



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

**LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE
LA CONTRATACIÓN EN CONTRATOS CON
CONSUMIDORES**

**THE MODIFICATION OF THE GENERAL TERMS IN CONTRACTING
LAW FOR CONSUMER CONTRACTS**

AUTOR/A:

Luz Ofelia Atarama Mesones

DIRECTOR:

Jorge Tomillo Urbina

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de
Cantabria.*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	iii
I. PROBLEMÁTICA	1
II. RÉGIMEN JURÍDICO	3
III. COMPARATIVA: CONTROLES EN LA INCORPORACIÓN DE CGC Y EN LA MODIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS.....	12
A. CONTROLES A LA INCORPORACIÓN DE CGC EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES.....	12
1. CONTROL DE INCLUSIÓN.....	13
2. CONTROL DE CONTENIDO.....	14
B. CONTROL A LA MODIFICACIÓN DE LAS CGC EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES.....	16
C. CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS.....	17
IV. LA FALTA DE UNANIMIDAD EN LA DOCTRINA	19
1. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES GENERALES CON POSTERIORIDAD A LA CELEBRACION DEL CONTRATO.....	20
2. CLÁUSULAS QUE PERMITEN AL PREDISPONENTE MODIFICAR LAS CONDICIONES GENERALES A SU VOLUNTAD.....	23
V. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL	28
VI. CASO CONCRETO SOBRE MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS CONDICIONES POR PARTE DEL PREDISPONENTE.....	34
CONCLUSIONES.....	38
NORMATIVA.....	40
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo, sobre la modificación de las condiciones generales en la contratación con consumidores, pretende analizar la problemática que suscitan determinadas cláusulas que permiten una posterior modificación de las condiciones generales de contratación, a voluntad de una sola de las partes: el predisponente.

La elección del tema surge tras la realización de unas prácticas externas en un despacho de abogados, en las que conozco un caso en el que una entidad de crédito modificaba las condiciones del contrato de tarjeta visa sin la previa información y aceptación por parte del cliente, lo cual, pasado el tiempo se tradujo en un perjuicio económico para este. Como los conocimientos que tenía hasta ese momento sobre la materia eran insuficientes, empecé a indagar sobre ello encontrándome con abundante normativa y jurisprudencia al respecto, lo cual me lleva a exponer un segundo motivo para la realización de este trabajo de fin de grado, que no es otro que tratar de identificar el régimen jurídico aplicable al tema de la modificación de las condiciones generales de la contratación con consumidores -aunque somos conscientes de la existencia de abundante normativa sectorial que le afecta, la cual excede ampliamente las pretensiones del presente trabajo-, con el objetivo de que la información recopilada pueda servir de guía tanto a aquel perjudicado que se enfrenta a un supuesto similar al planteado, como también para informar la realización de una correcta modificación de dichas condiciones y así evitar futuros perjuicios, no sólo al consumidor, sino también al predisponente, quien podría ver cómo son declaradas nulas las cláusulas modificadas por entenderse que esa modificación no se hizo correctamente.

Porque, si bien es cierto que existe un uso generalizado de condiciones generales¹, no sólo en la contratación con consumidores, sino también en la contratación horizontal (entre empresarios), también es cierto que existe una percepción negativa en la sociedad, dada la proliferación de noticias en prensa, radio y televisión sobre cláusulas abusivas de la banca, telefonía, suministros, etc., según las que el uso de las condiciones generales de la contratación se hace de modo abusivo sin que el adherente pueda rehusar su aplicación. Y aquí surge un tercer motivo para la realización de este trabajo, pues, al identificar la normativa y jurisprudencia que le afecta, se busca aportar algo más de claridad para la información de los consumidores, el conocimiento de sus derechos y la comprensión de los aspectos beneficiosos de las condiciones generales, cuando se aplican o modifican en modo correcto.

En resumen, el objetivo de este trabajo es en primer lugar identificar si existe normativa concreta que afecte a la modificación de condiciones generales de la contratación con consumidores; en segundo lugar determinar si son exigibles, para la modificación, los mismos requisitos que para la incorporación de condiciones generales en la celebración del contrato; en tercer lugar plasmar lo que opina la doctrina al respecto; y, finalmente, conocer si existe alguna interpretación por parte de los tribunales que nos ayude a aclarar este tema.

Para alcanzar estos objetivos me he basado principalmente en autores como Jesús Alfaro Aguila-Real; Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano; Salvador Durany Pich; Isabel González Pacanowska; Alejandro Rosillo Fairén, entre otros. Y en determinadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) y sentencias de tribunales menores.

¹ Como afirma Serra Rodríguez (2002) “La realidad socio-económica nos demuestra que la mayor parte de la contratación en masa se realiza a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predispuestas por una empresa o grupo de empresas que imponen a sus clientes cuando celebran contratos concretos sin posibilidad de modificarlas o discutir las” (pág. 13).

Este trabajo consta de seis partes: En la **parte I** se analiza la problemática que suscita la modificación de las condiciones generales de la contratación con consumidores. En la **parte II**, se muestra la normativa aplicable, resaltando la importancia de la normativa europea sobre el particular. En la **parte III** se hace un análisis comparativo entre los requisitos exigidos para la incorporación de condiciones generales de contratación y los que se exigen para su posterior modificación. Se ha incluido una **parte IV** en la que se pretende informar sobre la postura doctrinal de diversos autores, seguida de una **parte V** en la que se plasman las interpretaciones jurisprudenciales que se han producido hasta este momento. Y, en la **parte VI** se analiza un caso concreto sobre modificación unilateral de condiciones por parte del predisponente. Por último, el trabajo finaliza con la exposición de unas breves conclusiones personales.

I. PROBLEMÁTICA

Empezamos este trabajo haciendo mención de la problemática que suscita la modificación de condiciones generales en la contratación con consumidores que no es específica de la contratación con consumidores sino que afecta en general a toda modificación de condiciones generales de la contratación, ya sea una de las partes contratantes un consumidor o que ambas partes sean empresarios.

A pesar de que en los últimos años se viene observando “un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios”² tanto por parte del legislador como por parte de nuestros tribunales, aún quedan muchas cosas por hacer. Una muestra de ello la encontramos en la modificación de condiciones generales, bien sea a través de una cláusula incorporada en la celebración del contrato que permita la modificación unilateral por parte del predisponente, o bien, y sobre todo, en aquellas modificaciones que se realizan una vez vigente el contrato, sin cláusula modificativa previa, en las que no está nada claro si deben cumplirse los mismos requisitos exigibles para la incorporación de condiciones generales al contrato y sin perjuicio de los requisitos exigidos en la normativa sectorial.

Esto unido a que a día de hoy los empresarios vienen modificando las condiciones del contrato de distintas formas y en la mayoría de las veces bastándoles con un consentimiento tácito por parte del consumidor, podemos decir que en este aspecto los derechos de los consumidores y usuarios no están

² Vid. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 464/2014 de 8 septiembre, núm. 464/2014 (RJ/2014/4660). Cit., FD Segundo.

En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un **proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios**. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación. (apartado 4)

siendo protegidos adecuadamente. El consumidor está viendo cómo las condiciones generales inicialmente asumidas, sometidas al cumplimiento de una serie de requisitos que deben cumplirse en el momento de la celebración del contrato³ y que le generan una garantía jurídica en el contrato celebrado, son modificadas sin haber tenido previo conocimiento de ello, sin tener la oportunidad real de resolver el contrato y, lo que es peor, causándole perjuicio.

Pues bien, esta es la problemática que queremos abordar en el presente trabajo de fin de grado. En primer lugar el tema de la licitud de aquellas cláusulas incluidas en el contrato que permiten la modificación unilateral a voluntad del predisponente y, en segundo lugar, el problema de si las modificaciones realizadas una vez vigente el contrato deben cumplir los mismos requisitos exigibles para la incorporación de condiciones generales en el momento de la celebración del contrato.

³ Requisitos que son propios de este “modo de contratación propia y diferenciada” a la que hace mención el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) en la sentencia núm. 464/2014 de 8 septiembre, (RJ/2014/4660). Cit., FD Segundo.

[...] la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, [...] constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil (LEG 1889, 27), con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. (apartado 5)

II. RÉGIMEN JURÍDICO

Una vez expuestos los objetivos de este trabajo y fijadas las dos cuestiones a tratar en cuanto a la problemática que se suscita, pasamos a abordar en este capítulo la normativa que afecta directamente a la modificación unilateral de las condiciones generales en la contratación con consumidores, con el fin de plasmar que, pese a existir abundante normativa, pronunciamientos jurisprudenciales y debates doctrinales sobre el tema de las condiciones generales de la contratación y de la protección a los consumidores, cuando nos adentramos en una parte específica cual es la modificación unilateral de condiciones generales en la contratación con consumidores por parte del predisponente, nos encontramos con que la regulación no sólo es escasa sino que además resulta insuficiente para salvaguardar los derechos de los consumidores y usuarios.

