

Contratos de crédito y protección de consumidores

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La definición de los contratos de crédito en la Ley de crédito al consumo.*—3. *La relación entre la regulación de los contratos de crédito al consumo y los contratos de venta de bienes muebles a plazos.*—4. *Los objetivos de protección en los contratos de crédito a los consumidores.*—5. *La forma escrita y el contenido mínimo obligatorio.*—6. *La preceptiva mención de la tasa anual equivalente.*—7. *Información al consumidor sobre anticipos y descubiertos.*—8. *La información sobre calendarios de pagos.*—9. *Los pactos sobre la variabilidad de los costes del crédito.*—10. *La exigencia de un índice de referencia objetivo: especial mención al problema de los llamados «intereses preferenciales»:* A) *La polémica de los hipotecaristas como vía de introducción a los problemas planteados.* B) *La doctrina de la Dirección General de los Registros.* C) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 1995.* D) *El artículo 1256: sus antecedentes y su significación.* E) *El significado de la idea de «arbitrio» en el artículo 1256 y la interpretación reductora del precepto legal mencionado.* F) *El problema del arbitrio de una de las partes en la determinación de las prestaciones contractuales.* G) *Un análisis de Derecho comparado como vía de corroboración de las conclusiones anteriores.*—11. *La facultad de pago o reembolso anticipado.*—12. *La facultad de reembolso anticipado y las llamadas «comisiones de amortización anticipada».*—13. *La limitación de las cláusulas penales, deducciones o retenciones.*—14. *Contratos de crédito y cláusulas abusivas.*—15. *Contratos de crédito y protección de consumidores.*—16. *La situación de los contratos de prestación de servicios financieros en la Ley 7/1998.*—17. *Las cláusulas sobre la modificación de los tipos de interés.*—18. *Las cláusulas sobre la modificación unilateral de las condiciones del contrato y las de rescisión unilateral.*—19. *El significado de la exclusión de la abusividad automática.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha ido promulgando una serie de normas legales en las que, se ha desarrollado la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU). Las políticas preconizadas por la Comu-

nidad europea y las Directivas emanadas de ella, han establecido formas de protección de los consumidores en el supuesto específico de los contratos de crédito. En especial, parece necesario hacer referencia a tres:

1.º La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), que contiene la regulación general incorporando al Derecho español la Directiva europea.

2.º La Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación (LCGC), que además de introducir importantes modificaciones en el artículo 10 LGCU y establecer una serie de criterios para definir determinadas cláusulas o estipulaciones como abusivas, dedica alguna norma especial a los contratos de concesión de crédito y a los contratos que celebran los prestadores de servicios financieros.

3.º La Ley 22/1998, de 10 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (LVPBM), pues aunque las ventas a plazos de bienes muebles no sean contratos necesariamente celebrados con consumidores, esta última figura aparecía ya y reaparece claramente en la regulación.

En la medida en que todo ello incide en el Derecho general de obligaciones y contratos, parece conveniente ocuparse del tema.

2. LA DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO

Según el artículo 1 LCC, dicha Ley se aplica en «los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (en adelante empresario) concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de precio aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional».

Si prescindimos en este momento de la delimitación de los elementos personales (empresario y consumidor) concebida en la Ley con unas características semejantes a las que estaban ya explicitadas en la LGCU, la lectura del artículo 1 LCC, deja en claro que lo que la Ley llama «contratos de créditos» comprende varios tipos de operaciones diferentes unidas sólo por el común denominador de proporcionar o facilitar medios financieros. Aunque en la técnica civilista estos contratos suelen calificarse como «contratos de préstamo», la vieja figura civil del mutuo resulta probablemente demasiado estrecha. Jurídicamente lo esencial parece ser que como consecuencia de la mencionada facilitación de medios financieros el empresario resulte ser acreedor del consumidor.

Es igualmente claro que en el ámbito de la Ley penetran tanto los contratos de crédito de carácter consensual como los de carácter real («concede o se compromete a conceder») y lo es igualmente que el contrato es

independiente de la forma cómo las partes lo articulen o contabilicen (apertura de crédito, etc.).

Del mismo modo, hay que entender que en la Ley se encuentran regulados tanto los contratos de facilitación directa de los medios financieros (préstamo, apertura de crédito) como aquellos que tienen por objeto la financiación de otro tipo de obligaciones y contratos, que lógicamente tienen que ser contratos de consumo y a los que la Ley denomina por la relación estrecha entre unos y otros, contratos vinculados.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO Y LA DE LOS CONTRATOS DE VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS

Como se ha apuntado ya, las ventas a plazos fueron una de las primeras modalidades de financiación de la adquisición de bienes por los consumidores y la regulación de las ventas a plazos ha sido en gran medida, aunque no enteramente, una forma de protección de los consumidores. Por ello, el artículo 1 LCC engloba en la regulación de los contratos de crédito al consumo todos aquellos en virtud de los cuales se otorgue un crédito bajo la forma de precio aplazado. De esta manera se produce una colisión entre la regulación de la LCC y la LVBMP que ha obligado a modificar esta última y a establecer una norma (art. 2), que resuelva la colisión. El artículo 2 LVBMP de 1998 dice que «los contratos sujetos a esta Ley que también se encuentren incluidos en el ámbito 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo se regirán por esta última en todo lo que favorezca al consumidor», aunque añade poco después que la Ley de ventas a plazos se aplica con carácter supletorio a los contratos que directamente caigan en el ámbito de aplicación de la LCC.

4. LOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO A LOS CONSUMIDORES

En los mercados fuertemente liberalizados no constituye un objetivo del legislador incidir en las condiciones centrales de la transacción económica que los sujetos lleven a cabo. No se trata, como es obvio, ni de limitar los tipos de interés, ni las restantes condiciones de los créditos. La protección de los consumidores y usuarios se centra más bien en la búsqueda de la más completa información, que es lo que hoy en el lenguaje burocrático se denomina «transparencia». Se trata de conseguir que los consumidores se embarquen en las operaciones en las condiciones regidas por el mercado, si bien consiguiendo una plena información sobre el alcance y los riesgos de tales operaciones.

Para ello existe, en primer lugar, un requisito de forma y un contenido mínimo obligatorio de los contratos, acompañados uno y otro por una serie de sanciones que se imponen por la infracción de las correlativas normas.

5. LA FORMA ESCRITA Y EL CONTENIDO MÍNIMO OBLIGATORIO

La forma escrita se prescribe en el artículo 6.1 LCC y se sanciona en el artículo 7 LCC. Según el primero, «los contratos sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito y se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, entregándose a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado».

Según el artículo 6 LVPBM «para la validez de los contratos sometidos a la presente Ley será preciso que consten por escrito» y «se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su ejemplar debidamente firmado». La omisión de cláusulas obligatorias se penaliza con la nulidad (art. 7 LCC).

Del contenido mínimo obligatorio, que es preceptivo de cara a los contratos, nos importa destacar sobre todo las normas que tratan de conseguir la mayor información y el mayor conocimiento posible por el prestatario respecto de la onerosidad que para él suponga la operación.

6. LA PRECEPTIVA MENCIÓN DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

La primera regla que trata de conseguir la antedicha finalidad es la que impone la indicación imperativa en los contratos de la llamada *tasa anual equivalente* o TAE (art. 6.2 a LCC). El artículo 18 LCC, tras señalar que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar por el crédito (comisiones, etc.) incluidos los seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo, define la tasa anual equivalente diciendo que es «el coste total del crédito expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido» añadiendo que «la TAE igualará sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos (créditos, reembolsos y gastos) existentes o futuros asumidos por el empresario y por el consumidor» y se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que se expresa en el anexo.

Que la tasa anual equivalente pueda significar transparencia e información es algo que resulta dudoso cuando uno lee el anexo de la Ley, que dice lo siguiente:

La tasa anual equivalente (TAE), a que se refiere el artículo 18 de esta Ley, se calculará con arreglo a la siguiente fórmula matemática:

$$TAE = (K + i) - 1$$

Siendo K el número de veces que el año contiene al período de tiempo entre dos pagos consecutivos.

Las cosas se complican todavía más cuando se trata de la tasa efectiva correspondiente por el período de tiempo transcurrido entre dos pagos consecutivos donde el polinomio del anexo de la Ley es tan enrevesado que me considero exonerado de comprenderlo.

La tasa efectiva correspondiente al período de tiempo transcurrido entre dos pagos consecutivos (período del término) y simbolizada por i_k , se calculará a su vez mediante la fórmula siguiente:

$$\sum_{n=1}^n D_n (1 + i_k)^{-1} n = \sum_{m=1}^m R_m (1 + i_k)^{-1} m$$

Siendo:

D = Disposiciones.

R = Pagos por amortización, intereses u otros gastos incluidos en el costo o rendimiento efectivo de la operación.

n = Número de entregas o disposiciones simbolizadas por D.

m = Número de pagos simbolizados por R.

l_n = Tiempos transcurridos desde la fecha de equivalencia hasta la disposición n.

l_m = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia hasta la disposición m.

A pesar de que la indicación de la TAE se ha considerado preceptiva, el artículo 6 LCC contempla el supuesto de que «no sea posible indicar dicha tasa en el contrato». Para este caso, la Ley ordena que se haga constar el tipo de interés nominal anual y los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato. No parece fácil entender que pueda existir una genuina imposibilidad de cumplimiento de la norma indicativa de la tasa anual equivalente, a menos que la imposibilidad contemplada en el artículo 6 LCC sea una imposibilidad meramente subjetiva, que no parece que debiera haber sido tenida en cuenta.

La violación de la obligación de indicación preceptiva de la TAE o de la fórmula de sustitución para el caso de imposibilidad, se sanciona reduciendo la obligación del consumidor al abono del interés legal de los plazos convenidos.

7. INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR SOBRE ANTICIPOS Y DESCUBIERTOS

Además de la norma general sobre la información del coste del crédito y de la tasa anual equivalente, la Ley incorpora una norma especial para aquellos casos en que existe un contrato entre acreedor y consumidor para la concesión de un crédito en cuenta corriente, que no sea una cuenta de tarjeta de crédito. El artículo 19 LCC dice que «el consumidor deberá ser informado por escrito en el momento de la celebración del contrato o con anterioridad de los datos siguientes: *a)* El límite del crédito, si lo hubiere; *b)* el tipo de interés anual y gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato, así como las condiciones en las que podrán modificarse; *c)* el procedimiento para la resolución del contrato.

8. LA INFORMACIÓN SOBRE CALENDARIOS DE PAGOS

El artículo 6.2 *b)* LCC exige que en el contrato se contenga preceptivamente una relación del importe, el número y la periodicidad o fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

La violación de esta regla imperativa reduce la obligación del consumidor a pagar el precio al contado, o el nominal del crédito en los plazos convenidos (art. 7 LCC) y cuando se haya cometido alguna inexactitud en los plazos, el pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

9. LOS PACTOS SOBRE LA VARIABILIDAD DE LOS COSTES DEL CRÉDITO

Un problema que a nuestro juicio tiene una gran importancia, es el de la variabilidad de los costes del crédito, porque especialmente en épocas de gran fluctuación de los tipos de interés, los tipos fijos suelen ser elevados y para poder aprovecharse de los descensos en la cotización de los tipos en los contratos de crédito a medio plazo, el pacto sobre la variabilidad de los costes suele ser necesario. La Ley no impone en este punto ningún criterio coercitivo de fondo y deja la cuestión a la libertad de mercado. Sólo dice en el artículo 8 LCC que «el coste total del crédito no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario, a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito». Quiere ello decir que, para que se pueda producir una variación del tipo de interés que

forma parte del coste, tiene que existir un pacto expreso (que la Ley llama un «acuerdo muto», como si pudieran existir acuerdos que no fueran mutuos). El acuerdo debe estar formalizado por escrito, pues la forma escrita es requisito de validez.

