

**2. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.**

**En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.**

I.- INTRODUCCIÓN. II.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL III.- FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL. A) *Bienes o servicios de consumo en general.* B) *Especial referencia a viviendas en construcción y a servicios turísticos.* C) *Servicios Financieros* a) Relaciones de duración determinada a.1 Normativa sectorial bancaria a.2 Normativa específica en materia de préstamos hipotecarios a.3 Crédito al Consumo a.4 Sentido de la cláusula b) Relaciones de duración indeterminada IV.- FACULTAD DE RESOLUCIÓN UNILATERAL A) *Relaciones con plazo determinado* a) Concesión al consumidor de la misma facultad b) Incumplimiento c) Otros motivos graves B) *Relaciones por tiempo indefinido.*

I.- INTRODUCCIÓN.

Bajo el ordinal 2º y dentro de la enumeración que contiene la nueva Disposición Adicional Primera de la LGDCU encontramos no una, sino varias cláusulas cuyo carácter abusivo proclama la citada Ley. Entre todas ellas existe un punto de conexión que no es otro sino el hecho de que, de algún modo, permiten que el contrato en sí mismo, o en alguno de sus aspectos, quede en manos o a voluntad del profesional. Es decir, la proclamación como abusivas de estas cláusulas trata de impedir que la voluntad del profesional sea la Ley del contrato o, como expresa el título del apartado I de la Disposición Adicional Primera que contiene esta cláusula, trata de impedir la *vinculación del contrato a la voluntad del profesional*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Podemos afirmar, con ALFARO ÁGUILA-REAL, “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, *RDBB*, núm. 67,

Dentro del contenido de este número 2º, cabe distinguir dos grandes aspectos. Por un lado, los relativos a las facultades de interpretación o modificación del contrato. Por otro, los atinentes a las facultades de resolución o rescisión. Los primeros dejan en manos del profesional determinados aspectos del contenido del contrato<sup>2</sup>. Los segundos, el propio mantenimiento o la propia subsistencia del mismo.

El precepto hace, además, otra importante distinción. Modaliza la ineficacia de la cláusula de reserva de estas facultades, en el caso de que la misma haya sido impuesta en el ámbito de la prestación de servicios financieros<sup>3</sup>. Tal modalización ya la encontramos en la Directiva, quizá al amparo de la afirmación contenida en los Considerandos de su Preámbulo y reiterada en el art. 4.1, de que la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas. Como una concreción de tal principio, en efecto, el apartado 2º del Anexo de la Directiva restringe el carácter abusivo de las cláusulas de modificación o rescisión unilateral, cuando han sido impuestas a favor del prestador de servicios financieros, en sus relaciones con consumidores<sup>4</sup>.

Los motivos que se pueden aducir para la modalización de la abusividad en este caso son las especificidades de la actividad financiera y la especial protección que reciben las entidades que a tal actividad se dedican, en función de la influencia que las mismas ejercen en la propia política financiera del Estado. Las necesidades de mayor flexibilidad en el sector se deben a los riesgos inherentes a la actividad financiera. Tales riesgos vienen determinados por factores que cambian en el tiempo como son, fundamentalmente, la solvencia del cliente y las previsibles modificaciones de las circunstancias determinantes de la adopción de las condiciones financieras, sobre todo en relaciones de duración indefinida<sup>5</sup>. En el caso de las Entidades de crédito, que realizan la arriesgada actividad de

---

julio-septiembre, 1997, p. 874, que la rúbrica del apartado primero no resulta muy acertada. Lo que queda vinculado son las partes al contrato, y no viceversa.

<sup>2</sup> Creemos que interpretación y modificación son caras de una misma moneda, en el sentido de que ambas dejan a la voluntad de una de las partes quizá no la subsistencia del contrato en sí, pero sí su alcance y efectos definitivos o últimos.

<sup>3</sup> En sentido similar, un penúltimo apartado de la Disposición Adicional Primera Seis, permite las facultades de modificación y resolución en el ámbito de los contratos relativos a valores y productos cuyo precio esté sometido a cotización.

<sup>4</sup> Para determinar lo que debemos entender por servicios financieros, podemos acudir a la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/94 de 14 de abril que adapta la legislación española en materia de Entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria. Esta DA describe como actividades financieras los préstamos y créditos, (incluyendo crédito al consumo), crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales, *factoring* con o sin recurso, arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito, concesión de avales y garantías. Si bien todas ellas son operaciones financieras, hay que precisar que no todas pueden ser concertadas por consumidores. Recordemos que sólo a éstos últimos les resulta de aplicación lo que a continuación digamos. Respecto a quiénes debemos considerar prestadores de servicios financieros, la citada Ley distingue entre Entidades de crédito (ICO, Bancos, Cajas de Ahorro, Confederación Española de Cajas de Ahorro, y Cooperativas de crédito), y establecimientos financieros de crédito los cuales, a diferencia de las Entidades de crédito, no pueden captar fondos reembolsables del público, en forma de depósito, préstamo... etc. (DA Primera apdo. 2 de la Ley).

<sup>5</sup> Vid. en este sentido PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998, p. 92 y 93, DUQUE DOMINGUEZ "Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la

intermediación en el crédito, es especialmente necesario prever la posibilidad de modificar las condiciones, para así lograr una rápida adaptación a los cambios que se producen en la coyuntura económica y que afectan a las relaciones continuadas establecidas negocialmente entre bancos y clientes<sup>6</sup>.

Por otro lado, no hay que olvidar la existencia de una normativa sectorial específica, constituida por las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España, cuyos destinatarios son los principales operadores en el sector financiero<sup>7</sup>. Su objeto es la protección de los legítimos intereses de la clientela y, sin embargo, admite la modificación o resolución unilateral, por parte de la Entidad o del establecimiento financiero. Es cierto que el concepto de clientela es más amplio que el de consumidor, pues aquél comprende también a profesionales que utilizan servicios financieros en el ámbito del ejercicio de su actividad. Podría decirse que el consumidor debe ser objeto de una protección mayor que la dispensada por esta normativa. Es cierto que se trata de normas administrativas las cuales, por definición, no son aptas para regular relaciones entre particulares, y no deberían tener transcendencia jurídico privada<sup>8</sup>. Sin embargo, cabe afirmar que en la medida en que estas normas admitan la posible modificación o resolución unilateral de los contratos, y el ejercicio de estas facultades por parte de los prestadores de servicios financieros se ajuste a los requisitos en ellas establecidos, las cláusulas posiblemente no deban considerarse abusivas. En la medida en que las condiciones generales de las Entidades de crédito o establecimientos financieros se adapten a dicha normativa, la protección frente a la posición dominante debería estar garantizada (art. 48. 2 LDIEC). Ello porque la razón de ser de esta regulación sectorial es fomentar la confianza de los particulares en las entidades financieras garantizando así la utilización generalizada de sus servicios. Si dicha normativa autoriza actuaciones que deben considerarse abusivas, tal autorización debe desaparecer de Órdenes y Circulares.

Al margen de la normativa sectorial, además, hay que señalar que uno de los servicios financieros más típicos, como es el crédito, es objeto de regulación por una Ley especial, cuando el prestatario es el consumidor. La Ley de Crédito al Consumo 7/1995 de 23 de marzo, en efecto, regula de forma específica algunas cuestiones relativas a las

---

contratación bancaria”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a E. Verderá y Tuells*, T. I, Madrid, 1994, p. 670, PETIT LAVALL, *La protección del consumidor de crédito: Las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, p. 151. Estos autores señalan que quizá no esté muy justificada la excepción.

<sup>6</sup> Así lo afirman SANCHEZ CALERO, “Condiciones generales en los contratos bancarios”, en *Contratos bancarios*, Madrid, 1996, p. 322 y DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones abusivas de crédito”, en *Crédito al consumo y Transparencia bancaria*, Madrid, 1998, p. 626.

<sup>7</sup> La normativa sectorial es aplicable a las Entidades de crédito, conforme al art. 48. 2 de la Ley de Disciplina e Intervención en Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988. También a los establecimientos financieros de crédito, pues la DA Primera, núm. 5 de la Ley 3/94 de 14 de abril, prevé que a éstos últimos les resulta de aplicación el art. 48 de la LDIEC, del cual emana aquella normativa. Las Órdenes las dicta el Ministerio de Economía al amparo de la delegación contenida en el núm. 2 del art. 48 de la Ley de Disciplina e Intervención en Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988. Asimismo en las órdenes, el Ministerio delega en el Banco de España su desarrollo ulterior, mediante las Circulares.

<sup>8</sup> Así en la SAP de Sevilla de 5 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2297) se afirma que el hecho de que una Orden autorice a anunciar en el Tablón los tipos aplicables a los descubiertos no implica que con ello se esté cumpliendo con las exigencias de la normativa de rango superior como el art. 1256 CC, .que resulta así vulnerado.

facultades de modificación y resolución de este tipo de operaciones (Arts. 8, 9 y 10). Cabe señalar al respecto de esta norma, y sus relaciones con la cláusula que comentamos que el concepto de consumidor en la Ley de Crédito al Consumo se ciñe a las personas físicas, mientras que nuestra cláusula, al estar inserta en la LGDCU, se aplica también a los consumidores que son personas jurídicas.