Así podemos hacer mención de la ley que establece qué cláusulas tendrán la consideración de condiciones generales de la contratación⁴ así como los controles –de incorporación y de contenido- a los que se someten dichas cláusulas⁵, que es la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), cuya última modificación es de 28 de marzo de 2014. El problema radica en que esta ley no establece con claridad si esos

⁴ El artículo 1 de la LCGC (1998) establece que tendrán la consideración de condición general de la contratación aquellas cláusulas que cumplan tres requisitos: que sean cláusulas predispuestas, impuestas y uniformes. Y en base a estos tres requisitos el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, apartado 144.a) establece que es posible hablar de CGC a pesar de ser cláusulas que recaigan sobre el objeto principal del contrato, por entender que: “El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo”.

⁵ Los controles a los que se hace referencia se agrupan básicamente en dos grupos: el primero es el control de inclusión o incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) que “atiende a una mera transparencia documental o gramática” según el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm.138/2015 de 24 de marzo. FJ Tercero . Y el segundo es el control de contenido que puede ser un control de legalidad y/o un control de abusividad.

mismos controles, tanto el control de inclusión como los controles de contenido, son de aplicación para aquellas cláusulas que modifican el contrato durante la vigencia del mismo, creándose un debate doctrinal, que se expondrá más adelante, sobre si deben considerarse de aplicación o no a las condiciones modificadas durante la vigencia del contrato. En consecuencia, la modificación unilateral de condiciones generales está afectada por la LCGC en cuanto a la definición de lo que se entiende por condición general y, según parte de la doctrina, a los controles establecidos en ella, pero debemos poner de manifiesto que en dicha Ley no hay ningún articulado dirigido a regular la modificación en sí.

Sin embargo, en lo que respecta a la protección al consumidor, si encontramos referencias al tema de la modificación unilateral, tanto en la normativa europea a través de las Directivas⁶ como en la normativa nacional.

Empezando por el Derecho Europeo, la normativa que concretamente afecta a nuestro tema es la **Directiva 93/13/CEE** del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo propósito es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Dicha Directiva establece un sistema de protección que se fundamenta en la idea de que “el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información”⁷ Y en base a esa situación de inferioridad la Directiva no sólo **define como cláusula abusiva** “[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si, pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de

⁶ La Directiva es el instrumento por el cual se desarrolla la política de protección a los consumidores en el ámbito europeo.

⁷ Vid. STJUE. Caso RWE Vertrieb AG contra Westfalen eV., de 21 de marzo 2013. apartado 41.

las partes que se derivan del contrato ” (art. 3.1), sino que “impone a los profesionales”⁸ la obligación de redactar las cláusulas, que consten por escrito, siempre de **forma clara y comprensible** (art. 5) y además recoge en un Anexo a esta Directiva una **lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas**, dentro de las cuales se incluyen aquellas que tengan por objeto o por efecto “*autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo*” (letra j), aunque el punto 2 del mismo anexo establece alguna limitación a su alcance y que es el siguiente:

b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualquiera 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 éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato.

c) las letras g), j) y l) no se aplicarán a:

- Las transacciones relativas a títulos-valores, “instrumentos financieros” y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de “una cotización” o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el profesional no controle;
- Los contratos de compra o de venta de divisas, de cheques de viaje o de giros postales internacionales expresados en divisas.

⁸ Vid. STJUE. Caso RWE Vertrieb AG contra Westfalen eV., de 21 de marzo 2013, apartado 43.

Además debemos destacar que dicha Directiva establece como consecuencia jurídica la no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas⁹ (art. 6.1)¹⁰.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores modifica la normativa existente en materia de protección al consumidor en España¹¹, normativa que pasamos a ver a continuación.

En España la protección al consumidor es un principio constitucional consagrado en el art. 51 de nuestra Constitución y tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico (art. 53 Constitución Española). Hemos de resaltar que en Derecho de Consumo en España no sólo se deben tener en cuenta las normas de la Unión Europea –Directivas- y la normativa estatal sino que, en base al reparto de competencias establecido en la Constitución de 1978, además debemos tener en cuenta las normas de aquellas Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) que han asumido en sus estatutos competencias legislativas

⁹ En la STJUE. Caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino, de 14 de junio del 2012 se dice que:

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva (...) prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (apartado nº 40).

¹⁰ El texto del art. 6 de la Directiva 93/13/CE dice:

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derecho nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

¹¹ Vid. Exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en la que se se dice que, si bien es cierto la transposición de la Directiva 93/13/CEE se realiza en la LCGC, esta Ley, a través de su disposición adicional primera, modifica el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente derogada por la Disposición derogatoria única del TRLGDCU).

sobre la materia¹², pasando la legislación estatal a aplicarse con carácter supletorio, y solamente se aplica directamente en las CCAA que no hayan asumido las competencias o que, aún teniendo competencias, no hayan regulado sobre la materia.

Sin embargo, la normativa de las CCAA no afecta al tema de las condiciones generales de la contratación por ser esta competencia exclusiva del Estado. Por tanto, a efectos del presente trabajo, el texto de referencia es el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU) que se aprueba por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y cuya última modificación data del 3 de julio de 2015.

Centrándonos en el estudio del TRLGDCU podemos destacar cinco aspectos relevantes a efectos del presente trabajo: En primer lugar, que la **definición de consumidor** que hace la Ley gira entorno al propósito ajeno a la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión¹³. En segundo lugar, que en dicha Ley se proporciona una tutela específica al consumidor a través del **control de abusividad**, control reservado sólo para los contratos con consumidores y que permite que sean declaradas abusivas aquellas cláusulas que cumplan los

¹² Vid. Peñas Moyano, B. (9 de mayo de 2006). El Derecho protector de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. (R. J. Leon., Ed.), cit., p. 47.

Sin embargo, hay que tener en cuenta (...) que la falta de consideración expresa de la materia de "protección del consumidor" en los elencos competenciales de los artículos 148 (para las Comunidades Autónomas) y 149 (para el Estado) de la Constitución Española de 1978 ha motivado que, en actuación de lo dispuesto en el artículo 149.3, que establece que las materias no atribuidas al Estado expresamente por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos estatutos, prácticamente todas las Comunidades Autónomas hayan dictado sus propias leyes protectoras de los consumidores, que, como ha ocurrido a nivel estatal, también han sido desarrolladas y completadas por otras normas jurídicas diversas de aplicación a la Comunidad Autónoma respectiva.

¹³ El art. 3 del TRLGDCU define que:

Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

cuatro requisitos¹⁴ recogidos en el art. 82 y que son los siguientes: 1) que sean estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente; 2) que vayan en contra de las exigencias de la buena fe; 3) que causen un perjuicio del consumidor y usuario y 4) que supongan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En tercer lugar, mencionar que, al igual como sucede en la Directiva 93/13/CEE, la propia Ley establece en los arts. 85 a 90 unos **supuestos que se entienden en todo caso como cláusulas abusivas**. Dentro de esos supuestos se recoge en el apartado 3 del artículo 85 que serán cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario *[l]as cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato*¹⁵.

En cuarto lugar mencionar que también el TRLGDCU recoge unas **limitaciones** al alcance de lo estipulado en su art. 85.3, que han sido añadidas en sus líneas generales de la Directiva 93/13/CEE a la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,¹⁶ y son las que pasamos a exponer a continuación:

¹⁴ En la sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 establece que [...] constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes: a) que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada, b) que en contra de las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y c) que el desequilibrio perjudique al consumidor. (apartado 233).

¹⁵ Pérez Cantalapiedra (s.f.) entiende que este tipo cláusula es abusiva por vulnerar las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 Código Civil), que prevalece la interpretación más favorable al consumidor en aplicación del art. 80.2 TRLGDCU, que prevalece las condiciones particulares sobre las generales siempre que sean más beneficiosas por aplicación del art. 6.1 LCGC y que los “**motivos válidos**” que dan facultad al empresario para modificar unilateralmente el contrato, deben ser por obstáculos ajenos al control del empresario. (Vid. págs. 17 y 18).

¹⁶ Vid. Exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Parte VIII.

- En los contratos referidos a servicios financieros “lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario 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 empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”.
- En los contratos de servicios financieros de duración indeterminada, se dice que, “[i]gualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario 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 empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.”

