondeo al alza, ello no entraña ineludiblemente su carácter abusivo, pues para ello se requiere que reúna los requisitos exigidos por el artículo 10 bis.1 LGDCU (en la actualidad por el art. 82.1 TRLGDCU), elemental afirmación que alude así a la mencionada distinción entre cláusulas abusivas y condiciones generales expresada en la Exposición de Motivos de la LCGC, puesta de manifiesto en algún caso asimismo por las propias sentencias (así, la SJPI, núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003).

- Por otro lado, las entidades demandadas han opuesto de forma reiterada la inaplicación a las cláusulas conflictivas de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y sobre consumidores y usuarios, por considerar que aquéllas cuentan con una específica regulación en las disposiciones administrativas señaladas anteriormente (aplicables con carácter general a la contratación bancaria), en concreto por la OM de Economía, de 5 de mayo de 1994 (Anexo II, cláusula 3.ª bis.4) en lo referente a los préstamos hipotecarios, normativa que autoriza sin restricciones el pacto del redondeo al alza. Recuérdese no obstante (*supra* II.1), cómo las diferentes resoluciones han refutado con reiteración dicho argumento, en la consideración de que dicha regulación no puede suplantarse o suprimir la función de los Tribunales de velar por la validez de los contratos y sus condiciones, puesto que dichas disposiciones administrativas tienen limitado su ámbito de acción a la regulación interna y control administrativo (arts. 24 y 117 CE, y 21 y 22 LOPJ), estableciendo expresamente el artículo 2.2 de la mencionada Orden que sus previsiones se entienden con absoluta independencia de lo dispuesto en la LGDCU y demás leyes que resulten de aplicación. Por todas, SAP de Madrid, de 21 de febrero de 2006.
- A partir de la verificación del cumplimiento por la cláusula de redondeo al alza de los requisitos de predisposición e imposición como condición general de la contratación, incorporan las resoluciones judiciales estudiadas el control de incorporación (o inclusión) de la

misma previsto en los artículos 5.1, 5.5 y 7 LCGC y 10.1.a LGDCU (hoy, art. 80.1.a TRLGDCU) (25) cuando señalan que es más que dudoso que el prestatario conozca las complicadas operaciones de cálculo de los intereses a devolver, así como que sea consciente del hecho de que se le va a aplicar en todo caso un redondeo al alza; extrayendo, en consecuencia, un defecto de claridad y transparencia derivado de una expresa falta de información, omisión de datos relevantes contraria a la buena fe contractual, en la que hace hincapié la SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, que incluye curiosamente las exigencias de la normativa bancaria en esta materia (Orden de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/1990, de 7 de septiembre), presentando interés como indicio, a fin de determinar la existencia de una condición abusiva. En consecuencia, *no quedarán incorporadas al contrato* aquellas cláusulas generales que no franqueen dicho control de incorporación en los términos establecidos en los artículos 5 y 7 LCGC.

- Pero en la búsqueda de un mayor refuerzo argumental a sus decisiones, las resoluciones han ido más allá del control de inclusión sobre la cláusula y han efectuado sin reservas el denominado control de contenido, cuestión que se ha convertido sin ninguna duda en el principal caballo de batalla de la controversia planteada, habida cuenta de la incertidumbre acerca de su aplicación a los elementos esenciales del contrato (señaladamente el precio) en nuestro ordenamiento jurídico (vid. *infra* III.2.a).

En este punto, las resoluciones analizadas han procedido al control de contenido de la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable, por considerar que la misma no es un elemento esencial del contrato, al no tratarse de la fijación del precio. Así, se señala que los elementos esenciales del contrato de préstamo son la prestación y el precio, es decir, el capital cierto y determinado por la entidad financiera y la devolución remunerada del mismo por el cliente (arts. 1.261, 1.740 y 1.753 CC) (26), mientras que el redondeo únicamente representa un incremento meramente aleatorio del precio que no encuentra causa objetiva, por cuanto no está encaminado a retribuir ninguna prestación, un sobreprecio objetivo añadido, fruto de una mera operación liquidatoria que pretende simplificar el cálculo de los intereses a la entidad prestamista, que no forma parte de la obligación de pago de intereses: es una conducta reproachable que afecta accesoriamente al precio, pero no es tal, por ser innecesaria

(25) Vid. *infra* III.1.

(26) En este sentido, la SJPI, núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003, señala que tampoco es elemento esencial el pago de intereses moratorios.

para su fijación y de eventual aplicación. Añade la SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, que aun cuando se sostuviera que forma parte del precio, se trataría de una parte clandestina del mismo, pues sus verdaderas consecuencias económicas, siempre negativas para el prestatario, serían desconocidas por éste, mezclando de este modo sin ninguna precisión los controles de inclusión y contenido.

Junto a dicho fundamento, las SSJJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002; núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002, y núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003, añaden como argumento secundario *a fortiori* en apoyo de la viabilidad del control de contenido del redondeo al alza la ausencia de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento español en la LCGC, por cuanto interpretan que el legislador español optó conscientemente por su no inclusión, a fin de lograr una mayor protección para los consumidores y usuarios (recuérdese que conforme a su art. 8, la Directiva es de mínimos), argumento ciertamente erróneo si se analizan los antecedentes parlamentarios de la Ley española (*infra* III.2.a), y un tanto incoherente en relación con el anterior, por cuanto entraña el reconocimiento del carácter esencial de la cláusula del redondeo como parte integrante del precio.

Frente a tales consideraciones, las demandadas niegan la aplicación del control de contenido a la cláusula de redondeo por considerarla parte del precio del contrato, elemento esencial del mismo, y quedar en consecuencia sometida al régimen de la autonomía de la voluntad plasmado en el artículo 1.255 del Código Civil, en concordancia con el principio de libertad de mercado consagrado en la Constitución española (arts. 10 y 38), que impide cualquier intervencionismo judicial.

En este sentido, se señala asimismo que la prohibición del control de contenido de los elementos esenciales del contrato, señaladamente el precio, prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, aun no traspuesta por la LCGC, es aplicable en una interpretación de la ley conforme al Derecho Comunitario.

- Una vez admitido el control de contenido de la cláusula de redondeo al alza como condición general de la contratación impuesta al consumidor o usuario, las resoluciones se ocupan de la concurrencia en ella de los requisitos de la abusividad exigidos por el artículo 10 bis LGDCU, que, como recuerda la SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, son: 1) Que sea contraria a la buena fe. 2) Que represente un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. 3) Que dicho desequilibrio cause un perjuicio al consumidor o usuario:

- 1) Respecto del primero, las resoluciones declaran que la cláusula de redondeo en exceso impone a una de las partes, el prestatario, una especial onerosidad carente de causa, ya que la buena fe contractual consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la declaración del fin propuesto, lo que exige conocimientos justos, adecuados y reales de los interesados, observando los principios de adecuación y defensa real de los respectivos intereses. En el supuesto planteado, la realización del fin propuesto debe constreñirse a la devolución remunerada del principal prestado, por lo que el redondeo no responde al principio de reciprocidad en las prestaciones. Conforme a la ilustrativa SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, la 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.
- 2) Asimismo, consideran las resoluciones judiciales que la cláusula de redondeo al alza representa un desequilibrio importante, desproporcionado y no equitativo en los derechos y obligaciones de la relación contractual en perjuicio del prestatario (contratante débil), desequilibrio que viene determinado no por el redondeo en sí mismo considerado, sino por el hecho de que éste lo sea únicamente al alza, y no al alza o a la baja (como ocurre en la adaptación monetaria al euro), que provoca un impacto financiero no neutro. Para la SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, la calificación de una cláusula como abusiva requiere la apreciación no sólo del desequilibrio (lo que no encierra grave dificultad probatoria), sino además su quebrantamiento de la buena fe, es decir, su falta de justificación por la estructura del contrato.
- 3) Dicho desequilibrio ocasiona un perjuicio patrimonial efectivo al usuario, con el correlativo beneficio para la entidad prestamista, perjuicio objetivo e incuestionable definido por la diferencia entre la cantidad total pactada —intereses remuneratorios incluidos— y la efectivamente pagada a la finalización del préstamo por razón de dicha cláusula, con una dimensión cuantitativa respecto del conjunto de contratos suscritos con los usuarios a quienes se aplique, debiendo tenerse en cuenta en este sentido la extensa vida de un contrato de préstamo (20 años o más).
Frente al cumplimiento de estos dos últimos requisitos por la cláusula de redondeo al alza, las demandadas han replicado en ocasiones alegando que la misma ha generado un abaratamiento de los tipos de interés por la suavización de los diferenciales,

llegándose a afirmar que el impacto financiero del redondeo es neutro por esa bajada de tipos (27).

- Para concluir, las resoluciones recaídas con posterioridad a su promulgación han esgrimido la previsión expresa del redondeo al alza en los préstamos hipotecarios por la DA 12.^a LF (*infra* IV.1) como último argumento para afianzar su declaración de nulidad. Conforme a la norma, dicho redondeo habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto, interpretándose que la referencia al intervalo más próximo impone que haya de hacerse al alza o a la baja, y nunca únicamente por exceso. Debe hacerse notar, no obstante, que dicho fundamento es añadido *obiter dicta*, puesto que la norma no es aplicable por razones temporales a las cláusulas de redondeo al alza incorporadas a los contratos litigiosos, al ser posterior su promulgación a la interposición de las correspondientes demandas y carecer de efectos retroactivos. En este sentido, vid. SSAAPP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, y Barcelona, de 19 de marzo de 2004 y 29 de marzo de 2005.

III. LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y DE CONTENIDO DEL REDONDEO AL ALZA

La inexistencia de una regulación legal específica para el redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable hasta la promulgación de la LF, así como su desordenado tratamiento judicial hasta ahora analizados, aconsejan llevar a cabo un análisis más detenido y sistemático del cumplimiento por la figura de las exigencias de validez establecidos por las normativas generales sobre consumidores y usuarios y sobre condiciones generales de la contratación, examen no carente de utilidad práctica por cuanto muchas de las sentencias recaídas en la materia aún no han ganado firmeza.

Como se ha apuntado en el epígrafe precedente, el legislador ha establecido un régimen jurídico dual de protección al consumidor o usuario (28), consistente en la imposición a las condiciones generales de la contratación de:

(27) Se trata de un argumento de tipo socioeconómico, ajeno totalmente al ámbito jurídico, en el que insiste, reconociendo que se trata de un mero razonamiento económico, y referido al fenómeno del redondeo al alza en los contratos de aparcamiento, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «La pretendida abusividad de la cláusula “por hora o fracción” de los aparcamientos», en *La Ley*, 2004-3, pág. 1803 y sigs.

(28) Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I: Introducción. Teoría general del contrato, 6.^a ed., Madrid, 2007, págs. 456 y 457; CARRASCO PERERA y otros, *El Derecho...*, cit., págs. 302 a 305; LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3.^a ed., Madrid, 2007, págs. 140 y

1. Unos requisitos de índole formal, de integración en el documento contractual, que aseguren la autenticidad del consentimiento del consumidor a la cláusula, tras haber recibido una información clara y comprensible, es decir, concreción, claridad y sencillez, que dan lugar al denominado control de inclusión o de incorporación que disponen los artículos 5 y 7 LCGC, y 10.1.a) LGDCU (80.1.a TRLGDCU actualmente).
2. Un control material sobre el texto de la cláusula que garantice la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de equidad, es decir, el llamado control de contenido, establecido, como se indicó con anterioridad, en el artículo 10.bis LGDCU (en la actualidad en los arts. 82 y 83 TRLGDCU).

Ambos controles son independientes entre sí y han de realizarse de forma sucesiva en el orden señalado (29), puesto que se trata de determinar si una cláusula, a pesar de haber salvado el control de inclusión y formar parte del contrato, atenta contra las exigencias de la buena fe, ocasionando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

No obstante, el control de inclusión de la cláusula controvertida planteará en ocasiones dificultades, evidenciando, por el contrario, aquélla un carácter abusivo en contravención con las exigencias de buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones: en tales supuestos, el Juez podrá realizar el control de contenido obviando el control de inclusión (30).