En cualquier caso, parece que estas excepciones son un reflejo de la presión que ejerce el sector bancario, tanto en la política comunitaria como en su desarrollo posterior por nuestro legislador, como se puso de manifiesto en alguna ocasión en la tramitación parlamentaria de la Ley<sup>9</sup>.

El precepto, por último, establece distintos efectos en caso de inserción de las cláusulas en él mencionadas, según la facultad de modificación o resolución se haya reservado en el seno de una relación con un plazo temporal determinado o de una relación indefinida. Las facilidades en este último caso serán mayores, especialmente en si se trata de la facultad de resolución, ya que nadie puede quedar vinculado indefinidamente.

## II.- FACULTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL

El primer inciso sanciona con el carácter de abusiva la cláusula que reserva a favor del profesional las facultades de interpretación unilateral del contrato. La redacción original de la LGDCU no contenía, de forma expresa, referencia alguna al carácter abusivo de una cláusula de reserva de facultad de interpretación unilateral<sup>10</sup>. Sin embargo sí aparece una cláusula similar en la Directiva. En la letra m) de su Anexo se considera abusiva la concesión al profesional del derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato.

El disfavor del legislador respecto a esta cláusula viene motivado por un doble orden de consideraciones. Como es sabido, los encargados de realizar de forma vinculante la interpretación de los contratos son ambas partes a través de un negocio de fijación, o bien la autoridad judicial, si existe controversia y ambos contratantes no llegan a un acuerdo. Mediante la adopción de una cláusula similar, tales facultades quedan en manos de una de las partes del contrato. El profesional, al realizar la labor interpretativa, tenderá a delimitar el alcance de los términos del contrato en el sentido más favorable para sus intereses, y no buscará la común voluntad de ambas partes. Ello implica la introducción de un grado de arbitrariedad en el contrato, prohibido por el art. 1256 CC. En segundo lugar, si las cláusulas contractuales son condiciones generales la atribución de esta facultad al

---

<sup>9</sup> Ello se pone de manifiesto, asimismo, en la enmienda que propuso el Partido Popular a la cláusula 18, relativa a las sobregarantías, y que fue aprobada (enmienda n. 143). Coincide tal enmienda, básicamente, con la núm. 20 del grupo nacionalista vasco que, al defender la misma, alegaba precisamente la existencia de una normativa propia del sector financiero cuyo cumplimiento supone que no se está incurriendo en ninguna práctica abusiva (DSCD de 10 de febrero de 1998, núm. 370 p. 10919). El Grupo Socialista pone de manifiesto, al oponerse a la excepción que introduce la enmienda, que se ha trasladado el poder y la influencia de las Entidades financieras al Proyecto de ley (DSS de 5 de marzo de 1998 núm. 246, p.8). Se señala además, en las discusiones del Pleno, que la enmienda coincide con la propuesta por la AEB.

<sup>10</sup> Si contenía una cláusula similar el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de noviembre de 1987, en su art. 9, párrafo segundo, y el Anteproyecto de 16 de noviembre de 1991, en su art. 9. En ambos se añadía que tampoco se podría reservar la facultad de interpretar los términos del contrato a favor de las personas u órganos vinculados al círculo de influencia del profesional o que de algún modo tengan interés en el contrato.

profesional, con toda probabilidad, traerá consigo la derogación o inaplicación de los criterios interpretativos aplicables a dichas condiciones, que debemos considerar de carácter imperativo, especialmente en el caso del criterio *contra proferentem* o a favor del adherente.

Respecto a la primera consideración, podemos afirmar que, en efecto, la reserva de una facultad semejante a favor del profesional, implica la posibilidad de convertir a éste en juez y parte de la relación contractual. Precisamente este aspecto constituye el punto de conexión de este inciso con los demás supuestos del número 2º de la lista de cláusulas abusivas. Todos ellos, de un modo u otro, se encuentran dentro de la esfera de prohibición del art. 1256 CC que impide que la validez o el cumplimiento del contrato queden sometidos al arbitrio de uno de los contratantes<sup>11</sup>. Lo único que ocurre es que, en el caso de las facultades de interpretación, la arbitrariedad se introduce en el ámbito contractual de una forma más sutil, menos directa, pero finalmente el resultado será el mismo. Ello porque, como hemos dicho, si interpretar un contrato es averiguar el sentido o alcance de la común voluntad de las partes, el intérprete unilateral tenderá, presumiblemente, a delimitar tal sentido más en función de su propia voluntad que en función de la voluntad del consumidor. De todos los posibles significados del tenor del contrato, el profesional elegirá el que más le convenga. Ello implica dejar al arbitrio de una de las partes, en este caso el profesional, más que la validez, determinados aspectos que afectan a la eficacia de la obligación y a los resultados prácticos que de la relación contractual se esperaban, y que han sido determinantes para el consumidor al celebrar el contrato<sup>12</sup>.

Por otro lado, una reserva semejante entraña, como hemos afirmado anteriormente, una vulneración de las normas sobre interpretación de las condiciones generales, -si la cláusula interpretada merece tal consideración- en la medida en que el criterio rector de la interpretación unilateral sería, presumiblemente, la voluntad del profesional. En concreto, las reglas de la prevalencia de la condición más beneficiosa, así como la interpretación a favor del adherente, deben considerarse difícilmente derogables, incluso por la autonomía de la voluntad de ambas partes<sup>13</sup>, puesto que en sí entrañan una desviación de los criterios hermenéuticos generales cuya razón no puede ser otra que la *necesariedad* de aplicar estos criterios especiales a dichas condiciones. Si la Ley de Condiciones Generales aporta unos criterios hermenéuticos específicos, parece que los mismos no deberían ser susceptibles de derogación por la voluntad de ambas partes, aunque las normas sobre interpretación del

---

<sup>11</sup> Si las facultades de interpretación se refieren a características de la prestación del bien o servicio, el supuesto tiene mejor encaje en la cláusula 8ª. Si la estipulación del contrato relativa al objeto tiene algún grado de indeterminación, la facultad de decidir si la prestación realizada se ajusta a la pactada no puede ser sino producto de una operación hermenéutica, para averiguar el verdadero sentido o alcance de aquélla. Ahora bien, el resultado práctico será el mismo, en el caso de la cláusula 2ª y en el caso de la cláusula 8ª: la estipulación será nula y se tendrá por no puesta. En ambos casos serán de aplicación, probablemente los criterios interpretativos contenidos en la propia Ley de Condiciones Generales (art. 6).

<sup>12</sup> QUIÑONERO CERVANTES, “Comentario al art. 1256 CC”, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, T. XVII, vol. 1º A, p. 311, entiende que el término “cumplimiento”, contenido en el precepto, debe interpretarse en un sentido amplio: “Así, es posible que se refiera al cumplimiento no sólo como conducta contradictoria del incumplimiento, sino también al cómo, al cuándo, al dónde del cumplimiento; es decir, a ese aludido proyecto o programa de prestación”.

<sup>13</sup> Así lo afirma DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, T. I, Madrid, 1993, p. 383.

Código civil sí admitan cierto desplazamiento<sup>14</sup>. Pues bien, menos aún es posible la derogación cuando la misma se va a realizar a través de las facultades de interpretación unilateral que se ha reservado el profesional.

En resumen, el carácter abusivo de la cláusula vendría dado, por un lado, porque podría implicar un pacto sobre interpretación contrario al carácter imperativo de determinadas normas hermenéuticas. Especialmente, por su contenido contrario a la interpretación a favor del adherente. Su aceptación por el particular no sería, además, sino una renuncia prohibida a derechos conferidos por la propia Ley (cláusula 14<sup>a</sup>). Por otro lado, la cláusula es abusiva al introducir un grado de arbitrariedad en el desarrollo de la relación contractual prohibido por las propias normas de la teoría general del contrato. Si ello es cierto, desde un punto de vista de técnica legislativa, el inciso sobra. Quizá su inclusión tenga tan sólo las ventajas propias de la redundancia: despeja toda duda acerca del carácter abusivo de la cláusula. Por otro lado, junto con otras cláusulas, contribuye a la formación de un principio general de interdicción de arbitrariedad a favor del profesional, en relaciones de consumo, aún más rígido que el proclamado en el art. 1256 CC que, como veremos a continuación, en sede de teoría general admite ciertas excepciones. Si el art. 1256 CC es dispositivo, la justificación del apartamiento del mismo en sede de contratos con consumidores debe ser mucho mayor que en las relaciones contractuales tradicionales, y nunca podrá ir en perjuicio del consumidor.

Por último, cabe señalar que no creemos que la salvedad contenida en el primer inciso de la cláusula (“sin motivos válidos especificados en el mismo”) sea aplicable a la reserva de facultades de interpretación, sino tan sólo a las de modificación, a pesar de que ambas facultades prohibidas están unidas por una conjunción copulativa. Si bien es posible pensar que puedan existir motivos válidos que amparen una modificación unilateral del contrato, siempre que se mantenga el equilibrio contractual, no es dable pensar que pueden existir motivos válidos para que una de las partes se reserve facultades de elegir, dentro de todos los significados posibles de los términos literales del contrato, aquél más favorable para ella –seguramente. Si se pretende introducir determinado grado de arbitrariedad en el contrato, porque concurren motivos válidos, debe hacerse de forma frontal y abierta, no mediante el expediente indirecto de otorgar facultades de interpretación.