Y por último, mencionar que la **consecuencia** de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores es la llamada **nulidad parcial** recogida en el art. 83 TRLGDCU, en su actual redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo con el propósito de incorporar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷ (en adelante TJUE). Dicho artículo queda redactado de la siguiente manera:

¹⁷ Vid. el contenido del Preámbulo de la Ley 3/2014, en la que se expone las razones por las que se procede a la reforma del artículo 83 TRLGDCU:

Dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618/10 Banco Español de Crédito, en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entiende que España no ha adaptado

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Actualmente el problema surge porque el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088) y posteriormente en sus sentencias de 25 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015, ha limitado el efecto restitutorio de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo impuestas en contratos con consumidores en aplicación del principio de seguridad jurídica, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves. Si bien es cierto que se está a la espera de lo que resuelva el TJUE, a fecha de hoy existen dos informes no vinculantes presentados al TJUE: uno de ellos son las observaciones que hace la Comisión Europea en el asunto C-154/15 en el que se muestra contrario a dicha limitación. Sin embargo, el informe del Abogado General Mengozzi¹⁸ concluye que dicha limitación es compatible con el Derecho de la Unión, al considerar que:

A título de excepción, las mencionadas repercusiones pueden justificar la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva,

correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE porque el art. 83 derogado atribuía la facultad al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuraran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo plasmado en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios (apartado III).

¹⁸ Vid. Abogado General del TJUE. (13 de julio de 2016). *Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15*. Web CURIA.

sin que se rompa el equilibrio en la relación existente entre el consumidor y el profesional.

En resumen, se puede advertir que en el régimen jurídico de protección al consumidor existe alguna regulación, tanto europea como nacional, sobre aquellas cláusulas que permiten la modificación unilateral de condiciones generales en los contratos con consumidores, dándoles la consideración de cláusulas abusivas en la mayor parte de los casos. Pese a ello, para los demás supuestos de modificación unilateral entendemos que habría que recurrir a la definición de cláusula abusiva y determinar para cada caso si se cumple con los requisitos que establece la Ley.

Una vez visto el régimen jurídico que afecta a la modificación de las condiciones generales de la contratación con consumidores, a salvo de la regulación sectorial, a continuación se expondrá una comparativa de los requisitos exigidos por la LCGC a las CGC tanto de incorporación como de contenido y los exigibles, a salvo de la legislación sectorial, a la modificación unilateral de dichas cláusulas, Esta visión general nos permitirá comprender mejor tanto el debate doctrinal como las interpretaciones jurisprudenciales que se hacen al respecto.

III. COMPARATIVA: CONTROLES EN LA INCORPORACIÓN DE CGC Y EN LA MODIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS.

Lo que se busca en este apartado es, por un lado esbozar cuáles son los controles por los que pasa la inclusión de una condición general en un contrato con consumidores y cuál es la consecuencia prevista ante un posible incumplimiento y, por otro lado, en base a lo visto en el capítulo anterior, los controles previstos para la modificación unilateral de condiciones generales de la contratación con consumidores y la consecuencia prevista ante un hipotético incumplimiento de esos requisitos.

A. CONTROLES A LA INCORPORACIÓN DE CGC EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES.

La LCGC establece una serie de requisitos que se han de cumplir por quien utilice condiciones generales de la contratación¹⁹. Estos requisitos se agrupan básicamente en dos grupos de controles:

1. El control de inclusión o incorporación.
2. El control de contenido.
 - 2.1. El control de legalidad.
 - 2.2. El control de abusividad.

¹⁹ Se parte de la idea de que en los contratos de adhesión no existe negociación en igualdad de posiciones sino que existe una parte débil que va a ser la que asuma las condiciones impuestas por el predisponente, generando una asimetría. Es por ello que el legislador lo que busca con la LCGC es restablecer la equidad de las partes, pasando de la protección del pacto establecida en el art. 1091 del Código Civil a la protección del adherente.

1. CONTROL DE INCLUSIÓN.

Basado en un control de legalidad formal que se aplica con carácter general para la inclusión de CGC al contrato y que viene regulado en los arts. 5 y 7 LCGC. Aunque la doctrina no es unánime en este aspecto, podríamos decir que es un control que busca que el adherente sepa que el contrato se regula por condiciones generales y cuáles son estas²⁰.

En el artículo 5 LCGC se establece que 1) [l]as 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. Que [t]odo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. Y **[n]o podrá entenderse que ha habido 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 lo tanto, en aplicación del artículo 5 para que una condición general se integre al contrato es necesario que se acepte y se firme. Ahora bien, cuando el **contrato no deba formalizarse por escrito** “basta 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”.

²⁰ La doctrina no es unánime al determinar la función que cumplen estos requisitos, por un lado, está la postura contractualista de las condiciones generales que entienden que los requisitos exigidos cumplen una **función de transparencia** cuya finalidad consiste en dotar al cliente de la información necesaria en la fase de celebración del contrato para que pueda adoptar una decisión racional, y por otro lado, tenemos los que defienden una **función de publicidad**, entre ellos Alfaro Aguila-Real (1991) que entienden que el establecer unos requisitos de inclusión antes de la celebración del contrato sólo garantizan que el adherente sabe que el contrato se regula por condiciones generales y cuáles son estas, lo que permite que se cumpla el presupuesto necesario y suficiente para que la adhesión despliegue los efectos que le atribuye el régimen jurídico de las condiciones generales. Vid. Alfaro Aguila-Real, op. cit., págs. 192 a 196.

Y en el artículo 7 LCGC se dice que **no quedarán incorporadas al contrato** las condiciones generales que a) 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. Y b) [l]as que sean 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.

Como podemos observar, el legislador establece en los artículos 5 y 7 LCGC una serie de requisitos para la incorporación de condiciones generales al contrato. Ahora bien, dentro de estos requisitos la doctrina los ha agrupado, por un lado como presupuestos objetivos para que las condiciones del predisponente lleguen a ser materia contractual y son los establecidos en los arts. 5.1 y .3 y art. 7.a) y, por otro lado, la exigencia de transparencia en la redacción de las condiciones cuya incorporación se pretende, establecidos en el art. 5.5 y art. 7.b)²¹, este último denominado por el Tribunal Supremo como la transparencia a efectos de incorporación al contrato y que entiende cumplida cuando *la información que se facilita cubra las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*²².

2. CONTROL DE CONTENIDO

Este control se aplica a aquellas cláusulas que han superado el control de incorporación. Dentro de este control de contenido, regulado en el art. 8 LCGC, encontramos dos reglas:

²¹ Vid. González Pacanowska, I. (s.f.). Artículo 5. Requisitos de incorporación. En R. (Bercovizt Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA., cit., pág. 141.

²² Vid. STS núm. 241/2013 de 24 de 9 de mayo de 2013, apartado 200.

1. **El control de ilegalidad perjudicial**, incorporado en el párrafo 1 del art. 8 LCGC que establece que “[s]erán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Hemos de resaltar que el control de ilegalidad perjudicial se aplica con carácter general a aquellos contratos que hacen uso de CGC con independencia de si una de las partes es un consumidor o no.
2. **Control de abusividad**, que sólo es de aplicación para aquellos contratos en los que una de las partes es consumidor haciendo uso de CGC, aunque bastaría que dicha cláusula tenga la consideración de cláusula no negociada.

Este control viene regulado en el art. 8.2 LCGC y establece que “*serán nulas las condiciones generales que sea abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis²³ y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*” (actualmente derogado por el TRLGDCU 2007).

Además del art. 8.2 LCGC debemos tener en cuenta tanto el art. 82 TRLGDCU, donde se establecen los requisitos para entender que estamos frente a una cláusula abusiva y que son: 1) que sean cláusulas no negociadas individualmente; 2) que contravengan las exigencias de la

²³ Actual artículo 80 del TRLGDCU del año 2007. Habría que hacer mención en este apartado a las declaraciones que ha hecho el Tribunal Supremo en estos últimos años sobre la posibilidad de control judicial sobre elementos esenciales del contrato a través de lo que ha denominado el propio Tribunal como doble filtro de transparencia cuando hablamos de contratos con consumidores. El TS en la sentencia núm. 241/2013 estableció que:

“El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente” (apartado 215).

buena fe contractual; 3) que causen un perjuicio patrimonial al consumidor y usuario y 4) que supongan un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, como también los arts. 85 a 90 TRLGDCU, donde se recogen aquellas cláusulas que en todo caso son abusivas.

