

**Juzgado de lo Mercantil N°.. 9 de Madrid, Sentencia de 8 Sep. 2011, proc.
177/2011**

Ponente: Yañez Evangelista, Javier .

Nº de Recurso: 177/2011

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 165403/2011

CONSUMIDORES Y USUARIOS. BANCA. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas nulas por abusivas. Cláusulas de los préstamos hipotecarios sobre: a) imposición de gastos al prestatario; b) vencimiento anticipado por incumplimiento por el prestatario de obligaciones no esenciales; c) finalidad del préstamo; d) conservación de la garantía; e) subrogación de los adquirentes; f) redondeo al alza y revisión del interés pactado, y g) sumisión expresa a los Tribunales donde radica el bien hipotecado. Cláusulas de los contratos de servicios telemáticos y banca por Internet sobre: a) verificación de las órdenes e instrucciones recibidas del cliente, y b) contratación de productos o servicios mediante comunicación telefónica sin que se prevea la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales que deben regir dicha contratación. Cláusula del contrato de banca multicanal sobre exoneración de responsabilidad a la entidad bancaria por el uso de las claves por terceros. Cláusulas de los contratos de cuenta corriente sobre: a) disponibilidad del saldo; b) custodia diligente de tarjetas; c) cancelación de la cuenta, y d) sumisión expresa a los Tribunales del domicilio de la sucursal contratante. Cláusulas de los contratos de tarjetas sobre: a) emisión y formalización; b) justificación de las operaciones; c) uso de las tarjetas, y d) sumisión expresa a los Tribunales del domicilio de la sucursal contratante. Efectos de la nulidad: integración de la parte afectada de los contratos.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid estima parcialmente la demanda planteada por la Organización de Consumidores y Usuarios contra dos entidades bancarias sobre acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y

usuarios relativa a condiciones generales de la contratación, y declara nulas por abusivas varias de las cláusulas incluidas en sus contratos de préstamo hipotecario, de tarjetas, de servicios telemáticos y banca por Internet, de banca multicanal y de cuenta corriente, condenando a dichas entidades cesar en su empleo y difusión y a publicar a su costa la sentencia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia.

Texto

En Madrid a 8 de septiembre de 2011.

Juzgado de lo Mercantil Nº 9 de Madrid

Procedimiento: Autos Civiles Juicio Verbal Nº 177/2011

DEMANDANTE: **ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU)**

Procuradora Dña Miriam López Ocampos

Abogado D. Eugenio Ribón Seisdedos

DEMANDADOS:

A) **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.**

Procuradora Sra Bueno Ramirez

ABOGADOS: D. J. Ignacio Trillo Garrigues Y D. Pedro Yanes Yanes

B) **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA)**

Procurador: Sra. Llorens Pardo

Abogados: D. Jesús Remón Peñalver y D. José Massaguer Fuentes

MINISTERIO FISCAL: Iltmo Sr. D. José Ignacio Esquivias Jaramillo

SENTENCIA NÚM

El Iltmo. Sr. D. Javier Yañez Evangelista, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil Nº 9 de Madrid y su partido, ha visto los presentes autos de juicio verbal, seguidos en este juzgado con el numero 177/2011, a instancia de **ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU)** contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**

(BBVA), con la Intervención del **MINISTERIO FISCAL** sobre **ACCIÓN DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS RELATIVA A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN** y con base en los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Dña Miriam López Ocampos. obrando en la representación procesal indicada presentó escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado promoviendo juicio ordinario contra Banco Popular Español y BBVA, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, cuyo contenido se da por reproducido en la presente sentencia, solicitaba se dictase sentencia por la que se acordasen los siguientes pronunciamientos:

"1º) Declaración del carácter abusivo, y en consecuencia la nulidad, de las siguientes estipulaciones, teniéndose por no puestas, conforme a los razonamientos expuestos en el cuerpo de esta demanda.

-Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A. las condiciones Primera, 3.3; Primera 3.4; Primera 3.5.c); Primera 5.2.1; Primera 5.2.3; Tercera, 1; y Sexta, 3 de los denominados pactos complementarios.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a)Límites a la variación del tipo de interés aplicable (Condición Primera. 3.3).

b)Redondeos del tipo de interés aplicable (Condición Primera. 3.4).

c)Revisión del interés pactado (Condición Primera. 3.5.c)).

d)Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.1).

e)Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera. 5.2.3).

f)Fuero judicial (Condición Tercera. 1).

g)Pactos complementarios (Condición Sexta.3).]

-Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A. la condición denominada especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil nº 7.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a)Responsabilidad por el uso de claves (Condición especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por Móvil nº 7)]

-Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A., las condiciones tercera; duodécima; y decimotercera.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a)Condición general Tercera.

b)Condición general Duodécima.

c)Condición general Decimotercera.]

-Del contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español, S.A., las condiciones quinta; decimotercera; y vigésima.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a)Condición general Quinta. Arts. 80.1.c); Art. 86.1; 86.7 87;TRLGDCU.

b)Condición general Decimotercera, Arts. 80.1.c); 87; 88.2. TRLGDCU (LA LEY 11922/2007).

c)Condición general Vigésima. Arts. 90.2 (LA LEY 11922/2007) y 54.2 TRLGDCU.

-Del contrato de tarjeta VISA HOP! del Banco Popular Español, S.A., las condiciones segunda; séptima; y vigésimo tercera.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a)Condición general Segunda.

b)Condición general Séptima.

c)Condición general Vigésimo tercera.]

-Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones 3.bis 3; 5ª; 6ª; 6ª bis; 7ª; 8.5; 10ª; 11ª; 12ª; 13ª; y la denominada del tratamiento de datos personales.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

- a)Límites a la variación del tipo de interés (Condición 3 bis 3).
- b)Gastos (Condición 5ª).
- c)Interés de demora (Condición 6ª).
- d)Vencimiento anticipado del préstamo (Condición 6ª BIS).
- e)Finalidad del préstamo (Condición 7ª).
- f)Compensación (Condición 8.5)
- g)Fuero. (Condición 10ª).
- h)Conservación de la garantía (Condición 11ª).
- i)Subrogación de los adquirentes (Condición 12ª).
- j)Apoderamiento (Condición 13ª)
- k)Tratamiento de Datos Personales).

-Del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones 4; 10; 12; la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet I. Servicio de Banca por Internet (condición 5, operativa de valores); la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet VII. Servicio de contratación canal móvil (condición 1); y la específica aplicable a los servicios telemáticos y de Banca por Internet X. Servicio Contratación canal telefónico (condición 1).

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

- a)Verificación (Condición general 4).
- b)Tratamiento de Datos Personales (Condición general 10).
- c)Modificación de condiciones (Condición general 12).

d) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. I. Servicio de Banca por Internet. (Condición 5. Operatoria de valores).

e) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1).

f) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. X. Servicio Contratación canal telefónico. (Condición 1).]

-Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones segunda; cuarta; séptima; novena; undécima; y decimocuarta.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda).

b) Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda).

c) Intereses y valoraciones (Condición general Cuarta).

d) Imputación de pagos y compensación (Condición general Séptima).

e) Modificación de las condiciones (Condición general Novena).

f) Gastos y tributos. (Condición general Undécima).

g) Tratamiento de datos personales (Condición general Decimocuarta).

-Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones 1.2; 1.6; 4; 5; 7; 9.2; 10; 11.1; 12.2 y 13.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

a) Emisión y formalización (Condición general 1.2).

b) Emisión y formalización (Condición general 1.6).

c) Responsabilidad (Condición general 4).

d) Cuenta de domiciliación de pagos y reintegros (Condición general 5).

e) Importe de las operaciones (Condición general 7).

f) Duración (Condición general 9.2).

g) Imputación de pagos y compensación (Condición general 10).

h) Modificación de condiciones. Comunicaciones (Condición general 11.1).

i) Otras condiciones. (Condición general 12.2).

j) Tratamiento de datos personales (Condición general 13).

2º) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3º) Publicación, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC (LA LEY 58/2000) y art. 21 LCGC.

4º) Libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC.