### III.-FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL

#### A) Bienes o servicios de consumo en general.

La Ley considera abusiva la reserva a favor del profesional de la facultad de modificación unilateral del contrato, sin motivos válidos especificados en el mismo. A diferencia del caso de la reserva de la facultad de resolución, a la que también se refiere la cláusula que comentamos, la redacción original de la LGDCU no contenía, de forma expresa, referencia alguna al carácter abusivo de la reserva de facultades de modificación unilateral<sup>15</sup>. Ello a pesar de que, como ha señalado algún autor, quizá sea más gravosa para

---

<sup>14</sup>Cierto carácter dispositivo reconocen a los criterios del CC, SANCHO REBULLIDA-LACRUZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, T. II, vol. 1º, Barcelona, 1994, p. 523 y DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 376.

el consumidor la modificación que la resolución, pues en el primer caso no sólo se ve obligado a recibir una prestación que no desea, sino también a pagarla<sup>16</sup>. Sí aparecía una cláusula similar en los Anteproyectos de noviembre de 1987 y noviembre de 1991 (arts. 10 y 9 respectivamente) en los que se exigía para la validez de la reserva de la facultad de modificación, que existiera una causa justificada que constase en el contrato y fuese adecuada a las nuevas circunstancias. También aparece la prohibición de la reserva de la facultad de modificación unilateral en la Directiva. Concretamente, en las letras j) y k) del Anexo se declaran abusivas aquellas cláusulas cuyo objeto es “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo” y “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar”. Por otro lado, poco hay que decir de la tramitación parlamentaria de este primer inciso de la cláusula que comentamos, ya que el mismo no fue objeto de modificación ni enmienda alguna desde el Anteproyecto de 22 de enero de 1997.

Al igual que en el caso de la prohibición de reserva de la facultad de interpretación, la finalidad de la declaración del carácter abusivo de la facultad de modificación unilateral es la interdicción de la arbitrariedad en el contrato. La voluntad de una de las partes no puede ser Ley que introduzca alteraciones en los extremos del contrato en atención a los cuales aquél se celebró. En el caso de la reserva de facultad de interpretación, de los posibles sentidos que se pueden atribuir al tenor del contrato, es el profesional el que puede elegir el que debe considerarse como definitivo. El desequilibrio en perjuicio del consumidor se puede producir ante la elección de un sentido que no fue el directamente buscado o deseado por éste al contratar. En el caso de la facultad de modificación, la sorpresa del consumidor puede ser aún mayor, puesto que el profesional, ahora ya abiertamente, puede no sólo perfilar el alcance último del contrato dentro de lo que su tenor permite, sino alterar los resultados que el contrato puede producir, incurriendo en la esfera de prohibición del art. 1256 CC. Es decir, se introduciría un alteración sobrevenida en algún elemento de la relación contractual, ya fuese ese elemento esencial o accidental. Por ello, el otorgamiento de facultades de modificación afectaría, más que a la validez, al cumplimiento, entendido éste en un sentido amplio de eficacia que el contrato debe desplegar<sup>17</sup>.

En principio, si consideramos que el art. 1256 CC tiene carácter imperativo, la proclamación del carácter abusivo de la cláusula sería redundante. Sin embargo, la inderogabilidad del precepto podría discutirse. En efecto, algún grado de arbitrariedad se admite en la práctica, en ocasiones<sup>18</sup> y por ello, y por más razones, algún autor duda de tal imperatividad en sede de teoría general.

---

<sup>15</sup> Un antecedente, en el sentido de declarar el carácter abusivo de la cláusula en la que se producen incrementos de precio o limitaciones sobre la utilidad o finalidad esencial del producto, encontramos en el antiguo art. 10 1 c) 5 y 6). La referencia a la imposibilidad de permitir la modificación de la prestación se contenía ya en la AGB-Gesetz alemana de 1976, si el acuerdo sólo beneficiaba al predisponente.

<sup>16</sup> Vid. en este sentido, siguiendo a la doctrina alemana REZZONICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires, 1987, p. 464, nota. 1314.

<sup>17</sup> Como ya hemos señalado, en un sentido amplio entiende QUIÑONERO CERVANTES, “Comentarios al art. 1256”, *Comentarios al CC y Compilaciones forales dirigidas por M. Albaladejo*, T. XVII, vol. 1 A, Madrid, 1993 p. 311, que debe interpretarse el término cumplimiento contenido en el art. 1256 CC.

Frente a la tesis de MANRESA, según la cual la terminante prohibición del art. 1256 CC descansa tanto en la fuerza obligatoria del contrato como en la igualdad esencial de los contratantes<sup>19</sup>, DÍEZ-PICAZO entiende que ello sería tanto como afirmar que en los contratos que sólo generan obligaciones para una de las partes falta verdadero consentimiento y verdadero contrato, pues sólo una de ellas queda vinculado. Añade el autor que “la situación creada cuando uno sólo queda sujeto por el contrato y el otro es titular de un derecho en virtud de él, es un problema que pertenece a la valoración causal del contrato, pero que, por sí solo no lo hace inexistente”. Una vez se haya realizado el enjuiciamiento causal, habrá que determinar si el resultado que produce la vinculación exclusiva de una de las partes se presenta como “una reglamentación de intereses dotada de sentido”. Así ocurre por ejemplo en el caso del contrato de opción<sup>20</sup>.

Podríamos admitir, en efecto, que el carácter imperativo del art. 1256 CC puede ceder, en ocasiones, a favor de la autonomía de la voluntad de ambas partes que, a su vez, deciden otorgar a una de ellas facultades últimas de determinación contractual. Así se desprende de la propia cláusula que comentamos, que admite la arbitrariedad en caso de que existan “motivos válidos”. Si la función ordenadora que pueden tener las normas dispositivas, en general, exige que concurra razón suficiente que justifique su desplazamiento<sup>21</sup>, la virtualidad de la cláusula que comentamos no sería otra sino dejar sentado que se ha de ser mucho más riguroso al valorar la concurrencia de esa razón suficiente, esos “motivos válidos”, en sede de contratos con consumidores y que, además, tales motivos deben estar “especificados en el propio contrato”.

Ya que de modificación de los contratos estamos hablando, creemos que una cláusula que reservase esa posibilidad a favor del profesional sólo podría justificarse -es decir, sólo podrían existir motivos válidos para su admisión- en los casos que se pudiera prever el advenimiento de *circunstancias sobrevenidas, por causas ajenas a la voluntad* del profesional, que amparasen el ejercicio de tal facultad de modificación. Si no se han producido circunstancias diversas, el contrato debería desplegar los efectos inicialmente pactados. Es decir, la modificación no se debe producir de forma caprichosa, por mera comodidad del profesional o ánimo de obtener un mayor beneficio de la operación, en perjuicio del consumidor, sino porque se hayan modificado las condiciones iniciales bajo

---

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, hay que afirmar que aunque el art. 1449 CC no permite que el precio de la compraventa quede al arbitrio de una de las partes, ni el art. 1690 CC permite que el reparto de los beneficios quede al arbitrio de uno de los socios, en la práctica es habitual que el arrendatario de servicios (profesional liberal) determine el importe de sus honorarios al finalizar sus funciones. La parte que ha de llevar a cabo la determinación, debe hacerlo según un juicio equitativo, no de forma absolutamente caprichosa o interesada. Se trata del arbitrio entendido como juicio de equidad. Vid. al respecto HERRERO GARCIA, “Comentario al art. 1273 CC”, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, T. XVII, vol 1º, B, Madrid, 1993, p. 514 y ss.

<sup>19</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, T. VIII, 3ª ed, Madrid, 1918, p. 626.

<sup>20</sup> DIEZ PICAZO, “Comentario al art. 1256”, *Comentarios al Código civil, Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, 1991, p. 433. El autor parece señalar que el origen del art. 1256 procede de la prohibición de la condición meramente potestativa del deudor, en las obligaciones unilaterales (que provenían de la *stipulatio*). Según el autor, la generalización de la regla a todos los contratos produce algunas distorsiones. Quizá por ello SANCHO REBULLIDA-LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 484, entiende que el art. 1256 CC sólo se aplica a las relaciones sinalagmáticas o correspectivas.

<sup>21</sup> DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1985, p. 80.



las cuales se celebró el contrato y sea razonable admitir el ejercicio del *ius variandi* por parte del profesional.