Pero más allá de esta última posibilidad, recuérdese que, desgraciadamente con frecuencia, las resoluciones judiciales que han acometido el examen de las cláusulas de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable (31) se limitan al análisis de la concurrencia de los requisitos del control de contenido (ciertamente, porque el objeto del pleito así les fue planteado en la demanda y en su contestación), mientras que en los supuestos en que son abordados conjuntamente ambos controles, se resuelve la ineficacia de la cláusula conforme al criterio más adecuado a la justicia del caso planteado o combinando cumulativamente uno y otro.

141, y SERRA RODRÍGUEZ, «Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores», en *Derecho Privado de Consumo*, coordinado por REYES LÓPEZ, Valencia, 2005, págs. 325 y 326.

(29) Como señalan SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 335, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 143.

(30) Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 204, y BLANCO PÉREZ-RUBIO, «El control de contenido en condiciones generales y cláusulas predispuestas», en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre de 2000, pág. 11.

(31) Y, en general, las resoluciones de los Tribunales recaídas sobre cláusulas abusivas en otros sectores de la contratación con consumidores y usuarios. Vid. CARRASCO PERERA y otros, *El Derecho...*, cit., págs. 310 y 315.

Así, la extensa SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, es quizá la única resolución que advierte con cierta nitidez este doble control en su planteamiento inicial (Fundamento de Derecho 3.º), cuando señala que el legislador ha optado por un sistema en el que se establecen unos requisitos de inclusión (plasmación documental, disponibilidad y formulación, art. 10.1.a LGDCU) y unos requisitos de contenido (buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones), si bien, con posterioridad, la decisión final se basa en una amalgama de fundamentaciones.

Menor claridad se aprecia aún al respecto en las SSAAPP de Madrid, de 15 de abril de 2005, y Jaén, de 19 de junio de 2006, y la SJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002, de las cuales puede tan sólo inferirse la existencia del control de inclusión detrás de diversas afirmaciones insertas dentro del estudio de los requisitos del control de contenido: mientras en la primera se asevera que la cláusula litigiosa «no cumple los requisitos exigibles de sencillez, concreción y posibilidad de comprensión directa impuesta por la legislación de consumidores, artículo 10 LGDCU» (Fundamento de Derecho 3.º), en la segunda se declara que la cláusula aumenta «de forma oculta el tipo de interés», no siendo «en modo alguno, manifiesta» (Fundamento de Derecho 4.º); por último, en la SJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002, se indica que «es más que dudoso que el consumidor conozca las complicadas operaciones de cálculo que se aplican para obtener el TAE... La cuestión se centra entonces en si el consumidor es consciente de que se le va a aplicar siempre el redondeo al alza» (Fundamento de Derecho 3.º).

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que control de incorporación y control de contenido no gozan de idéntico ámbito subjetivo de aplicación, en consonancia con el diferente ámbito de las normativas sobre condiciones generales de la contratación y sobre consumidores y usuarios.

El control de inclusión se halla previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, por lo que es de aplicación a toda condición general de la contratación con independencia de la condición de consumidor o usuario del adherente (vid. *supra* I), pues como dispone el artículo 2 LCGC, la Ley se aplica a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—, admitiendo de forma expresa que éste sea un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Como se halla reproducido en los artículos 10.1.a) LGDCU (hoy 80.1.a TRLGDCU), será de aplicación asimismo a aquellas cláusulas «no negociadas individualmente» por un consumidor o usuario que no sean condiciones generales de la contratación, tal y como prevén los preceptos indicados.

Frente a él, el control de contenido, si bien previsto en el artículo 8.2 LCGC, únicamente es aplicable a aquellas condiciones generales de la contratación (y cláusulas no negociadas individualmente) en las que el adherente

(en nuestro caso el prestatario) tenga la condición de consumidor o usuario, pues aquél se remite para su apreciación a lo dispuesto por la normativa sobre consumidores y usuarios (arts. 10 bis LGDCU, reenvío que hoy ha de entenderse realizado a los arts. 82 y 83 TRLGDCU).

Así, la aplicación de la protección que la normativa sobre consumidores y usuarios brinda frente a las cláusulas abusivas requiere, en el supuesto que nos ocupa, que el prestatario ostente la condición de consumidor o usuario (art. 1.2 LGDCU —y 2 TRLGDCU actualmente—), mientras que si el prestatario carece de la condición de consumidor o usuario contará únicamente con el control de inclusión de la cláusula en cuestión previsto en los artículos 5 y 7 LCGC (32), así como con las reglas generales de nulidad contractual contenidas en los artículos 7, 1.255 y 1.258 del Código Civil o, más específicamente, en la Ley de la Usura, pero en ningún caso el control de abusividad previsto en la LGDCU y TRLGDCU (33).

A tales efectos, es necesario acudir al concepto de consumidor o usuario delimitado con carácter global en el artículo 1.2 LGDCU (y 3 TRLGDCU actualmente). Conforme al primero, «*a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*». Por su parte, simplificando y aumentando la extensión del concepto de aquél —en línea con la enunciación del art. 2.b) de la Directiva 93/13—, el artículo 3 TRLGDCU establece que «*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero (responsabilidad civil por productos defectuosos) y cuarto (viajes combinados), son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*», si bien la norma comunitaria excluye expresamente del concepto de consumidor las personas jurídicas (34).

(32) Así, REGLERO CAMPOS, *loc. cit.*, pág. 1640; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 326; BLANCO PÉREZ-RUBIO, *loc. cit.*, pág. 22; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, pág. 462; CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, *loc. cit.*, pág. 1767; VILATA MENADAS, «Condiciones generales de la contratación y el artículo 10 bis de la LGDCU», en *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias, II*, dirigido por CUÑAT EDO, Madrid, 2006, pág. 62, y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *loc. cit.*, pág. 1803 y sigs.

(33) Como señalan CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, *loc. cit.*, pág. 1768 y sigs., quienes, no obstante, añaden que no existe en verdad diferencia alguna en los resultados a los que se llega normalmente de aplicar el método de la normativa sobre consumidores y el de la normativa general.

(34) Vid., al respecto, las críticas de CARRASCO PERERA, «Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», en *Aranzadi Civil*, 2008-I, pág. 2215 y sigs., y CAVANILLAS MÚGICA, «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y

En conclusión, el consumidor o usuario es definido como destinatario final —por oposición al profesional— que actúa para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares, conjugando así dos criterios: el de la finalidad del contrato (el servicio, en nuestro caso el préstamo, no está destinado al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, pública o privada) y el de la competencia del autor del acto de consumo (el consumidor o usuario —prestatario— actúa como un simple particular) (35).

En este punto, la mencionada SAP de Cáceres, de 19 de octubre de 2004, es la única resolución recaída en el ámbito de las cláusulas de redondeo al alza en contratos de préstamo hipotecario en la cual se planteó la cuestión acerca de la aplicación de la normativa sobre consumidores y usuarios por razón del sujeto.

La Audiencia negó de forma acertada la misma, por tratarse de una acción ejercitada por una empresa que destinó el préstamo litigioso a su actividad empresarial y no de forma directa o inmediata al consumo, y en la que no concurría, obviamente, la condición de consumidor o usuario por su naturaleza y objeto social, que bien pudo eludir la aplicación de la cláusula, al no encontrarse en una posición contractual inferior frente a la Caja demandada, apartándose así de la incorrecta aplicación que en ocasiones el propio Tribunal Supremo ha llevado a cabo de la normativa sobre consumidores y usuarios a heterogéneos supuestos en los que los adquirentes eran sociedades mercantiles (36), aplicación que parece difícil sostener de forma fundamentada en la actualidad con la redacción del nuevo artículo 3 TRLGDCU.

otras leyes complementarias», en *Aranzadi Civil*, 1/2008, pág. 15 y sigs. La STS de 21 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004/5576), con amparo en la norma comunitaria, declara expresamente en contra de la letra del artículo 1.2 LGDCU, que el concepto de consumidor sólo es atribuible a las personas físicas.

(35) Como señala LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 73. No obstante, BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, págs. 89 y 90, considera que ha de llevarse a cabo una interpretación amplia del concepto de consumidor para incluir a los pequeños profesionales cuando contratan bienes o servicios distintos a los que son objeto de su negocio, aunque sea para utilizarlos en él, por encontrarse en idéntica situación de sometimiento a los dictados del contratante fuerte, frente a lo que BOTANA GARCÍA, «El nuevo Texto Refundido de consumidores y usuarios», en *Diario La Ley*, núm. 6990, de 16 de julio de 2008, págs. 15 y 16, entiende que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica al tener que analizar, en cada caso, si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar su protección, corriendo el riesgo de difuminar, asimismo, la noción de consumidor.

(36) Vid. las SSTs de 13 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995/8601, sobre un contrato de leasing), y 27 de abril (*RJ* 1998/2933) y 18 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/6398), recaídas sobre dos contratos de publicidad en la guía telefónica entre sendas sociedades limitadas y la Compañía Telefónica.

No obstante, dicha doctrina es minoritaria, como ponen de manifiesto respecto de los más variados ámbitos, entre otras, las más recientes SSTs de 17 de marzo (*RJ* 1998/1351, contrato de *leasing*) y de 16 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9640, contrato de seguro en

Por otro lado, tanto en aplicación del control de inclusión como en el de contenido, el prestamista ha de ser un profesional (según se infería del art. 10 bis.1, párrafo 3.º LGDCU, y sigue disponiendo el art. 2.1 LCGC) o empresario (como expresamente establece en la actualidad el art. 2 TRLGDCU, al sustituir el vocablo profesional), dualidad de términos que, no obstante, encierran una misma acepción (amplia) como pone de manifiesto la redacción uniforme de los artículos 2.2 LCGC y 4 TRLGDCU (*«toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada»*), respecto de la cual la DA 1.ª LGDCU no incluía la expresión «o empresarial»).

1. EL CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN DEL REDONDEO AL ALZA

Los artículos 5 y 7 LCGC contienen los requisitos de incorporación a los contratos —celebrados o no con consumidores y usuarios— que han de cumplir las condiciones generales, mientras que el artículo 10.1 LGDCU (y hoy el 80.1 TRLGDCU) es el trasunto de aquéllos en sede normativa de consumidores y usuarios.

El artículo 5.1 LCGC dispone, con carácter previo y general, que las condiciones generales: *«pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas»*, a cuyos efectos entiende que no hay *«aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas»*.

Por su parte, los números 2, 3 y 4 de la norma contienen, respectivamente, una serie de exigencias de incorporación para las condiciones generales de contratos otorgados ante Notario, no formalizados por escrito y celebrados telefónica o telemáticamente.

Así, el número 2 dispone que: *«los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan»*. Conforme al número 3: *«cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación*

cobertura de las producciones agrícolas contra determinados riesgos con sociedad agraria de transformación), 13 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/1999, compraventa de bienes de producción), 16 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/9906, compraventa de impresora para una actividad de publicación), y 15 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/1223, suministro de electricidad destinada a explotación de negocio de hostelería).

recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración». Y de acuerdo con el número 4: «En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma».

Por último, el número 5 impone a la redacción de las cláusulas generales los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

El artículo 7 LCGC declara la «no incorporación al contrato» de las condiciones generales «que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario en los términos resultantes del artículo 5» (apartado a) y de aquellas «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato» (apartado b).

Finalmente, el artículo 10.1.a) LGDCU (de idéntica redacción al vigente art. 80.1.a) TRLGDCU) impone a las cláusulas, condiciones o estipulaciones no negociadas individualmente los requisitos de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual».

La finalidad de la imposición de estos requisitos de inclusión, que se desenvuelven tanto en la fase previa y simultánea a la conclusión del contrato como durante la eficacia del mismo, es que al adherente únicamente le vinculen las condiciones que libre y conscientemente consienta (sin error, en una adecuada elección entre las ofertas del mercado) por encontrarse en posición razonable de entender derivada de un acceso al objeto de su consentimiento (las cláusulas que deben estimarse integradas en la oferta y la aceptación del contrato), cumpliendo, por otro lado, una función «didáctica» de los predisponentes a fin de garantizar la transparencia a todas las cláusulas del contrato (37).

(37) Así, CARRASCO PERERA y OTROS, *El Derecho...*, cit., págs. 302 y 303; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 326 y 327, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 142 y sigs.