10. LA EXIGENCIA DE UN ÍNDICE DE REFERENCIA OBJETIVO: ESPECIAL MENCIÓN AL PROBLEMA DE LOS LLAMADOS «INTERESES PREFERENCIALES»

De acuerdo con el artículo 8.2 LCC, cualquier variación del coste del crédito –y, por consiguiente, también la del tipo de interés– «se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo». Esta exigencia, en cambio, no aparece en la LVBMP, que, en su artículo 7, permite ampliamente las operaciones convenidas a interés variable, diciendo simplemente (*cf.* art. 7.6 LVBMP), que en las operaciones concertadas a interés variable se establecerá la fórmula para la determinación de aquél. Aunque en el artículo 8.2, el ajuste a un índice de referencia objetivo se predice de cualquier tipo de “coste”, es preciso observar que la exigencia legal sólo tiene sentido referida al interés. No resulta fácil saber lo que ha entendido la Ley por «índice de referencia objetivo». En principio, parece designar un módulo en el que la voluntad del prestamista o financiador no pueda resultar decisiva. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre los llamados intereses preferenciales nos puede dar alguna pista sobre esta cuestión. Como es sabido, se entiende por interés preferencial o tipo de interés preferencial aquel sobre el que las entidades están dispuestos a operar con clientes de primera calidad. En España se comenzó a aplicar aproximadamente a principios de los años 80 en materia de hipoteca, aunque tropezó con dificultades. No será inoportuno dedicar a este tema alguna atención especial.

A) LA POLÉMICA DE LOS HIPOTECARISTAS, COMO VÍA DE INTRODUCCIÓN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Esta polémica comienza en 1984, en un momento en que se encontraba todavía vigente la Circular del Banco de España número 12, de 1981, de 24 de febrero, en la que se aludía al interés preferencial de la propia entidad de crédito. Con referencia a las cláusulas de interés variable, establecidas en escrituras de hipoteca, y planteando además el problema del alcance de la facultad o función calificadoria del Registrador de la Propiedad, que, de acuerdo con la ley, no debe permitir el acceso al Registro de la cláusulas que sean nulas por contravención de disposiciones legales, José Manuel García García («El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas», *Revista Crítica de Derecho*

Inmobiliario, tomo LVII, año 1984, p. 9 ss.) sostuvo rotundamente, que las cláusulas de interés variable en las hipotecas, y en especial las de interés preferencial, tal como se encontraban redactadas en el momento en que él escribía, no eran inscribibles en el Registro de la Propiedad. Decía el autor citado (*op. cit.* p. 21) que el primero de los requisitos que ha de reunir la cláusula de interés variable para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad ha de ser la *objetividad* del tipo de referencia, de modo que ninguna de las partes del contrato, y mucho menos la entidad financiera, pueda decidir, influir, controlar o intervenir en esta cuestión.

La *objetividad* del tipo de referencia va unida –según este autor– al requisito que nadie discute de que la variación puede ser por aumento o disminución del interés. Si el tipo de referencia no es objetivo, hay base para pensar que la disminución del interés no se producirá nunca o que una parte tiene en su poder armas suficientes para que esa disminución no se produzca.

Según el autor citado, hasta tal punto es importante la necesidad de la objetividad en Derecho, que es conocida la frase de que «nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo», de tal modo que una cláusula de un contrato de préstamo, que, por cierto, es un contrato en que siempre debe extremarse la precaución, en que se atentara contra la objetividad, podría decirse que atenta contra el artículo 1255 CC.

El autor citado desarrolla la argumentación referida con las siguientes líneas:

Ya hemos visto que el tipo de referencia es el que libremente pueden señalar las entidades respecto a clientes que considera preferentes. Dado el actual sistema de liberalización de los tipos de interés, las entidades pueden fijar libremente los tipos. Certo que existen una serie de condicionamientos que influyen en esa fijación, pero la decisión final corresponde en definitiva a la entidad que puede señalar en cada momento el interés preferencial que estime conveniente.

Pues bien, a pesar de esto, se suele pactar en la cláusula de interés variable que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad, realizándose la fijación del tipo inicial de interés a base de señalar un diferencial respecto a ese preferencial, y según varíe este preferencial manteniendo el mismo diferencial, variará el interés en el futuro.

Desde un punto de vista meramente económico de la entidad financiera es perfectamente lógico que se quiera acudir al interés preferencial de la propia entidad, pues con ello consigue un mayor control de la situación para mantener su propia situación financiera.

Pero ya se ha dicho antes que la fundamentación jurídica no puede partir de esa mera perspectiva económica que sólo tiene en cuenta a una de las partes del contrato y no a la otra.

Por todo ello, el citado pacto va en primer lugar contra el artículo 1255 del Código Civil, y además, contra el artículo 1256 del mismo Código, ya que un aspecto esencial del contrato (el interés del préstamo, el precio del crédito) quedaría sometido al arbitrio de una posible decisión unilateral de la parte prestamista. El pacto va también contra el artículo 1449 del Código aplicable por analogía a nuestro caso, y que

dice que «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». La analogía es clara, pues el interés viene a ser «el precio del crédito».

José Manuel García García en el trabajo citado (*op. cit.*, p. 24) da cuenta también del estudio que hizo una Comisión de Registradores del Centro de Estudios Hipotecarios de la Delegación de Cataluña, formada por Francisco Pérez de la Cruz, Francisco Roger Matallana, Jorge Salazar y el mismo autor, en que, a propósito de las cláusulas de interés variable estableció las siguientes conclusiones:

«Ha de cumplirse lo dispuesto en los artículos 1256 y 1449 del Código Civil. *El criterio de determinación del interés no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.* Consecuencia de esto es que no es inscribible la cláusula en que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad prestamista. Ciertamente que en la determinación de este preferencial operan condiciones del mercado financiero, pero esto no es suficiente para mantener la objetividad del criterio, pues en alguna medida interviene la entidad prestamista, y esto es suficiente para la aplicación de esos preceptos, sobre todo tratándose de cláusulas que operan en la práctica a modo de contrato de adhesión, en que la interpretación ha de ser restrictiva. Ciertamente también que la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, incluye entre los que recomienda el tipo de interés preferencial, pero a efectos hipotecarios, la calificación registral ha de partir de la aplicación preferente del Código Civil. Por tanto, ha de estimularse un tipo de interés de referencia totalmente objetivo».

En el trabajo de José Manuel García García, se consideraba, asimismo, que contravenía la legislación vigente la utilización del interés preferencial de la propia entidad de crédito incluso cuando se modulaba con otros criterios, como, por ejemplo, que fuera inferior al de otros bancos que se pudieran señalar, sobre todo, en su opinión, por prever un único diferencial.

En síntesis, y precindiendo aquí de los problemas especialmente hipotecarios, cuya referencia en este lugar sería impertinente, el trabajo de José Manuel García García, por lo que se refiere al llamado interés preferencial, sólo admite el pacto de remisión a intereses preferenciales de entidades distintas de aquella que los pacta, que, a su vez, no sea tampoco una sociedad filial o perteneciente al mismo grupo.

Además de ello, consideraba que debían hacerse algunas puntualizaciones, que serían las siguientes:

«1.^a No cabe aludir sin más, a los tres o cuatro grandes Bancos, sino que hay que especificar de qué Bancos se trata, pues lo otro es un criterio impreciso que no puede reflejarse en un inscripción; 2.^a Hay que especificar el diferencial actual —en el momento del contrato— respecto a ese promedio; 3.^a Hay que acreditar y no sólo especificar ese promedio de preferenciales, no ya sólo en el momento de la ejecución, según veremos después, sino en el momento mismo de otorgar la escri-

tura de hipoteca, ya que al ser un promedio, es de difícil conocimiento por los prestatarios, y para subsanar esta oscuridad debería unirse a la escritura sendas certificaciones de los Bancos de referencia o certificación del Consejo Superior Bancario o de la Confederación de Cajas de Ahorros o del Banco de España; 4.^a Debe procurarse un amplio abanico en las entidades que se tomen como referencia. Quiero decir que sería conveniente, si se está ante una Caja de Ahorros, que no se utilizaran como preferenciales de referencia, los de otras Cajas, pues subsiste la cuestión de la imparcialidad u objetividad del criterio, apuntándose la posibilidad de utilizar entonces los preferenciales de los Bancos. De todos modos este es un punto discutible, y hay que reconocer que la Comisión de Registradores antes citada, señaló que «a título de ejemplo, podría admitirse la media de los preferenciales de otras tres entidades específicamente señaladas», sin hacer distinciones sobre el problema que estoy apuntando.

También cabría utilizar como tipo de referencia el del mercado interbancario (MIBOR) o el rendimiento de las obligaciones privadas, siempre que tenga una publicación adecuada».

La tesis de José Manuel García fue criticada por José María de Prada («Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», *La Ley*, 1989-2, p. 1115). Esta crítica se relacionaba sobre todo con los problemas estrictamente hipotecarios, con las exigencias del Registro de la Propiedad en orden a la inscripción de las hipotecas y con el alcance de la función calificadora del Registrador.

En materia de cláusulas en las que se pacta interés variable, Prada sostenía que esas cláusulas han encontrado aceptación general y no faltan prácticamente en ningún contrato de préstamo por plazo no superior a un año, habiendo sido recogidas en las normas del Banco de España que, en su opinión, poseen carácter legislativo por delegación. Además —decía este autor—, en una situación como la actual de fuertes oscilaciones en el valor de la moneda a medida que se trate de conseguir préstamos a largo plazo, y es indiscutible que el interés público está en favor de esta prolongación del plazo, parece lógico establecer normas correctoras del interés en función del flujo del mercado. Prada criticaba los argumentos de José Manuel García sobre todo en relación con la posible aplicación analógica de lo establecido en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario para las cláusulas de estabilización del capital del préstamo, entendiendo que no hay analogía entre el capital y el interés, así como la posible inaplicabilidad de las normas contenidas en el artículo 10 LGCU. Sin embargo, el autor citado admitía que una de las restricciones a imponer, derivada del artículo 1256 CC, afectaba a la posibilidad de establecer la cláusula en función del interés preferencial del propio banco, como en el momento en que este autor escribía, había ya establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado, de forma que el propio Banco de España en su circular de 1988 lo había igualmente recogido.

José Manuel García García criticó la tesis de Prada en un nuevo trabajo, «No *inscribibilidad* de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos» (*La Ley*, 1989-4, p. 1120 ss.)

Por lo que se refiere a las cláusulas de interés variable, en esta ocasión José Manuel García García decía lo siguiente:

«La exposición de José María Prada en relación con las cláusulas de interés variable (núm. 2 del apartado IV), merece una especial consideración crítica, pues es un tema que dio lugar a una verdadera batalla jurídica, respecto a la que dicho autor permaneció en silencio durante los ocho años que duró la misma, y ahora, al final, cuando han resuelto el problema varias resoluciones de la DGRN, como las de 26 y 31 de octubre de 1984 (sobre el carácter de hipoteca de máximo), las ya citadas de 23 y 26 de octubre de 1987, y sobre todo, la de 7 de septiembre de 1988 y la Circular del Banco de España de 5 de diciembre de 1988, José María Prada opta por la resolución de la DGRN, adjudicándose argumentos de los Registradores, confirmados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente en relación con la necesidad de que el interés sea objetivo, es decir, el argumento del artículo 1256 del Código Civil. En todo caso, se observan en su artículo ciertas reticencias, pues no admite el argumento derivado del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, a pesar de que la Resolución de 7 de septiembre de 1988 cita dicho precepto de modo expreso y eso que es de las pocas resoluciones que en dicho artículo aparentemente se aceptan; y no admite tampoco la cláusula de rescisión o desistimiento, que es fundamental para los prestatarios, según se ha indicado con anterioridad.