Respecto a las posibles modificaciones que impliquen aumento de precios hay que estar, por un criterio de especialidad, a las cláusulas núm. 7 y 24, sin embargo, podemos recoger aquí algunos supuestos en que la modificación que ello implica se admite generalmente. En el arrendamiento de obra o servicios cuya ejecución que prolonga en el tiempo, la pérdida de valor adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación, o el aumento del precio del material o de la mano de obra podría determinar el ejercicio de la facultad de modificación, siempre que esté expresamente prevista –en caso contrario sólo sería posible la alteración acudiendo a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*- y el resultado de la misma no sea arbitrariamente fijado por el profesional<sup>22</sup>. Así puede verse expresamente reconocida esta facultad en el art. 9. 1. 5º de la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, en relación a la cuota que ha de satisfacerse anualmente para la prestación de servicios en relación al inmueble. Igualmente encontramos previsiones de modificaciones e incrementos en el precio en los servicios de mantenimiento de ascensores, en los que se expresa que el precio está basado en los costos de material y mano de obra vigentes en enero del año de la firma, por lo que cualquier alteración *oficial* sobre los mencionados costos facultan al profesional a repercutir dicha variación. Así lo admitió la SAP de Madrid, de 23 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1623). En estos contratos también se incluye, como ejemplo de *ius variandi* por razón válida, la cláusula que faculta al profesional para modificar las condiciones del contrato de mantenimiento, cuando se modifican o transforman los aparatos objeto del mismo.

En mi opinión, en materia de la reserva de la facultad de modificación y su posterior ejercicio es clave el criterio de la buena fe y de lo razonable para determinar, tanto si la cláusula es o no nula, como si la modificación operada, al amparo de esta cláusula, excede de los límites tolerables, teniendo en cuenta las circunstancias. Es cierto que en las obligaciones específicas no se puede compeler al acreedor a recibir *aliud pro alio*; sin embargo, cabe entender que debe existir cierto margen de tolerancia o flexibilidad. La exigencia de una identidad total sería contraria a “la particular atmósfera de buena fe, comprensión y permisividad que envuelve al mundo de las obligaciones en general y de su cumplimiento en particular, y que permite considerar que en el mismo un especial “*vinculum a equitatis*” viene a superponer o añadirse al *vinculum voluntatis* querido por las partes”<sup>23</sup>.

En resumen, creemos que la clave del inciso que comentamos está en la expresión “sin motivos válidos especificados en el contrato”. No se trata sólo de que el profesional sólo se pueda *reservar la facultad de* introducir modificaciones si se señala el motivo, y

---

<sup>22</sup> En sede de teoría general del contrato de obra, DELGADO ECHEVERRÍA-LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, T. II vol. 2º, Barcelona, 1995, p. 196 admite las convenciones de revisión similares siempre que estén expresamente pactadas.

<sup>23</sup> Así lo afirma CRISTOBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, p. 89. Vid. también BERCOVITZ-VALLADARES, “Comentario al art. 1166 CC”, en *Comentarios al CC y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*, T. XVI, vol. 1º, Madrid, 1991, p. 124. Reconoce la virtualidad de la doctrina de la tolerancia la STS de 29 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8565), si bien no la aplica al caso enjuiciado en la misma.

este es válido, sino que, de hecho, el profesional no podrá *introducir modificaciones* si no se reservó tal facultad, especificando el motivo válido en el contrato realizado con el consumidor, si este fue previsible. Es decir, lo que pretende la Ley aquí es, por un lado, prohibir el arbitrio contractual sin causa justificada. Pero, por otro, quiere forzar de algún modo al profesional, que realiza habitualmente operaciones similares, a informar al consumidor de las posibles alteraciones que se pueden producir en el programa de prestación, en la medida en que, por su frecuencia, son previsibles. A ello le obliga la buena fe contractual, a fin de evitar, en la medida de lo posible, el mayor grado de sorpresa del consumidor respecto a los efectos del contrato, y a la prestación de un consentimiento contractual lo más ajustado posible a estos últimos.

Valorando el conflicto de intereses en sus justos términos, hay que afirmar que, en lo que al profesional respecta, el mismo está obligado, conociendo los riesgos de alteración, a informar de ellos al consumidor. Además las alteraciones no pueden deberse al capricho, la comodidad o deseo de obtener una mayor rentabilidad, por parte del profesional, sino a circunstancias sobrevenidas en las cuales el profesional no haya podido influir. El consumidor, por su parte, no puede, en ejercicio abusivo de la acción de cumplimiento defectuoso o resolución, exigir una absoluta identidad en la prestación, cuando o bien la desviación respecto al programa de prestación entra dentro del límite de lo tolerable, o bien fue informado de la posibilidad de que la misma tuviera lugar, en la medida en que fue previsible, y debida a circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del profesional o - incluso aunque no hubiere sido informado-, en caso de absoluta imprevisibilidad.

Si el profesional ha ejercitado correctamente el *ius variandi*, no estará obligado a indemnizar por cumplimiento defectuoso. Cuestión diferente es, sin embargo, la imputación de los riesgos económicos de la alteración o modificación. Si la modificación puede suponer la realización de una prestación en una forma tal que entrañe un coste mayor hay que determinar quién debe soportar ese mayor coste. En ese caso, el ejercicio de la facultad de modificar, solo podrá valorarse a la luz de las cláusulas 7 y 24 según las cuales debe considerarse abusiva la facultad del profesional de incrementar el precio final sobre el convenido, sin que existan razones objetivas, o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato, si el precio final es muy superior al pactado, o bien aumentar el precio por servicios, accesorios, recargos..., que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso. Ello a salvo de una normativa específica que regule la cuestión, como en el caso de las alteraciones en viviendas en construcción, (art. 10.2 del RD 515/1989 de 21 de abril) o en los viajes combinados (arts. 8 y 9 Ley 21/1995 de 6 de junio), como vemos a continuación.

## B)) Especial referencia a viviendas en construcción y a servicios turísticos.

La naturaleza del bien o servicio -que además es un criterio interpretativo para determinar el carácter abusivo de las cláusulas (art. 10 bis 1 parr. 4 LGDCU)- influye, en ocasiones, en la frecuencia con que aparece la necesidad de introducir modificaciones en los extremos del contrato inicialmente pactados. Si existe una normativa específica aplicable a ese sector de actividad, es frecuente que la misma regule el ejercicio por parte del profesional de facultades de modificación o alteración contractual.

Así ocurre en caso del RD 515/1989 de 21 de abril sobre información en compraventa y arrendamiento de viviendas que en su art. 10 apdo. 2 establece: "*Las reformas de obra*

*motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca*<sup>24</sup>. Aunque el precepto trata de proteger al consumidor frente al incremento del precio que puede originar la modificación, lo cierto es que el mismo *a sensu contrario* parece autorizar a introducir alteraciones, en este sector de actividad, si las mismas no han de tener repercusión económica en el consumidor<sup>25</sup>.

En efecto, podemos encontrar cláusulas que recogen el ejercicio del *ius variandi* en los contratos de compraventa de viviendas en construcción, en los que la duración prolongada de ésta podría motivar alteraciones en las características iniciales previstas en el proyecto o memoria de calidades. Como señala la SAP de Toledo de 11 de julio de 1994 (RGD 1994, p. 13641) ello puede venir motivado por razones múltiples como mayor seguridad, invención de materiales más sofisticados, mejor precio de mercado... etc. Así, por ejemplo, admite la AP que se establezcan pactos que impliquen posibles desviaciones futuras respecto al proyecto, introducidas por los constructores o arquitectos, respecto a la distribución, o de otro tipo, en las que ya desde este momento consienten los compradores, siempre que no supongan disminución de la extensión de la vivienda o menoscabo de las calidades reseñadas en el proyecto. Sin embargo, se afirma en la sentencia que supone una derogación de la fuerza vinculante de los contratos, reconocida en el artículo 1258 del Código civil, que una sola de las partes intervinientes se arroge indiscriminadamente el derecho de introducir en el inmueble objeto del contrato las variaciones que tenga por conveniente, sin que la contraparte sea llamada para prestar su consentimiento a la novación objetiva en que de hecho consiste la alteración del inmueble. En el caso enjuiciado, la estipulación contractual establecía que no debían quedar afectados volúmenes, superficies y distribución. Sin embargo, se había modificado el trazado del garaje que se había traducido en una minoración de la superficie disponible por los compradores para la finalidad que es propia a esa pieza de la vivienda.

La SAP de Pontevedra de 4 de mayo de 1994 (AC 1992, 682), por su parte, proclama el carácter excepcional de estas cláusulas y por consiguiente su obligada interpretación restrictiva “porque es obvio que en ningún caso pueden avalar actos o decisiones que perjudiquen o menoscaben los derechos de los compradores ni entenderse en términos tales que impliquen un gobierno del contenido contractual a favor de una de las partes; cualquier acto de la constructora que implique merma de aquellos derechos de los compradores o alteración del contenido contractual inicialmente programado, debe aparecer respaldado de manera expresa e indubitada por los compradores, nunca bajo fórmulas ambiguas, equívocas u oscuras”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>El precepto no es sino aplicación concreta de la previsión general contenida en el último inciso del art. 1593 del Código civil, en sede de contrato de obra.

<sup>25</sup> CAVANILLAS MÚGICA, “La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de vivienda”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 1995, p. 67, entiende este precepto sólo es aplicable si el profesional se reservó la facultad de “promover la revisión del contrato en caso de producirse cierta alteración de las circunstancias de la construcción”. En caso contrario debería cumplirse el contrato en sus justos términos, sino se estaría contrariando el art. 1593 CC.