Esta regulación ha sido acertadamente objeto de innumerables reproches, por carecer de unos mínimos orden y sistematización y resultar, asimismo, innecesariamente reiterativa (38): de una parte, los preceptos de la LCGC representan únicamente el anverso y el reverso de una misma realidad, ya que, mientras el artículo 5 enuncia las exigencias de incorporación (aspecto positivo del control), el artículo 7 contiene las condiciones generales que quedan excluidas del contrato por incumplimiento de los anteriores requisitos (aspecto negativo del control); por otro lado, la aplicación de los requisitos a las condiciones generales en contratos celebrados por los consumidores y usuarios no requería de un precepto específico en la LGDCU o en el TRLGDCU, no siendo siquiera estrictamente necesaria una remisión a los artículos 5 y 7 LCGC. Cabe, en conclusión, reconducir al artículo 5 LCGC la totalidad de las obligaciones de transparencia dispersas por todos los preceptos.

Otro reparo que puede oponerse a la regulación es el referente a la sanción a la cláusula inaccesible o incomprensible: conforme al artículo 7 LCGC no se producirá su incorporación al contrato, en contraste con la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas (art. 8.2 LCGC). Sin embargo, dicha divergencia es meramente conceptual, porque la ineficacia de unas y otras se producirá «*de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*» (art. 9 LCGC), por lo que en definitiva se le denomine no incorporación o nulidad, lo cierto es que las condiciones generales que no cumplen los requisitos de incorporación no integran el contenido del contrato (39).

Entre los requisitos integrantes del control de inclusión cabe distinguir, a su vez, aquellos que constituyen presupuestos objetivos para la incorporación (los contenidos en los arts. 5.1 a 5.4 y 7.a LCGC), y los que componen el llamado deber de transparencia (enumerados en los arts. 5.5 y 7.b LCGC) (40), cuyo antecedente se halla en las exigencias de claridad y comprensibilidad impuestas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

Un repaso por las diferentes resoluciones judiciales recaídas sobre el redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable, anteriormente analizadas, pone de manifiesto que el control de inclusión se plantea

(38) Entre otros, DURANY PICH, «Comentario a los artículos 5 y 7», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por MENÉNDEZ y Díez-PICAZO y coordinados por ALFARO, Madrid, 2002, págs. 268 y 269; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 326 y sigs., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 141.

(39) ASÍ, CARRASCO PERERA y otros, *El Derecho...*, cit., págs. 302 y 303, y SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 331. Insiste en la dicotomía Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, págs. 456 y 457.

(40) Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 142. Por su parte, la SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, distingue, refiriéndose al artículo 10.1 LGDCU, tres en vez de dos subrequisitos: plasmación documental (inserción en el texto del documento), disponibilidad (entrega de copia al cliente) y formulación (legibilidad y comprensibilidad).

únicamente en términos de este último deber de transparencia, puesto que la práctica muestra que dicho redondeo consta explícitamente en el contrato, sin que se generen, en consecuencia, incumplimientos de la exigencia de información expresa contenida en el artículo 5.1, párrafo 2.º LCGC; no obstante, una eventual falta de constancia documental expresa de dicha cláusula dará lugar a la sanción señalada con anterioridad (41).

En este punto, la SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, exige específicamente la constancia en el documento contractual de las condiciones generales o una referencia expresa al documento donde éstas se encuentren, exigencias concretadas detalladamente en la normativa administrativa bancaria contenida en la OM de 12 de diciembre de 1989, en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre y en la OM de 5 de mayo de 1994.

Esta última, de aplicación a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, establece en su artículo 3 la obligación de entrega de un folleto informativo a los solicitantes de un préstamo con un contenido mínimo ordenado en su Anexo I, mientras que su artículo 6.1 impone a las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos la constancia debidamente separada de las cláusulas financieras conforme al orden y contenido establecido en su Anexo II, y dentro de ellas, de acuerdo con su cláusula 3 bis.4, la expresión del redondeo del tipo de interés pactado.

(41) Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ibídem*, ha de facilitarse un ejemplar al adherente, prohibiéndose asimismo la ocultación de cláusulas.

Respecto de los requisitos del artículo 5.3 LCGC, no se planteará ningún problema porque este tipo de contratos consta por escrito.

Por lo que se refiere a las exigencias formales del artículo 5.4 LCGC, ha de tenerse en cuenta que actualmente los artículos 80.1.b) TRLGDCU y 27.4 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, disponen que: «*con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*»; la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente conforme al artículo 80.1.b) TRLGDCU. Más recientemente el artículo 7.1.2.b) de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (aplicable a los préstamos hipotecarios contratados a distancia, de acuerdo con su art. 4.2.a), en desarrollo de tales requisitos de información, ha establecido que el proveedor de servicios financieros habrá de suministrar al consumidor con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia la información sobre «*el precio total que debe pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio*», a lo que añade el artículo 7.2 que deberá hacerse «*de manera clara y comprensible... respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales*». Dicha información habrá de suministrarse, además, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor (arts. 9.1 y 2). El incumplimiento de tales requisitos dará lugar a la nulidad del contrato (art. 9.4), correspondiendo al proveedor la prueba de su cumplimiento (art. 17).

Por lo que respecta al artículo 5.5 LCGC, acude a los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* (términos sinónimos que pueden resumirse en uno, la *comprensibilidad*), complementados por el de *legibilidad* (enunciado en forma negativa por el art. 7.b LCGC), para configurar sus exigencias desde una doble perspectiva: los extremos sobre los que se debe informar y la formulación del contenido. En concordancia con ellos, la aludida cláusula 3 bis.4 exige la indicación de los múltiplos a los que se efectuará el redondeo del tipo de interés *en fracciones de punto* (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto) (42).

El requisito de legibilidad se corresponde con el aspecto formal del control de inclusión, y se refiere a los caracteres contenidos en el texto (tamaño de letra, claridad de impresión...), cumpliéndose sus exigencias, en definitiva, cuando sean legibles sin especial esfuerzo (claridad visual) (43), circunstancia que no ocurrió en el supuesto abordado por la SJPI, núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002, ya que en el folleto publicitario figuraba la cláusula en caracteres mucho más pequeños respecto de las condiciones básicas y fundamentales del préstamo.

Por su parte, la condición general ha de ser comprensible (aspecto material del control de inclusión) conforme a la capacidad del adherente medio lego en Derecho (criterio de corte objetivo), con participación activa de éste para aprehender el significado de aquélla, siendo el Juez quien lo concrete de acuerdo con las circunstancias típicas del sector de la actividad comercial de que se trate (44), para lo que debe tomar en consideración las circunstan-

(42) Ninguna exigencia al respecto de la constancia del redondeo se dispone en el Anexo I.

Por lo que se refiere a las exigencias documentales del artículo 6.1, han de ponerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 5.2 LCGC antes mencionado.

Últimamente se ha producido la promulgación y entrada en vigor de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, cuyo interés radica básicamente en que sus artículos 13 y 17 declaran aplicables las condiciones de transparencia contenidas en dicha Orden a los contratos de préstamo o crédito hipotecario celebrados por consumidores con empresas que no tengan la consideración de entidades de crédito ni sean agentes de ellas (art. 1.2).

(43) Entre otros, DURANY PICH, *op. cit.*, pág. 316 y sigs., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 142 y sigs.

(44) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *Aranzadi Civil*, 2003-3, pág. 2172 y sigs., y MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la DA 1.ª 3», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por MENÉNDEZ y Díez-PICAZO y coordinados por ALFARO, Madrid, 2002, pág. 912, señalan que la obligación de cumplir con la transparencia no queda garantizada con las normas generales sobre los vicios del consentimiento del Código Civil y la interpretación *contra proferentem* del artículo 1.288 del Código Civil. Por el contrario, sostienen que la obligación de transparencia se ve satisfecha por dichas normas, PAGADOR LÓPEZ, «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 1999-II, pág. 1852, y ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentario al artículo

cias personales del adherente, quien puede tener conocimientos específicos en la materia. En este punto, como correlativo de las obligaciones del predisponente, el adherente tiene el deber de cerciorarse del contenido de las cláusulas generales, debiéndose valorar su comportamiento con la diligencia media de un adherente (aquella conducta que es normal esperar del conjunto de adherentes en relación con el tipo de operación económica realizada) (45).

Muestras de cláusulas incomprensibles son aquellas presentadas sin orden ni clasificación de forma asistemática, aquéllas redactadas de forma vaga e imprecisa sin una completa descripción del elemento contractual o aspecto del mismo al que la cláusula se refiere, aquéllas expresadas innecesariamente en un lenguaje técnico excesivo, aquéllas que contienen numerosas remisiones internas o externas a reglas legales, o que poseen una extensión o volumen desproporcionado con relación a la importancia del negocio (46).

El control de inclusión sobre la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable se suscita en términos de transparencia material, concretamente, la cuestión a resolver es si ésta es incomprensible para un ciudadano de cultura media profano en la terminología bancaria y financiera, cuando haya sido informado debidamente acerca de la misma por el prestamista en relación con las variables del contrato que se hallan relacionadas con ella, básicamente, el interés de referencia, el diferencial, la periodicidad de los devengos y las fechas de liquidación.

Considerada la cláusula en sí misma, la respuesta ha de ser negativa con carácter general. Resulta de fácil comprensión saber cuál es el tipo de interés pactado, y hasta qué punto resulta redondeado, cuando, como decimos, el cliente haya sido informado con claridad: piénsese, v.gr., en el supuesto en que el empleado de la entidad prestamista informa a un cliente medio que si el interés (devengable mensualmente y revisable cada seis meses, por ejemplo) resultante de aplicar el EURIBOR (ejemplo, 2,54%) más el diferencial (ejemplo, 0,4%) es de 2,94%, con el redondeo al cuarto (o al octavo) de punto inmediatamente superior, el interés finalmente aplicable será del 3%. En este sentido, la SAP de Madrid, de 15 de abril de 2005.

No obstante tales consideraciones, dicha solución no puede universalizarse, puesto que nos encontramos ante una materia muy dada a la casuística,

lo 1», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO y coordinados por ALFARO, Madrid, 2002, pág. 136.

(45) Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 235; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, pág. 406; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2172 y sigs.; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 326 y 327, y DURANY PICH, *ibídem*. Vid., asimismo, la SAP de Madrid, de 15 de abril de 2005.

(46) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 235 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 5...*, cit., pág. 142 y sigs., y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2172 y sigs., refiriéndose este último a los contratos de crédito específicamente.

debiendo, por el contrario, analizarse las concretas circunstancias concurrentes en cada situación, desde una doble perspectiva: en primer lugar, en ocasiones las cláusulas de redondeo serán considerablemente más enrevesadas que la enunciada; en segundo lugar, la información por parte del predisponente no siempre será tan correcta.

Así, en el supuesto de hecho finalmente resuelto por la propia SAP de Madrid, de 15 de abril de 2005, la cláusula litigiosa carecía de la debida claridad, no quedaba claro a cuál de los dos tipos de referencia que incluía el contrato había de realizarse el redondeo, ni tampoco fijaba los criterios para determinar cuándo procedía el redondeo al alza y cuándo a la baja. Esa «extrema oscuridad» condujo a la Audiencia a considerar de forma acertada que se produjo una conducta abusiva por parte de la demandada, contraria a las exigencias de sencillez, concreción y posibilidad de comprensión directa impuestas por el artículo 10 LGDCU, consistente en una aplicación unilateral (facultad que no le concedía expresamente el contrato) de la cláusula —no abusiva *per se*— sistemáticamente al alza, no neutra, en perjuicio del prestatario (lo que no representaba más que una contravención del art. 1.256 CC).

Lo que no puede es declararse con carácter apriorístico la falta de conocimiento de la cláusula de redondeo al alza inserta en el contrato o de consciencia de su aplicación por parte del adherente prestatario, como respectivamente hacen las SSAAPP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, y Jaén, de 19 de junio de 2006 (sin mayor fundamentación), y la SJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002, en términos menos categóricos, ya que a continuación afirma que la circunstancia del conocimiento de la cláusula no excluye su imposición por parte de la entidad prestamista que goza de una posición dominante, al no poder explicarse de lo contrario que una cláusula perjudicial sea aceptada por el adherente en un elevadísimo porcentaje de contratos, razonamiento correcto este sí, pero ajeno a la falta de transparencia de la cláusula.