En esa batalla jurídica se produjeron dos posiciones contrapuestas: una en defensa de la legalidad vigente y de la objetividad en base al artículo 1256 del Código Civil, y otra que entendía que la autonomía de la voluntad de las entidades financieras no tenía ningún límite. No hay ningún inconveniente en que en dicho trabajo se opte ahora por la corriente que hoy predomina respecto a la necesidad de que el tipo de referencia de la variación del interés sea objetivo. Pero lo que no parece adecuado es criticar la exposición del Registrador que suscribe a base de adjuicarle exclusivamente alguno de los numerosísimos argumentos que él empleó, incluso el menos brillante o espectacular, omitiendo el argumento central que empleó este Registrador, que fue precisamente el artículo 1256 del Código Civil. Y lo que tampoco parece adecuado es que, después de omitir este argumento del autor que él critica, el propio José María Prada se adjudique el mismo el argumento del artículo 1256 del Código Civil. Hay que pensar que todo esto responde a un error involuntario de la exposición o a una defectuosa información de lo ocurrido en este punto, pues, en todo caso, la calificación habría de ser más dura respecto a esa exposición.

Como dice Ortega, para explicar una cosa, siempre «hay que contar una historia». Pero la historia hay que contarla bien, conforme a la realidad, sin desfigurarla ni ocultar aspectos importantes.

Para conocimiento del lector, se expone a continuación lo sucedido en materia de cláusulas de interés variable.

En 1981, se dictó la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, que permitía pactar el interés variable, siempre que se estipulara la cláusula de rescisión o desistimiento del prestatario para el caso de variación del tipo de interés, y siempre que se pactara un tipo de interés de referencia. Esta Orden fue completada por la delegación contenida en la misma a favor del Banco de España, que dictó las Circulares números 12 y 13 de 1981, de 24 de febrero («BOE» de 26 y 27 de febrero de 1981). Junto a ellas estaba, y sigue estando, el fundamental artículo 1256 del Código Civil, que impedía e impide que se pueda pactar una cláusula de interés variable en que el tipo de referencia fuese el interés preferencial de la propia Entidad financiera.

La regulación existente era bastante clara. Pero en su aplicación práctica, el año 1981 y los posteriores se caracterizaron por una vulneración constante de la legislación vigente, siguiendo el criterio de la ley de la jungla, es decir, la ley del más fuerte. Ante los Registradores de la Propiedad comenzaron a circular numerosas escrituras públicas redactadas en base a minutas proporcionadas por las Entidades de crédito, en las que se infringía esa legalidad vigente y se pactaba como norma general el interés preferencial de la propia entidad acreedora añadiendo el diferencial correspondiente, como tipo de referencia de la variación del interés, en contra del artículo 1256 del Código Civil, aparte de otras diferentes infracciones.

Un grupo de Registradores de la Propiedad reaccionó contra dicha práctica en defensa de la legalidad vigente, sistemáticamente vulnerada en las escrituras públicas que se otorgaron durante bastantes años, hoy ya respetada gracias a dicha labor realizada por los Registradores de la Propiedad, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Banco de España, respecto a unos contratos tan importantes como son los de préstamo hipotecario de las entidades financieras.

En esta labor de tratar de acomodar la práctica existente a la legalidad, merecen destacarse algunos Registradores de la Propiedad. Fueron los únicos profesionales juristas que alzaron entonces su voz en contra de esa práctica, permaneciendo otros profesionales en completo silencio y pasividad, apoyando con los hechos esa práctica».

B) LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

Se encuentra resumidamente expuesta en la Resolución de 7 de septiembre de 1988, que dice lo siguiente:

«En la constitución de hipoteca enjuiciada, la única cláusula que se discute es la que establece que, pasado el primer año del préstamo, el tipo de interés anual aplicable será idéntico al que rija en el mismo Banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos con garantía hipotecaria. El Registrador deniega la inscripción «por el defecto insubsanable de dejar su fijación al arbitrio exclusivo de la Entidad acreedora, con infracción del artículo 1256 del Código Civil». *Es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al*

arbitrio de uno de los contratantes» (cfr. arts. 1256 del CC y 10.C.2.º de la Ley de Defensa de los Consumidores). No cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios puesto que estos tienen un mes para optar por devolver el préstamo. Analizados los efectos previstos, resulta que, aun pasado el año, el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y, en cambio, el contrario queda al arbitrio del Banco que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

C) LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 28 DE FEBRERO DE 1995

Dio cuenta de esta sentencia la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, donde aparece unida a un comentario de R. Colina Garea, titulado «El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores». En una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, concertada por la sociedad «B., Sociedad de Crédito, S. A.», demandante en el pleito, se habían establecido unas cláusulas de interés variable, en las que el interés de referencia era el preferencial del «Banco I., S. A.», que pertenecía al mismo grupo de sociedades que la sociedad del crédito. En la demanda se había solicitado la nulidad del tipo de interés establecido en la escritura de préstamo con hipoteca y su reconducción al tipo de referencia que fijara el Banco de España. La demanda había sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid y se interpusieron contra la misma dos recursos, el de la sociedad prestamista y el de los prestatarios, que se habían adherido al recurso de apelación.

Por lo que concierne al primero de los recursos, la Audiencia de Madrid lo desestimó con las siguientes razones:

«En cuanto al recurso presentado por «B., Sociedad de Crédito Hipotecario, S. A.», se desestima al ser inadmisibles los motivos de impugnación en que se basa, y así: A) es cierto que la entidad demandada goza de responsabilidad jurídica propia y por tanto distinta de la de «Banco I. E., S. A.» (B.), pero no es menor verdad que ambas sociedades pertenecen al mismo grupo y por tanto comparten los mismos intereses, como se deduce —entre otros extremos— del hecho de que ambas tuvieron una representación común, don R. L. E. M., según consta en el poder general para pleitos obrante al folio 87; y B) tampoco se puede cuestionar el carácter abusivo de la cláusula segunda del contrato por cuanto la remisión efectuada por la primera sociedad a la segunda para la determinación del interés aplicable no conlleva la objetividad propia de la intervención de un tercero que persigue la Circular del Banco de España número 15/1988, de 5 de diciembre, ni la número 8/1990, de 7 de septiembre, ni la Orden ministerial de 11 de diciembre de 1989, y aún cuando tales Circulares no resultan aplicables por ser posteriores a

la fecha en que se otorgó el contrato suscrito por las partes ahora litigantes –el 11 de octubre de 1988– no hace sino reflejar un principio que también inspiraba el artículo 1256 del Código Civil así como la Ley 26/1984, de 19 de julio (Gral. para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Consiguientemente aun cuando la Circular del Banco de España vigente –núm. 12/1981, de 24 de febrero– no contemplase disposición semejante a la norma primera, párrafo cuarto de la Circular 15/88 (que entró en vigor el 1 de enero de 1989) no por ello dejan de merecer la condición de abusivas aquellas cláusulas como la segunda del contrato antedicho en virtud de la cual ni se recogía con claridad un tipo de interés preferencial aplicable a partir de la primera anualidad, ni se fijaban unas bases para la determinación del mismo ajenas a los intereses del mismo grupo al que pertenece la sociedad demandada, de forma que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1, apartado c) 3.º y 4.º de la Ley General de Consumidores y Usuarios dicha cláusula merece ser declarada nula al romper el equilibrio de prestaciones en perjuicio del consumidor, sin que pueda cuestionarse su naturaleza abusiva por el hecho de que otras entidades bancarias hayan percibido otro interés preferencial superior pues, al margen de que no es objeto de este litigio la actuación de otras entidades, no habría habido inconveniente alguno en exigir al cliente un interés incluso superior si se le hubiese dado la oportunidad de conocer el mismo al tiempo de suscribir el contrato y el referido cliente lo hubiese aceptado o, al menos hubiese consentido que su determinación se hubiese condicionado a un favor objetivo, ajeno a la voluntad de la sociedad prestamista o a la de otra entidad perteneciente al mismo grupo. Y tampoco es óbice para reputar abusiva dicha cláusula el que los demandantes hubiesen podido optar por otro crédito preferencial de los existentes en el libre mercado por cuanto se parte de la consideración de que aquellos no pudieron conocer el importe del tipo de interés que se les iba a aplicar y limitándose a suscribir un contrato de adhesión, cuya redacción, aun cuando sea en buena parte mera aplicación de preceptos legales aplicables, como afirma la apelante, ni se encuentra al alcance de la comprensión de cualquier usuario, ni permite deducir que haya sido el fruto de una negociación en la que ambas partes hayan podido discutir el contenido de todas y cada una de las cláusulas».

La Audiencia, en cambio, estimó el recurso de los demandantes, por entender que los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula debían retrotraerse al momento en que dicha cláusula empezó a aplicarse, pues de lo contrario, se produciría el contrasentido de que la cláusula sería nula pero produciría sus efectos.

Sin embargo, la Audiencia confirmó la decisión del Juzgado consistente en sustituir el tipo pactado por el tipo medio del mercado bancario en base al índice que determinara el Banco de España.

En el comentario de Colina, se coincide con la sentencia en el criterio sostenido respecto de la nulidad de las cláusulas de interés preferencial y se defiende además la aplicabilidad a los mismos de lo dispuesto en el artículo 10 LGCU.

D) EL ARTÍCULO 1256: SUS ANTECEDENTES Y SU SIGNIFICACIÓN

El artículo 1256 CC dice lapidariamente que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». No obstante tratarse de un precepto de aparente carácter rígido, su significación real no ha sido muchas veces estudiada con rigor. Manresa (*Comentarios*, V, p. 556) decía en su momento que son dos los motivos de justicia que fundamentan la terminante prohibición contenida en este artículo: uno, la fuerza obligatoria del contrato, mencionada en el artículo 1258; otro la igualdad esencial de los contratantes, que impide que uno quede sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada de un sujeto sometido y faltaría el consentimiento contractual. Sin embargo, al comentar el precepto en el *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia (Madrid, 1991, II, p. 432), señalé que ninguna de las dos razones que ofrecía el ilustre comentarista parecían decisivas. El artículo 1256 del Código Civil no es una consecuencia necesaria de la fuerza obligatoria de los contratos y tampoco la regla de igualdad de los contratantes parece llevar a las consecuencias en que la interpretación que se ha solido dar al precepto, nos quiere colocar y en la que nos colocaba Manresa, esto es, que si uno de los contratantes queda sujeto al convenio sólo hay una voluntad expresada y falta verdadero consentimiento contractual. Tal conclusión no sería nunca aplicable a los contratos llamados unilaterales, en que uno solo de los contratantes se obliga mientras que el otro, en virtud del contrato, adquiere un derecho, que a su libre voluntad puede ejercitar o no. No por contratar de ese modo puede decirse que falta verdadero consentimiento, verdadera voluntad contractual y verdadero contrato. Por ello, se señalaba que la situación creada cuando uno solo queda sujeto por el contrato y el otro es titular de un derecho en virtud de él, es un problema que pertenece más a la elaboración causal del contrato, pero que es un dato que por sí solo no hace inexistente el contrato. Así, siempre se ha reconocido que el artículo 1256 no impide los contratos que genéricamente se llaman de opción, en los cuales la puesta en vigor del contrato o la decisión sobre su ejecución e inejecución se deja siempre a la libre voluntad de uno de los contratantes que es el adquirente de la opción o el beneficiario de ella. Del mismo modo la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el artículo 1256 no impide tampoco el otorgamiento en un contrato en que uno de los contratantes adquiera, en virtud del contrato, la facultad de ponerle fin, en el momento en que bien le plazca y mediante un desistimiento unilateral, una rescisión también unilateral o cualquier otra posibilidad similar.