Igualmente son habituales las cláusulas que prevén facultades de modificación unilateral por parte del profesional en el ámbito del sector turístico. Es abundante la jurisprudencia menor al respecto y ello, tanto en el caso de servicios contratados por agencias de viajes, como en el caso de servicios prestados directamente por el transportista u hostelero. Así encontramos supuestos de alojamiento en un hotel diferente del previsto, de igual o distinta categoría, o con distinta ubicación, (en el extrarradio, en lugar de su ubicación céntrica), sustitución de viaje en avión por viaje en autobús, modificación de horarios y salidas en transporte aéreo, como consecuencia de situaciones de overbooking, modificación de itinerarios... etc<sup>27</sup>.

Si el servicio contratado es un viaje combinado, es decir, aquél en que el profesional suministra el transporte, el alojamiento, manutención, excursiones... etc, hay que estar a las previsiones de la Ley 2/1995 de 6 de julio sobre viajes combinados. La misma diferencia entre las revisiones o alteraciones que afectan al precio, sin que varíen las condiciones de la prestación a cargo del profesional, por un lado, y las variaciones que afectan a ésta última, por otro.

En efecto, la Ley prevé la modificación del precio, al alza o a la baja, si se establece esta posibilidad de forma explícita, siempre que se definan las modalidades precisas de cálculo, y sólo para incorporar variaciones del precio de los transportes, incluido el coste del carburante, las tasas e impuestos relativos a determinados servicios y los tipos de cambio aplicables. Es nula la revisión efectuada al alza en los 20 días inmediatamente anteriores a la fecha de salida (art. 7 de la Ley 21/1995 de 6 de julio de viajes combinados). No profundizaremos más en este aspecto, sin embargo, por su mejor encaje en la cláusula 7.

Por otro lado, como señalábamos, la Ley prevé la posibilidad de introducir modificaciones respecto a la prestación inicialmente pactada a cargo del profesional.

El artículo 8 se refiere a la posible modificación *antes de que se haya iniciado el viaje*. Si el profesional se ve en la obligación de modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato, debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor. Salvo que las partes convengan otra cosa, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato sin penalización alguna o aceptar una modificación del contrato en el que se precisen las variaciones introducidas y su repercusión en el precio. El consumidor deberá comunicar la decisión al detallista o, en su caso, al organizador dentro de los tres días siguientes a ser notificado de la modificación. Si el consumidor no notifica su decisión en ese plazo se entiende que opta por la resolución del contrato sin penalización.

La Ley prevé aquí las consecuencias de una imposibilidad sobrevenida para prestar el servicio tal y como se estableció. En este caso, en realidad, no se otorga una facultad de modificación al profesional, de forma unilateral, sino que la misma deberá ser consentida por el consumidor. En caso de que el consumidor no acepte la modificación, en realidad lo que se produce es una resolución del contrato.

---

<sup>26</sup>Hay que puntualizar que en la determinación del objeto, hay que tener en cuenta también las características expresadas en la publicidad tal y como prevé el art. 8 LGDCU, que obligan al profesional, vid. sobre esta cuestión, en materia de viviendas en construcción las STS de 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 5406), 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260), SAP de Granada de 15 de abril de 1997 (RJ 1997, 1663), y SAP de Córdoba de 17 de julio de 1998 (AC 1998, 1361), entre otras.

<sup>27</sup>Una interesante recopilación de esta jurisprudencia, realizada por MARIN LÓPEZ, J.J. y MARÍN LÓPEZ, M.J., puede verse en *Código sobre consumo y comercio*, Pamplona, 1998, p.1476 y ss.

Dicha resolución se llevará a cabo sin indemnización alguna a cargo del profesional si la imposibilidad se debe a causas ajenas a la voluntad del mismo (art. 9. 3 b). Cuestión distinta es el problema del riesgo que, en este caso lo sufre el profesional, pues debe reintegrar al consumidor las cantidades que éste le hubiera abonado hasta el momento, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo (art. 9. 1). Ahora bien, existirá además indemnización a cargo del profesional si la imposibilidad le resulta imputable (art. 9.2).

*Una vez iniciado el viaje*, el art. 10 prevé, asimismo, la posibilidad de modificación. Si después de la salida el organizador no suministra o comprueba que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato, adoptará las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado sin suplemento alguno de precio para el consumidor y, en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas. Si el consumidor continúa el viaje con las soluciones dadas por el organizador se considera que acepta tácitamente las propuestas. Si las soluciones adoptadas fueran inviables o el consumidor no las aceptase por motivos razonables, aquél deberá facilitar a éste, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido, sin perjuicio de la indemnización que en su caso proceda. Por otro lado el art. 11.2 establece que los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato, no pudiendo ser tal responsabilidad objeto de pactos en contrario en el contrato (art. 11 4).

Si no se trata de un viaje combinado, si no que quien pretende la modificación o la resolución es el propio transportista (compañía aérea) o el establecimiento hotelero, habrá que estar al grado de imputabilidad de la misma, respecto a la imposibilidad de prestación del servicio, pues como sabemos, sólo debe haberse reservado el profesional la facultad de modificación y sólo debe ejercitarla en caso de motivo válido, por circunstancias sobrevenidas ajenas a su voluntad.

Por ejemplo, en el caso del transporte aéreo, si la modificación respecto al horario previsto se produce por problemas climatológicos, el *ius variandi* habrá sido correctamente ejercitado. Si se produce por una situación de *overbooking* creada por la propia compañía, a fin de obtener mayor rentabilidad, en previsión de cancelación de reservas, no estaremos sino ante un incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Así se prevé de hecho en el Reglamento comunitario de 4 de febrero de 1991, en el cual se contempla una compensación económica a la que tendrá derecho el pasajero que, por una situación de sobrecontratación, no ha podido embarcar. En nuestra opinión, no se trata de una modificación admitida o permitida por el Reglamento. El objetivo del texto comunitario es, tal y como expresa su Preámbulo, establecer una serie de normas mínimas sobre la compensación en los Estados miembros, ante este tipo de situaciones, tratando de conseguir una adecuada y uniforme protección del pasajero. Si hay compensación, hay que afirmar que no hay correcto ejercicio del *ius variandi* puesto que aquélla no es sino la indemnización que genera un cumplimiento defectuoso, valorada *a priori*, en este caso, por el legislador comunitario, a fin de agilizar su percepción.

En resumen, una cosa es modificar por motivo válido, -cambio de circunstancias, no imputable al profesional- recogido en el contrato, siempre que tal modificación haya sido previsible. Lo contrario es cumplir defectuosamente éste, lo cual genera la obligación de indemnizar.

## C) Servicios Financieros

Como hemos afirmado anteriormente, las restricciones que contempla el párrafo segundo del número 2º del listado, respecto al carácter abusivo de la reserva de facultades de modificación, vienen dadas por la naturaleza del servicio financiero, y no constituyen sino una interpretación auténtica, una precisión de un supuesto en el que concurre el motivo válido a que se refiere el primer párrafo.

Adelantamos desde este momento que la redacción es muy confusa, y no quedan demasiado claros los requisitos necesarios para la validez de las cláusulas que introducen el *ius variandi*. Para tratar de determinar el sentido del párrafo se hace imprescindible utilizar el criterio sistemático, e interpretar el precepto a la luz de las previsiones de la normativa sectorial así como de la normativa en materia de crédito al consumo. Como primer paso, hemos diferenciado dos partes, divididas por el punto y seguido que el párrafo contiene. El primer inciso, a pesar de que no se señala expresamente, entendemos que se refiere a los servicios financieros de duración determinada. Ello porque el segundo inciso ya sí matiza que el mismo se aplica a las relaciones de duración indeterminada.

### a) Relaciones de duración determinada.

La cláusula 2ª en su párrafo segundo autoriza *“La reserva del profesional de la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato”*<sup>28</sup>.

Como hemos adelantado, creemos que este primer inciso debe aplicarse a las relaciones financieras de duración determinada. Tiene su razón de ser en el hecho de que, a pesar de la determinación temporal, es frecuente que en los contratos de préstamo, o líneas de crédito, se establezca la posibilidad de variación del tipo aplicable para de esa forma adaptar en la medida de lo posible, el interés que cobra el Banco en las operaciones activas o que satisface al consumidor en las operaciones pasivas<sup>29</sup>, al precio que en cada momento

---

<sup>28</sup>Este inciso se corresponde con la letra b) párrafo primero del apdo. 2 del Anexo de la Directiva, que recoge las excepciones a favor del prestador de servicios financieros, con el siguiente tenor *“la letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes y de que estas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato”*. Esta cláusula está, además, directamente emparentada con la recogida bajo el núm. 7º de la DA 1ª Seis, de la nueva Ley, que se refiere al incremento del precio del bien o servicios, ya que el tipo de interés es el precio del servicio financiero.

tiene el dinero en el mercado. La mejor forma de analizar los términos de este segundo párrafo, cuya redacción no es merecedora de especiales elogios, es acudir a la normativa aplicable a los servicios financieros que, con anterioridad a la Ley que comentamos, ya recogía esta posibilidad de modificación, con una serie de requisitos.