B. CONTROL A LA MODIFICACIÓN DE LAS CGC EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES.

Como hemos podido ver en los apartados anteriores, el legislador, en concordancia con la normativa europea, establece una serie de requisitos que se deben cumplir cuando se incorporan condiciones generales en un contrato en general, y unos requisitos específicos adicionales cuando además de incluir condiciones generales en el contrato una de las partes es un consumidor.

Sin embargo, cuando nos preguntamos por los controles por los que pasa la modificación de condiciones generales, ya sea en un contrato en general o más específicamente en un contrato en el que una de las partes es un consumidor, nos encontramos con que prácticamente no existe regulación alguna. Solamente para el supuesto de que una de las partes sea un consumidor la Ley prevé expresamente el sometimiento al control de abusividad (apartado 2 del artículo 8 LCGC en relación con el artículo 82 TRLGDCU), ya sea como uno de los supuestos previstos expresamente por la Ley (art. 85.3 TRLGDCU) o a través del cumplimiento de los cuatro requisitos establecidos para ser declarada como cláusula abusiva. El sometimiento a cualquier otro tipo de control no está previsto expresamente, provocando diversas interpretaciones por parte de la doctrina y que se verán en el capítulo siguiente.

C. CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS.

Debemos resaltar que las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los requisitos, tanto de incorporación como de contenido, no necesariamente son las mismas cuando hablamos de condiciones generales de la contratación previstas en el art. 10 LCGC, o de cláusulas no negociadas en un contrato con consumidores previstas en el art. 83 TRLGDCU del 2007 (modificado por la Ley 3/2014 que establece la redacción vigente del art. 83) .

Así, cuando hablamos del incumplimiento de los requisitos de incorporación como de contenido de las CGC, el artículo 10 LCGC no sólo prevé la nulidad selectiva –la no incorporación o la declaración de nulidad no determinará la ineficacia total del contrato- sino que también permite que el juez pueda integrar la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad “con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”²⁴ .

Sin embargo, cuando planteamos un supuesto de incumplimiento de los requisitos de incorporación o de contenido de cláusulas no negociadas, nos encontramos con una importante diferencia. Porque, si bien es cierto que el art. 83 TRLGDCU del 2007 (modificado en 2014) establece, al igual que el art. 10 LCGC, la nulidad selectiva, no ocurre lo mismo con la facultad de integrar que se establece en el art. 10 LCGC y que no se recoge en el actual art. 83

²⁴ El art. 10 LCGC establece que:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.
2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

TRLGDCU²⁵. En consecuencia el juez podrá declarar la nulidad de las cláusulas abusivas en el contrato y la subsistencia del contrato, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas, pero ya no podrá integrar la parte del contrato afectada²⁶.

²⁵ El art. 83 TRLGDCU dice que:

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

²⁶ La razón por la que el juez ya no pueda integrar en los contratos con consumidores viene a raíz de la STJUE. Caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino, de 14 de junio del 2012, en el que el Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en lo que respecta al art. 83 del TRLGDCU, entendiendo que:

[...], si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 [...]. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. (apartado 69)

IV. LA FALTA DE UNANIMIDAD EN LA DOCTRINA

Como se ha venido exponiendo a lo largo de este trabajo, la regulación sobre cuáles son los requisitos que debe cumplir el predisponente cuando quiere modificar una condición general no está muy clara. Es cierto que en los contratos con consumidores la ley prevé el control de abusividad, declarando como cláusula abusiva aquella que reserve a favor del empresario facultades de modificación unilateral del contrato, salvo que concurran motivos válidos especificados en el mismo (art. 85.3 TRLGDCU). Sin embargo se nos plantea la duda sobre si la modificación unilateral, ya sea prevista a través de una cláusula que otorgue dicha facultad al empresario o directamente realizada durante la vigencia del contrato, debe estar sometida al control de incorporación o de inclusión previsto para las condiciones generales de la contratación.

Es por ello que en este capítulo pasamos a exponer los puntos de vista de distintos autores que aunque no tratan directamente el tema de la modificación unilateral, si que lo contemplan dentro del estudio de otras cuestiones como, por ejemplo, cuando se analiza el momento relevante para la introducción de condiciones generales, o el requisito de la firma. Con el fin de recoger el o los criterios más extendidos que nos permitan apuntar posibles soluciones a este problema.

Para ello, este capítulo se ha dividido en dos apartados separando aquellas modificaciones de CGC que, sin cláusula previa, se hacen durante la ejecución del contrato, de aquellas otras que se hacen mediante la inclusión de una cláusula que permita la modificación unilateral al predisponente.

1. SOBRE LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES GENERALES CON POSTERIORIDAD A LA CELEBRACION DEL CONTRATO.

La doctrina suele plantear como un tipo de modificación la incorporación, con posterioridad a la celebración del contrato, de nuevas condiciones generales, y la duda que se plantea es si esta incorporación posterior debe cumplir con los requisitos de inclusión y de contenido establecidos por la ley para la utilización de condiciones generales en los contratos o si, por el contrario, no deben considerarse condiciones generales y por tanto no estar sujetas a esos controles.

Alfaro Aguila-Real (1991) considera **que es posible incluir con posterioridad cláusulas generales siempre y cuando se cumplan los requisitos de inclusión** establecidos para las condiciones generales. El autor llega a esta conclusión después de analizar tres posibles soluciones: La primera de ellas, no considerarlas como condiciones generales -en base a que el consumidor puede evitar su aplicación sin renunciar a contratar- y por ende no sujetas a control, solución que descarta porque considera que vaciaría de contenido la legislación de protección ya que “al predisponente le bastaría con esperar a que el cliente hubiera dado su consentimiento respecto a los elementos esenciales del contrato para posteriormente presentarle condiciones generales [...] y así lograr excluir del control sus condiciones”. En cuanto a la segunda solución, la de considerar que el predisponente no puede incluir condiciones generales con posterioridad a la celebración del contrato, encuentra el inconveniente de que ello suponga prohibir la posibilidad de novación modificativa del contrato. Y, por último, la opción por la que se decanta, considera que siempre que en el acuerdo posterior se cumplan los requisitos de inclusión se pueden considerar incluidas las cláusulas como condiciones generales, por entender que podrían dichas cláusulas ser “*oponibles al adherente en la misma medida que otras condiciones generales, en cuanto se hayan cumplido respecto de las mismas los requisitos de inclusión* –con referencia al anterior art. 10.1 a) LGDCU-, *entendiendo que se*

*entregan simultáneamente a la celebración del contrato que modifica el contrato inicial, aun cuando con posterioridad al contrato inicialmente celebrado".*²⁷

En la misma línea tenemos a Durany Pich, S. (2002)²⁸ al considerar que se deben **aplicar los requisitos de inclusión** de la LCGC siempre que el predisponente desee introducir una nueva versión de condiciones generales durante la vida del contrato, o pretenda incluir posteriormente condiciones generales al contrato sin condiciones generales. El autor, citando a Peter ULMER y Jesús ALFARO, considera que se trata de una modificación contractual, cuya validez está sometida a los mismos principios que rigen la conclusión contractual²⁹.

Sobre esta misma cuestión Rosillo Fairén (2010) mantiene similar postura, es decir, considera que es necesario que se **cumplan los requisitos de inclusión** exigidos a la condiciones generales cuando se pretende completar o modificar las CGC³⁰. Ahora bien, lo que este autor añade es que en una modificación de CGC previamente suscritas pueden existir algunas **excepciones** al cumplimiento de los requisitos de inclusión, sobre todo con respecto al requisito de la firma. La primera de ellas se deriva de la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico español y se daría cuando a través de una novación se

²⁷ Vid. Alfaro Aguila-Real, J. (1991). Las condiciones generales de la contratación. (Primera edición ed.). Madrid: Editorial Civitas, S.A., cit. págs. 148 y 149.

²⁸ Durany Pich, S. (2002). Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación. En A. Menéndez Menéndez, & L. Díez Picazo y Ponce de León, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. (págs. 264-336). Madrid: Civitas Ediciones, SL., págs. 281 y ss.

²⁹ Con cita a Peter ULMER, AGB-Gesets, §2, Rd. 64 y s., y Jesús ALFARO, *Las Condiciones generales de la contratación*, pp. 148 y s.