En este mismo sentido, existen formas contractuales, en las que la posterior voluntad de una de las partes contratantes puede resultar definitiva para que el contrato se entienda finalmente obligatorio o quede sin efecto. Entre ellas, se suele recordar la llamada venta *ad gustum* que defi-

ne el artículo 1453 CC, como la de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, el crédito documentario revocable y muchas otras figuras contractuales.

Esta constatación conduce a la conclusión de que existe, o puede existir, en el ámbito contractual lo que grosso modo se puede denominar un marco de arbitrio o de voluntad de una de las partes que tiene un indiscutible juego, frente a otros casos en que tal marco de arbitrio debe estimarse inadmisibles, lo que obliga inicialmente a una interpretación reductora de la disposición del artículo 1256, aunque no puede desconocerse que existe una normal tendencia, sobre todo en la práctica jurídica, a considerarlo como una panacea de aplicación universal.

A la misma conclusión de que hay que proceder a una interpretación reductora del artículo 1256 del Código Civil se llega examinando los antecedentes históricos del precepto.

Como señalé en el antes citado *Comentario del Código Civil*, existen algunos consistentes datos para comprender el significado del precepto. Nos los suministra García Goyena al comentar el artículo 979 del Proyecto de 1851, de donde el nuestro procede directamente, pues no tiene paralelo en la codificación decimonónica. García Goyena mencionaba como precedente el artículo 1174 del Código Civil francés, que contiene la regla de la nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa de parte del deudor, que coincide, en términos generales con nuestro actual artículo 1115. En el mismo sentido cita García Goyena los textos de D. 45, 1.17 y siguientes, *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione: Nulla promissio potest consistere quo ex voluntate promittentis statum capit*. Es claro que la referencia se hace a una obligación nacida de *stipulatio* (por consiguiente con un único deudor y un único acreedor), en que el cumplimiento de la promesa se deja a la simple voluntad del promitente. La generalización de la regla a los contratos no deja de producir algunas distorsiones.

A una conclusión similar había llegado Eduardo Valpuesta (*La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Pamplona, 1989), que estudió la cuestión con especial detenimiento. Este autor observa que el artículo 1256, introducido en el artículo 979 del Proyecto de 1851, no tenía correlativo en ningún Código de la época y que tampoco procedía del Derecho histórico español. Y el asombro sube de punto si a la novedad del precepto se une la comprobación de las concordancias que Florencio García Goyena, como intérprete auténtico del Proyecto de 1851, señaló. Cita este autor, como concordancias legales, los artículos 1174 francés, 1127 napolitano, 1265 sardo, 870 de Vaud, 2029 de Luisiana y 1229 (en realidad es el 1292) holandés. Si examinamos las normas citadas aún vigentes, nos damos cuenta de que responden a una idea muy concreta, la de prohibición de la condición potestativa de parte del deudor:

Artículo 1174 del Código Civil francés: «Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige».

Artículo 1292 del Código Civil holandés: «Toute obligation est nulle, lorsque son exécution dépend exclusivement de la volonté de celui qui s'oblige. Cependant si l'obligation dépend d'un fait, dont l'accomplissement est en son pouvoir, et que le fait est accompli, l'obligation sortira son effet».

De la lectura de estos precedentes se desprende que, como ya se ha dicho, al redactar el texto del actual artículo 1256, lo único que se hizo fue generalizar la idea contenida en el artículo 1115 que considera nula la obligación que depende de la denominada condición potestativa pura o simple voluntad del deudor. Que una obligación dependiente de la simple voluntad del obligado no es una verdadera obligación, es algo que no merece discutirse y que gozaba de una amplia tradición en una serie de textos del *Digesto* justiniano que Valpuesta recoge (*op. cit.*, p. 30): No vale la estipulación que se condiciona al arbitrio del promitente; no puede existir promesa alguna cuya validez dependa de la voluntad del que promete; etc. Más la interdicción de las obligaciones bajo condición puramente potestativa, que se refiere a obligaciones simples o unilaterales, con un solo acreedor y un solo deudor —nadie se obliga a nada sin que se obligue a aquello que quiera—, se complica si se aplica a contratos onerosos y, en especial con contratos con obligaciones recíprocas. En este sentido la idea de E. Lalaguna («El contrato de promesa de venta y el retracto convencional», en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1979, p. 108) de que el artículo 1256 generaliza a todo tipo de obligaciones una regla de la obligación unilateral, no puede resultar enteramente convincente. Los supuestos antes mencionados del contrato de opción y tantos otros en que juega el criterio de la voluntad de una de las partes, sirven para ponerlo de manifiesto. Porque la prohibición juega razonablemente cuando sólo hay un deudor y éste se obliga a lo que quiere obligarse; no juega del mismo modo, ni el artículo 1115 lo prohíbe en puridad, cuando la obligación se deja a voluntad del acreedor. Y por la misma razón no puede aplicarse cuando las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras.

Las perplejidades que suscita el artículo 1256 CC suben de punto cuando se le quiere interpretar literalmente pues en él lo que se prohíbe es que se deje al arbitrio de uno (solo) de los contratantes «la validez y el cumplimiento de los contratos».

Como señalé en la ocasión antes mencionada (*Comentarios*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 433) es difícil determinar si la expresión «validez» tiene en el artículo 1256 un significado técnico preciso y si se refiere, por consiguiente, al régimen de la nulidad o de la ineficacia del contrato o, si por el contrario, ha de entenderse más bien referida a su vigencia o al comienzo de su obligatoriedad. Si fuera esto último, hay que repetir algo que anteriormente ya se ha dicho: que ha de valorarse desde el punto de vista de la causa del negocio la posibilidad de que se conceda a una de las partes la facultad de ponerlo en vigor, cosa que ocurre en la

promesa de contrato, en los contratos de opción y en tantos otros supuestos. Referido a la validez en sentido estricto, el precepto carece por completo de sentido, puesto que la validez se encuentra regulada por la ley. En este sentido lo único que el precepto puede estar prohibiendo es que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal y general de la ineficacia contractual, aunque no está impidiendo, por supuesto, que la ineficacia quede dependiente de la voluntad de una sola de las partes, cosa que la ley en muchas ocasiones permite.

Por lo que se refiere al «cumplimiento de los contratos», el precepto puede entenderse en el sentido de que ninguna de las partes posee la facultad unilateral de modificar el sistema previsto de cumplimiento contractual, salvo que esta facultad le haya sido expresamente concedida (v. gr. pacto sobre forma alternativa de cumplir, etc.). Significa también que no presenta ninguna justificación un cumplimiento diferente del convenido, por más que pueda encontrarse impuesto por las circunstancias. Y pocas cosas más.

De todos modos, los módulos a través de los que el precepto se mueve —validez, cumplimiento— no cierran el círculo de los problemas, ya que la interdicción de la arbitrariedad de uno de los contratantes puede resultar más amplia. El precepto se encuentra así especialmente mal definido, pues, por una parte, se le ha hecho decir más de lo que dice y, por otra, mucho menos.

E) EL SIGNIFICADO DE LA IDEA DE «ARBITRIO» EN EL ARTÍCULO 1256 Y LA INTERPRETACIÓN REDUCTORA DEL PRECEPTO LEGAL MENCIONADO

Al estudiar hace años la figura del «arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos» (Barcelona, 1959), señalé la idea de que la expresión «arbitrio» en el artículo 1256 y en otros muchos de nuestro Código Civil, no puede entenderse como equivalente a la de *mera voluntas* o pura y simple voluntad de un sujeto de derecho, sino que, en las fuentes romanas, arbitrio en general, y en especial algunas de las formas que podía revestir, presentaban un sentido distinto; ello era mucho más claro en los casos en que las partes se remiten al arbitrio de un tercero, como ocurre en la compraventa por el precio que un tercero designe, regulada en el artículo 1447 del Código Civil o en la sociedad en la que se remite a un tercero la fijación de la cuantía de participación de cada socio en las ganancias sociales, que procede de un texto de Próculo consignado en el *Digesto* justinianeo 17,2,76 y que actualmente se encuentra en el artículo 1690 CC. En efecto arbitrio, en lengua castellana significa libre arbitrio o facultad de opción, pero significa también sentencia de un juez árbitro y la facultad que se otorga, sobre todo, al juez, para apreciar determinados elementos sobre todo de derecho cuando no aparecen fijados por la ley. En este sen-

tido diverge, notoriamente, de arbitrariedad que el diccionario define como acto injusto o infundado.

Precisamente porque la idea de arbitrio encierra un enjuiciamiento o una decisión, los textos clásicos distinguieron siempre entre un *arbitrium merum* y un *arbitrium boni veri*. Como señaló en su momento Cogliolo, los juristas romanos intuyeron y formularon el principio de que la remisión a un tercero, no significaba remisión a su capricho, sino al juicio de *bonus vir*, lo que significa un enjuiciamiento realizado de acuerdo con pautas o parámetros que, en alguna medida, se pueden objetivar. Por eso, en relación con la indefensión de una de las partes en la integración del contrato, algunos textos romanos separaron la simple voluntad de una de las partes (*quanti velis*) y el juicio de equidad (*quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris*).

La conclusión que hay que sacar de la exposición anterior es que, cuando el artículo 1256 CC se refiere al «arbitrio» lo utiliza en el sentido de mera voluntad o decisión libre de una de las partes, sin comprender para nada, ni en su letra ni en su espíritu, al llamado *arbitrium boni veri* o arbitrio de equidad.

Tras todas estas consideraciones, resulta notorio, que el artículo 1256 CC no puede ser utilizado para resolver la cuestión que aquí se encuentra planteada y que, tal como lo estamos entendiendo, no hace otra cosa que dotar de un alcance algo más general a la interdicción de la condición meramente potestativa del artículo 1115 o, si se prefiere, consagra la idea de que los contratos, y las obligaciones contenidas en ellos, no pueden dejarse a la voluntad de los sujetos que queden obligados.

F) EL PROBLEMA DEL ARBITRIO DE UNA DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES

El artículo 1261 del CC exige que el objeto del contrato sea *cierto* y el artículo 1273 ordena que sea una cosa *determinada* en cuanto a su especie. La justificación de la exigencia de determinación del objeto contractual no es difícil de encontrar. Por un parte, no puede haber obligaciones contractuales si no ha quedado determinado en qué consisten tales obligaciones, pues sin determinación no hay obligación. Y, por otra parte, tampoco existe verdadera obligación contractual si la concreción del objeto del contrato se ha dejado para un momento posterior en que tenga que producirse un nuevo acuerdo de las partes, pues sólo este nuevo acuerdo es el acuerdo final que cierra los tratos previos, de manera que hasta ese momento ningún contrato ha quedado perfeccionado.

