

INFORME SOBRE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS DE LAS CONDICIONES QUE SE APLICAN A LAS CUENTAS CORRIENTES Y DE AHORRO EXIGIENDO COMISIONES Y GASTOS QUE ANTES NO SE EXIGÍAN EN CUENTAS PUBLICITADAS COMO “SIN GASTOS, NI COMISIONES”.

I. Consulta planteada

Conforme al procedimiento para el establecimiento de interpretaciones normativas comunes en el ámbito de consumo, aprobado por la 8ª Conferencia Sectorial de Consumo, el Instituto Gallego del Consumo y de Competencia ha planteado una consulta que tiene por objeto conocer si es ajustada al Derecho de Consumo la práctica que algunas entidades financieras mantienen relativa a la modificación unilateral de las condiciones que aplican a determinadas cuentas corrientes y de ahorro de cara a seguir siendo exoneradas del abono de gastos o comisiones de mantenimiento (la “**Práctica Comercial Analizada**”).

En concreto, la Práctica Comercial Analizada consiste en la inclusión contractual por parte de las entidades de nuevas condiciones comerciales, como la contratación de un seguro o una segunda tarjeta de crédito, de cara a que el usuario pueda seguir disfrutando de la exoneración del abono de gastos de mantenimiento. Estas nuevas condiciones se unirían a las acordadas en el momento de su contratación (por ejemplo, el mantenimiento de un salario mínimo o la domiciliación de recibos) y publicitadas en muchas ocasiones con mensajes como “0 comisiones” o “Sin gastos de mantenimiento”.

II. Marco jurídico y observaciones sobre el fondo del asunto

De conformidad con el artículo 51 de la Constitución Española, los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En cumplimiento de este mandato constitucional, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante el **TRLGDCU**), incorpora, en el ámbito de las competencias estatales, el régimen general de la protección de los consumidores y usuarios.



El TRLGDCU no excluye ningún sector del ámbito de aplicación de su parte general, por lo que podemos afirmar que se trata, por tanto, de una norma de carácter básico y horizontal que garantiza en todos los sectores un nivel mínimo de protección, y que como no podría ser de otro modo, debe ser respetada por toda norma sectorial sobre la materia.

Las distintas normas sectoriales pueden regular aquellos aspectos no previstos en el TRLGDCU, pero en ningún caso contradecir sus disposiciones, ya que por ese camino se vaciaría de contenido dicho texto. Se garantiza, por otro lado, la aplicación de aquellas normas sectoriales que, partiendo del nivel de protección previsto por la legislación general, otorguen una mayor protección a los consumidores y usuarios, siempre que respeten en todo caso el nivel de armonización que establecen las disposiciones del derecho de la Unión Europea. En tal sentido no debe olvidarse que el TRLGDCU recoge la transposición de diversas directivas europeas en materia de protección del consumidor, algunas de las cuales responden a un enfoque de armonización máxima.

En concreto, el artículo 59 apartado 2 del TRLGDCU establece la necesaria coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con la regulación sectorial en materia de protección de los consumidores y usuarios, y dispone al efecto lo siguiente:

“Artículo 59. Ámbito de aplicación.

(...)

2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.

(...)”

Por tanto, la normativa sectorial de que se trate deberá respetar siempre el nivel de protección dispensado por el TRLGDCU, salvo que dicha normativa sectorial derive de una norma comunitaria. En tal sentido, el derecho europeo



se encarga de establecer la necesaria coherencia entre las normas de uno y otro ámbito, por lo que en la práctica no puede pensarse en posibles distorsiones.

En el caso que nos ocupa, la normativa específica la encontramos en el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones (transposición de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas), en cuyo artículo 9.1 se establece lo siguiente:

“Artículo 9. Comisiones y gastos asociados.

1. Las comisiones percibidas por los servicios prestados por las entidades de crédito en relación con las cuentas de pago básicas serán las que se pacten libremente entre dichas entidades y los clientes.

(...)”

Dicho precepto sigue la línea apuntada por el principio de libertad de pacto que rige en el Código Civil:

“Artículo 1.255.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

La antedicha normativa específica no establece reglas que contradigan o se opongan a lo estipulado en la normativa de protección de los consumidores, por lo que ésta sería consecuentemente aplicable a la Práctica Comercial Analizada.

Avanzando en el análisis, habría que acudir entonces a determinar qué aspectos de la relación contractual consumidor-entidad financiera reciben una regulación especial dentro de la propia normativa de protección de los consumidores. Así, el TRLGDCU mantiene, respecto a los servicios financieros, previsiones específicas en su articulado, que se concretan en artículos tales como el artículo 19, apartados 4 y 5; el artículo 85, apartado 3; o el artículo 91. De manera que, salvo esas previsiones específicas, en el resto de aspectos aplicables a los contratos entre entidades financieras y consumidores, regiría de forma plena la normativa general de protección de los consumidores.