5º) Condena en costas a las entidades demandadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma junto con los documentos que acompañaba a los demandados, citando a las partes para la celebración de la correspondiente vista.

TERCERO.- Llegados el día y horas señalados comparecieron las partes debidamente representadas, en los términos que es de ver en el encabezamiento de esta resolución. Por la representación de BBVA se plantearon con carácter previo las excepciones de indebida acumulación subjetiva y objetiva de acciones, inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, que fueron desestimadas en los términos que es de ver en autos. Por su parte la representación de Banco Popular Español opuso las excepciones de indebida acumulación subjetiva y objetiva, que resultaron igualmente desestimadas en los términos que constan grabados en el acto de la vista. Atendida la duración de las alegaciones iniciales y con conformidad de las partes se acordó señalar una segunda sesión en las que se llevaron a efecto las alegaciones de las partes. En el desarrollo del mismo por las representaciones letradas de la demandada, previa alegación de los hechos y

fundamentos de derecho se solicitó se dictase sentencia por la que desestimando las peticiones ejercitadas se absolviese a sus representados. Acto seguido se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba, proponiendo la actora como medios de prueba la documental, la representación de BBVA documental y dictamen de peritos, por la representación de Banco Popular Español se propuso documental y dictamen de peritos. Por el Ministerio Fiscal se interesó la documental. Finalizada la fase de alegaciones se señaló día y hora para la práctica de las pruebas propuestas y admitidas que se llevó a efecto en los términos que es de ver en autos, dando traslado a las partes para valoración de la prueba, se declararon los autos vistos para resolver.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia en juicio verbal, debido a la complejidad y extensión de las materias objeto de examen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

1.- *A través del presente procedimiento ejercita la parte actora acción colectiva de nulidad de determinadas cláusulas insertas en cinco contratos distintas de dos entidades financieras, A) BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA los siguientes contratos, Contrato de préstamo hipotecario (doc. nº 9), Contrato de banca multicanal (doc. nº 10), Contrato de cuenta corriente (doc. nº 11), Contrato de tarjeta 4B Mastercard (doc. nº 10) y Contrato de tarjeta VISA HOP! (doc. nº 14) del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA Contratos de préstamo hipotecario (doc. nº 12), Contrato de servicios telemáticos y banca por internet (doc. nº 10), Contrato de cuenta corriente (doc. nº 13) y Contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA (doc. nº 10). A fin de evitar reiteraciones innecesarias se individualizará cada una de las cláusulas litigiosas y los motivos de nulidad separadamente. Entiende la actora que las citadas cláusulas infringen lo dispuesto en el art 8 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998), todo ello en relación con lo dispuesto en el art 82 y siguientes del Real Decreto legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuanto considera que dichas cláusulas resultarían abusivas en su contenido.*

2.-Por las mismas razones expuestas anteriormente el posicionamiento de las entidades financieras respecto de cada una de las cláusulas serán examinadas separadamente. Por su parte el Ministerio Fiscal si bien no se ha posicionado de forma individualizada respecto de cada una de las cláusulas litigiosas si se ha posicionado claramente en favor de una estimación de la acción colectiva en sus aspectos esenciales.

A) PRÉSTAMO HIPOTECARIO BBVA

SEGUNDO.- CLAUSULA RELATIVA A LA LIMITACIÓN DEL INTERÉS VARIABLE (CONDICIÓN 3 BIS)

3.- la citada cláusula tiene el siguiente tenor ""En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés". Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL".

4.- sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva, por cuanto si bien es cierto que en la citada cláusula se contempla tanto una limitación a la variación a la baja del tipo de interés (conocida como cláusula suelo), como una limitación al alza (cláusula techo), es igualmente cierto que entre ambas cláusulas no existe equilibrio, al atender a supuestos fácticos de diferente grado de probabilidad en su aplicación, hasta el punto de resultar inaplicable la cláusula techo contenida en el contrato. Ello implica que mientras que el consumidor se enfrenta a la posibilidad real de verse privado de una eventual disminución de los tipos de interés, sin embargo el riesgo que para la entidad bancaria supone la cláusula techo queda totalmente amortiguado por el tipo de interés fijado en la misma, y la dificultad práctica de que el interés variable alcance esas cotas, ello altera la reciprocidad entre las partes en la aplicación de dicha cláusula, pues sólo una de ellas tiene posibilidad de beneficiarse de la limitación a la variación del tipo de interés variable.