#### a.1 Normativa sectorial bancaria.

El primer texto en vigor al que hay que acudir es la Orden ministerial de 12 de diciembre de 1989 que en su art. 7, apdo. 4 d) establece que en los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en que intervenga el tiempo se deberá recoger, entre otros extremos:

*“Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo, o la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.*

*La obligación de comunicación previa a la clientela de las modificaciones podrá sustituirse por la publicación, con anterioridad a su aplicación y en un diario de general difusión, de la modificación del tipo de interés que sirva de referencia, siempre que así se prevea expresamente en el contrato, que deberá en tal caso indicar el diario a utilizar”.*

Este precepto que, en nuestra opinión, se aplica fundamentalmente a las relaciones de duración determinada<sup>30</sup>, exige, por un lado, que la posibilidad de que varíe el tipo o los gastos aplicables conste en el documento contractual acreditativo de la operación. Por otro que la variación se determine no arbitrariamente por parte de la Entidad, sino en función de un índice objetivo<sup>31</sup>. Por último, es necesario que cuando se produzca la modificación, se

---

<sup>29</sup> Aunque el texto legal habla de *interés adeudado por el consumidor o al consumidor*, en las relaciones de duración determinada de carácter pasivo (depósitos a plazo fijo), no es muy frecuente que se pacte un interés remuneratorio variable. Ello es más frecuente en las operaciones activas.

<sup>30</sup> Ello porque, como veremos, en las relaciones de duración indeterminada no es necesario que la misma se produzca en virtud de un índice de referencia objetivo, y se permite la comunicación mediante la publicación en el tablón de anuncios.

<sup>31</sup> Tras la liberalización de los tipos, la Circular 12/81 de 24 de febrero del Banco de España, que desarrollaba la Orden de 17 de enero de 1981, preveía que uno de los posibles tipos de referencia fuese el preferencial de la Entidad, para operaciones de crédito o préstamo a plazo similar al período de interés. Sin embargo en el ámbito del préstamo hipotecario, la DG en Resoluciones como la de 7 de septiembre de 1988, consideraba que esta forma de determinación del tipo de referencia vulneraba lo establecido en el art. 1256 CC y 10. 1 c) 2, de la LGDCU que impiden que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes. Ello porque, estando pactada la facultad de rescindir el contrato por parte del prestatario, ante una modificación del tipo, la Entidad, mediante una subida extraordinaria de su tipo preferencial, podía provocar el ejercicio de la facultad de rescisión por parte del prestatario. Además se consideraba que tal pacto era contrario a lo establecido en el art. 1449 CC que -si bien para la compraventa- impide que la determinación del precio pueda quedar al arbitrio de una de las partes. Ello originó una importante batalla jurídica, entre Entidades, Notarios y Registradores quienes se negaban a inscribir las escrituras en las que el preferencial era pactado como tipo de referencia Vid. especialmente GARCIA GARCIA, "El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas", *RCDI*, 1984, N° 560, pág. 9 y ss. y "No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos", *La Ley*, 1989, T. IV. pág. 1120 y

comunique al cliente con antelación razonable (o se publique, también con anterioridad, en un diario de general difusión, si así se prevé en el contrato), y se precise de qué facultades goza el consumidor cuando la modificación se produzca. La Circular del Banco de España de 8/90 de 7 de septiembre que desarrolla esta Orden, se manifiesta en términos similares. Únicamente añade que si se interrumpe la publicación del Diario señalado en el contrato debe notificarse a los clientes su sustitución. Además se establece que, en cualquier caso, la información de la modificación debe realizarse de forma individualizada en la primera comunicación que en el marco de la relación contractual se dirija al cliente. Si la modificación beneficia al cliente, añade la Circular, la misma se puede aplicar de forma automática.

## a.2 Normativa específica en materia de préstamos hipotecarios

En las escrituras de préstamos hipotecarios es especialmente frecuente el pacto de la variabilidad del interés, debido al plazo prolongado de amortización que se suele establecer. Para ello, en primer lugar, se determina un tipo inicial, que no variará hasta que transcurra la fracción temporal en que se divide el crédito (cada una de esas fracciones, se denomina *período de interés*). Se fija a continuación un tipo de referencia *objetivo* que varía con el tiempo, en función de la variación del precio del dinero en el mercado. Una vez transcurrida la fracción temporal convenida, se aplica un margen o diferencial que permanece invariable durante toda la vida del préstamo, al tipo de interés de referencia. Ello nos da el tipo de interés nominal a aplicar durante cada uno de los períodos de interés. Por tanto, el tipo de referencia es el que viene a determinar la variación del interés nominal aplicable a cada período.

La regulación de los requisitos de variabilidad en este tipo de créditos los encontramos en la OM de 5 de mayo de 1994, aplicable siempre que se trate de préstamos hipotecarios de vivienda, siendo el prestatario persona física, y el importe del crédito no exceda de 25 millones de pesetas. El art. 6 relativo a las cláusulas financieras, viene a establecer que los tipos de referencia deberán cumplir las siguientes condiciones *a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. B) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo*<sup>32</sup>.

En la Disposición Adicional Segunda de la citada Orden se requiere al Banco de España para que defina, mediante Circular, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable<sup>33</sup>. En desarrollo de este mandato, la Circular 5/94

---

ss. Por ello, con posterioridad, la normativa sectorial de las Entidades de crédito, comenzó a recoger la prohibición de que el tipo de referencia fuese el preferencial de la Entidad prestamista. Así la Circular del Banco de España de 5 de diciembre 15/1988, establece que "*Los tipos publicados o practicados por la propia Entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular*".

<sup>32</sup>Además, en el anexo II, dónde se establecen las cláusulas financieras que deben incluirse en los préstamos hipotecarios que caen dentro del ámbito de aplicación de la citada Orden, se recoge una cláusula Tercera bis, en la que se deben detallar todos los extremos definidores del tipo variable.



de 22 de julio, del Banco de España recoge como tipos de referencia oficiales los siguientes: el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años, y el tipo interbancario a un año (MIBOR)<sup>34</sup>. La utilización de tales tipos por parte de las Entidades de crédito, ofrece ventajas de cara a la notificación al prestatario de la variación producida. Ello porque la comunicación o notificación se entiende realizada con la preceptiva publicación mensual del Banco de España de estos índices en el BOE<sup>35</sup>. Además, según la Ley sobre subrogación de préstamos hipotecarios, si las entidades utilizan índices diferentes, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período.

En los casos en los que sea necesaria la comunicación, sin embargo, las partes deberán pactar en la escritura la forma en que se producirá la notificación de la variación del tipo. A modo de ejemplo, la RDGRN de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 730), estimó adecuada, como forma de notificación, la carta con acuse de recibo.

### a.3 Crédito al Consumo

---

<sup>33</sup> En el mismo sentido se manifiesta la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios 2/94 de 30 de marzo, en su DA segunda que añade, en este sentido, un apartado e) al art. 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

<sup>34</sup> Con la próxima aparición de la moneda única europea el MIBOR pasará a ser sustituido por el EURIBOR, que será un índice calculado en función de los principales bancos europeos. Si bien, está previsto que para los créditos que tenían fijado el MIBOR como índice de referencia, el Ministerio de Economía seguirá calculando y publicando el mismo, a esos solos efectos.

<sup>35</sup> En efecto, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre préstamos hipotecarios, establece que en las escrituras de los préstamos a que dicha Orden hace referencia, debe incluirse una cláusula donde se especifique, entre otros extremos relativos al interés variable *“a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período y b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la Entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable”*. Además se establece que la notificación individualizada no será necesaria si se utiliza uno de los tipos de referencia oficiales a fijar por el Banco de España y la cláusula de interés variable se expresa según lo preceptuado en la propia Orden (art. 6.3). Ya hemos señalado que tanto esta Orden, como la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios 2/1994 de 30 de marzo, han sido desarrollados por la Circular del Banco de España 5/94 de 22 de julio. Dicha Circular, en virtud de la autorización que consta en las dos normas citadas, señala una serie de tipos oficiales para ser utilizados como tipos de referencia por las Entidades, en sus créditos a interés variable. Pues bien, en relación a la notificación de la variación del interés establece lo siguiente, en su norma SEXTA: *“Las Entidades pondrán la máxima diligencia en comunicar con exactitud y sin demora las variaciones que se produzcan en los tipos de interés”*, y añade *“La comunicación previa al cliente no será precisa cuando se trate de préstamos a tipo variable sujetos a la Orden sobre préstamos hipotecarios que utilicen como referencia uno de los tipos de referencia oficiales...”*. Ello porque, como hemos señalado anteriormente, el propio Banco de España debe dar una difusión adecuada a los mismos, publicándolos mensualmente en el BOE.

También la Ley de Crédito al Consumo 7/95 de 23 de marzo se refiere a la posibilidad de modificación del coste del crédito<sup>36</sup>. Para ello, en su art. 8 exige una serie de requisitos. En primer lugar exige que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. La variación del coste debe ajustarse, al alza o a la baja, a un índice de referencia objetivo, claramente identificado y definido, en función de un diferencial fijo expresamente pactado. También deben señalarse los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito. En concreto, y salvo que el tipo de referencia sea uno publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o el Banco de España, las modificaciones se deben notificar al prestamista de forma individualizada, dentro del plazo máximo que reglamentariamente se fije y en la notificación debe incluirse el procedimiento que el prestatario puede utilizar para reclamar ante el prestamista en caso de que discrepe del cálculo.