Por otra parte, a pesar de que la ausencia de transparencia, con respecto a una cláusula, puede no originar un desequilibrio en las prestaciones en detrimento del consumidor (por ejemplo, una oscura cláusula de redondeo a la vez al alza o a la baja), en cuyo caso no será sancionable con su nulidad o exclusión del contrato (el art. 8.1 LCGC requiere que la misma sea *en perjuicio del adherente*), nótese que en el caso del incumplimiento del deber de transparencia sobre el redondeo al alza ha de considerarse un comportamiento contrario a la buena fe contractual como señala la SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, que origina de forma subrepticia constantemente, pues es instrumental a él, un significativo desequilibrio abusivo de carácter subjetivo en los derechos y obligaciones de las partes del contrato, ya que, como se indicó anteriormente, no es neutro (47).

(47) Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2172 y sigs., y VILATA MENADAS, *op. cit.*, pág. 69.

2. EL CONTROL DE CONTENIDO DEL REDONDEO AL ALZA

a) Posibilidad

Como se advirtió en la introducción del presente apartado III, el cumplimiento por parte de la condición general de las exigencias de transparencia y comprensibilidad no veda el control adicional de contenido sobre la misma terminantemente, por cuanto puede resultar que aun siendo aquella clara e inteligible, sea abusiva en perjuicio del consumidor. No obstante, una vez admitida de forma genérica tal posibilidad, no es pacífica su viabilidad sobre la concreta cláusula de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, hasta tal punto de que, como se indicó con carácter precedente (*supra* II.2.b), ha sido éste quizá el escenario central en el que se ha desarrollado la controversia acerca de la nulidad de aquélla por su carácter abusivo.

Para despejar dicha interrogante es necesario resolver si el control de contenido puede operar sobre la totalidad de las cláusulas integrantes del contrato, o si únicamente es viable sobre las cláusulas reguladoras de los elementos accesorios (o contenido normativo) del contrato, pero no así sobre las cláusulas que regulan sus elementos esenciales, particularmente, la adecuación entre el precio y la contraprestación (contenido económico). Lógicamente, si se admite el control de contenido sobre cualesquiera cláusulas de los contratos la incógnita queda solventada, pero si se conviene que el control de contenido solamente puede ir referido a aquellas cláusulas que regulan los elementos accesorios del contrato, es obligado decidir, a continuación, si la cláusula en cuestión —que sin ninguna duda atañe a la fijación de un elemento esencial del contrato como es el precio—, forma parte de él y en consecuencia ha de ser considerado elemento esencial, o si, por el contrario, posee un carácter meramente accesorio.

El debate sobre la primera de las cuestiones se origina a raíz de no haber sido traspuesta explícitamente al Derecho español por la LCGC la previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que, como se señaló anteriormente, dispone que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Circunstancia agravada por una jurisprudencia menor y, en menor medida, una doctrina titubeante y divididas al respecto, así como por la heterogénea respuesta de los diferentes Estados de la UE (si bien la opción mayoritaria —aunque lejos de ser unánime— de los legisladores nacionales ha sido la trasposición) (48).

(48) Como señala CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, 2006, que es quien ha tratado con mayor

Dicha norma es plasmación de la orientación doctrinal mayoritaria (siguiendo la tesis liberal de la teoría del contrato) sobre la materia tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno, que considera vedado el control de contenido de las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales del contrato que cumplan con las exigencias de transparencia e inteligibilidad impuestas por el control de inclusión, es decir, cuando exista por parte del consumidor o usuario un conocimiento exacto y completo del objeto del contrato así como su precio y condiciones (49).

Los variados argumentos —algunos de ellos muy poderosos— que avalan dicha tesis pueden resumirse en los siguientes:

- En primer lugar, su fundamento cardinal es que la relación calidad/precio de los productos y servicios ha de dejarse a la libre autonomía de las partes y a las reglas del mercado por tratarse de una cuestión económica metajurídica: la ley de la oferta y la demanda expulsa del mercado a los productos y servicios con una mala relación calidad/precio y el consumidor tiene plena libertad de decisión contractual para hacerlo con uno u otro oferente en un sistema de libre competencia. Así, en nuestro sistema económico constitucional prima el principio de libertad de empresa, de precios, unidad de mercado y libre competencia (plasmados en los arts. 38, 128 y 139 CE) sobre el de protección al consumidor (consagrado en el art. 51 CE), tal como se refleja en el artículo 1.1 LGDCU (y actualmente en el art. 1, párrafo 2.º TRLGDCU) vetando el intervencionismo innecesario en la libertad contractual (50).

minuciosidad en la doctrina científica la viabilidad del control de contenido de los elementos esenciales de los contratos celebrados con un consumidor o usuario, más concretamente, de la «adecuación entre el precio y la contraprestación».

(49) Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 138; EMPARANZA SOBEJANO, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 213, 1994, págs. 472 y 473; REGLERO CAMPOS, *loc. cit.*, pág. 1658; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 84 a 95 y 179 a 188, entre otras; DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, pág. 227; AVILÉS GARCÍA, «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1548; MIGUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pág. 4946; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., pág. 288, y BOSCH CAPDEVILA y GIMÉNEZ COSTA, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005, pág. 1767 y sigs. Refiriéndose al ámbito que nos ocupa, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., págs. 2172 y sigs.

(50) El argumento es recurrente en la doctrina que sigue la tesis liberal. Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., págs. 140 a 142, y *Comentario...*, cit., págs. 131 y 132; BERCOVITZ, R., «Comentario a la Disposición Adicional primera. Tres: Artículo 10 bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*,

Sólo por vía excepcional plasmada en Ley que así lo permita es posible restringir la libertad de precios y cabe el control judicial de los mismos, como ocurre con los límites generales al principio de autonomía de la voluntad (moral y orden público como límites del art. 1.255 CC, buena fe —arts. 7.1 y 1.258 CC—, abuso de derecho —7.2 CC—, fraude de ley —art. 6.4 CC—, vicios del consentimiento —1.265 y sigs. CC—, moderación judicial de las penas convencionales —art. 1.154 CC—), con otros propios de la legislación sectorial civil [como la Ley de Represión de la Usura (51), las normas de defensa de la competencia, en Navarra y Cataluña la rescisión por lesión...], o las restricciones legales propias de la legislación administrativa limitativa de precios de determinados productos en atención a intereses superiores tasados en casos de economía social (productos de primera necesidad, VPOs, productos en régimen de monopolio o concesión administrativa, precios sometidos a autorización, evitación de pactos colusorios y de posición de dominio...), entre otros.

Se recalca que tales límites a la autonomía de la voluntad son excepcionales y de carácter sectorial, de manera que no pueden llegar a ser tan amplios para desvirtuar el modelo constitucional establecido, pues el principio de equivalencia de las prestaciones posee una finalidad correctora como regla, ya que la reciprocidad sinalagmática no tiende a la protección de la equivalencia de las prestaciones materialmente entendida (52). En este sentido, se añade que no puede controlarse el

coordinados por BERCOVITZ, Pamplona, 1999, pág. 763 y sigs.; GARCÍA AMIGO, «La defensa de los consumidores desde el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Privado*, 1985, pág. 409 y sigs.; LLODRÁ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002, pág. 140; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., pág. 280 y sigs.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., págs. 2175 y 2176; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *El ámbito...*, cit., pág. 66; VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, 1995, pág. 1538, y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (comentario atomizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1998, pág. 1306.

(51) Conforme a su artículo 1: «será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». Dicha Ley no ha de entenderse derogada por la promulgación de la normativa sobre consumidores y usuarios, sino que se produce un concurso de leyes que faculta la elección del perjudicado.

(52) Así, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 84 a 93; ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho Contractual*, Madrid, 1978, pág. 290 y sigs., o PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2172 y sigs., quien en relación con

equilibrio objetivo de las prestaciones, al no existir un «precio justo» (esta doctrina del Derecho Canónico desapareció de la mayoría de los ordenamientos, siendo muy excepcionales los supuestos de rescisión por lesión —arts. 1.291 y 1.293 CC—, salvo en Navarra y Cataluña), pues el juzgador carece de parámetros objetivos para determinar lo que es justo, desde un punto de vista cuantitativo en cada relación contractual, con lo que se generaría una inseguridad jurídica enorme al tener cada juzgador sus propias percepciones no jurídicas al respecto, y una avalancha de pleitos (53).

- En relación con este argumento esencial, ciertos autores consideran que las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato no son impuestas por el predisponente, porque han sido tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de adoptar su decisión de contratar en relación con su capacidad adquisitiva y otras ofertas del mercado: hay verdadero consentimiento tras una negociación individualizada (no «regateo» o «negociación» en el sentido de posibilidad de rebaja —«teoría del zoco»—, sino oportunidad de comparar ofertas y elegir con plena conciencia) y no mera adhesión a los elementos esenciales (o económicos) del contrato, frente a lo que acontece con los elementos accesorios (o normativos), donde existe una menor atención y conciencia del consumidor que demanda la intervención del Derecho a fin de que las cláusulas sean claras y legibles (54). Este argumento, que llevado hasta sus últimas consecuencias supone excluir de la categoría de condición general aquellas cláusulas predispuestas sobre elementos esenciales, negándoles incluso el control de inclusión (bastando los remedios generales sobre formación del consentimiento del Derecho común), aparece un tanto débil: los elementos esenciales pueden ser regulados a través de condiciones generales, ya que éstas son definidas por la LCGC formalmente y no por su contenido, en cuanto no distingue entre elementos esenciales, accesorios o secundarios, aplicándoseles, como se ha visto, el control de inclusión sin ninguna duda. Téngase en cuenta, asimismo, que no sólo las condiciones accesorias del contrato pueden predisponerse

el control de contenido del precio (interés nominal) de los contratos de crédito cita como único límite el de la Ley de Represión de la Usura.

(53) Vid., por todos, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., pág. 283.

(54) Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 138 y sigs.; EMPARANZA SOBEJANO, *loc. cit.*, págs. 472 y 473; REGLERO CAMPOS, *loc. cit.*, pág. 1658; DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, pág. 227; AVILÉS GARCÍA, *loc. cit.*, pág. 1548; MIQUEL GONZÁLEZ, *Reflexiones...*, cit., pág. 4946; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., pág. 277 y sigs.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Pamplona, 2004, pág. 109 y sigs., y BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones...*, cit., págs. 97 y 98, quien añade en este punto que la DA 1.^a LGDCU contiene únicamente condiciones accesorias.

atentando contra la buena fe o el justo equilibrio de los derechos y obligaciones (55).

- Un argumento igualmente discutible invocado en pro de esta tesis es el relativo a que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no es de mínimos en este punto, circunstancia que imposibilitaría una alteración sustancial del modelo de la Directiva como la aceptación del control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato (56), argumento que puede rechazarse por un doble motivo: en primer lugar, la tramitación del precepto, y en segundo término, la circunstancia de que la norma no ha sido traspuesta por diversos Estados de forma consciente (principalmente, los nórdicos) a fin de elevar la protección de los consumidores, sin que la Comisión Europea haya llevado a cabo ni siquiera ninguna propuesta de sanción, lo que encuentra plasmación además en el «Informe de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores» (57).
- Finalmente, un último razonamiento poderoso a favor de la exclusión del control de contenido, propiamente ya de Derecho material, lo representa la modificación operada por el artículo 10.1.c) LGDCU, cuya redacción original imponía a las cláusulas el *justo equilibrio de las contraprestaciones* (refiriéndose, pues, al «contenido económico» del contrato), requisito sustituido con posterioridad por la reforma del precepto operada por la DA 1.2 LCGC por el *justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes* (en relación ya con el «contenido normativo» del contrato), en concordancia con el cual el artículo 10 bis.1 LGDCU (añadido por la DA 1.3 LCGC) reputa abusivas las cláusulas en las cuales se produzca, entre otros requisitos, un *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes* (cfr. los arts. 80.1.c y 82.1 TRLGDCU). Con esta nueva redacción, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 recibe una trasposición indirecta o implícita al Derecho español, con la consiguiente prohibición del control de contenido sobre el contenido económico del contrato (58).

(55) En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 150 y sigs.