Para abordar esta cuestión desde el Derecho de Consumo, conviene, en primer lugar, recordar que la Práctica Comercial Analizada está incluida en contratos de Cuenta Corriente o Cuenta de Ahorro y su análisis debe enfrentarse desde dos perspectivas: la oferta comercial y las cláusulas abusivas:



A. Oferta comercial.

Desde el punto de vista de la oferta comercial, este tipo de cuentas se ofertaban y publicitaban como “0 comisiones”, “Sin gastos de mantenimiento”, etc. y las alegaciones publicitarias desde el punto de vista del Derecho de Consumo se integran en el contrato, formando parte del mismo, como señala el artículo 61.2 del TRLGDCU:

“Artículo 61. Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

(...)

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

(...)”

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad financiera ha de cumplir con la publicidad realizada, ya que forma parte del contrato y no puede, con una modificación unilateral de las condiciones, burlar ese derecho de los consumidores.

B. Cláusulas Abusivas

Por lo que se refiere a las cláusulas abusivas, procedería el análisis de la consulta a la luz de lo regulado por el artículo 85, apartado 3, del TRLGDCU que reza:

“Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

(...)

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.



En los contratos referidos a servicios financieros, lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

(...)"

En este punto, conviene recordar que esta regulación es el resultado de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que, en atención a la jurisprudencia reiterada y consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el TJUE), las excepciones a las normas del Derecho de la Unión destinadas a proteger a los consumidores deben interpretarse estrictamente (por todas, Sentencia del TJUE, de 15 de abril de 2010, en el asunto C-215/08 E. Friz).

Por otra parte, cabe añadir a lo anterior que el **artículo 1.091 del Código Civil** establece que:

“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”

y el **artículo 1.256** del mismo cuerpo legal determina que:

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”

Entrando a analizar el precepto señalado del TRLGDCU, hay que indicar que, en el mismo, se legitima la posibilidad del empresario de modificar unilateralmente los contratos referidos a servicios financieros, pero a la vez establece unos límites, al fijar los requisitos que se deben cumplir para poder efectuar esa modificación unilateral. De tal forma



que una entidad bancaria sólo podría modificar unilateralmente un contrato celebrado con consumidores en supuestos tasados, y con los requisitos previstos, supuestos que, además, deben ser de interpretación de forma estricta a favor del consumidor, dado que se trata de excepciones a la regla general.

Así, para los contratos de servicios financieros, en los párrafos segundo y tercero del artículo 85.3 del TRLGDCU se diferencian dos supuestos especiales aplicables a la cuestión planteada, respectivamente:

1. Modificaciones unilaterales del importe de otros gastos distintos del tipo de interés relacionados con los servicios financieros (entre los que se pueden encontrar las comisiones incluidas en la Práctica Comercial Analizada).

Para que puedan realizarse estas modificaciones en relación al importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros deben cumplirse de manera cumulativa estas cuatro condiciones:

- a) El empresario se reserve en el contrato el derecho a modificar el mismo sin previo aviso. En cuanto a la transparencia, es importante indicar que desde la modificación en el año 2019 del TRLGDCU por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo: “[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho” (art. 83, segundo párrafo del TRLGDCU).
- b) Que exista una razón válida para la modificación del contrato. Respecto a la expresión “razón válida”, estaríamos ante un concepto jurídico indeterminado, de modo que, como se indicó en los párrafos anteriores, las excepciones a las normas de protección al consumidor deben ser de interpretación estricta, por lo que no podría usarse de manera general e inespecífica este precepto para vaciar de contenido los derechos que tienen reconocidos los consumidores, y mucho menos legitimar una modificación unilateral por parte de la entidad bancaria. Para que existiera una razón válida, habría que motivar las condiciones para aplicar la cláusula que recoja la variación de las comisiones acudiendo a supuestos objetivos, por ejemplo, concretando que la modificación de las comisiones se puede producir por una reducción significativa del saldo medio o que estos supuestos tuvieran la condición de sobrevenidos, como podría ser la aplicación de nuevos impuestos a la banca que gravasen el producto.
- c) Que se informe al consumidor en el plazo más breve.
- d) Que el consumidor pueda resolver el contrato de manera inmediata y sin penalización alguna.



2. Modificación unilateral de las condiciones (entre las que se puede encontrar la que determina las comisiones aplicables incluidas en la Práctica Comercial Analizada) de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada.