No obstante la exigencia de determinación «en cuanto a la especie», no se suele encontrar dificultad para admitir que el objeto del contrato ha quedado determinado, si las partes han establecido sus líneas generales y han establecido, además, criterios de determinabilidad que operen con

independencia de la voluntad de ambas partes, sin necesidad de que se produzca lo que el artículo 1273 llama «un nuevo convenio entre los contratantes». En este sentido, la ley permite que las partes se remitan a criterios exteriores como pueden ser los precios de un mercado o de una bolsa o que se remitan, para que realice la plena determinación de la prestación, al arbitrio de un tercero.

Más difícil de resolver es la cuestión relativa a si, en nuestro Derecho, resulta admisible la determinación por arbitrio de una de las partes. Por supuesto que, cuando en estos momentos hablamos de arbitrio de una de las partes, lo estamos haciendo en el sentido de *arbitrium boni viri*, arbitrio de equidad o de arbitrio objetivo y no en el sentido de mera y simple voluntad. He manifestado ya en otro lugar mi opinión favorable al funcionamiento del *arbitrium boni viri* de una de las partes contratantes, siempre que se permita la posterior revisión por la autoridad judicial de tal arbitrio, cuando este no resulte conforme a la equidad o a las reglas señaladas como criterio de la emisión. Esta opinión se fundaba en el Derecho Romano donde existían textos que permitían afirmarlo así; y en que es además la línea admitida por el moderno Derecho alemán que permite que la prestación objeto del contrato pueda ser determinada por una de las partes, presumiéndose que ha de hacerse conforme a un juicio equitativo y estableciéndose que la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte cuando resulta conforme a la equidad, de manera que puede ser revisada cuando no sea equitativa por la autoridad judicial.

La admisión de la posibilidad de determinación de la prestación por *arbitrium boni viri* de una de las partes ha sido aceptada por autores italianos. Así, Scaduto, en «Gli arbitratori nel Diritto privato italiano», en *Annali della Università di Palermo*, 1923, XI, pp. 5-16. En el mismo sentido, se pronunciaba Longo (*Diritto delle obbligazioni*, Turín, 1950, p. 37) para el que la prestación en ese caso debe tener un carácter determinable o contener elementos fijos para su determinación de modo que no presente una indeterminabilidad absoluta. También Luzzatto (*La compraventa según el nuevo Código Civil italiano*, Madrid, 1953, trad. de Bonet Ramón, p. 62) y Rubino («La compravendita», en *Trattato di Diritto civile e commerciale dirigido por Cicu y Messineo*, p. 107). El primero de los autores citados señala —lo que es inobjetable— que debe existir un grado suficiente de determinación de los elementos del contrato que autorice la emisión de un juicio fundado en equidad respecto de otros elementos esenciales no determinados.

En la doctrina española sólo los anotadores de Enneccerus, Pérez González y Alguer, se mostraron partidarios de la determinación por arbitrio de una de las partes siempre que queden sentadas bases objetivas con expresión suficiente para que la prestación pueda ser considerada como determinable. Los autores citados señalaban que el arbitrio tiene que moverse dentro de límites muy precisos en cuanto a equidad pues no puede sobrepasar la prohibición general del artículo 1256, admitiendo al mismo tiempo que si la determinación realizada lo fuera en términos

injustos podría reclamarse judicialmente contra tal determinación siendo, finalmente, el Juez quien lo señalará.

Ello no obstante, la mayor parte de la doctrina española se ha mostrado contraria a la admisión de esta posibilidad, sobre la base, como afirma Albaladejo, de que la ley no distingue –entre arbitrio mero o arbitrio de equidad– razón por la que hay que entender que la prohibición alcanza a ambos.

Recientemente, sin embargo, E. Valpuesta (*op. cit.*, p. 256 ss.) se ha mostrado partidario de la admisión del *arbitrium boni viri* de una de las partes sosteniendo que la verdadera intención de los artículos 1256, 1447, 1449 y 1690 es prohibir el arbitrio mero o *mera voluntas*, pero no un arbitrio fundado en equidad.

En relación concretamente con los tipos de interés, a una conclusión parecida ha llegado Felix López Antón (*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Madrid, 1985, Ed. Montecorvo, p. 256). Según este autor:

«La conclusión que de todo lo anterior cabe obtener, en relación con la significación y alcance del artículo 1256 del Código Civil, es que la prohibición contenida en éste se refiere a las condiciones rigurosamente potestativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1115, siendo, pues, de aplicación al caso de las obligaciones condicionales, pero no al supuesto de las obligaciones puras en las que una de las prestaciones contractuales se deja en cuanto a su determinación al arbitrio de equidad (el llamado *arbitrium boni viri*) de una de las partes contratantes. Se trataría de lo que la doctrina denomina condiciones simplemente potestativas, a las que Beltrán de Heredia se refiere en el sentido de que “la voluntad de los contratantes... puede también servir para integrar la condición a que supeditan las obligaciones contractuales no de modo exclusivo y único, sino junto con otros hechos externos que contribuyen a su formación. Generalmente la preceden funcionando el elemento volitivo a través de un proceso de valoración de su alcance y consecuencias con respecto al resultado contractual. Este tipo de condiciones, como señala el propio autor, “no está recogida directamente en nuestra legislación, pero puede verse su posible admisión en el propio artículo 1115 del Código Civil a *sensu contrario*, cuando por mediar la concurrencia aludida no se trate de la exclusiva voluntad del obligado».

En lo que respecta en particular al interés preferencial, F. López Antón dice:

Es evidente que éste es fijado por la propia entidad acreditante en el ámbito de su esfera interna, sin que existan en este supuesto unos criterios objetivos que puedan ser utilizados para determinar aquél. Sin embargo, ese hecho no debe llevar a concluir que la aplicación del tipo preferencial conculque la disposición del artículo 1256, y ello por lo que anteriormente se ha señalado respecto a la interpretación de tal precepto, ya que la fijación del tipo preferencial sería un caso de arbitrio de equidad, mientras que la prohibición de la norma del Código Civil

parece más bien ir dirigida al supuesto del libre arbitrio (es decir, lo que sería el *quanti velis* en contraposición al *arbitrium boni viri*). Ahora bien, este argumento, inicial y básico, de validez del tipo de interés preferencial como tipo de referencia debe ir apoyado por la buena fe en el ejercicio por la entidad acreditante de la facultad de su determinación, dando así cumplimiento a lo establecido respecto a los principios de la contratación mercantil por el artículo 57 del Código de Comercio, así como por los artículos 1258 y 7, 1 del Código Civil.

G) UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO COMO VÍA DE CORROBORACIÓN DE LAS CONCLUSIONES ANTERIORES

Para contrastar las conclusiones a las que hemos llegado en los apartados anteriores, tal vez sea oportuno hacer alguna referencia a los datos que nos suministra el Derecho comparado.

a) El problema no se plantea en absoluto en el Derecho alemán donde rige el parágrafo 315 BGB, que permite la determinación de la prestación contractual por una de las partes contratantes, presumiendo que ésta debe actuar de acuerdo con criterios o juicios objetivos de equidad, de manera que si la determinación se hace faltando a la equidad puede ser impugnada ante la autoridad judicial que realiza, de proceder la impugnación, el juicio requerido. Que este criterio puede funcionar en materia de intereses variables es algo que admiten los comentaristas. Así, se admite en el comentario al citado parágrafo 315, especialmente Palandt y en el comentario del Código de Comercio, en relación con los contratos bancarios, Klaus-Wilhem Canaris, para quien la norma es aplicable aunque el pacto se encuentre incorporado a condiciones generales de la contratación.

b) El problema tiene un aspecto diferente en el Derecho francés. La primera sentencia que conozco en que se cuestiona directamente la cláusula de variación de intereses pactados sobre el llamado interés preferencial de la banca, que es idéntico a nuestro interés preferencial (*taux bancaire* de base o TBB), es la sentencia de la Corte de casación de 2 de mayo de 1990. Que el TBB es idéntico al interés preferencial y al *prime rate*, lo pone de manifiesto el *Lexique de banque et de bourse*, de Dalloz, donde TBB se define del siguiente modo: «tipo de interés mínimo que puede permitir el establecimiento de un crédito cuando se concede un crédito. Lo fija libremente cada establecimiento, aunque el efecto de alineamiento juega entre ellos. El TBB es un tipo de referencia que luego resulta aumentado en función de diversos factores (cliente, sector de actividad, duración del crédito, riesgos en que se incurren...)».

La nota del antes citado *Lexique*, termina con la siguiente indicación: «Comp. Prime rate».

En el caso decidido por la sentencia de 2 de mayo de 1990, una sociedad financiera, «Sofal», había prestado al matrimonio Lévy tres millones

de francos, por un tiempo de dos años a un interés anual que estaba fijado a través del interés de referencia aumentado en cuatro puntos y medio. Cuando tres años después los prestatarios recibieron un requerimiento de pago, sostuvieron que la cláusula relativa a los intereses era nula por ser puramente potestativa y depender de la sola voluntad de la «Sofal». La Corte de apelación de Nancy había rechazado la alegación de los prestatarios, considerando que el pacto sobre el interés en ningún caso estaría afectado por una condición potestativa de parte del deudor, de acuerdo con el precepto relativo del Código Civil sobre la condición potestativa, todo ello sin necesidad de investigar si el tipo de interés era determinable por referencia a factores del mercado financiero exteriores a la voluntad del prestamista.

Sin embargo, la Corte de casación, en la citada sentencia de 2 de mayo de 1990, casó la sentencia de la Corte de Nancy considerando que, al pronunciarse del modo que ha quedado esbozado, sin investigar si el tipo de interés era determinable por referencia al mercado financiero exterior sin referencia a la voluntad del prestamista, no había dado base legal alguna a su decisión.

La segunda sentencia es la de 9 de junio de 1992. Se trataba, en este caso de una apertura de cuenta corriente en una entidad financiera, el «Credit du Nord», a una sociedad la «Les Magassins Prism», en la que se había pactado para los descubiertos un incremento del 5,5 puntos sobre el TBB, que en aquel momento, 1977, era del 9,30 por ciento al año. La sentencia recurrida de la Corte de apelación de París había anulado la estipulación y la había sustituido por el interés legal.

La Corte de casación confirmó el criterio de la nulidad de la cláusula, aunque casó la sentencia recurrida en la medida en que sustituía el pacto por el interés legal.

En lo que concierne al problema del pacto, la sentencia dice que la misma sociedad recurrente había reconocido que el TBB de cada establecimiento bancario lo fija unilateralmente cada banco y no había probado que el interés variara en función de elementos precisamente definidos y objetivos que hicieran a esta variación independiente de su sola voluntad. Por esta razón la sentencia de la Corte de apelación se encontraba legalmente justificada al entender que la indeterminación de la cláusula concerniente a la variabilidad del tipo de interés era contraria a la disposición del artículo 1129 del Código Civil y que ello la hacía nula. A ello se debía añadir que el hecho de que fuera nula por indeterminación del objeto, no la hacía susceptible ni de confirmación ni de ratificación.

El precepto del Código Civil francés que en esta sentencia se pone en juego de manera expresa y en la anterior de manera implícita, es el artículo 1129, relativo a la determinación del objeto de la obligación y, por tanto, muy similar a nuestro artículo 1273. Según el artículo 1129, es preciso que la obligación tenga por objeto una cosa por lo menos determinada en cuanto a su especie, aunque la indeterminación en la cantidad no es

obstáculo para la validez del contrato siempre que se pueda proceder a la determinación.