³⁰ Rosillo Fairén, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid. Editorial La Ley considera que:

[...] puede ocurrir que al contratar determinados servicios complementarios a otros que ya se vienen prestando, o por otras circunstancias análogas, sea necesario completar o modificar las CGC previamente suscritas, de las que trae causa tal novación. Nada debe objetarse siempre y cuando se cumpla con el requisito de la firma, en todas y cada una de las adiciones o alteraciones contractuales, ya que las CGC deben ratificarse íntegramente por ambas partes. En su defecto, no resultarán oponibles al adherente, bien por su falta de consentimiento (art 1261 CC), bien por no satisfacer las exigencias del control de inclusión" (Pág. 194).

obtuvieran unas CGC más ventajosas para la parte débil, en la que “las CGC inicialmente suscritas tendrían la consideración de gravamen máximo jurídicamente oponible al adherente, y que sólo serían modificables en beneficio del predisponente si media la pertinente ratificación por escrito”³¹. La segunda la encontraríamos en las excepciones confirmadas jurisprudencialmente como, por ejemplo, con la inaplicación de la Ley de Contratos de Seguros (LCS) a determinados contratos de seguros.

También González Pacanowska (2000) considera que es necesario, en principio, el **cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5.1 LCGC** por tratarse de un supuesto de novación (extintiva, o mera modificación). Sin embargo, reconoce la posibilidad de establecer un acuerdo de modificación del contrato desde el principio a través de una cláusula que se somete a los requisitos de incorporación y que prevea la facultad del predisponente de alterar en el futuro el contenido de las CGC. En tal caso, entiende que al estar fuera del ámbito de la novación, **podría admitirse el cambio sin necesidad** de que la eficacia de la alteración se sometiera de nuevo a los requisitos de incorporación³².

Esto nos lleva al segundo apartado en el que analizaremos aquellas cláusulas que permiten al predisponente modificar las condiciones generales a su voluntad.

³¹ Además considera Rosillo Fairén que:

[...] esas ventajas reportadas al adherente deberían verificarse en todas y cada una de las cláusulas modificadas. El hecho de que, globalmente, la redacción final pueda resultar más beneficiosa para sus intereses es un hecho que aunque no puede obviarse, debe estimarse con cierta prevención.

Pero [...] solamente para el caso que pueda verificarse que no reporta ningún perjuicio para el adherente y en aplicación del art. 51 CE y los “intereses legítimos del consumidor” allí consignados, jerárquicamente superiores a la LCGC, debería posibilitarse la ausencia de firma” (págs. 194 y 195 respectivamente).

³² Vid. González Pacanowska, I. (s.f.). Artículo 5. Requisitos de incorporación. En R. (Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. (págs. 139-192). Navarra: Editorial Aranzadi, SA., pág. 158, apartado 31.

2. CLÁUSULAS QUE PERMITEN AL PREDISPONENTE MODIFICAR LAS CONDICIONES GENERALES A SU VOLUNTAD.

Esta forma de modificar las condiciones generales a voluntad del predisponente³³ es considerada por la doctrina como el “problema más frecuente”³⁴ que se da en el tema que nos ocupa. Ello ha provocado que el legislador, tanto nacional como europeo, haya abordado la cuestión regulando como condiciones abusivas la mayoría de este tipo de cláusulas³⁵ cuya

³³ Un ejemplo de este tipo de cláusulas lo podemos encontrar, entre otros, en un contrato de tarjeta de Caja Cantabria del 2010 en el que figura dentro de las condiciones generales y en el apartado de “Duración del contrato” lo siguiente:

*[...]. Teniendo el contrato carácter indefinido, Caja Cantabria **podrá instar la modificación de las condiciones por las que se rige incluso la de cualquiera de los parámetros que determinan el importe absoluto de los intereses** y, en su caso, comisiones inherentes al mismo. Si la modificación fuera beneficiosa para el titular, surtirá efectos desde el momento en que Caja Cantabria decida su aplicación; por el contrario, si fuera desfavorable para el titular, le será comunicada por Caja Cantabria antes de su aplicación, mediante la publicación de un anuncio en los tablones de anuncios de las oficinas de Caja Cantabria, así como en la primera comunicación que se efectúe al cliente en el marco de la relación de este contrato. Las nuevas condiciones serán de aplicación una vez transcurrido el plazo de 7 días desde su notificación personal o desde la publicación del indicado anuncio, salvo que imperativamente estuviera establecido un plazo mayor en beneficio del titular. (punto 4)*

Y en el apartado de “Modificación del tipo de interés de las comisiones o de otras condiciones” establece que “**Caja Cantabria se reserva el derecho de modificar las comisiones y los tipos de interés establecidos en el presente contrato.**

Las modificaciones que impliquen una disminución se entenderán que suponen una condición más beneficiosa para el titular y por tanto surtirán pleno efecto a partir del momento en que Caja Cantabria decida su aplicación. Por el contrario, la modificación que supusiera incremento será comunicada por Caja Cantabria mediante su publicación en el tablón de anuncios de sus oficinas con dos meses de antelación a su aplicación, sin perjuicio de lo señalado en la estipulación 4 de las presentes condiciones generales (Duración del contrato). Los diversos apartados que se detallan en las condiciones particulares pueden ser modificados por Caja Cantabria cuando las circunstancias lo requieran, mediando la notificación oportuna al contratante. De no convenirle las nuevas condiciones el contratante podrá desistir del presente contrato comunicándolo a Caja Cantabria [...] (punto 27).

³⁴ Vid. Alfaro Aguila-Real, J. (1991). Las condiciones generales de la contratación. (Primera edición ed.). Madrid: Editorial Civitas, S.A., cit p.149.

³⁵ Vid. art. 3 Directiva 93/13/CEE y arts. 82 y 85.3 TRLGDCU.

consecuencia será la nulidad de pleno derecho y tenerlas por no puestas³⁶. Pese a ello, y aunque la mayoría de la doctrina considera que no es posible una modificación de las CGC a través de este tipo de cláusulas, salvo que se prevea una novación modificativa del contrato y se cumplan los requisitos de inclusión, algunos autores, como González Pacanowska, se inclinan por admitir este tipo de cláusulas que prevén la facultad del predisponente de alterar el futuro contenido de las CGC, con ciertos límites. La existencia de este tipo de cláusula provoca que la modificación quede fuera del ámbito de la novación y en consecuencia no sería necesario someterla a los requisitos de incorporación.

Para Alfaro Aguila-Real (1991) no es posible una modificación de las CGC a través de dichas cláusulas porque considera que, por un lado, son “insuficientes para provocar la incorporación de las nuevas condiciones al contrato” y, por otro lado, salvo que se tenga una razón objetivamente justificada y modifiquen el contrato de una manera adecuada a las nuevas circunstancias, “son nulas por contrariedad con la buena fe”³⁷. Ahora bien, el autor es consciente de que en muchas ocasiones en aquellos contratos que dan lugar a una relación duradera, se incluyen cláusulas por las que se asegura el sometimiento del adherente no sólo a las condiciones generales “en vigor” sino también a las que resulten de las modificaciones posteriores del condicionado general llevado a cabo por la empresa. En estos casos considera que **dichas condiciones modificadas no quedan incorporadas al contrato por ser la legislación sobre protección al consumidor imperativa y en consecuencia no es posible su derogación mediante una condición general**. Para el autor, la única vía de modificación de condiciones generales es a través de una novación modificativa del contrato

³⁶ Nos remitimos a lo recogido en el capítulo II respecto a lo establecido por el TS en su sentencia de 9 de mayo del 2015 sobre la posibilidad de limitar el efecto restitutorio de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo impuestas en contratos con consumidores.

³⁷ Vid. Alfaro Aguila-Real, J. (1991). Las condiciones generales de la contratación. (Primera edición ed.). Madrid: Editorial Civitas, S.A., cit p.149

siempre y cuando esté prevista en las propias condiciones generales y se cumpla con los requisitos de inclusión³⁸.

Una postura similar mantiene Rosillo Fairén (2010)³⁹ al considerar que este tipo de reservas “libres y unilaterales” **no resultan admisibles**, excluyendo las que se ajusten a las salvedades previstas en la ley. Y ello lo fundamenta principalmente en que es el propio art. 85.3 TRLGDCU el que establece su carácter abusivo pero además este tipo de “reservas”, que no se ajustan a las salvedades previstas del art. 85.3 TRLGDCU, provocan 1) la ruptura del clásico principio *pacta sunt servanda*, 2) dejan la validez y el cumplimiento del contrato en manos del predisponente y 3) permite la aceptación tácita o presunta de las nuevas CGC pese a que deben ser ratificadas expresamente. Todo lo cual le lleva a la conclusión de que no sean admisibles, máxime cuando se modifican condiciones por las que precisamente se eligió contratar con esa entidad y no con otra. Ahora bien, el autor también señala que no debe confundirse ese eventual cambio sorpresivo de las CGC con la alteración en la situación inicial del adherente frente a su predisponente fundamentada en la verificación de determinadas circunstancias objetivas previstas *ab initio*, porque esta última nunca debe reputarse una modificación unilateral de las CGC por cuenta del empresario⁴⁰.