En un sentido similar se expresa el art. 19. 1 y 2 de la propia Ley para las operaciones de descubierto expresamente autorizado por el Banco. Aunque el tenor literal de los apartados 1 y 2 se refiere a los créditos en cuenta corriente, parece mayoritaria la interpretación de dichos apartados en el sentido de restringir su aplicación a los descubiertos expresos o autorizados, en función de los antecedentes inmediatos (Directiva sobre crédito al consumo y tramitación parlamentaria)<sup>37</sup>. Pues bien, en dichos preceptos se establece la necesidad de que el consumidor sea informado por escrito, en el momento de celebración del contrato, de las condiciones en que podrá ser modificado el tipo. Mientras dure el contrato, debe ser informado de cualquier cambio en el tipo de interés o en los gastos pertinentes, a través de un extracto de cuenta o de cualquier otra forma siempre que se haga por escrito.

Para adaptar la normativa sectorial a esta Ley de Crédito al Consumo, se dicta la Circular 3/96 de 27 de febrero, que viene a introducir en la Circular de 1990 las modificaciones necesarias a tal efecto.

#### a.4 Sentido de la cláusula.

Una vez vista la normativa sectorial en vigor, en el momento de aprobación de la Ley que contiene la cláusula que comentamos, estamos en mejores condiciones para valorar la literalidad de la misma. Permite que el profesional se reserve facultades de modificación unilateral del tipo de interés en las siguientes condiciones:

-No es necesario previo aviso<sup>38</sup> en la modificación del tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, cuando el tipo se encuentre adaptado a un índice, siempre que se trate de *índices legales* y se describa el modo de variación del tipo.

---

<sup>36</sup>La nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles 28/1998, de 13 de julio, prevé igualmente la posible variación del tipo de interés, remitiéndose a la Ley de Crédito al Consumo en lo relativo a la modificación (art. 7 apdos. 6 y 7).

<sup>37</sup>Vid. MARÍN LÓPEZ, "El ámbito de aplicación de la Ley de Crédito al Consumo", en *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Madrid, 1998, p. 121, SÁNCHEZ HERRERO, "Comentario a la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo", *Actualidad Civil*, 1996, T. 3, p. 720, entre otros.

-Es necesario previo aviso en el más breve plazo, si la modificación no se adapta a un *índice legal*, sino que se realiza por otra razón válida. Además el consumidor, en este caso, debe poder resolver el contrato.

Ello quiere decir, a nuestro modo de ver, lo siguiente. En primer lugar, lo importante es que en el contrato de duración determinada se haya pactado la posible modificación. El *índice legal* entendemos que se refiere a uno de los índices publicados *oficialmente* que recoge, por ejemplo, la OM de 1994, en cuyo caso esta misma Orden exime de la obligación de preavisar individualmente.

Sin embargo, como acabamos de ver, es posible que se pacte un índice de referencia distinto de los publicados *oficialmente*. En este caso, el índice de referencia deberá ser igualmente *objetivo*, a fin de no vulnerar lo establecido en el art. 1256 CC, y sólo entonces podríamos considerar que estamos ante otro supuesto de razón válida. Por ejemplo se podría pactar como índice objetivo de referencia el promedio del preferencial de tres entidades, ninguna de ellas la prestamista<sup>39</sup>. No será objetivo, sin embargo, el preferencial de la Entidad que elija la prestamista, ni aquéllas cláusulas en las que aunque se establezcan unos tipos alternativos o sustitutivos de otros, el que finalmente tendrá aplicación será el preferencial de la Entidad ni aquéllos tipos de referencia que sean los preferenciales de las empresas del mismo grupo que la prestamista. Así en la SAP de Madrid, de 28 de febrero de 1995 se consideró que no era objetivo el preferencial de una Entidad que pertenecía al mismo grupo de la entidad prestamista y, por tanto, se declaró el carácter abusivo de la cláusula que lo establecía. La Audiencia confirma la solución adoptada por el Juzgado de Instancia, consistente en sustituir el preferencial por el tipo medio del mercado bancario en base al índice que determine el Banco de España. Además, el órgano de apelación otorga carácter retroactivo a la nueva fijación del tipo de referencia, considerándolo aplicable desde el momento en el que concluye la primera anualidad de vigencia del contrato<sup>40</sup>.

La cláusula exige además que se establezca en el contrato la forma de en que se producirá la variación. No solo se trata de evitar la intervención más o menos directa de la Entidad a la hora de la fijación futura del tipo en cada periodo de interés, si no que también se trata de impedir que se pacten modos de variación que puedan considerarse abusivos por su carácter incongruente, es decir, por no corresponder a una fluctuación del mercado monetario. Así se han señalado, entre las cláusulas de interés variable que deben considerarse nulas por abusivas, las que prevén el aumento pero no la disminución, pues serían contrarias al equilibrio de las contraprestaciones, así como las que fijasen un mínimo desproporcionado con el máximo, es decir, que el tipo pueda fluctuar determinados puntos por arriba pero no por abajo<sup>41</sup>, pues la fluctuación en ambos sentidos, como hemos visto, la

---

<sup>38</sup> El grupo parlamentario de Izquierda Unida, en su enmienda núm. 72 trató de eliminar este inciso, a fin de que el preaviso fuera siempre necesario, señalando que los abusos se producían precisamente por la falta de información del consumidor, pero no prosperó tal enmienda.

<sup>39</sup> Este índice ha sido admitido, en el ámbito del préstamo hipotecario a interés variable, por ejemplo, en las RDGRN de 23 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7660), y de 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 730).

<sup>40</sup> La Sentencia es comentada por COLINA GAREA, en "El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores", *RDBB*, núm. 63, julio-septiembre de 1996, págs. 721 y ss.

exige la Ley de Crédito al Consumo, en su art. 8. De algún modo, lo relevante a la hora de admitir la cláusula de variación de los intereses es que la misma refleje la evolución del precio del dinero en el mercado.

Por último, y para los contratos de duración determinada, se prevé que el particular debe tener posibilidad de “resolver”, ante la variación del tipo de interés, facultad que parece que sólo debe otorgarse necesariamente, en caso de que el índice pactado no sea *legal*. La facultad de resolver tiene su origen en la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, que establecía el deber de pactar, entre las Entidades de crédito y los prestatarios, cláusulas de rescisión de la operación en función de la alteración de los tipos. Tal exigencia, sin embargo, al menos de una forma tan expresa, desapareció en la normativa posterior<sup>42</sup>. En cualquier caso, y sea o no preceptiva la facultad de “rescisión”, igual resultado se puede obtener, para las operaciones activas, por la vía de la amortización anticipada, posibilidad que es tan frecuentemente incluida en los créditos hipotecarios, que podríamos decir que es un elemento natural de los mismos. Así la OM de 1994, sobre préstamos hipotecarios, establece que en caso de que la facultad de reembolso anticipado se limite en la escritura, o no se mencione expresamente, el Notario debe consignar expresamente esta circunstancia y advertir de ello al prestatario (art. 7.4). La citada Orden parece exigir que los préstamos hipotecarios sujetos a la misma, ya sean a interés fijo o variable, incluyan, en la cláusula de amortización, “*las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado*”<sup>43</sup>. La Ley de Crédito al Consumo, en su art. 10 (que no resulta aplicable, sin embargo, a los préstamos hipotecarios) prevé expresamente la facultad de reembolso anticipado del crédito por parte del deudor, estableciendo los máximos en las comisiones que la entidad acreditante puede obtener por tal concepto. De todo ello se desprende que, por una vía u otra, la facultad de poner fin al contrato, por parte del prestatario, en caso de variación del tipo –o incluso aunque éste no varíe-, está prácticamente asegurada.

Cuando de operaciones pasivas se trata, como imposiciones a plazo por parte del consumidor, de igual modo suele éste tener concedida la facultad de resolver el contrato anticipadamente, si bien, como es lógico pierde su derecho a los intereses, y puede serle impuesta una comisión, si ha sido pactada. Esta posibilidad existe aunque no se haya pactado la de variación de interés adeudado al cliente, durante la relación contractual. Como hemos señalado anteriormente, en estas operaciones no es frecuente que se pacte la variación en el tipo de interés. Pero la misma se produjo, en la práctica, en algunos supuestos de prórroga tácita del depósito a plazo fijo. Al prorrogarse el contrato se redujo el

---

<sup>41</sup>Así RAPOSO FERNÁNDEZ, “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, *La Ley*, 1996, T. VI, p. 1532.

<sup>42</sup>Así desaparece en la OM de 3 de marzo de 1987 e igualmente en la posterior OM de 12 de diciembre de 1989. Esta última únicamente establecía, en su art. 7, relativo al documento acreditativo de la operación, que en el mismo deberían constar los derechos de que *en su caso*, goce el cliente cuando se produzca la modificación. En el mismo sentido, la Circular del Banco de España de 1990, que desarrolla la citada Orden.