La sentencia de la Corte de casación de 1 de febrero de 1994 reiteró la tesis de que la cláusula de variación del tipo de interés en función de elementos dependientes de la voluntad del prestamista, es nula por ser contraria a las disposiciones del artículo 1129 del Código Civil.

La última de las sentencias que conozco, en la Corte de casación francesa, es de 9 de julio de 1995 y se refiere a una apertura de cuenta corriente en el «Crédit Commercial de France», con un pacto de intereses aplicable a los descubiertos en cuenta, que se estipulaba en función de la TBB de la propia entidad de crédito.

La Corte de apelación había considerado que el artículo 1129 no era aplicable a la determinación del precio, lo que la Corte de casación considera infundado.

Las tesis de la Corte de Casación fueron razonablemente aceptadas por los comentaristas, como se desprende de la reseña de Cristian Gavalda en el *Recueil Dalloz Sirey* de 1992, pp. 531.

Ello, no obstante, el 1 de diciembre de 1955 se dictaron cuatro sentencias votadas en un Pleno de la Corte de Casación, que, en materia de contratos de suministros, admitieron la posibilidad de remisión a los precios fijados unilateralmente por el suministrador e hicieron alusión a la posible aplicación cuando el precio fuera excesivo de la fórmula del abuso del derecho en la fijación del precio, lo que, si bien se mira, es otra forma de llegar a la *reductio ad arbitrium viri* por vía judicial cuando la parte a quien se confirió al facultad, la ejercita de forma inadecuada.

De estas cuatro sentencias, tres se referían a contratos de instalaciones telefónicas y una a un contrato de franquicia. Según se desprende del citado *Recueil Dalloz Sirey*, había intervenido sosteniendo la tesis que luego hace suya el Tribunal, el primer abogado general Michel Jéol. La tesis del abogado general que es luego la tesis del Tribunal es la siguiente:

1.º Cuando una convención prevé la conclusión de contratos ulteriores, la indeterminación del precio de estos contratos en la convención inicial no afecta, salvo disposiciones legales especiales, a la validez de aquellas y el abuso en la fijación de los precios, si hay lugar a aplicarlo, sólo da lugar a rescisión o indemnización.

2.º El artículo 1129 del Código Civil no es aplicable a la determinación del precio. Por ello un tribunal de apelación, ante quien no se ha presentado una demanda de rescisión o de indemnización por abuso en la fijación del precio, justifica legalmente su decisión cuando rechaza la excepción de nulidad de un contrato de una instalación telefónica, si dicha nulidad se fundaba en la indeterminación del precio de una parte de las prestaciones estipuladas.

En la sentencia relativa a contrato de franquicia se dice, además, que «las cláusulas de un contrato de franquicia que hacen referencia a las tarifas en vigor en el momento de los pedidos, no afectan a la validez del

contrato y el abuso en la fijación de los precios sólo da lugar a la rescisión o indemnización».

Las cuatro sentencias han sido objeto de amplios comentarios de Jacques Ghestin y de Laurent Aynès, profesores ambos de la Universidad de París. El último de dichos autores señala que la tesis de estas sentencias —que ambos comentaristas saludan con alborozo, haciéndose eco de las críticas que en materia de contratos de suministro había recibido la anterior jurisprudencia—, tiene que ser aplicable a los préstamos a interés. L. Aynès dice, literalmente, que nada impide convenir libremente la variación de los tipos de interés y que el hecho de que se haya considerado inaplicable a la fijación del precio el artículo 1129, sobre el cual se fundaba la jurisprudencia anterior para prohibir el pacto de interés preferencial, debe entrañar el abandono de la solución antigua y que, a reserva del respeto a las reglas de forma, porque en el Derecho francés se exige que el pacto de intereses figure por escrito, la utilización del interés preferencial se ha convertido en lícita, si bien su aplicación abusiva, podrá producir la responsabilidad contractual del prestamista.

Hasta donde mis informaciones alcanzan en el momento actual, se ha dictado después una sentencia en la Corte de apelación de París que hace aplicación de la antes mencionada doctrina al llamado TBB, diciendo especialmente que el artículo 1129 del Código Civil no es aplicable a la fijación de los precios y, por consiguiente, a la fijación del tipo de interés.

Existe, por último, una sentencia de la Sala de lo comercial de la Corte de Casación, que reitera la tesis de que el artículo 1129 no se aplica a la determinación del precio y que, por consiguiente, el Tribunal de apelación había justificado legalmente su decisión al considerar que el tipo de interés convenido podía variar en función de la evolución del TBB, cuando así se había pactado al abrir la cuenta.

c) En el Derecho belga el problema no parece haberse planteado. Según Alain Sergysels (*Revue de Droit Bancaire & Financier*, 8/1996, pp. 493) el artículo 1129 del Código Civil francés, vigente también en Bélgica, no parece susceptible *a priori* de permitir una censura de las cláusulas de variabilidad de los intereses. El autor citado señala, igualmente, que la Corte de Casación belga, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tales cláusulas de variabilidad, aunque la opinión del autor es favorable a ellas. Según el mismo autor, una sentencia de 21 de diciembre de 1989 de la Corte de Apelación de Lieja ha dado implícita validez a este tipo de cláusulas, en un caso en que se aplicaba un tipo que se encontraba expuesto en las agencias de los bancos y había sido publicado por la prensa, aunque en este caso la nulidad absoluta del artículo 1129 del Código Civil no había sido invocada. Otra sentencia del mismo tribunal de 25 de mayo de 1993 ha mantenido una solución análoga. El autor antes citado recuerda que otros autores habían comentado favorablemente en la *Revue de Droit Commercial* dos sentencias del Tribunal de Nivelles, de 18 de febrero de 1993 y de 19 de abril de 1994, que consagraban la teoría llamada en lengua neerlandesa de la «partijbeslissing». Según esta doctrina, un contrato puede

instituir el derecho de una de las partes de fijar o modificar unilateralmente la extensión de la obligación de la otra, de acuerdo con los límites de una ejecución de buena fe y a reserva de una revisión judicial.

d) La situación es mucho más confusa en el Derecho italiano. Para el conocimiento del Derecho italiano en esta materia me he servido del *Digesto delle Discipline Privatistiche* (Sezione Civile, IX, UTET, p. 566 ss.) en la voz «intereses», redactada por Bruno Inzitari, que es uno de los mayores expertos en esta materia. En Italia como en Francia, el Código Civil exige que el pacto de intereses conste por escrito, por lo que la discusión ha girado en torno a la validez de una cláusula que habla de «condiciones usuales en la plaza», para decidir si con ella, y por la vía de la remisión a otras fuentes que en ella se produce, se cumple o no se cumple la exigencia de que el pacto quede fijado por escrito. Por regla general, la Corte de casación italiana había sido favorable a esta solución y en la misma línea se encontraban un buen número de autores, aunque parece observarse alguna línea crítica en algunos tribunales de instancia. Así por ejemplo, Inzitari cita una sentencia del Tribunal de Macerata, de 17 de agosto de 1989 que considera inaceptable la referencia al *prime rate*, aunque Inzitari cita otras sentencias del Tribunal de Milan que habían admitido el tipo bancario llamado *prime rate*.

11. LA FACULTAD DE PAGO O REEMBOLSO ANTICIPADO

Tuve ocasión de poner de manifiesto hace ya tiempo («El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXVIII, núm. 73, 1959, p. 37) que, cuando contractualmente se establece un tiempo determinado para el pago de las obligaciones, el tiempo de cumplimiento funciona ante todo como requisito de la regularidad del pago, pero funciona, además, como límite de las respectivas facultades de las partes, lo que quiere decir que el acreedor, en cuanto titular del derecho subjetivo de crédito no puede ejercitar su derecho antes del tiempo señalado. No puede, por tanto, exigir el cumplimiento ni pretenderlo; y si lo hiciera el deudor puede detener esta pretensión oponiendo la excepción de falta de vencimiento de la deuda, que, según una antigua tradición que procede del Derecho romano, era la *plus petitio tempore*, puesto que se decía «*qui premature petit plus petere videtur*». El tiempo de cumplimiento limita además, la facultad de liberación del deudor. Antes de la llegada del tiempo no puede obligar al acreedor a aceptar el pago y el acreedor puede justamente rechazar el ofrecimiento anticipado de pago sin que exista por ello *mora credendi* y sin que, por tanto, pueda el deudor realizar el pago por consignación. Estas ideas absolutamente claras, se ven oscurecidas, o por lo menos matizadas, cuando el plazo, en lugar de estar fijado contractualmente en beneficio de ambas partes, que es la hipótesis antes descrita, lo está en beneficio de una sola de ellas. En efecto, el plazo puede estar establecido en beneficio

del deudor, por considerar que le proporciona una facilidad o por creer que el único interés del acreedor es recibir la prestación lo antes posible, y el del deudor realizarla lo más tarde posible. Puede, en determinados contratos, estar establecido el plazo exclusivamente en interés del acreedor lo que ocurrirá cuando el derecho de crédito tenga por contenido una determinada conducta del deudor que al acreedor le puede interesar anticipar. El ejemplo clásico y repetido a través de la mayoría de los autores es del contrato típico de depósito en el que, como decía Dernburg, el depositario se obliga contractualmente a custodiar la cosa dada en depósito durante todo el tiempo convenido, pero el depositante está en todo momento facultado para exigir el cumplimiento de la deuda restitutoria.

El problema radica, así contempladas las cosas, en determinar cuál es, en primer lugar, la conclusión legal en nuestro Derecho; y, en segundo lugar, cuál es la solución concretamente dada al problema en el contrato que nos ocupa.

La más antigua concepción fue, sin duda, la del plazo como beneficio del deudor, que, por consiguiente, faculta por regla general a éste para liberarse de manera anticipada sin que el acreedor pueda oponerse.

Fue la regla que predominó en el Derecho romano según ponen de manifiesto los romanistas y se deduce de un párrafo de Ulpiano, en *Digesto*, 45, 1, 41, y en *Digesto*, 50, 17, «*diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore*».

Fue también la solución que dominó en el Código Civil francés cuyo artículo 1.187 preceptúa que «el término se presume siempre estipulado a favor del deudor, a menos que no resulte de la estipulación o de las circunstancias que ha sido convenido también en favor del acreedor». En el Código Civil francés se inspiró el artículo 1047 del Proyecto español de 1851 y el Código Civil italiano, tanto el primero, de 1865, como el nuevo de 1942. Es hoy, además, la regla del Código Civil alemán, que en el párrafo segundo del parágrafo 271 dice: «si se ha determinado un tiempo (para prestación), en la duda se entiende que el acreedor no puede exigir la prestación antes de este tiempo y que el deudor, en cambio, puede realizarla antes». Dernburg, uno de los más acreditados pandectistas, ponía de manifiesto, cómo el Código alemán había seguido en este punto la doctrina romanista.