Dicha alteración fundamentada en la verificación de circunstancias objetivas *ab initio* que para Rosillo Fairén nunca deben reputarse como una modificación unilateral de las CGC no es compartido por toda la doctrina. Podemos observar que para González Pacanowska (2000)⁴¹ el “acuerdo de modificación del

³⁸ Vid. Alfaro Águila-Real, J., op. cit. pág. 221.

³⁹ Vid. Rosillo Fairén, A., op. cit., pág. 201 y ss.

⁴⁰ Además el autor resalta: 1) la importancia de la entrega material de las CGC al permitir proteger al adherente de eventuales alteraciones futuras en el texto originalmente suscrito y 2) las reservas “libres y unilaterales” no resultan válidas por el hecho de que tal modificación se comunique de forma individualizada. Vid Rosillo Fairén, A., op. cit., pág. 203.

⁴¹ Vid. González Pacanowska, I., op. cit., pág. 158, apartado 32.

contrato” puede constar desde el principio en una cláusula que prevea la facultad del predisponente de alterar en el futuro el contenido de las CGC cuyo contenido actual se conoce y acepta en los términos del art. 5.1 LCGC. Pero, como ya se adelantó en apartado anterior, la autora defiende que, al ser un supuesto que queda fuera del ámbito de la novación, podría admitirse el cambio sin necesidad de que la eficacia de la alteración se sometiera de nuevo a los requisitos de incorporación pero sí a los límites generales. Consecuentemente dicha modificación nunca dependería del mero arbitrio de una de las partes, sino de un tercero o de circunstancias objetivas que deben estar contempladas desde el principio en la cláusula efectivamente incorporada⁴².

En esta misma línea se posiciona Ysas Solanes (1990)⁴³ al considerar que la legislación sobre condiciones generales lo que intenta es restablecer el equilibrio supuestamente existente antes de la utilización de las condiciones generales sin contradecir ni derogar el Derecho General de obligaciones y contratos⁴⁴, se inserta en él y establece, mediante preceptos de derecho necesario, límites a la autonomía contractual para evitar abusos de dicha autonomía. En consecuencia, una verdadera modificación unilateral, es decir, la exclusiva voluntad de una de las partes consistente en variar la prestación, es contraria a la normativa del Cc., ya que el acreedor no tiene por que aceptar una prestación distinta de la pactada ni es posible que el deudor cumpla como le parezca. Pero que si la modificación es consecuencia de una razón objetiva y ésta consta en el contrato como condición, la modificación no es unilateral ya que la otra parte consiente en la condición.

⁴² La autora considera que si bien es posible no volver a someter la modificación por los requisitos de incorporación, lo que no se puede eludir es la necesidad de facilitar un ejemplar de las CGC con la modificación introducida. Vid. González Pacanowska, I., op. cit., pág. 158, apartado 32.

⁴³ Vid. Ysas Solanes, M. (1990). La modificación unilateral de las obligaciones . En A. d. Civil, *Centenario del Código Civil* (Vol. Tomo II, págs. 2087-2107). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, vid. págs. 2089 a 2091.

⁴⁴ La autora toma en cuenta dos artículos del Código Civil: 1) art. 1166 Cc. “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”. Y 2) el art. 1256 Cc. “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Vid. Ysas Solanes, op. cit., pág. 2090.

En resumen, observamos que existe una postura común en contra de aquellas cláusulas insertas en el contrato que permitan la modificación unilateral de las condiciones generales a voluntad del predisponente. Ahora bien, la doctrina no es unánime básicamente en dos cuestiones: la primera es el sometimiento a control de incorporación de las condiciones generales modificadas que, como hemos podido ver, una parte de la doctrina es partidaria del mismo pero existe otra parte que considera no necesario dicho control. Y la segunda cuestión en la que tampoco hay unanimidad es si debemos considerar modificación o no la cláusula que permita al predisponente la modificación unilateral de las condiciones cuando concurren circunstancias objetivas *ab initio* y constan en el contrato.

Dicho esto, debemos resaltar que, si bien es cierto que existe una regulación en el ámbito de protección al consumidor que considera este tipo de cláusulas como abusivas cuando no se ajustan a las salvedades previstas en el art. 85.3 TRLGDCU, también es cierto que en la realidad se realizan ingentes modificaciones de condiciones generales a través de este tipo de cláusulas en las que no está nada claro, por un lado, si deben someterse a algún control y, por otro lado, cuáles son los “motivos válidos especificados en el contrato” al que hace referencia el propio art. 85.3 TRLGDCU. Veremos si en el capítulo siguiente podemos aclarar estas dudas.

V. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Este apartado es de vital importancia porque, como hemos observado, a pesar de existir un marco normativo bien desarrollado, tanto respecto a condiciones generales de la contratación como en materia de protección al consumidor, esto no ocurre cuando profundizamos en un aspecto concreto como es la modificación de las condiciones generales de la contratación que no cuenta con regulación específica, salvo para el supuesto de modificación que se realiza a través de una cláusula previa en la contratación con consumidores, que otorga al predisponente la facultad de modificar unilateralmente el contrato y que el legislador ha tenido a bien regular pero sin que por ello hayan podido resolverse todas las dudas.

Esta laguna normativa ha provocado incertidumbre respecto al régimen jurídico aplicable. Razón por la que, una vez examinado el marco jurídico y las posibles soluciones del problema que nos ofrece la doctrina, se hace fundamental analizar la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, buscando aclaraciones o interpretaciones que alumbren una solución a nuestro problema.

Al analizar la jurisprudencia encontramos una sentencia del TJUE que sienta el criterio de referencia que informa otras sentencias posteriores del propio Tribunal así como del Tribunal Supremo español. Se trata de la STJUE en el caso RWE Vertrieb (2013)⁴⁵ que vemos a continuación:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso RWE Vertrieb (2013) se ha pronunciado sobre la validez de las cláusulas que permiten la modificación unilateral (que denomina adaptación unilateral) de CGC, cuando se le planteó, a

⁴⁵ Vid. Caso RWE Vertrieb AG contra Westfalen eV. , TJCE/2013/93 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) 21 de marzo de 2013).

través de una cuestión prejudicial, si una cláusula contractual tipo en la que una empresa se reserva el derecho a modificar unilateralmente el precio, sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, es conforme con las exigencias derivadas de la Directiva 93/13/CEE⁴⁶.

El TJUE señala en dicha sentencia que, para que una **cláusula tipo** permita tal adaptación unilateral **debe satisfacer**, no obstante, las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia⁴⁷, lo cual corresponde al juez nacional, quien debe determinar en cada caso concreto si sucede así⁴⁸. Y haciendo uso de lo que viene declarando el propio Tribunal de los artículos 3 y 5 y de los apartados 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la Directiva 93/13 establece que:

[...] resulta de importancia determinar si **en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación** del coste relacionado con el servicio que ha de prestarse, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste, y, por otra parte, **si el consumidor dispone del derecho a rescindir el contrato** en caso de que el coste se modifique efectivamente. (apartado 49).

En base a esta interpretación, el Tribunal de Justicia **diferencia dos rigurosas exigencias** en cuanto a información que ha de facilitarse al consumidor y que debe cumplir la empresa cuando nos encontramos ante este tipo de supuestos⁴⁹:

⁴⁶ Vid. Capítulo II de este trabajo en la que se menciona la normativa europea que afecta a este tema concreto.

⁴⁷ Vid. Caso RWE Vertrieb, 2013, apartado 47.

⁴⁸ Vid. Caso RWE Vertrieb, 2013, apartado 48.

⁴⁹ El TJUE señala que estas rigurosas exigencias

[...] obedecen a una ponderación de los intereses de ambas partes. Al interés legítimo del profesional en precaverse frente a un cambio de circunstancias corresponde el interés asimismo legítimo del consumidor en conocer –y así poder prever– las consecuencias que tal cambio pudiera acarrearle en el futuro, por un lado, y en disponer en ese supuesto de los datos que le permitan hacer frente a su nueva situación de la manera más adecuada, por otro lado. Vid. Caso RWE Vertrieb, 2013, apartado 53.