(56) Se muestran en contra del carácter de mínimos del precepto, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentario...*, cit., pág. 132; BERCOVITZ, R., *Comentario...*, cit., pág. 765; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, cit., pág. 64; MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., págs. 909 y 910, y MÚRTULA LAFUENTE, *La prestación de intereses*, Madrid, 1999, pág. 331.

(57) Vid. el extenso recorrido por el Derecho Comunitario de CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 20 a 59.

(58) Vid., por todos, BERCOVITZ, R., *Comentario...*, cit., págs. 685 y 755; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 339, y CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 151 y 152.

Frente a la tesis liberal, la tesis intervencionista o progresista de la justicia contractual, dentro de la que se incluyen diversas teorías, sostiene que es posible el control de contenido de las cláusulas abusivas con valoración del desequilibrio de las prestaciones en busca de la justicia contractual objetiva, dejando, en consecuencia, en manos de los jueces, la posibilidad de revisar la relación calidad/precio del contrato con base en las facultades moderadoras que les son atribuidas por el artículo 10 bis.2 LGDCU (hoy, art. 83.2 TRLGDCU) (59).

Para ello, se opone que los principios de libertad de empresa y precios se hallan restringidos dentro del Estado social de Derecho, que tutela, entre otras, la defensa de los intereses económicos de los consumidores (siendo el justo equilibrio de las prestaciones un principio del orden público económico en aquél), y se fundamenta la intervención legislativa y judicial para garantizar el equilibrio de prestaciones entre predisponente y consumidor en la imperfección del mercado y la libre competencia, no garantizadores de las condiciones de transparencia adecuadas, en el desconocimiento del mercado por las partes —por falta o por exceso de información—, y, en último término, en la inexistencia de igualdad material de éstas.

Asimismo, se aduce correctamente que la Directiva 93/13 es de mínimos, y como consecuencia de la falta de transposición a nuestro Derecho de su artículo 4.2 se infiere la voluntad del legislador de ampliación de la tutela del consumidor de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 51 CE. En este sentido, las SSJJPI, núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002;

(59) En España son partidarios de esta tesis, LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996; LLAMAS POMBO, «Comentario al artículo 10 bis», en *La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coordinado por LLAMAS POMBO, Madrid, 2005, págs. 314 y 315; DUQUE DOMÍNGUEZ, «Las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, coordinado por NIETO CAROL, Valladolid, 2000, págs. 485 y 486, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, pág. 31 y sigs.; refiriéndose expresamente al redondeo, vid. MAGRO SERVET, «La anulación de la cláusula “por hora o fracción” en los aparcamientos en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios», en *Práctica de Tribunales*, núm. 38, mayo de 2007, pág. 56. Por su parte, BERCOVITZ, R., sostuvo un tiempo la posibilidad del control de precios con base en la literalidad originaria del artículo 10 LGDCU (vid. «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 200); no obstante, ha modificado con posterioridad dicha postura, en especial tras la reforma del citado precepto con la promulgación de la LCGC. Idéntica trayectoria siguió MARTÍN PÉREZ entre *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, y «Comentario al artículo 10», en *La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coordinado por LLAMAS POMBO, Madrid, 2005, pág. 237.

núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002, y núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003, llegan a declarar que la falta de trasposición conlleva la inaplicación de la previsión comunitaria en el Derecho español; no obstante, dicha declaración no pasa de ser un mero argumento *ex abundantia*, ya que la decisión de aplicar el control de contenido a la cláusula litigiosa se basa en su carácter accesorio.

Dos razones impiden la interpretación de dicho silencio legislativo en el sentido apuntado por los partidarios de la viabilidad del control de contenido de los elementos esenciales del contrato, a pesar de que sería deseable una reforma normativa que aclarase formalmente el sentido de la norma española sobre tal posibilidad (60).

En primer lugar, la falta de trasposición al Derecho español de las previsiones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se debió indudablemente a un error en la votación del mayoritario GP Popular durante la tramitación parlamentaria de la enmienda número 71 presentada por el GP Federal IU-IC en el Congreso a la DA 1.^a 3 del Proyecto de Ley 121/000079 sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1 de septiembre de 1997 (61), precepto que modificaba la LGDCU con la introducción de un nuevo artículo 10 bis. La enmienda en cuestión, que prosperó a causa de dicho desliz, tenía por fin la eliminación del párrafo 4.º de este último, que introducía en el Derecho español el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, y, su motivación era evidente: «El objeto principal y el precio pueden ser abusivos, como es el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores y usuarios» (62).

(60) Como señalan SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 339; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *loc. cit.*, pág. 1803 y sigs.; CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, *loc. cit.*, pág. 1767, y CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 164.

(61) BOCG. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 78-1, 05/09/1997.

(62) La casi totalidad de los autores que se han ocupado de la cuestión coincide en subrayar el error apuntado. Así, BERCOVITZ, R., *Comentario...*, cit., págs. 754 y 755; MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., págs. 894, 911 y 928; ARROYO MARTÍNEZ, «Comentario al artículo 1», en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, coordinados por MIGUEL RODRÍGUEZ y ARROYO MARTÍNEZ, Madrid, 1999, pág. 31; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2171; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario al artículo 7. No incorporación», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por BERCOVITZ, Pamplona, 1999, pág. 250; CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, *loc. cit.*, pág. 1767, y CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 61 a 69. Por el contrario, BALLESTEROS GARRIDO, «Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 256, 2005, pág. 501 y sigs., considera que el legislador conscientemente eludió la trasposición del precepto porque ha tenido tiempo suficiente con posterioridad para subsanar el error inicial en la tramitación parlamentaria.

El argumento se ve reforzado indirectamente con la modificación en la redacción del artículo 10.1.c) y la introducción del artículo 10 bis.1 LGDCU por la propia LCGC anteriormente indicada.

En segundo término, la ausencia de trasposición expresa del artículo 4.2 ha de salvarse con la interpretación de la legislación española conforme con el Derecho Comunitario, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (63).

En definitiva, el silencio legislativo basado en un error en la tramitación parlamentaria de la norma no puede habilitar el control judicial de precios, pues para ello se requiere de una previsión específica contenida en una norma de rango legal (v.gr., el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura) (64), siempre y cuando el profesional cumpla con los deberes de transparencia que le imponen los artículos 5 y 7 LCGC y 4.2 de la Directiva 93/13, de tal manera que el consumidor pueda conseguir un conocimiento preciso de las diferentes ofertas que se le presentan en el mercado y seleccionar la que más le convenga. Asimismo, la exclusión del control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato precisa la existencia de un verdadero sistema de libre competencia, circunstancia a la que no aluden ni la legislación española ni la Directiva 93/13, pero que oportunamente ha sido puesta de manifiesto con reiteración (65). No obstante, no es precisamente el mercado del crédito hipotecario un sector que pueda suscitar dudas acerca de la existencia de una real y libre competencia.

Una vez admitido que el control de contenido de la abusividad de una cláusula puede ir referido exclusivamente a aquellas cláusulas que regulan los elementos accesorios del contrato surge la cuestión definitiva: ¿la cláusula de redondeo al alza en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable —que sin duda afecta a la fijación del precio, elemento esencial del contrato—, forma parte de él y en consecuencia ha de ser considerado

(63) En materia de trasposición de la Directiva 93/13, vid. la STJCE de 27 de junio de 2000 (Pleno, caso Océano Grupo Editorial, S. A., y otros contra Rocío Murciano, TJCE 2000/144). Vid., entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 31; MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., pág. 911; VAQUER ALOY, «Cinco años de aplicación judicial de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, coordinado por ESPIAU ESPIAU, Madrid, 1999, pág. 222 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 158 a 163, y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., pág. 280 y sigs.

(64) Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentario...*, cit., pág. 129; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, cit., págs. 64 y 65; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 163 y 164; MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., pág. 910, y MÚRTULA LAFUENTE, *op. cit.*, págs. 330 y 331.

(65) Entre otros por COLINA GAREA, *loc. cit.*, pág. 767, y BOSCH CAPDEVILA y GIMÉNEZ COSTA, *loc. cit.*, págs. 1767 a 1769, para quienes si la situación es de monopolio o cuasimonopolio, el abuso puede existir, y en consecuencia debería admitirse la moderación judicial de los precios.

elemento esencial, o, por el contrario, es meramente accesorio?, incertidumbre que es paradigmática de la inexistencia en la práctica de nitidez acerca de la distinción entre elementos esenciales y accesorios de los contratos en masa.

Los autores y resoluciones judiciales (para éstas, vid. *supra* II.2.b) que se han ocupado de la materia han considerado de forma casi unánime que dicha cláusula es meramente accesorio y que cabe, en consecuencia, el control de abusividad de la misma en los términos de la normativa sobre consumidores y usuarios, si bien las razones alegadas para ello carecen, en general, de la suficiente virtualidad como para zanjar definitivamente la cuestión (66).

El argumento empleado con mayor reiteración ha sido el de la eventualidad de la aplicación de la cláusula: en los supuestos en los que la suma del tipo de interés referencial y el diferencial coincidan con un número múltiplo de cuarto u octavo de punto (dependiendo del redondeo pactado en el contrato), v.gr., 4,25 ó 6,125%, esta cantidad resultante no habrá de ser objeto de redondeo, sin que, en consecuencia, entre en juego la cláusula en cuestión. Eventualidad que se vería reforzada por las consecuencias de su declaración de nulidad, pues la eliminación de la cláusula no hace desaparecer el precio del contrato (67).

En tal caso, se dice, el prestatario baja el umbral de atención, concentrándose en los elementos verdaderamente esenciales, y no puede asimilar el exceso de valor que la cláusula comporta como parte integrante en el precio. La cláusula no incide en la selección de la oferta y, por tanto, su valoración tiene que hacerse al margen de la transparencia y fundarse en un desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones. Por el contrario, si la aplicación de una cláusula referida al precio no depende de ninguna circunstancia o condición (por ejemplo, pago de la plusvalía), el cliente la asumirá como precio cierto, siempre y cuando sus efectos sean conocidos antes de la celebración del contrato (68). No obstante, ha de tenerse en cuenta que el razonamiento parte de una premisa categórica, cual es la inconsciencia del cliente acerca de los efectos económicos de la cláusula controvertida, circunstancia que, aunque sea la más frecuente, no necesariamente ha de acontecer, cuando exista la conveniente información y claridad por parte del prestamista, pero entonces no estamos ante control de contenido sino de incorporación.

(66) Vid. las consideraciones al respecto de CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, *loc. cit.*, pág. 1768 y sigs.

(67) Esta segunda parte del argumento es empleada por Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *loc. cit.*, pág. 1803 y sigs.

(68) Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, pág. 228; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Los elementos...*, cit., pág. 2180 y sigs.; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 97 y sigs.; SJPI, núm. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001, y SAP de Madrid, de 10 de octubre de 2002.

En relación con lo anterior, se aduce una interpretación restrictiva acerca de lo que debe considerarse esencial en el contrato, y específicamente precio, con un doble alcance:

En primer lugar, se acude de forma recurrente a los artículos 1.261, 1.740 y 1.753 del Código Civil, en especial a la definición del contrato de préstamo de estos dos últimos, para declarar que los elementos esenciales de éste son la prestación y el precio, es decir, el capital cierto y determinado facilitado por la entidad financiera y la devolución remunerada del mismo por el cliente (causa de toda operación activa bancaria), para declarar que el redondeo al alza representa un sobreprecio fruto de una mera operación liquidatoria, una conducta reprochable que afecta a la obligación de pago de intereses pero ajena a ella (69).

Así, la remuneración del principal entregado constituye el precio de la operación bancaria, sin el cual ésta carecería de sentido. Siendo interés variable, el mismo se habrá de ajustar al índice o tipo de referencia en cada momento, que junto con el diferencial pactado determinan el tipo de interés anual remuneratorio durante la vida del préstamo. Ahora bien, no pertenecen a la esencia del contrato las operaciones de concreción para cada periodo de interés remuneratorio a que tiene derecho el banco mediante el redondeo, y menos cuando éste siempre es al alza (70).

Esta interpretación restrictiva del precio ha de ponerse en conexión con el argumento de la falta de causa objetiva de la cláusula de redondeo al alza que ha sido reiteradamente invocado por las resoluciones para declarar la concurrencia en ella de un desequilibrio importante contrario a la buena fe en los derechos y obligaciones de las partes (vid. *infra* III.2.b).b").