La solución de que el plazo se encuentra establecido en beneficio de ambas partes, posee también, una importante tradición histórica. El Derecho prusiano fue, según parece, el que alteró la regla romanista del plazo presumido como beneficio del deudor en el artículo 54 (parte I, tít. XVI). En los artículos 55 y 56 preceptuaba, muy claramente, que el acreedor no tiene derecho a exigir el pago antes de que el día prefijado haya transcurrido totalmente, y que el acreedor no está obligado a recibir el pago antes del tiempo prefijado. En el Derecho prusiano se inspiró el Código Civil austriaco de 1811 (art. 1413) y lo que seguramente para nosotros es más importante, el Código Civil argentino de 1869. Vélez Sarsfield, autor de dicho Código, al comentar la solución por él insertada en el artículo 570,

criticaba la idea del Código Civil francés y de sus comentaristas, que establecían la presunción del beneficio del deudor, alegando que el pago puede no ser de dinero y que, además en el Derecho comercial el término se presume establecido en interés común, y no hay razón para que no ocurra lo mismo en el Derecho civil. Razones todas ellas que indujeron a Vélez Sarsfield, según expresamente señaló, a aceptar la solución del Código Civil prusiano y a rechazar la solución francesa. Hay que observar en todo caso que la referencia que Vélez Sarsfield hacía al Derecho comercial, estaba recogida en la doctrina francesa de su tiempo, donde, sin embargo, el tema era especialmente discutido. En el Derecho francés, la idea de que en el Derecho mercantil debe negarse la aplicación de la presunción del plazo como beneficio del deudor, trató de encontrar su fundamento en la necesidad de dotar al crédito, que es el alma del tráfico mercantil, de una protección más fuerte y más seria. La cita al respecto se puede encontrar en Griollet-Verge, *Nouveau Code civil annoté*, (París, 1903-1905, III, p. 35). Como argumentos de tipo legislativo se alegaban las normas relativas a la letra de cambio y a los pagarés a la orden.

El Código Civil español, en el artículo 1127 dice expresa y lacónicamente: «siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro». No resulta fácil establecer las razones por las que los autores del Código Civil español se apartaron de la tradición del beneficio del plazo en favor del deudor, que era la romana, la romanista y la que había aceptado García Goyena en el Proyecto de 1851. Es seguro que se inspiraron en Vélez Sarsfield. Mucius Scaevola encontraba la razón de la norma en las dificultades prácticas que originaba el sistema del plazo en beneficio del deudor y, al mismo tiempo, encontró un fundamento más consistente y más en conformidad con el principio *pacta sunt servanda*.

Sea de ello lo que fuere, no ofrece ninguna duda la dicción literal del artículo 1127. Aunque el Código literalmente hable de «presunciones», no estamos genuinamente ante una regla presuntiva, si bien es cierto que quien alega que el término es un beneficio común de ambas partes podrá servirse de la regla legal, y quien alegue lo contrario tendrá que demostrar que el contrato o las circunstancias de su obligación en el caso concreto, conducen a esa solución. Como quiera que el precepto permite que el tenor del negocio jurídico constitutivo de la obligación u otras circunstancias concurrentes en el momento de su otorgamiento, permiten obtener otro tipo de conclusiones en relación con la voluntad de las partes, puede decirse rigurosamente que la regla del artículo 1127 es una regla de interpretación legal de los contratos y de los demás negocios jurídicos, que no excluye, ciertamente, la aplicación de otras posibles reglas. Quien sostenga que está puesto en beneficio de una de las partes, oportará, sin embargo, la carga de esta demostración de acuerdo con los criterios interpretativos.

La regla del artículo 1127 del Código Civil coincide con la que establece el artículo 46 de la Ley Cambiaria y del Cheque, según la cual *el*

portador de una letra de cambio no podrá ser obligado a recibir el pago antes de su vencimiento.

Esta regla expresamente prevista para la letra de cambio, está declarada aplicable a los pagarés en el artículo 96.

En el artículo 10 LCC y en el artículo 9.3 LVPBM se establece, con carácter imperativo, la facultad de desestimiento de los efectos derivados del contrato. No obstante, en cualquier momento de vigencia del contrato, el comprador podrá pagar anticipadamente, de forma total o parcial, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido. Es una facultad muy amplia: pagar total o parcialmente el importe debido y hacerlo en cualquier momento. De esta suerte, en el Derecho de los consumidores se retorna a la vieja regla de acuerdo con los cuales *dies pro reo est* y se deroga para este sector lo ordenado en el artículo 1127 del Código Civil.

12. LA FACULTAD DE REEMBOLSO ANTICIPADO Y LAS LLAMADAS «COMISIONES DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA»

Como es lógico, no basta al legislador con establecer la facultad del deudor-consumidor de reembolsar anticipadamente el préstamo si se deja a la plena libertad contractual, en la que, obviamente las entidades de crédito llevarán las de ganar, la posibilidad de establecer contraprestaciones por la susodicha amortización anticipada. Como es sabido, el problema se planteó agudamente en los trabajos preparatorios de lo que después fue la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que, para favorecer la generalización de los beneficios sobre el marcado descenso de los tipos de interés que por esos días ocurrió, permitió que deudores y constituyentes de hipotecas subrogaran a nuevos acreedores, aún sin el consentimiento de los antiguos, en virtud de una ampliación del criterio que se encontraba desde antiguo recogido en el artículo 1211 CC. Tal norma se podía aplicar sin especiales problemas en aquellos casos en que los créditos siguieran las reglas generales del Código Civil. En aquellos otros, en cambio, en que, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, se facultaba al deudor para llevar a cabo una amortización anticipada, pero pagando una «comisión», el problema se planteó agudamente y hubo que resolver la cuestión decidiendo que si el tema se dejaba a la plena libertad contractual, se tasaban las llamadas comisiones de amortización anticipada o se les ponía por lo menos un límite. No es nuestro propósito estudiar aquí la Ley de 1994, que no era especialmente una Ley de protección de los consumidores, pero hay que señalar que a partir de ese momento el problema de las llamadas comisiones por amortización anticipada se ha ido trasladando a las leyes posteriores. En la Ley de 1994, el criterio que se siguió fue aplicar la regla *pacta sunt servanda* cuando se había reconocido la facultad de amortiza-

ción anticipada sin fijar ninguna comisión o cuando se hubiera fijado una comisión igual o inferior al 1 por 100. En los demás casos, la Ley ordenaba imperativamente reducir la mencionada comisión al 1 por 100. En la Ley de 1994 la regla anteriormente recordada se completó con otra donde se aludía al daño económico sufrido por el acreedor como consecuencia de la amortización anticipada. Este daño económico no impedía el pago anticipado, ni permitía tampoco elevar el tipo de comisión (la Ley se limita a decir que el daño podía alegarse y demostrarse y que podía reclamarse una indemnización por el daño producido, pero no llegó a saberse quién debía indemnizar el daño ni por qué causa). Es muy difícil que lo indemnice el deudor que se limita a hacer uso de una facultad que la Ley le confiere y tampoco se ve razón alguna para que lo indemnice el nuevo acreedor que no hace otra cosa que entrar en el juego de la libre concurrencia.

Todas esas consideraciones explican en buena medida las reglas que ahora contiene el artículo 10 LCC. La primera es que el consumidor puede reembolsar anticipadamente, de forma parcial o total y en cualquier momento de vigencia del contrato el préstamo concedido. Lo que significa, como ya se ha dicho, que en los contratos de crédito al consumo se retorna a la vieja regla romana y romanista de que el plazo es beneficio del deudor. Además, la Ley limita las cantidades que, de acuerdo con el contrato, el acreedor puede percibir por la amortización anticipada. El artículo 10 LCC reconoce el derecho del acreedor a percibir una cantidad por el reembolso anticipado que denomina «compensación» siempre que se haya pactado. No se explica muy bien la razón o la causa de este derecho del acreedor que presenta su justificación cuando los capitales estaban colocados a un tipo de interés atractivo, si el reembolso es anticipado y obliga a una colocación menos atractiva o menos rentable o dificulta la operación de refinanciación. La LCC sigue en este punto las huellas del 94 y opta por limitar las comisiones o compensaciones. En ningún caso podrá exceder del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito o con interés variable por decirlo de forma más vulgar; y un 3 por 100 en el caso en que el contrato no se hubiera contemplado la modificación del coste del crédito.

Además, no podrán exigirse los intereses del préstamo que no estén devengados cuando se produce la amortización anticipada.

Una regla prácticamente idéntica se reitera en el artículo 9.3 LVPBM: «el comprador sólo podrá quedar obligado a abonar, por razón del pago anticipado o reembolso, la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado y que no podrá exceder del 1,5 por 100 del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 por 100 en los contratos con tipo de interés fijo».

13. LA LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES SOBRE DEDUCCIONES O RETENCIONES

Un punto que requiere alguna atención es lo que puede denominarse «limitación de las cláusulas penales» previstas como deducciones o retenciones, en los contratos de crédito o de financiación, vinculados a otros en que se estipule la adquisición de bienes o servicios. Este tipo de retención o deducción, calificados adecuadamente como «cláusula penal», presentaba el obstáculo de que no tenía en nuestro ordenamiento otra limitación que la facultad de moderación equitativa que a los jueces y tribunales reconoce el artículo 1154 CC, lo que significa abrir un portillo en el magma de arbitrariedad que puede poner en notorio peligro la protección de los consumidores. El artículo 9 LCC y el artículo 10 LVPBM, con alguna diferencia en cuanto a su ámbito de aplicación y a la forma en que están concebidos, limitan, en beneficio del consumidor, los derechos del empresario de llevar a cabo este tipo de deducciones o retenciones. En el artículo 9 LCC el supuesto de hecho de la norma se articula mediante la yuxtaposición de los siguientes datos:

- a) Existen créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados.
- b) El contrato de adquisición de bienes es declarado nulo o queda resuelto por incumplimiento del adquirente; y, de modo paralelo, se produce la nulidad del contrato de financiación.
- c) Y, como consecuencia de la nulidad o de la resolución, el adquirente recupera los bienes que había entregado.

La Ley habla estrictamente de nulidad sin distinguir ningún tipo de ella por lo que debe comprenderse tanto nulidad en sentido estricto como anulabilidad. Sólo alude, de manera especial, a la idea de que la causa de nulidad sea imputable al empresario-prestamista para privarle de todo derecho. No resulta fácil descifrar la idea de causa imputable al empresario, pues las causas de nulidad radical –violación de normas imperativas– en rigor son imputables a ambas partes, aunque cabe que, siendo mayor la información del empresario, a éste sea imputable la causa de nulidad, salvo que hubiera facilitado al consumidor la información que poseía. Puede tratarse también de una causa de anulabilidad por falta de capacidad o por vicio del consentimiento, que resulta muy difícil que sea imputable al empresario y no al consumidor.

Por lo que se refiere a la resolución hay que entender que se trata de la resolución por incumplimiento y que debe ser una resolución por incumplimiento del consumidor, adquirente de los bienes y beneficiario del crédito concedido.

La limitación del derecho de retención del empresario se produce del modo siguiente:

- a) Se limita al 10 por 100 de los plazos pagados o vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas o de los bienes; y,
- b) se reconoce el derecho a la retención de una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto si ésta existe.

En el artículo 10 LCC se establece que cuando esta última cantidad, es decir, la fundada en la depreciación comercial, sea superior a la quinta parte del precio de venta, la deducción debe limitarse a esa fracción, de manera que sumadas ambas en ningún caso se debe producir una deducción superior al 30 por 100. De forma paralela, en el artículo 10 LVBMP se dice que «si no existe el desembolso inicial o es superior a la quinta parte, la deducción se limitará a este último porcentaje». Con independencia de todo ello, ambas normas prevén un derecho de indemnización si existe un deterioro de la cosa vendida que no haya que considerar como una simple depreciación.