- a) Para el supuesto de que la empresa pretenda efectivamente ejercer el derecho a modificar, la empresa tiene la obligación de avisar al consumidor, con una antelación razonable, de cualquier incremento de las tarifas y de su derecho a rescindir el contrato.⁵⁰
- b) A la que se añade la obligación de informar al consumidor, antes de celebrarse el contrato y en términos claros y comprensibles, de las principales condiciones de ejercicio de ese derecho a la modificación unilateral⁵¹.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia, a partir de esta sentencia, no sólo va a señalar cuáles son las exigencias que debe cumplir este tipo de cláusulas que permiten la “adaptación unilateral” sino que además establece qué debe entenderse por la exigencia de transparencia. Esta interpretación es nuevamente recogida en la STJUE, caso Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014⁵² y reiterada en la STJUE, caso Matei, de 26 de febrero de 2015⁵³, en la que vuelve a declarar:

[...] de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y L), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que **para satisfacer la exigencia de transparencia** reviste una

⁵⁰ Sobre la facultad de rescisión conferida al consumidor, el Tribunal de Justicia resalta la importancia de que esta facultad de rescisión “no sea meramente formal, sino que pueda ser ejercida efectivamente”. Vid Caso RWE Vertrieb, 2013, apartado 54.

⁵¹ En la misma STJUE, caso Vetriebe, 2013, se resalta que:

“[...] .La falta de información al consumidor antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación”. (apartado 55).

⁵² Vid. STJUE. Caso Kásler y Káslerné Rábai, de 30 de abril de 2014, apartados 71 y 72 respectivamente. Cuyo pronunciamiento en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, afirma que “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecidas por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical” (párrafo 71) sino que es necesario que en base a la información proporcionada “un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (párrafo 72).

⁵³ Vid. Caso Bogdan Matei y Loana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA., TJCE/2015/93 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) 26 de febrero de 2015).

importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan.
(párrafo 74)

En base a lo que se viene interpretando podemos entender que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es contrario a este tipo de cláusulas que permiten tal modificación unilateral de las condiciones por parte del predisponente siempre y cuando se cumpla con las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia acordes con su interpretación. Y este mismo criterio es el que se viene recogiendo por nuestros tribunales en sus argumentaciones sobre esta materia. Así lo declarado por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias haciéndose eco de lo ya dicho por el TJUE.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la modificación de condiciones generales en un caso concreto, si lo ha hecho en relación a la exigencia de transparencia cuando se pronuncia sobre las denominadas cláusulas suelo⁵⁴. Como, por ejemplo, en la STS núm. 241/2013 de 9 de mayo, en la que no sólo establece lo que denomina “doble filtro de transparencia” en los contratos con consumidores⁵⁵ -el cual consiste en que además del control de incorporación existe el control de transparencia que busca la comprensibilidad real por parte del consumidor tanto de la carga económica como de la posición jurídica que se derivan de dicho contrato⁵⁶-, sino que

⁵⁴ Vid. SSTS. núm. 241/2013 de 9 de mayo, núm. 464/2014 de 8 septiembre, núm. 138/2015 de 24 de marzo y núm. 139/2015 de 25 de marzo, entre otras.

⁵⁵ Cuyo fundamento principal es el artículo 80.1 TRLGDCU.

⁵⁶ Vid. STS. núm. 241/2013 de 9 de mayo, en la que el Tribunal establece que además del control de incorporación existe un control de transparencia.

[...], el **control de transparencia**, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, [...], cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato **tiene por**

también trae a colación lo dicho por el TJUE en la sentencia de 21 de marzo de 2013, caso Vertrieb AG⁵⁷ sobre las cláusulas que permitían al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacando el párrafo siguiente: “el contrato debía exponerse de manera transparente [...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]”.

También hacemos mención de la STS núm. 464/2014 de 8 septiembre, 2014, que dice en su apartado 8: “[...] contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 (TJCE_2014_105), C-26/13”, en relación a lo declarado en el art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE. En esta sentencia podemos subrayar dos cosas: 1) se habla del control de transparencia como un control de legalidad, que busca la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato, entendiendo que es necesario:

[...] que el consumidor y usuario conozca y comprenda las **consecuencias jurídicas** que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la **posición jurídica** que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato. (apartado 6).

2) Y que dicho control de transparencia al ser parte integrante del control general de abusividad requiere la inclusión de criterios precisos y comprensibles⁵⁸.

objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado [...], como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. (apartado 210).

⁵⁷ Sentencia analizada anteriormente en este mismo apartado.

⁵⁸ El Tribunal Supremo considera que el control de transparencia:

[...] requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de **criterios precisos y comprensibles** en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas

Es por ello que, aún no existiendo un pronunciamiento expreso de nuestro Tribunal, hemos de entender que el Tribunal Supremo, en concordancia con lo ya manifestado sobre el control de transparencia, la legislación vigente al respecto y lo declarado por el TJUE, no sería partidario de aquellas cláusulas que estipulasen simplemente que el predisponente se reserva la facultad de modificar unilateralmente las condiciones pactadas en la celebración del contrato sin cumplir con las exigencias de transparencia en la información que se brinda al adherente. Y además es de entender que esta información debe proporcionarse antes de la celebración del contrato, como señala el TJUE, porque de lo contrario no se estaría cumpliendo con la función que se asigna a este control de transparencia. Por contra, cabe suponer que, si dichas cláusulas cumplen con las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia, no habría razón para oponerse a ellas.

que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. (STS núm. 464/2014 de 8 septiembre, 2014, apartado 8).

VI. CASO CONCRETO SOBRE MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS CONDICIONES POR PARTE DEL PREDISPONENTE.

Como se recoge en la introducción del presente trabajo, uno de los motivos que nos llevó a la elección del tema fue el contacto, en un despacho profesional, con un caso concreto sobre modificación unilateral de las condiciones de pago en un contrato de tarjeta mastercard platinum.

A la firma del contrato, en 2004, el titular eligió la modalidad 2 “pago total mensual”, sin embargo, cuando en 2015 fue a anular la tarjeta, se entera de que en el año 2010 el Banco había modificado la modalidad de pago inicialmente contratada por la de “pago aplazado” porque, según el Banco, el cliente se había adherido a una campaña lanzada por la Entidad, mediante el envío de un SMS, la acumulación de 300 euros de compras en un mes determinado y la aceptación del cambio de modalidad de pago. Por su parte, el cliente niega haber dado su consentimiento a esa adhesión y en consecuencia entiende que se ha producido una modificación unilateral de la modalidad de pago, solicitando al juzgado que sea declarada nula así como los aplazamientos de pago y las liquidaciones de intereses.

Cuando nos decidimos a realizar este trabajo de fin de grado el cliente aún no había formulado la demanda pero, con el tiempo transcurrido durante su realización, hemos tenido ocasión de hacer un seguimiento del mismo hasta que el Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Santander ha dictado la sentencia n° 74/2016, de 28 marzo. Lo que nos va a permitir conocer los fundamentos y argumentos que utiliza el juez en su resolución.

El juez considera que “la cuestión esencial radica en determinar si la modificación de las condiciones iniciales de pago elegidas por el titular en el momento de la contratación de la tarjeta fueron modificadas con su consentimiento”.

Recordando que la carga de la prueba le corresponde a la Entidad, ésta únicamente hace referencia a un justificante de SMS que consta registrado en su base de datos. Registro sobre el que el juez entiende que “no cumple con los requisitos mínimos que establece la legislación específica del sector “(FD. segundo).

Se hace mención a la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (artículo 9), y también a la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de 2009 de Servicios de Pago EDL 2009/244701 (artículo 22). Ambas leyes establecen, en general, que las **condiciones contractuales deben constar de manera individualizada y en papel u otro soporte duradero**. Pero la Ley 22/2007 añade que dicha información debe ser accesible al consumidor, con **suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta**, aunque en el apartado 2 del mismo artículo 9 se permite que para determinados supuestos el cumplimiento de este requisito se pueda hacer inmediatamente después de la formalización del contrato⁵⁹.

⁵⁹ Ley 16/2009 de 13 de noviembre 2009 de Servicios de Pago EDL 2009/244701 establece en su art. 22 que:

1. El proveedor de servicios de pago deberá proponer **cualquier modificación** de las condiciones contractuales y de la información y las condiciones a las que se refiere el art. 18 de **manera individualizada y en papel u otro soporte duradero** (...).

Y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en su art. 9 establece que:

1. El proveedor **comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales**, así como la información contemplada en los anteriores arts. 7 y 8, en **soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta** y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta.
2. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de contratación, el proveedor habrá de cumplir las obligaciones previstas en el apartado 1, inmediatamente después de la formalización del contrato cuando éste hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con arreglo a lo previsto en dicho apartado 1.

En base a ello, el juez considera que “el Banco **no ha acreditado que hubiera cumplido con este deber de información** al cliente en la forma legalmente establecida” y, si bien es cierto que, en los extractos de la tarjeta figura desde 2010 la forma de pago “3% aplazado” en lugar de “mensual total”, de ello

[...] no se deriva que hubiera habido un conocimiento ni mucho menos un consentimiento por parte del cliente a **esta modificación que debió ser expresamente aceptada** por él con carácter previo sin que de esta forma pueda quedar sanada la causa de nulidad. (FD. segundo).