En segundo término, la interpretación restrictiva del concepto precio se materializa en la exclusión del control de contenido únicamente de la adecuación económica entre precio y contraprestación: es decir, si el préstamo es lo que vulgarmente se conoce como «caro» o «barato», en relación con la libertad de empresa y de precios constitucionalmente reconocidas, y siempre a salvo de que alguna norma sí lo permita (como ocurre con la Ley de Represión de la Usura en términos limitados).

Por el contrario, quedan fuera del concepto de precio del préstamo, entre otras, las consecuencias del impago, como los intereses moratorios (en el mismo sentido, la SJPI, núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003), las

(69) Cfr. las SSAAPP de Madrid, de 10 de octubre de 2002; Baleares, de 17 de marzo de 2003, y Barcelona, de 29 de marzo de 2005, y las SSJJPI, núm. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001; núm. 2 de Madrid, de 25 de octubre de 2002; núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002; núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003, y núm. 21 de Barcelona, de 17 de octubre de 2003.

(70) En este sentido se pronuncia CALVO MELJIDE, «El abuso de derecho en las relaciones jurídicas de crédito bancario», en *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 464, de 14 de octubre de 2005, pág. 1 y sigs.

formas de modificación unilateral o el sistema de cálculo del precio —dentro del que se encuentra la cláusula de redondeo al alza—, que no son sustanciales y por ende controlables en su contenido (71).

Sin embargo, no puede perderse de vista que este loable propósito protector del cliente prestatario puede dar lugar a efectos contraproducentes desde una perspectiva económica, ya que, mientras que una cláusula que incorpore un diferencial bajo redondeado al alza sería susceptible de un control de contenido, una cláusula con un diferencial más alto que obligara al prestatario a pagar intereses más elevados no podría ser declarada abusiva si no incorpora el citado redondeo. Dicha circunstancia puede inducir a los prestamistas a la elevación del diferencial, provocando el correspondiente encarecimiento de los precios en el mercado hipotecario (72).

b) *Requisitos*

Una vez verificado el cumplimiento por la cláusula de redondeo al alza de los presupuestos de incorporación (pues en caso contrario huelga continuar con el examen del control de contenido), procede analizar la concurrencia en aquélla de los requisitos establecidos por la normativa sobre consumidores y usuarios para declarar como abusiva una cláusula, que, como se señaló anteriormente, son (SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002): 1) Su predisposición e imposición al consumidor o usuario, es decir, la ausencia de negociación de la misma, que por sí sola no implica el carácter abusivo de la cláusula, pues responde por lo general a una finalidad de fluidez de la contratación en masa, con racionalización de costes y eficiencia para las empresas (y en general para la sociedad) (73). 2) La causación de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe. 3) La existencia de un perjuicio para el consumidor o usuario.

(71) Así lo entiende la doctrina mayoritaria. Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, cit., págs. 123 y 124; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 97 a 126; BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones...*, cit., pág. 97; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 5; VILATA MENADAS, *op. cit.*, pág. 69; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., pág. 916 y sigs., y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., págs. 286 y 287.

(72) La situación se ha producido en el sector de los aparcamientos con la eliminación del redondeo en la fijación del precio y la imposición de la obligación de tarificar por minutos, tal y como apuntó en su momento Díez-Picazo Giménez, *loc. cit.*, pág. 1803 y sigs.

(73) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dirigidos por MENÉNDEZ y Díez-Picazo y coordinados por ALFARO, Madrid, 2002, pág. 75 y sigs., y la SJPI, núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003.

Como se señaló con anterioridad, la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios es su nulidad de pleno derecho, tal y como establece el artículo 10 bis.2 LGDCU (y el art. 83.2 TRLGDCU en la actualidad). No obstante, la misma no requerirá el ejercicio por el Juez de la facultad moderadora e integradora concedida en dichos preceptos, puesto que la eliminación de la cláusula no genera ninguna laguna contractual (basta con una mera operación aritmética de recálculo de cantidades).

b') Ausencia de negociación

Como requisito previo para proceder a su declaración de abusividad, es necesario examinar si la cláusula de redondeo al alza ha sido impuesta por el prestamista al prestatario, por falta de una efectiva negociación acerca de la misma, pues como establecen el artículo 10 bis.1 LGDCU (y 82.1 TRLGDCU), las cláusulas abusivas han de ser, en primer término, *estipulaciones no negociadas individualmente*. Por su parte, el carácter de cláusula predispuesta es exigido por el artículo 1.1 LCGC a las condiciones generales de la contratación, carácter que implica asimismo ausencia de negociación individual según se infiere *a sensu contrario* del número 2 de la norma («*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*»).

No obstante, más allá de tal exigencia, ninguno de los anteriores preceptos proporciona una definición de cláusula no negociada individualmente ni unos criterios más precisos para apreciar cuando se ha producido la imposición al consumidor o usuario.

Una mayor clarificación de este punto requiere acudir en una interpretación de la norma española conforme con el Derecho Comunitario al artículo 3.2 de la Directiva 93/13, que dispone que: «*se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*».

En consecuencia, conforme a éste son dos las circunstancias necesarias que han de concurrir para estimar que la cláusula no ha sido negociada individualmente:

1. En primer lugar, la predisposición de la cláusula, es decir, la redacción de la misma previa (con anterioridad a la fase de celebración del contrato) y unilateralmente por el profesional o empresario, razón por la que si el texto de la cláusula fue redactada con la colaboración del

consumidor o usuario (hipótesis verdaderamente anómala), no existe imposición lógicamente, ni consecuentemente posibilidad de control de contenido.

2. Por otra parte, el hecho de que el consumidor o usuario no haya podido intervenir ni directa ni indirectamente en la redacción, es decir, sin que haya podido ejercer ninguna influencia sobre su contenido.

Con respecto a este último, las mayores dificultades para apreciar la ausencia de negociación individual se plantean en el supuesto de que la cláusula prerredactada por el predisponente sea sometida posteriormente a discusión y negociación con el consumidor.

A este respecto el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 se refiere a «posibilidad de influencia» sobre el contenido de la cláusula por parte del consumidor, expresión que ha de ser interpretada como posibilidad de modificación de la cláusula.

La duda se centra entonces en determinar si esa posibilidad de la que habla la norma se cumple con la existencia de discusión de la cláusula por las partes, aun cuando ésta no haya sido modificada, o si, por el contrario, ha de materializarse en todo caso en su modificación, opción esta última sin duda excesiva, si bien es necesario que la posibilidad de influencia para el consumidor o usuario sea real, concreta y efectiva, sin que baste al efecto una simple garantía o facilitación al consumidor de información, para posteriormente rehusar una discusión real de la cláusula (74), y teniendo en cuenta que una vez que los artículos 10.bis.1, párrafo 3.º LGDCU (y 82.2, párrafo 2.º TRLGDCU) presumen *iuris tantum* la falta de negociación y atribuyen la onerosa carga de la prueba de la existencia de la misma al profesional o empresario, aquélla se verificará obviamente en caso de modificación de la cláusula, pero podrá ser igualmente apreciada por el Juez en aquellas ocasiones en que no se produjo la mencionada modificación.

Partiendo de las anteriores consideraciones, existen diversas razones que inducen a estimar la cláusula de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable como una condición general de la contratación con imposición unilateral por parte de la entidad financiera en el desarrollo de su actividad profesional, si bien no puede realizarse tal afirmación de manera categórica, por cuanto, como hemos señalado con reiteración, nos hallamos ante una materia muy dada a la casuística.

(74) En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 136, y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, cit., págs. 311 y 312, para quienes basta con que se haya atribuido al consumidor un poder real de negociación o discusión. Frente a ellos, BERCOVITZ, R., *La defensa...*, cit., pág. 191, exige que se haya producido una alteración significativa de la cláusula pues, en caso contrario, no cabe hablar de negociación.

Así, a la vista de los supuestos de hecho analizados por las resoluciones judiciales hasta el momento recaídas, un indicio (en ningún caso un argumento definitivo) de que la cláusula en cuestión carece de negociación es la frecuencia (que no invariabilidad) con que es introducida en los contratos de préstamo a interés variable, tal y como pone de manifiesto el caso resuelto por la SAP de Madrid, de 10 de octubre de 2002, en el que, a pesar del enorme volumen de contratación de créditos llevado a cabo por la demandada, ésta únicamente aportó dos escrituras en las cuales la cláusula de redondeo al alza había sido eliminada, lo que condujo al Tribunal a apreciar la inexistencia de negociación alegada por aquélla. Por el contrario, en el litigio que dio lugar a la SAP de Barcelona, de 29 de marzo de 2005, la proporción entre los contratos que incluían la cláusula de redondeo exclusivamente al alza y aquellos que no incluían cláusula alguna de redondeo se presentaba bastante más equilibrada (60-40%), circunstancia que no impidió a la resolución invocar de forma discutible dicho porcentaje como argumento favorable para declarar la ausencia de negociación, si bien ha de tenerse en cuenta que la razón decisiva para tal afirmación se encuentra en el reconocimiento por la propia demandada del carácter predispuesto de la cláusula.

Dicha generalización como indicio fáctico de la ausencia de negociación de la cláusula se ve reforzado por el carácter plenamente perjudicial para el prestatario: de no ser por dicha imposición no se entiende que el prestatario adherente acepte una cláusula totalmente desventajosa para él a favor del banco (75). En este sentido, no puede perderse de vista la situación de inferioridad contractual en la que se encuentra el cliente frente a la entidad prestataria, ya que habitualmente se trata de contratar un servicio destinado a adquirir un bien esencial para satisfacer sus necesidades básicas, como es la vivienda, sin posibilidad de evitar la cláusula abusiva si desea obtener la financiación (76).

Aún más, tales poderosos indicios no han sido desvirtuados por las entidades prestamistas, pues en ninguno de los supuestos abordados por las resoluciones judiciales cumplieron con la acreditación de la existencia de una efectiva negociación de la cláusula de redondeo al alza (por ejemplo, con la entrega de un recibí al cliente firmado a modo de puntual conocimiento y aceptación de la cláusula).

Como indica la doctrina, se produce en este caso una situación en la que el consumidor o usuario ha de aceptar la cláusula perjudicial si desea obtener las ventajas materiales que le ofrece el contrato: ciertamente, puede decidir

(75) Como indican VILATA MENADAS, *op. cit.*, págs. 69, 75 y 76, y la SAP de Baleares, de 17 de marzo de 2003.

(76) Así, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, enero de 2008, pág. 397; COLINA GAREA, *loc. cit.*, págs. 733 y 734, y VILATA MENADAS, *ibidem*.

si celebra el contrato o no, y acudir para solicitar el préstamo a quien mejores condiciones le ofrezca (menores tipo de interés y diferencial), pues nos encontramos en un sector de libre mercado con una variada oferta de las entidades, donde el consumidor cuenta con gran cantidad de información al respecto y poder así acudir a cualquiera de ellas, pero la libertad para intervenir en la configuración de su contenido —más concretamente en lo referente a la cláusula de redondeo al alza— aparece anulada o reducida ante la inserción de ésta en la amplia mayoría de los contratos ofertados por los profesionales (entidades financieras) (77).

b") Contrario a la buena fe y al justo equilibrio en los derechos y obligaciones

Conforme al artículo 10 bis.1 LGDCU, en concordancia con las exigencias del artículo 10.1.c) —y 82.1 TRLGDCU con el 80.1.c)—, la declaración de abusividad de la cláusula de redondeo al alza no negociada requiere asimismo que lo haya sido *en contra de las exigencias de la buena fe*, causando *un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*.

Ambas previsiones, enunciadas en la Ley de forma desglosada, se analizan de forma conjunta, ya que, como ha señalado la doctrina, el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones no representa en la inmensa mayoría de las ocasiones más que un dato revelador o presunción de la infracción de la buena fe (78), pues parece imposible que exista mala fe sin desequilibrio, mientras que un desequilibrio sin mala fe sólo puede darse en forma muy leve y justificada, y la norma proscribía exclusivamente el impor-

(77) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 104; DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, pág. 225; MAGRO SERVET, *loc. cit.*, pág. 55; BLANCO PÉREZ-RUBIO, *loc. cit.*, pág. 10, y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *loc. cit.*, pág. 397. Para BOSCH CAPEDEVILA y GIMÉNEZ COSTA, *loc. cit.*, pág. 1761, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que se trate de una cláusula respecto de la cual la única opción del consumidor es adherirse o no, sin que tenga posibilidad de influir en su contenido, por tanto, más que ante una falta de negociación, estamos ante una negociación infructuosa para el consumidor, que no habrá podido influir en el contenido de la cláusula. El silencio de la LGDCU respecto a cuándo se entiende que ha habido negociación debería permitir una interpretación favorable al consumidor, partiendo de la base de que una negociación entre profesional y consumidor no es, por lo general, una negociación *inter partes*.