14. CONTRATOS DE CRÉDITO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para concluir esta exposición, parece necesario referirse a las menciones que a lo que en un sentido muy amplio podemos llamar contratos de crédito, se hacen en la Ley sobre las condiciones generales de la contratación, especialmente al regular las cláusulas abusivas. Para ello, hay que arrancar de la Directiva 13/1993. Como es sabido, la Directiva, en su artículo 3, decía que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas, si en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato». El artículo 4 de la Directiva ordenaba que «el carácter abusivo de una cláusula contractual se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa». Para cerrar este recordatorio convendrá señalar que el artículo 3.3 de la Directiva dice, expresamente, que en el Anexo «se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas». Por consiguiente, el abuso exige una contemplación del conjunto contractual sin que sea posible extraerla de una cláusula aislada. Además, en el anexo no se establece una «lista negra» sino lo que se ha denominado una «lista gris». La Directiva no dice que las cláusulas mencionadas en el anexo sean por sí solas abusivas, sino simplemente que pueden serlo, por lo que se ha podido hablar de una presunción de abuso, que puede quedar desvirtuada tras el análisis y la apreciación realizados de acuerdo con los criterios del artículo 4.

Con estas premisas podemos examinar el segundo apartado del Anexo, que lleva por título «Alcance de las letras g), j) y l)».

La letra g) presume el abuso en aquellas cláusulas en las que se faculta o autorice al empresario o profesional para «poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves», según dice literalmente la traducción española, en una frase no muy feliz, que probablemente debe leerse en el sentido de entender que se puede resolver con notificación previa y preaviso salvo que existan motivos graves que justifiquen otra cosa.

Partiendo de este dato, en el apartado 2 a) del Anexo se dice que «la letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes». Lo que parece querer decir que una cláusula que otorgue a un prestador de servicios financieros la facultad de poner fin unilateralmente a un contrato de duración indeterminada, sin previo aviso, cuando tenga para ello una razón válida, no cae bajo el ámbito de la letra g) siempre que el profesional cumpla la obligación de informar inmediatamente de ello a los demás contratantes. En la letra j) se consideran presumiblemente abusivas aquellas cláusulas por virtud de las cuales se faculta al empresario o profesional a «modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo».

En el apartado 2 b) del Anexo se dice que la letra j) «se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato». A ello se añade inmediatamente otro párrafo, según el cual «la letra j) se entiende sin perjuicio 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».

En la letra l) del Anexo se presumen abusivas las cláusulas por las que se faculta a los vendedores de mercaderías y a los proveedores de servicios para aumentar los precios sin que en ambos casos se reconozca al consumidor el correspondiente derecho a rescindir el contrato, si el precio final resulta muy superior al convenido al celebrarse el contrato.

En el Anexo 2 c), se dice que la letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación del precio a un índice, siempre que sean legales y en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio. La

comprensión del apartado 2 c) del Anexo de la Directiva no resulta especialmente fácil y ello entre otras razones por las dos siguientes. Ante todo, habla de «contratos de prestación de servicios financieros, que es una categoría no fácil de acuñar, especialmente porque en la letra c) del anexo 2 se excluyen las transacciones relativas a títulos-valores, a instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de una cotización o índice bursátil o financiero que el profesional no controle, así como los contratos de compra o venta de divisas. Fuera de esa excepción hay que entender, probablemente, que el contrato de servicios financieros versa sobre servicios cualesquiera que sean sus características que presten las entidades financieras, de manera que están incluidos en cualquier caso los contratos de crédito al consumo.

Indudablemente constituye una limitación de la lista que, como sabemos, es gris. Aún así, inteligencia de la cláusula «sin perjuicio» admite dos variantes. De acuerdo con la primera, las cláusulas mencionadas, cuando se encuentren incorporadas a contratos de servicios financieros, quedan excluidas de presunción de abusividad, pero ésta puede resultar de la aplicación de los criterios generales de los artículos 3 y 4. Conforme a la segunda variante, el apartado 2c del Anexo estaría excluyendo la nulidad de estas cláusulas cuando estén incorporadas a contratos de servicios financieros admitiendo, por consiguiente, su validez.

15. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

La solución de una validez incondicionada exigiría entender que se ha creado una situación de privilegio para los prestadores de servicios financieros, lo que sólo encontraría justificación en la fuerza que este *lobby* haya podido tener en las instituciones europeas. Por eso, nos inclinamos por la primera explicación. En este tipo de cláusulas no hay presunción de abusividad y, por sí solas no son abusivas, lo que significa que sólo podrán llegar a serlo, relacionadas con las singularidades en el caso concreto o con otro tipo de declaraciones que en las estipulaciones se contengan. En todo caso, no son abusivas o no hay presunción de abusividad, en las cláusulas insertas en contratos de servicios financieros en que:

1.º Se permita al financiador poner fin a un contrato de duración indeterminada, haciéndolo sin preaviso, siempre que posea para ello una razón válida y cumpla el deber de informar inmediatamente.

El derecho de poner fin unilateralmente a los contratos de duración indeterminada es algo generalmente admitido siempre que se avise con un preaviso razonable. Por consiguiente, la especialidad de las cláusulas y lo que las aproxima a las coordenadas de abusividad es hacerlo sin preaviso. Para ello, el autor de la denuncia unilateral debe poseer una

razón válida, lo que equivale a un motivo serio y grave, que excluye el preaviso. El deber de información tiene por objeto no sólo la decisión de poner fin a la relación contractual, sino también la razón válida existente para ello.

2.º Se otorgue al prestador de servicios financieros el derecho de modificar sin previo aviso el tipo de interés aplicable –adeudado por el consumidor o adeudado al consumidor– u otros gastos relacionados con los servicios financieros, siempre que se posea para ello una razón válida, que se cumpla el deber de información inmediata y que se reconozca a la otra parte la facultad de rescindir el contrato.

Como en el caso anterior, la razón válida, que es un motivo serio y grave, juega para excluir el preaviso, pero no condiciona el derecho de modificar el tipo de interés que la Directiva parece reconocer.

La misma regla que para los intereses se sigue para los demás gastos relacionados con los servicios financieros.

Habría que señalar, además, que el reconocimiento de la no-abusividad de las cláusulas de modificación de tipo de interés en la Directiva no se encuentra condicionado directamente a la exigencia de que se utilicen índices. Esta exigencia sólo aparece en la letra *d*) del Anexo 2 como reserva, por lo que se refiere a la letra *l*). Sólo que en esa genérica cláusula, se habla básicamente de precio de mercancías, aunque se alude también a precios de servicios. Por lo demás, la letra *d*) del anexo 2 exige que los índices sean legales y que en las cláusulas se describa explícitamente el modo de variación del precio.

3.º Se permita al prestador de los servicios la modificación unilateral de otras condiciones diferentes de las anteriormente mencionadas, siempre que se trate de contratos de duración indeterminada, con el mismo deber de información inmediata antes aludido y con la misma facultad de la otra parte de rescindir el contrato.

16. LA SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS EN LA LEY 7/1998

En la Ley española de las Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, como es sabido, ha modificado el artículo 10 LGCU y ha añadido en la misma Ley el artículo 10 bis, se mantienen definiciones similares a la Directiva europea 13/1993 respecto de las condiciones bajo las cláusulas contenidas en contratos con consumidores pueden considerarse abusivas y los criterios para la presunción de la abusividad. Sin embargo, la Ley española no ha optado por una lista gris sino que ha establecido una lista negra. Resulta difícil saber la razón: si es para colocar a los empresarios españoles en una posición peor que el resto de la Unión europea o si es simplemente porque la idea de protección de consumidores aparece como «progresista». En cualquier caso, esta modificación –el

paso de una lista gris a una lista negra— tiene una repercusión importante en la incorporación de las cláusulas de reserva, porque no es lo mismo excluirlas de una pretensión de abusividad en una lista gris, que sacarlas pura y simplemente de una lista negra, dejándolas en no se sabe qué terreno.

En la disposición adicional primera de la Ley de 1998, que, es donde se contiene la lista negra de las cláusulas abusivas («tendrán de carácter abusivo las cláusulas o estipulaciones siguientes...») y, en relación con otras cláusulas, que se consideran abusivas en las que se reserve al profesional que contrata con el consumidor la facultad de modificar unilateralmente el contrato o resolverlo anticipadamente, se contiene, como reserva el siguiente texto:

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

La disposición adicional primera, que es especial para los contratos de prestación de servicios financieros, contempla dos tipos de cláusulas: 1.º Las que facultan para modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado o el importe de otros gastos relacionadas con servicios financieros y, 2.º las que facultan para modificar unilateralmente las demás condiciones del contrato, cuando éste sea de duración indeterminada.

Convendrá por ello hacer un análisis separado de cada tipo de cláusulas.

17. LAS CLÁUSULAS SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE INTERÉS

La disposición adicional primera de la Ley de 1998, para excluirlas de la sanción de abusividad, se refiere a aquellas cláusulas en las que la reserva de modificación del tipo de interés se estipule «sin previo aviso». No

parece que pueda entenderse que las cláusulas con preaviso sean de peor suerte.

La norma analizada exige que la modificación sólo se pueda producir, para salvarse de la abusividad, cuando los intereses se encuentren ajustados a índices legales y en las cláusulas se haya descrito el modo de variación del índice. Como se recordará en la Directiva esta exigencia no estaba prevista para los contratos de prestación de servicios financieros donde las cosas parecían producirse con mayor flexibilidad.

La exigencia de que el índice sea «legal», no debe entenderse en el sentido de que sean índices explícitamente admitidos por las leyes sino índices cuya aplicación no viole ninguna disposición de él. El párrafo estudiado de la disposición adicional segunda es especialmente tortuoso y complicado: tras haber exigido la adaptación a un índice legal para la variación de los tipos de interés, que deja a salvo según parece la hipótesis en que existe para la variación una razón válida («o en otro caso de razón válida»).

Como ocurría en la Directiva, la no abusividad se hace depender del cumplimiento de un deber de información inmediata y de la atribución a la otra parte contratante de una facultad de resolución.

De este modo, la primera parte del párrafo segundo de la disposición adicional primera puede entenderse así: en los contratos de servicios financieros no son *per se* abusivas las cláusulas que reserven al predisponente la facultad de modificar el tipo de interés si la variación se encuentra ajustada a un índice legal el predisponente tiene para ello una razón válida, siempre que se informe a la otra parte contratante y ésta tenga la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

18. LAS CLÁUSULAS SOBRE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO Y LAS DE RESCISIÓN UNILATERAL

El último inciso de la norma analizada excluye también de la abusividad automática en los contratos sobre servicios financieros dos tipos de cláusulas: las primeras son las que en los contratos de duración indeterminada facultan a los predisponentes para modificar las condiciones del contrato unilateralmente, siempre que se informe de manera inmediata y la otra parte tenga la facultad de rescindir el contrato; y las segundas son las cláusulas que atribuyen al predisponente la facultad de rescindir el contrato de duración indeterminada, sin previo aviso, siempre que se tenga una razón válida para ello y se informe de manera inmediata a la otra parte contratante.

19. EL SIGNIFICADO DE LA EXCLUSIÓN DE LA ABUSIVIDAD AUTOMÁTICA

La oscuridad del contenido normativo de la disposición estudiada (lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio) plantea en la Ley española menos problemas que en la Directiva si partimos de la idea de que la Ley española contiene una lista negra. Inicialmente parece que ello significa que no hay abusividad automática, pero que puede haberla por aplicación de las reglas generales. Sin embargo, esta inicial conclusión se enturbia con la lectura del párrafo segundo, que comienza con las siguientes palabras: «Igualmente podrán modificarse unilateralmente...». De seguir el rigor textual que es uno de los criterios fundamentales de interpretación, no se trata de excluir la abusividad automática aún admitiendo una eventual abusividad por aplicación de las reglas generales, sino de reconocer un ámbito de actuación que quede fuera de la abusividad.