En este supuesto, al igual que en el anterior, para que puedan llevarse a cabo estas modificaciones unilaterales deben cumplirse, de forma cumulativa, las siguientes condiciones:

- a) Que exista un motivo expresado en el contrato. Así, el motivo de la modificación unilateral debe estar expresado en el contrato y, además, de forma transparente. En cuanto a la transparencia, se reitera que desde la modificación en el año 2019 del TRLGDCU por la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo: *“Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”* (art. 83, segundo párrafo del TRLGDCU).
- b) Que dicho motivo sea válido. De nuevo estaríamos frente a un concepto jurídico indeterminado, que, como se indicó en los párrafos anteriores, debe ser de interpretación estricta por lo que no puede usarse este precepto para vaciar de contenido los derechos que tienen reconocidos los consumidores y mucho menos legitimar una modificación unilateral por parte de la entidad bancaria.

La razón válida que legitimase una modificación de las condiciones deberá motivarse acudiendo a supuestos objetivos o/y sobrevenidos, como se ha explicado previamente.
- c) Que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable.
- d) Que el consumidor y usuario tenga la facultad de resolver el contrato.

Por otro lado, no debe olvidarse que según el art. 86.7 del TRLGDCU:

“Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

(...)

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”

Con base en lo anterior, para que la modificación unilateral del contrato sea posible tiene que existir una justificación (“*motivo válido*”), contractual o de otro tipo, que de ningún modo limite los derechos de los consumidores, que en la



consulta planteada supondría no poder admitir como cláusula válida aquélla que permita una modificación unilateral del contrato que limite el derecho a exigir que el contenido de la publicidad forme parte integrante del contrato, aun cuando el motivo especificado en el contrato para ello fuese válido.

Por último, en esta misma línea, el artículo 80.2 del TRLGDCU establece:

“2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.”

En dicho artículo se recoge el principio pro consumidor, en virtud del cual prevalece la interpretación más favorable al consumidor individualmente afectado.

En consecuencia, en caso de discrepancia entre el contenido de la publicidad y la cláusula del contrato que permita la modificación unilateral de los gastos de mantenimiento o comisiones por parte de la entidad financiera, no será suficiente que la modificación de las condiciones esté motivada y sea transparente respecto al contenido, sino que, además, no podrá contradecir la publicidad que haya captado la atención del consumidor, de tal manera que si la publicidad no concreta las condiciones, por ejemplo, estableciendo “0 comisiones el primer año” “sin gastos de mantenimiento mientras se mantenga un saldo medio”, etc., prevalecerá el contenido de la publicidad sobre la cláusula contractual, de acuerdo con el principio pro consumidor del citado artículo 80.2 del TRLGDCU y recogido también de manera explícita en las normativas autonómicas.

En resumen, será considerada abusiva toda modificación unilateral del precio de las comisiones impuesta por el empresario al consumidor que implique la asunción de su coste por parte de éste a menos que disponga en la Cuenta Corriente o de Ahorro de un saldo mínimo distinto al inicial o contrate unos servicios adicionales, siempre y cuando dicha condición no conste en el contrato de forma clara y transparente, no exista un “*motivo válido*” que justifique la modificación, no se haya informado, cuando corresponda, de la modificación al consumidor en el plazo más breve o con antelación razonable (según el supuesto) de su derecho a resolver el contrato ni se hayan limitado otros derechos de los consumidores. Si la cláusula cumpliera todas estas condiciones, pero contradijese el contenido de la publicidad, prevalecerá ésta en base al principio pro consumidor.

III. Conclusión

Sobre la base de lo anterior, y en relación a la Práctica Comercial Analizada, procede indicar:

- En primer lugar, que resulta aplicable la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, a la que anteriormente se ha hecho referencia, prevista en el TRLGDCU.



- En segundo lugar, que teniendo en cuenta que la publicidad de los servicios financieros objeto de la consulta utiliza mensajes tipo “0 comisiones” o “Sin gastos de mantenimiento”; que la publicidad es parte integrante del contrato de acuerdo con el artículo 61.2 del TRLGDCU; y que las modificaciones unilaterales de un contrato financiero para que sean válidas deben cumplir con los cuatro requisitos señalados en el artículo 85.3 del TRLGDCU y, en cualquier caso, no suponer una limitación de los derechos de los consumidores, como establece el artículo 86.7 del TRLGDCU; podrá ser considerada abusiva cualquier cláusula que reserve a favor del empresario la facultad de modificar unilateralmente los precios de las comisiones publicitadas inicialmente a coste cero, salvo que así se haya recogido en el contrato, exista un motivo válido para ello, en su caso se haya informado de la modificación al consumidor en el plazo más breve o con antelación razonable (según el supuesto) y de su derecho a resolver el contrato y no se hayan limitado con ello otros derechos de los consumidores.
- Y, en tercer lugar, en caso de discrepancia entre la cláusula contractual que permita la modificación unilateral de los gastos de mantenimiento o comisiones por parte de la entidad financiera y el contenido de la publicidad, será de aplicación el principio pro consumidor.

Madrid, 15 de enero de 2021.