(78) Vid. RUIZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 1994, pág. 75; DÍAZ ALABART, «Comentario al artículo 10.1.c)», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por BERCOVITZ y SALAS, Madrid, 1992, pág. 252 y sigs.; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 338, y BERCOVITZ, R., *La defensa...*, cit., pág. 199.

tante e injustificado. No obstante, si eventualmente faltase alguno de los dos, no nos encontramos ante una cláusula abusiva (79).

Así, cuando la norma exige a la cláusula abusiva la contravención de las exigencias de la buena fe, ésta ha de ser interpretada en un sentido objetivo, como criterio valorativo de las obligaciones de cada parte en el que ha de tenerse en cuenta no sólo la honestidad subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico, constituyendo por tanto una particular aplicación de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.258 del Código Civil en la interpretación y ejecución del contrato en el momento previo a su perfección (80). Dicha interpretación se ha visto corroborada con posterioridad por la redacción del artículo 10 bis.2 LGDCU (análoga a la del art. 83.2 TRLGDCU) tras la reforma operada por la Ley 44/2006, al establecer que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará por el Juez con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y *al principio de buena fe objetiva*.

El desequilibrio en los derechos y obligaciones en que se materializa dicha contravención del principio de buena fe contractual en sentido objetivo es un concepto jurídico indeterminado a perfilar por el Juez, de tipo normativo y no económico pues, como se señaló anteriormente al tratar de la viabilidad del control de contenido sobre el precio del contrato, así lo imponen tanto el cambio en la redacción y la introducción, respectivamente, de los artículos 10.1.c) y 10 bis.1 LGDCU por la LCGC (idénticos a los vigentes 80.1.c y 82.1 TRLGDCU), como una interpretación de la normativa española conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (vid. *supra* III.2.a) (81).

Para apreciar la existencia del desequilibrio, el Juez ha de cotejar la cláusula en cuestión con la regulación ofrecida por las normas dispositivas,

(79) Como señalan BOSCH CAPDEVILA y GIMÉNEZ COSTA, *loc. cit.*, págs. 1762 y 1763.

(80) Este es el criterio ampliamente mayoritario defendido por la doctrina. Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, cit., pág. 82; BLANCO PÉREZ-RUBIO, *loc. cit.*, págs. 29 y 30; BERCOVITZ, R., *La defensa...*, cit., pág. 198; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1987, pág. 642; BUESO GUILLÉN, «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 59, 1995, pág. 665; SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 337; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 253; DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pág. 474; AVILÉS GARCÍA, *loc. cit.*, pág. 1557, y BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones...*, cit., pág. 165 y sigs., quien se ocupa ampliamente de la cuestión. En contra, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, págs. 352 y 353. Conforme a la SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002, la 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.

(81) En el mismo sentido, BLANCO PÉREZ-RUBIO, *loc. cit.*, pág. 31; BERCOVITZ, R., *La defensa...*, cit., págs. 199 y 200, y VATTIER FUENZALIDA, *loc. cit.*, pág. 1538.

así como por los usos acordes con la moral social o las buenas costumbres (tomando incluso en consideración el precio del contrato como un criterio más para apreciar su existencia), si bien no basta con comparar los derechos y obligaciones de las partes, evaluando la cantidad de derechos que se atribuye a cada parte, sino que se debe examinar lo que cada parte tiene conforme a las cláusulas predispuestas y aquello que tendría sin dichas cláusulas, para, a partir de ahí, establecer la comparación a fin de determinar si están o no justificadas por la estructura del contrato (82). Recuérdese que, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual ha de apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Así configurado el desequilibrio contrario a la buena fe, ¿la cláusula de redondeo al alza incluida en los préstamos hipotecarios, que por razones de economía no va a tener que estudiar el usuario, se ajusta al modelo que de acuerdo con los dictados de la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes sería exigible?

La razón decisiva para considerar que no se encuentra en su ausencia de neutralidad o «impacto financiero no neutro» (SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002), frente a lo que acontece con el redondeo derivado de la introducción del euro, o lo que ocurriría si la propia cláusula estableciese un redondeo al intervalo más próximo, bien al alza o a la baja, según procediese por la mayor cercanía a uno u otro de la cifra resultante de sumar el tipo de interés y el diferencial.

Así se han pronunciado reiteradamente las resoluciones judiciales recaídas y, específicamente, las SSAP de Madrid, de 15 de abril de 2005, respecto de una cláusula de redondeo al cuarto de punto más cercano toda vez que se había pactado «su aplicación tanto al alza como a la baja» existiendo «una equivalencia o equilibrio en las prestaciones de las partes que determinan su validez», y de 13 de julio de 2005, con respecto a una cláusula litigiosa que preveía no sólo el redondeo al medio punto de centésimas al alza sino también a la baja («sistema neutro que unas veces beneficiará al Banco y otras al cliente»), o el AAP de Asturias, de 30 de diciembre de 2004, cuando señala que el desequilibrio no se produciría «si el fin perseguido por la cláusula controvertida hubiese sido el mero redondeo, evitando el pago de fracciones, se hubiese acudido a un sistema más equitativo y ponderado, el redondeo al alza o a la baja, según la proximidad al dígito o número entero, mayor o menor, respectivamente, cuando a mayor abundamiento en el actual sistema

(82) Así, SERRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 341 y 342, y BOSCH CAPDEVILA y GIMÉNEZ COSTA, *loc. cit.*, pág. 1764.

monetario desde la implantación del euro se ha vuelto a operar necesariamente con fracciones o céntimos de euro» (83).

Por otro lado, es habitual, por las diferentes resoluciones que se han ocupado del tema, recurrir a la ausencia de causa objetiva para justificar la concurrencia en la cláusula de redondeo al alza del desequilibrio en los derechos y obligaciones en contra de la buena fe: en contraposición a lo que ocurre con el pacto de interés remuneratorio, se razona que la cláusula es contraria a la buena fe al imponer al prestatario una especial onerosidad que carece de causa legítima que la ampare, por no encontrar contraprestación alguna, no respondiendo al principio de reciprocidad en las prestaciones contractuales, constreñido en este caso a la devolución remunerada del principal prestado. Vid. por todas, las SSAAPP de Barcelona, de 29 de marzo de 2005, y Madrid, de 4 de marzo de 2005, y la SJPI, núm. 34 de Barcelona, de 26 de marzo de 2003.

Con este argumento se acoge el concepto de causa del contrato conferido por la doctrina y la jurisprudencia italianas más modernas, en las cuales asume un papel de valoración de los intereses de las partes en función del mantenimiento de un cierto equilibrio conmutativo.

En ellas se admite, como regla de carácter supletorio que el Juez pueda establecer una relación adecuada entre prestaciones sobre criterios objetivos cuando sea evidente la injusticia (lo que en el CC español parece indicar la regla interpretativa del art. 1.289). Se busca evitar los desequilibrios excesivos, no una absoluta equivalencia matemática de valores, pues ni siquiera la Escolástica o el Derecho Canónico creadores de la doctrina del «justo precio» pretendieron un concepto de equivalencia matemática, sino una razonable proporción. Así, la causa actúa como límite creador de un control judicial sobre el uso que los sujetos hacen de la propia autonomía contractual, sobre si las consecuencias del contrato realizan intereses merecedores de tutela o no. Se trata de salvaguardarles del riesgo de actos caprichosos o imponderados y, sobre todo, para la protección del contratante más débil, cuando la protección del consentimiento se ha mostrado incapaz, excluyendo que un contrato pueda considerarse válido sólo por ser «consentido». Permite poner en discusión los desplazamientos patrimoniales en virtud de los acuerdos hechos en condiciones tales que no permitan la libertad o la racionalidad de la elección económica subyacente, o que evidencian comportamientos diversos de aquellos que la ley presupone como idóneos para una justa ordenación del mercado.

No obstante, ha de recalcarse que se trata de una doctrina supletoria, pues la regla general es la validez de la causa querida por los contratantes, y

(83) En ese sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, *loc. cit.*, pág. 217, y DE TORRES PEREA, *op. cit.*, págs. 243 y 244.

siempre siendo conscientes de que el concepto de causa, en continua elaboración, se halla aún lejos de un estado de madurez necesario para lograr una fórmula satisfactoria.

b"") Perjuicio para el consumidor

Este último requisito dispuesto en el artículo 10 bis.1 LGDCU (hoy en el art. 82.1 TRLGDCU) se materializa en la causación por la cláusula abusiva de un perjuicio patrimonial efectivo para el consumidor o usuario, pues si éste no existe, la cláusula no podrá ser declarada abusiva por muy reprochable que sea.

En el caso de la cláusula de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, el perjuicio objetivo sufrido por el prestatario (correlativo al beneficio obtenido por la entidad prestamista) es incuestionable y ostensible, y viene representado por la diferencia entre la cantidad total pactada excluyendo el redondeo (tipo de interés más diferencial), y la efectivamente pagada a la finalización del préstamo por el prestatario, que será considerable desde un punto de vista cuantitativo dada la extensa vida de un contrato de préstamo (veinte años o más), y de fácil cálculo mediante las correspondientes operaciones aritméticas (84).

IV. LA PREVISIÓN LEGAL EXPRESA DEL REDONDEO

1. LA DA 12.^a LF

En un momento (finales de 2002) en que se ha comenzado a plantear y resolver judicialmente la nulidad de las cláusulas que incorporan el redondeo al alza en los préstamos hipotecarios a interés variable, la cuestión recibe un tratamiento legal expreso en la DA 12.^a LF, que, bajo la rúbrica «Régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito», dispone que: *«en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efec-*

(84) Entre otras, SSAP de Madrid, de 10 de octubre de 2002, 2 de enero de 2005 y 21 de febrero de 2006. En la doctrina, BUSTO LAGO, «Sección 10.^a Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias», en *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, coordinado por BUSTO LAGO, Pamplona, 2005, págs. 770 y 771; BELDARRAÍN BEGOÑA, *op. cit.*, pág. 142, y CALVO MEJIDE, *loc. cit.*, pág. 4.

tuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto».

El originario Proyecto de Ley 121/000069, de medidas de reforma del sistema financiero, de 1 de marzo de 2002 (85), carecía de previsión alguna al respecto, siendo introducido el precepto por la enmienda número 178 del GP Popular en el Congreso, si bien la norma, finalmente aprobada, cuenta con un tenor literal diferente fruto de la enmienda número 273 presentada por el GP Popular en el Senado, que extendió el ámbito objetivo de la norma a los créditos y préstamos garantizados mediante caución, prenda u otra garantía equivalente (el texto inicial sólo incluía los préstamos hipotecarios), y limitó expresamente el temporal a los contratos celebrados tras la entrada en vigor de la Ley.

Con la norma, la posibilidad del redondeo en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable se ve limitada incuestionablemente a que aquél no sobrepase el *octavo de punto* (0,125%), derivándose como consecuencia la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 CC) de las cláusulas que establezcan el redondeo a fracciones superiores (principalmente, a un cuarto de punto —0,25%—), con independencia de que lo sea únicamente al alza o se establezca simultáneamente al alza y a la baja.

Sin embargo, su escasa corrección desde un punto de vista gramatical no zanja de forma concluyente la duda acerca de la validez de aquellas cláusulas que establezcan el redondeo al alza exclusivamente sin sobrepasar el octavo de punto (por ejemplo, a un octavo de punto, o, más insólito, a un dieciseisavo —0,0625%—).