Además en la sentencia se recoge que no consta que esos extractos fueran remitidos al actor, que no está claro que se haya producido una novación contractual y por último, se tiene en cuenta que la modalidad de pago aplicada no es ninguna de las previstas en el contrato aportado, considerando que “difícilmente podían ser conocidas en su integridad por el actor”. Llegando a la conclusión de que dicha modificación “debe considerarse nula y por lo tanto también deben serlo las consecuencias derivadas de su aplicación, esto es, los aplazamientos de pago y las liquidaciones de intereses”.

Como podemos observar, el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Santander hace uso de dos leyes específicas que contemplan unos requisitos de información previa similares a los requisitos de incorporación de las condiciones generales.

En un análisis personal podríamos decir que nos encontramos ante CGC por ser cláusulas predispuestas (no es una cláusula que haya sido negociada por las partes sino que ha sido elegida de un formulario impreso predispuesto en el que se dan a elegir unas modalidades), impuestas (una de las partes se las impone a la otra), y uniformes (no sólo se imponen a un cliente sino en general a los clientes).

La resolución de este caso la encontramos en la ley específica del sector de banca, sector para el que comprobamos que los requisitos exigibles para la modificación de las CGC son similares a los exigidos para la incorporación de CGC. Lo que nos da una pista para la resolución de nuestras dudas sobre las

modificaciones unilaterales de CGC: en cada caso concreto deberemos acudir a la legislación específica del sector, si es que existe.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Entre los objetivos planteados en este trabajo estaba el de estudiar la normativa concreta que afecta a la modificación de condiciones generales de la contratación con consumidores. Podemos decir que en materia de protección al consumidor existe regulación, tanto europea como nacional, que afecta a aquellas cláusulas que permiten la modificación unilateral de condiciones generales en los contratos con consumidores, considerándolas abusivas, salvo en los supuestos previstos en la ley.

SEGUNDA. Somos conscientes de que en la práctica no sólo se realiza la modificación de CGC mediante una cláusula tipo que permita la modificación unilateral durante la vigencia del contrato sino que las CGC son modificadas con una simple comunicación previa al adherente, sin verificar su recepción, y sin que conste un consentimiento expreso a dicha modificación. Para estos supuestos hemos de decir que la normativa analizada no prevé el cumplimiento de requisitos de inclusión como los previstos para las CGC a la celebración del contrato. En tal caso, sólo nos quedaría recurrir a la normativa sectorial, si existe, para comprobar si hay alguna previsión sobre la modificación unilateral de CGC, como así ocurre en la normativa sectorial de banca que impone, para la modificación, unos requisitos similares a los de incorporación establecidos en la LCGC.

TERCERA. Si bien es cierto que la regulación sobre la materia resulta insuficiente, ésta ha sido complementada por el TJUE mediante sus interpretaciones de la normativa europea. Como se ha recogido en el trabajo, a través de su importantísima sentencia en el caso RWE Vertrieb (2013), el TJUE no sólo viene a establecer que para que una cláusula tipo permita tal adaptación unilateral debe satisfacer las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia, sino que además establece unos requisitos de información que ha de facilitarse al consumidor para que se entienda cumplida la “exigencia de transparencia”.

CUARTA. Hemos de reconocer que de los autores consultados no podemos extraer una posible solución común sobre la exigibilidad de requisitos de incorporación a las modificaciones unilaterales por parte del predisponente. Sin embargo la mayoría de los autores presentan una gran afinidad en sus planteamientos y coinciden en que con carácter general no es admisible la libre modificación de las condiciones generales sino respetando algunos requisitos y salvedades legales.

QUINTA. Si bien es cierto que el consumidor, a diferencia de aquellos que carecen de tal condición, goza de una protección adicional en los contratos con condiciones no negociadas, al prever el TRLGDCU un control de abusividad, también es cierto que esa protección adicional no es suficiente en la modificación unilateral de CGC, que como hemos visto, aún deja algunas dudas por resolver.

SEXTA. Tanto las carencias legales como las dudas que aún se nos plantean, habrán de ser resueltas por los tribunales, pero hasta la fecha no nos ha sido posible encontrar casos que contemplen la modificación unilateral, salvo el supuesto ya expuesto en el trabajo.

NORMATIVA

- ❖ España. Constitución Española, 1978.
- ❖ Unión Europea. Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, nº L 95/29 de 21 de abril de 1993.
- ❖ España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- ❖ España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- ❖ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera). Caso RWE Vertrieb AG contra Westfalen eV. Sentencia de 21 de marzo de 2013 (TJCE/2013/93). Consultado en la base de datos de Aranzadi el 26 de febrero de 2016.
- ❖ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena). Caso Bogdan Matei y Loana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA. Sentencia de 26 de febrero de 2015 (TJCE/2015/93). Consultado en la base de datos de Aranzadi el 20 de julio de 2016.
- ❖ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). Caso Kásler y Káslerné Rábai. Sentencia de 30 de abril de 2014 (TJCE/2014/105). Consultado en la base de datos de Aranzadi el 20 de julio de 2016.
- ❖ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino. Sentencia de 14 de junio de 2012 (TJCE/2012/143).

- ❖ Abogado General del TJUE. (13 de julio de 2016). Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Web CURIA.
- ❖ Comisión Europea. (2015). Observaciones escritas de la Comisión Europea en el asunto C-154/15.
- ❖ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 139/2015 de 25 de marzo (RJ/2015/735) [Consultado 24 febrero 2016].
- ❖ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 138/2015 de 24 de marzo (RJ/2015/845) [Consultado 24 febrero 2016].
- ❖ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 464/2014 de 8 septiembre (RJ/2014/4660) [Consultado 13 julio 2016].
- ❖ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo (RJ/2013/3088) [Consultado 16 febrero 2016].
- ❖ España. Audiencia Provincial de Asturias [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 34/2016 de 29 de enero de 2016 [Consultado 14 marzo 2016].
- ❖ España. Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Santander. Sentencia núm. 74/2016 de 28 marzo, Procedimiento Ordinario nº 1199/2015.
- ❖ España. Juzgado de lo Mercantil N°1 de Santander [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 186/2014 de 24 noviembre. Procedimiento Ordinario 61/2014 [Consultado 14 marzo 2016].
- ❖ España. Juzgado de lo Mercantil Burgos [versión electrónica – base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 65/2011 de 11 de mayo [Consultado 14 marzo 2016].

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Aguila-Real, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. (Primera edición ed.). Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2014). *Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*. (15ª edición ed.). Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- Durany Pich, S. (2002). Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación. En A. Menéndez Menéndez, & L. Diez Picazo y Ponce de Leon, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. (págs. 264-336). Madrid: Civitas Ediciones, SL.
- Fernández de Senespleda, I., Izquierdo Blanco, P., Serra Rodríguez, A., & Soler Solé, G. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Barcelona: Bosch.
- González Pacanowska, I. (2000). Artículo 5. Requisitos de incorporación. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. (págs. 139-192). Navarra: Editorial Aranzadi, SA.
- Mato Pacín, M. N. (2015). El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*., 7(2), 216-282.
- Pardo Rubio, E. (2014-2015). *Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*. Universidad de Cantabria., Departamento de Derecho Mercantil. Santander: Facultad de Derecho.
- Pazos Castro, R. (2015). El derecho de resolución y el requisito de transparencia ante la modificación unilateral de las condiciones de suministro energético. Comentario a la STJUE de 23 de octubre de 2014 (Asuntos acumulados C-359/11, Schulz). *Revista de Derecho Civil*, II(1), 153.
- Peñas Moyano, B. (9 de mayo de 2006). *El Derecho protector de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León*. (R. J. Leon., Ed.) Recuperado el 8 de agosto de 2016, de Google.es:

<http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/652/497/RJ9-07->

[B.Peñas.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8](#)

Pérez Cantalapiedra, M. C. (s.f.). *Cláusulas Abusivas y contratos con consumidores*. Universidad de Valladolid. , Facultad de ciencias del trabajo., Palencia.

Rosillo Fairén, A. (2010). *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid: Editorial La Ley.

Serra Rodríguez, A. (2002). *Cláusulas Abusivas en la Contratación*. Navarra: Editorial Aranzadi, SA.

Ysas Solanes, M. (1990). La modificación unilateral de las obligaciones. En Asociación de profesores de Derecho Civil., *Centenario del Código Civil*. (Vol. Tomo II, págs. 2087-2107). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.