<sup>43</sup>Deberá incluirse “*a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales*”. Además, la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios 2/94 de 30 de marzo, ha generalizado la posibilidad de amortización anticipada de los mismos, incluso a pesar de no haber sido expresamente prevista en la escritura constitutiva (art. 3).

interés unilateralmente por parte de la Entidad. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España entendió que para que tal modificación fuese válida se debía haber pactado inicialmente<sup>44</sup>. Como veremos, tal variación, sin embargo, sí se admite en las relaciones de duración indefinida.

Por último, hay que precisar que aunque la cláusula señala que otros gastos generados por los servicios financieros también pueden modificarse, en las relaciones de duración determinada creemos que no deben admitirse como norma general tales variaciones respecto de las comisiones inicialmente pactadas, por mucho que después se modifiquen en las tarifas<sup>45</sup>. Ello sí que supondría una vulneración del art. 1256 CC, ya que la cuantía de las mismas la fija la entidad y no responde a criterios objetivos. Quizá sólo debieran admitirse en los casos en que la cuantía de la comisión está limitada por la Ley, como ocurre con algunas comisiones por amortización anticipada. En la Ley de crédito al consumo la comisión máxima por amortización anticipada en créditos a interés fijo es un 3% y a interés variable un 1 %<sup>46</sup>. Podría preverse así la modificación de la comisión si la misma se alterase en la disposición legal que la limita<sup>47</sup>. En cualquier caso, y de ser admisible la modificación de las comisiones en estas relaciones de duración determinada, la comunicación no puede ser realizada mediante un anuncio en un Diario –forma de publicidad prevista sólo para los tipos- sino que tiene que ser realizada individualmente<sup>48</sup>. Por el contrario sí es frecuente la modificación de los gastos y comisiones en las relaciones de duración indeterminada que pasamos a examinar.

#### b) Relaciones de duración indeterminada.

La facultad de modificación unilateral de las condiciones de un contrato de duración indeterminada se permite siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato.

En este caso, al igual que lo prevé la Directiva<sup>49</sup>, ya no es necesario que la modificación se realice en virtud de la variación que experimente un índice objetivo, sino

---

<sup>44</sup> Vid. ROBLES ELEZ-VILLARROEL, *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias*, Madrid, 1994, p. 134.

<sup>45</sup> Estos gastos son fundamentalmente las comisiones, cuyo importe está liberalizado, salvo en algunos casos de comisión por amortización anticipada. Las Entidades de crédito sólo pueden fijar las comisiones por servicios efectivamente prestados, recogiénolas en unas tarifas que deben comunicar al Banco de España. Las Entidades no deben cargar comisiones superiores a las señaladas en las tarifas, y deberá haber expresión de las mismas en las liquidaciones periódicas o definitivas de relaciones contractuales.

<sup>46</sup> Este mismo límite del 1% es el establecido para los créditos a interés variable en la Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

<sup>47</sup> Vid. sobre este tipo de cláusulas RAPOSO FERNÁNDEZ, “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, cit., p. 1533.

<sup>48</sup> PETIT LAVALL, *La protección del consumidor de crédito: Condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, p. 230.

que cabe la determinación de las nuevas condiciones financieras “ad nutum”, por la mera voluntad del prestador de servicios. Así las entidades de crédito, por ejemplo, pueden modificar el interés con que remuneran las cuentas de ahorro a la vista de sus clientes, o modificar el interés que cobran cuando se produce un descubierto en cuenta corriente. Basta con que la Entidad informe al cliente de la modificación, y éste tenga la posibilidad de resolver –posibilidad que como veremos a continuación debe reconocerse, a favor de cualquiera de partes en la mayoría de las relaciones de carácter indefinido-, para que la cláusula no sea considerada abusiva.

Así lo venía admitiendo hasta el momento la normativa sectorial aplicable, como es sabido, no sólo a consumidores sino a cualquier cliente bancario. La Circular del Banco de España de 1990 establecía que en los contratos de duración indefinida, la comunicación de las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles puede realizarse, además de mediante comunicación individual, a través de la publicación de las nuevas condiciones, en el Tablón de Anuncios de la Entidad, durante los dos meses siguientes a la referida modificación, no pudiendo aplicarlas hasta transcurrido ese plazo. Las tarifas publicadas serán, no obstante, de inmediata aplicación en las operaciones derivadas de peticiones concretas e individualizadas de los clientes. La información, no obstante, deberá facilitarse a la clientela afectada en la primera comunicación que, en el marco de la relación contractual, se diera al cliente. Si las modificaciones del tipo de interés implicasen claramente un beneficio para el cliente podrán ser aplicadas inmediatamente.

La Circular 4/1998 de 27 de enero, por su parte, se refiere a las tarjetas de crédito, medios electrónicos de pago, o sistemas telefónicos o sistemas electrónicos de acceso a servicios bancarios, estableciendo que las modificaciones del tipo de interés, comisiones o gastos repercutibles aplicables en este tipo de contratos deberán comunicarse previa e individualmente a la clientela con antelación razonable. El plazo mínimo en el que deba realizarse dicha comunicación previa figurará en el folleto de tarifas de la Entidad.

La polémica acerca de la admisibilidad de estas modificaciones unilaterales a través del Tablón de anuncios estaba servida en torno a los tipos de interés aplicables a los descubiertos tolerados por la Entidad. Las Audiencias provinciales contrarias a la admisibilidad de esta facultad de modificación alegan su contradicción con el art. 1256 CC, así como problemas relativos al control de inclusión del tipo modificado<sup>50</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio, resulta más acertada la posición favorable que sostiene la SAP de Córdoba de 22 de marzo de 1996 (AC 1996, 543) cuando afirma que si bien la OM de 12 de diciembre de 1989 prohíbe que el tipo de referencia sea fijado por la propia entidad, se está refiriendo a la modificación de intereses previamente pactados y no para los descubiertos que se puedan ir produciendo. Como bien parece atisbar la Sentencia citada, la imposibilidad de modificación arbitraria debe predicarse sólo de las relaciones con tipo

---

<sup>49</sup>Con un tenor muy similar se recogía esta excepción en la Directiva, en la letra b) del Anexo 2, que se refiere a las restricciones del carácter abusivo de determinadas cláusulas, cuando del prestador de servicios financieros se trata. Hay que puntualizar que la Directiva aquí no se refiere al prestador de estos servicios, sino que habla de profesional en general.

<sup>50</sup>Vid. en contra de la admisibilidad de esta facultad de modificación la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 1997 (AC 1997, 1783), SAP de Valladolid de 28 de febrero de 1997 (AC 1997, 244), SAP de Sevilla de 5 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2297), SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1995 (AC 1995, 2533), SAP de Asturias de 14 de enero de 1998 (AC 1998, 35).

pactado previamente, siempre que sean de duración determinada<sup>51</sup>. En las relaciones indefinidas, estimamos que están suficientemente protegidos los derechos de los consumidores, siempre que los mismos estén informados en cada momento de las condiciones financieras de sus depósitos o cuentas corrientes, y a la luz de tal conocimiento, decidan resolver o continuar con la relación.

El problema, por tanto, se ciñe a determinar si las previsiones respecto al modo de comunicar a los clientes –consumidores en nuestro caso-, las modificaciones del tipo o los gastos, han de considerarse suficientemente protectoras de los intereses de los mismos. Lo cierto es que las previsiones de la normativa sectorial no parecen chocar con la letra de la nueva ley, ya que la misma sólo exige la previa información al consumidor, con antelación razonable, pero no señala si la misma ha de ser individualizada (por lo que no sería suficiente la publicación en el Tablón) ni el plazo que se considera razonable<sup>52</sup>. La polémica sigue, por tanto abierta. Por nuestra parte, consideramos que la publicación en la oficina de la propia Entidad de los tipos aplicables en cada momento a las distintas operaciones, la necesaria comunicación al Banco de España de las modificaciones en las condiciones financieras que repercuten las entidades a los clientes, y la comunicación individual al consumidor en la correspondencia, todo ello unido, como establece la Ley, a las facultades resolutorias, son condiciones suficientemente protectoras del consumidor<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup>La Ley de Crédito al consumo establece en su art. 19. 3 la obligatoria comunicación al consumidor, en el caso de descubiertos tolerados, de forma individual, del tipo de interés efectivo anual aplicado y de los posibles gastos así como de sus eventuales modificaciones. El plazo será el que reglamentariamente se determine. En realidad, la información se produce a posteriori, cuando el descubierto ya se ha producido. Así se desprende del texto de la Directiva comunitaria en materia de crédito al consumo, que prevé la comunicación al consumidor en el plazo máximo de 3 meses desde que se generó el descubierto

<sup>52</sup> El Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera insuficiente el plazo de preaviso de 15 días antes de la modificación. Además se había aplicado retroactivamente. ROBLES, *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias*, Madrid, 1994, p. 132.

<sup>53</sup> PETIT LAVALL, *La protección del consumidor...*, cit., p. 233, entiende, sin embargo, que sería deseable que nuestra legislación exigiese en todo caso la comunicación personal de la modificación, a pesar del aumento de coste que ello suponga para la entidad.