En este punto, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 11.1 de la Ley 46/1998, relativo al redondeo derivado de la conversión monetaria al euro, la expresión utilizada por el precepto de la LF, «*el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo*», no incluye la puntualización *por exceso o por defecto* (o locución análoga). A ello ha de agregarse que el ámbito subjetivo de aplicación de la norma incluye la totalidad de los préstamos hipotecarios a interés variable, incluidos aquellos en los que el prestatario carezca de la condición de usuario, respecto de cuyas cláusulas de redondeo al alza no existe ninguna declaración judicial de nulidad (cfr. la SAP de Cáceres, de 19 de octubre de 2004) (86). De este modo, la norma resuelve con carácter universal un problema planteado inicialmente en el ámbito de la normativa sobre consumidores y usuarios.

(85) BOCG. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 69-1, 08/03/2002.

(86) Sostiene la validez del redondeo exclusivamente al alza hasta un octavo de punto con base en la DA 12.ª LF, GÓMEZ GÁLLIGO, «Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005, pág. 1934.

No obstante, el análisis de la tramitación parlamentaria de la Disposición impide sostener la validez de las cláusulas de redondeo únicamente al alza que no sobrepasen el octavo de punto insertas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, sin perjuicio de considerar que hubiese sido deseable una mayor precisión en este punto a semejanza de la norma sobre el redondeo derivado de la incorporación del euro.

Así, conforme a la justificación de la mencionada enmienda número 178, que introdujo la previsión del redondeo en el Proyecto de Ley, se trataba de abordar «los problemas suscitados en torno a las cláusulas de redondeo de los préstamos hipotecarios a interés variable», a lo que añade que «el redondeo genera un impacto financiero (equivalente a la mitad del valor del intervalo pactado) que repercute, en todo caso, a favor de la entidad de crédito... Se propone, en cambio, obligar a las entidades de crédito, en caso de que se pacte el redondeo, a efectuar éste siempre al extremo del intervalo más próximo, *de forma que pueda repercutir tanto a favor del prestamista como del prestatario*. De esta forma, además, *se anula el impacto financiero del redondeo*» (la cursiva es nuestra) (87).

En idénticos términos se han pronunciado las resoluciones judiciales que se han referido al precepto, como las SSAAPP de Baleares, de 17 de marzo de 2003, y Barcelona, de 19 de marzo de 2004 y 29 de marzo de 2005; el AAP de Asturias, de 30 de diciembre de 2004 y la SJPI, núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 noviembre de 2002 (88), si bien dichos pronunciamientos tienen el carácter de meros *obiter dicta*, al no resultar de aplicación por razones temporales la nueva normativa a las cláusulas litigiosas incluidas en contratos celebrados con anterioridad a la promulgación de la LF. En este punto, la norma limita expresamente su aplicación a los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la LF el 24 de noviembre de 2002 (conforme a su DF 3.^a), en virtud de la indicada enmienda número 273 (89).

De esta manera, quedó irresuelta legalmente de forma explícita la cuestión para las cláusulas de redondeo insertas en los contratos celebrados en fecha previa aún vigentes en un número elevado (habida cuenta de su

(87) Por su parte, fue rechazada la enmienda número 72 presentada por el señor Quintana del GP Mixto (BNG) en el Senado que tenía por finalidad la supresión de la DA.

(88) También, vid. DE TORRES PEREA, *op. cit.*, págs. 237 y 244; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 140 y 141; BUSTO LAGO, *op. cit.*, págs. 769 y 771; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *loc. cit.*, pág. 399, y VILATA MENADAS, *op. cit.*, pág. 67.

(89) Así, DE TORRES PEREA, *op. cit.*, págs. 237 y 244. Por el contrario, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 140 y 141, se cuestiona si la norma meramente aclara que la cláusula de redondeo siempre al alza era ya nula, y por ende, de aplicación retroactiva. La irretroactividad de la DA 12.^a LF fue invocada por la entidad demandada en el supuesto resuelto por la SAP de Barcelona, de 29 de marzo de 2005, si bien ésta no se pronunció al respecto, al no resolverse el litigio con base en la norma.

larga duración), razón por la cual continuó siendo válida para ellas la solución basada en la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumidores y usuarios en la forma señalada en los epígrafes precedentes.

2. LA REFORMA DE LA LGDCU OPERADA POR LA LEY 44/2006 Y EL TRLGDCU

Las cláusulas de redondeo únicamente al alza insertadas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios recibieron un tratamiento específico por la DA 1.^a LGDCU tras su reforma por la Ley 44/2006, ya que el artículo 1.14 de ésta agregó dentro de la «lista negra» de cláusulas abusivas incluida en aquella Disposición una nueva cláusula, la 7 bis (transmutada literalmente con posterioridad en el art. 87.5 TRLGDCU), conforme a la cual tendrán tal carácter *«las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva»*.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado».

No obstante, el único interés que ofrece de cara al presente trabajo la declaración de nulidad contenida en el primer párrafo del precepto se ve reducido a determinar su posible aplicación a las cláusulas de redondeo únicamente por exceso incluidas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable anteriores al 24 de noviembre de 2002 a los efectos previstos en el artículo 82 TRLGDCU, una vez que tras la DA 12.^a LF la cuestión quedó solventada para los celebrados con posterioridad (presentaría utilidad, asimismo, determinar su aplicación a las cláusulas de redondeo exclusivamente al alza hasta un octavo de punto en los préstamos posteriores, en caso de que se considere que la DA 12.^a LF no lo prohíbe en contra de lo razonado en el apartado anterior).

Ha de tenerse en cuenta que la cláusula 7 bis de la DA 1.^a LGDCU y el artículo 87.5 TRLGDCU son aplicables con carácter retroactivo en virtud de lo establecido por la DT 1.^a de la Ley 44/2006, conforme a la cual: *«los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta Ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho»*. La entrada en vigor de la Ley fue el 31 de diciembre de 2006 (DF 11.^a), por lo que el plazo legal cumplió el 1 de marzo de 2007.

En este sentido, a pesar de que la norma alude inicialmente al *redondeo al alza en el tiempo consumido*, locución que induce a considerar que el legislador tenía en mente, sobre todo, cláusulas de redondeo al alza establecidas en contratos relativos a determinados sectores del tráfico económico (por ejemplo, telefonía móvil, aparcamientos), con posterioridad se refiere genéricamente al redondeo al alza *en el precio de los productos o servicios*, así como al *cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva* sin restricción alguna, por lo que su ámbito objetivo de aplicación es sin duda el más amplio posible tal como se desprende de sus antecedentes, incluidos los servicios financieros que, como se señaló con anterioridad (*supra* I, en especial nota 8), forman parte del catálogo de productos y servicios bajo la égida de la normativa sobre consumidores y usuarios (90).

Ilustrativo en este punto se muestra, en primer lugar, el apartado III.3 del Dictamen del Consejo Económico y Social 9/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley de mejora de protección de los consumidores y usuarios (análogo en este punto al texto finalmente aprobado), que señala que la formulación del redondeo de éste es de «alcance general en tanto dirigida a modificar la LGDCU, no debe ocultar la complejidad que reviste esta cuestión en determinados sectores... como el de servicios de telecomunicaciones» (91).

En la misma línea se manifiesta más explícito el apartado G.g") del Dictamen del Consejo de Estado 186/2006, de 9 de marzo de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (92) cuando declara que: «la problemática del redondeo en los contratos celebrados con los consumidores se planteó por primera vez en el mercado hipotecario. La práctica del redondeo en los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable —que estaba muy generalizada y alcanzaba el cuarto de punto o, en ocasiones, el medio punto—, fue considerada abusiva por los Tribunales, generando una abundante jurisprudencia menor. Finalmente, la LF, dispuso, en su DA 12.^a, que el redondeo en determinadas operaciones de crédito, entre las que se contaban los préstamos hipotecarios, no podía sobrepasar el octavo de punto. Siguiendo esta estela, el presente anteproyecto de Ley *prohíbe el redondeo al alza con carácter general* (nueva cláusula 7 bis de la DA 1.^a LGDCU, según la redacción dada por el art. 1.11, del anteproyecto de Ley), *aunque esté pensando principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones y de los aparcamientos*» (la cursiva es nuestra).

(90) En el mismo sentido, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *loc. cit.*, pág. 400, y CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 88.

(91) Texto completo en <http://www.ces.es/dictamenes/2005/Dic092005.pdf>.

(92) Vid. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-186, para la consulta del texto completo.

Y, por encima de todo, ha de tenerse en cuenta que durante la azarosa tramitación parlamentaria del precepto, no prosperaron tres enmiendas al Proyecto de Ley 121/000083, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, de 24 de marzo de 2006 (93), la número 20 del GP IU-ICV en el Congreso, y las número 2 del señor Cuenca Cañizares del GP Mixto (IU) y 35 del GP Entesa Catalana de Progrés en el Senado. Todas ellas tenían por finalidad la adición de una nueva cláusula número 30 de idéntico tenor literal a la lista de la DA 1.^a LGDCU, en la que se declarara expresamente abusiva la cláusula de redondeo al alza en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable: *«La inclusión en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable de cláusulas que permitan el redondeo por exceso del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia en cada revisión periódica»*.

A tenor de las diferentes intervenciones sobre el particular en ambas Cámaras, el rechazo a dichas enmiendas vino provocado primordialmente por resultar innecesariamente reiterativas ante la aplicación universal a todo tipo de productos y servicios de la prohibición del redondeo al alza contenida en la nueva cláusula 7 bis (94).

En consecuencia, con la aplicación de la prohibición absoluta del redondeo al alza a todos los contratos de préstamo hipotecario a interés variable con independencia de su fecha de celebración incluida inicialmente en la cláusula 7 bis en la DA 1.^a LGDCU y en el vigente artículo 87.5 TRLGDCU quedó zanjada definitivamente la cuestión desde el punto de vista legal.

Esto último, no obstante, puede dar lugar a una curiosa circunstancia en relación con aquellos procesos judiciales que se hallan pendientes ante el Tribunal Supremo: en el supuesto de que éste casase las resoluciones de las Audiencias Provinciales y admitiese la validez del redondeo al alza, los prestatarios particulares o las asociaciones de consumidores podrían acudir de nuevo a los Tribunales a fin de que declarasen la nulidad (y así habrían de hacerlo éstos) con base en la nueva regulación del artículo 87.5 TRLGDCU.

(93) BOCG. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 83-1, 31/03/2006.

(94) Así, las intervenciones de la Diputada Montón Giménez (GP Socialista) en la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso y del señor Castaño del Olmo (GP Socialista) en el Pleno del Senado.

RESUMEN

CONSUMIDORES Y USUARIOS
PRÉSTAMO HIPOTECARIO

A comienzos de la presente década comenzaron a plantearse ante los Tribunales de Justicia una serie de demandas que postulaban la nulidad de las cláusulas que incluían el redondeo al alza o por exceso en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable. A falta de una regulación específica de la figura, la respuesta judicial casi unánime a la cuestión fue la estimación de las demandas con la consiguiente declaración de nulidad de la misma por su carácter abusivo, a través de su subsunción en las normativas reguladoras de condiciones generales de la contratación y de consumidores y usuarios, si bien en muchas ocasiones la fundamentación de las resoluciones judiciales fue confusa o simplemente errónea. En este sentido, no se llevaron a cabo de forma muy correcta los sucesivos controles de inclusión y de contenido previstos en los preceptos de las citadas normas, por lo que procedía un análisis sistematizado del redondeo ajustado a los mismos. Finalmente, la proliferación de los procesos judiciales condujo al legislador a regular de forma sucesiva la figura por medio de sendas normas, que han zanjado el debate con su prohibición expresa y nulidad de pleno derecho.

ABSTRACT

CONSUMERS
MORTGAGE LOAN

Earlier this decade began to arise in the courts of justice demands that a number of the nominated are void, including the rounding up or down in the loan contracts with variable interest mortgage. In the absence of specific regulation of the figure, the almost unanimous judicial response to the question was the estimation of demands with the consequent declaration of nullity of the same for his abusive nature, through its subsumption under the general regulations governing of recruitment and of consumers and users, although in many cases the validity of judgments was confused or simply wrong. In this sense, were not carried out in a very correct successive inclusion of controls and content under the provisions of these rules, which came a systematic analysis of rounding adjusted to them. Finally, the proliferation of litigation led the legislature to regulate succession figure by two rules, which have settled the debate with its prohibition and is null and void.

(Trabajo enviado el 18-8-2009 y aceptado
para su publicación el 9-4-2010)