5.- Se opone la representación del BBVA, sosteniendo en primer término que la citada cláusula 3 bis, no tiene la consideración de condición general de la contratación. Afirma que el pacto de limitación de la variación del tipo de interés del contrato de préstamo hipotecario de BBVA no es una condición general de la contratación porque su inclusión en la correspondiente escritura es el resultado de la negociación de las partes y por tanto no es una cláusula predispuesta ni impuesta. En segundo lugar el pacto de limitación de la variación del tipo de interés del contrato de préstamo

hipotecario de BBVA no es una condición general de la contratación porque determina y concreta el precio del contrato de préstamo, por lo que es consciente y libremente aceptada por el consumidor. Subsidiariamente, los Pactos de Limitación de la Variación del Interés de los préstamos hipotecarios de BBVA no faltan a la exigencia de reciprocidad y son respetuosos con lo previsto en el art. 87 de la LCU. En este sentido y partiendo de la admisibilidad legal de las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés, sostiene que la cláusula inserta en los contratos responde a criterio de racionalidad económica asegurando en beneficio de todo el sistema financiero, un adecuado equilibrio entre el precio percibido por la entidad en las operaciones de activo, como son los préstamos hipotecarios y los que se abonan en las operaciones de pasivo. En tercer lugar no se puede hablar de reciprocidad en términos de equilibrio económico del contrato, sino obligacional, sin que el banco al momento de concertar el contrato puedan conocer la previsión a medio y largo plazo en la variación de los tipos de interés. Finalmente incluso manejando los mismos parámetros de reciprocidad utilizados por la actora, no se podría considerar que los límites establecidos en la cláusula resulten desproporcionados, pues tanto uno como otro supuesto se puede producir.

6.-Como resulta del art 1 de la LCGC y ha recordado la generalidad de la doctrina la condición general de la contratación se caracteriza por la siguientes notas: a) predisposición por una de las partes, una cláusula es predisuestas cuando ha sido redactada antes de la fase de negociación o celebración del contrato, b) ausencia de negociación individual, lo que representa en sí un efecto de la predisposición, pues si existe negociación individual no existe predisposición y por tanto tampoco condición general, ello sin obviar el contenido del art 1.2 de la LCGC que como bien sabemos no excluya la consideración de condición general de la contratación por el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente ni excluirá la aplicación de la ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión c) imposición, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente, en esta misma línea sentencia de 26 de febrero de 2006 de la Sec 11 de la Audiencia Provincial de Madrid.

7.- Niega la demandada que la cláusula de limitación de la variación del interés variable sea una condición general de la contratación, pues resulta objeto en cada caso de una negociación individualizada con el consumidor y para ello se basa en la regulación contenida en La Orden

Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante OM de 1994), de cuyo contenido se deriva a juicio de la codemandada que la inclusión de la cláusula de limitación a la variación del interés variable pasa necesariamente por su previa negociación individualizada con el cliente, por lo que no puede considerarse predispuesta ni impuesta en los términos antes dichos.

8.- De entrada y alterando sólo en este punto el orden expositivo seguido por la demandada hemos de referirnos en primer término a las alegaciones relativas a la exclusión de la aplicación del ámbito objetivo de la LCGC. Es necesario clarificar que *la normativa contenida en el OM de 1994, no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la LCGC 7/98 (LA LEY 1490/1998) en los términos reseñados por el art 4 párrafo de la misma norma*, pues como señala la SAP Madrid 10-10-2002 la existencia de disposiciones administrativas como la aludida Orden Ministerial, «tienen una esfera y ámbito de actuación perfectamente delimitado, cual es la regulación interna y el control administrativo, con aquellas funciones específicas del Banco de España, que en modo alguno pueden incidir en la función jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales, al amparo de los artículos 24, 117 apartados 3 y 4 de la CE y 21 y 22-4 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) con especial mención de este último, que establece como competencia propia y específica, la tutela jurisdiccional civil de los contratos de consumidores». *Por ende el escrupuloso cumplimiento de los deberes de información contenidos en esa norma no sirve para excluir per se el control de abusividad de la norma, ni impide que por ello que la cláusula pueda considerarse abusiva, tal como por otro lado resulta del artículo 2.2 de la OM 1994.* El Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de 2011 (LA LEY 5495/2011) se pronuncia sobre esta cuestión en los mismos términos aquí expuestos al señalar:

"Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, lo que sanciona es la validez y legalidad de la inclusión de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario, integrando los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente, de ahí la referencia que el art. 7.b LCGC hace "a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Pero esto nada tiene que ver con los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato, en cuanto al deber de comunicación escrita al prestatario del nuevo tipo de interés, y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, como condición general predispuesta cuya incorporación al contrato fue impuesta por el Banco, que la redactó con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, por cuanto no representa la normalidad de la cláusula que resultaría de su aplicación".

9.- *Como señala su Exposición de Motivos La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos.* Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

10 En ejecución de esos deberes es cierto que en su artículo 3 se impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios folleto que tendrá carácter informativo y que se ajustará en su contenido al modelo contenido en el anexo I de la norma. Por su parte el art 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o

notificarle la denegación del préstamo. Esta oferta contendrá las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden que como es de ver incluye los Límites a la variación del tipo de interés aplicable que además habrá de reflejarse en los términos indicados en dicho anexo. Finalmente el art 6 impone la obligación de consignar de forma separada las cláusulas financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato y el art 7 impone por un lado un deber de información al notario autorizante respecto del contenido de dichas cláusulas financiera, así como verificación del ajuste de las cláusulas contenidas en la escritura con las contenidas en la oferta vinculante.

11.- Se puede constatar del examen de los preceptos aludidos que *la citada orden tiene un alcance meramente formal tendente a asegurar o promover un efectivo conocimiento por parte del prestatario de las aquellas cláusulas de contenido económico del préstamo de mayor relevancia. Deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas, salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más tal como resulta de la propia orden las cláusulas del tenor de la aquí examinada son preredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante* hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las cláusulas financieras. *Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante clausulas preredactadas corresponde al predisponente acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011 (LA LEY 5466/2011), precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 (LA LEY 5495/2011))*

12.- *El hecho alegado y acreditado efectivamente por la codemandada (mediante la aportación del documento nº 7) de la existencia de contratos en los que nos (sic) se establece cláusulas de limitación de la variación del interés variable o de otros contratos en los que se fijan una límites máximos o mínimos distintos, no permite considerar que la cláusula contenida en la condición 3. Bis.3 no haya sido incorporado a una pluralidad indeterminada de contratos, suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación.* En este sentido debería haberse acreditado que esa posibilidad real de negociación se da en un porcentaje significativo de los contratos suscritos.

13.- *En segundo término y conforme quedaba expuesto en el apartado 5 de la sentencia se niega en todo caso que la limitación a la variación del tipo de interés variable pueda considerarse condición general de la contratación pues al recaer sobre un elemento esencial del contrato como es el precio es libre y conscientemente aceptada por el consumidor.*

14.- *La anterior alegación introduce el examen de una de las cuestiones capitales cual es por un lado si el hecho de que una cláusula contractual se refiera a un elemento esencial del contrato, supone que en todo caso se tratará de una clausula individualmente negociada y en segundo término e íntimamente relacionado si el control de abusividad puede extenderse a aquellas cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.* En caso de ofrecer una respuesta acorde con la tesis sustentada con la demandada, esto es excluir la consideración de condición general de la contratación de aquella cláusula que defina el elemento esencial del contrato, resultaría necesaria entrar a analizar si se puede incluir en esta categoría a la clausula 3.bis.3 examinada en este fundamento.

15.- *Existen opiniones doctrinales que han mantenido la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas. Según esta tesis, aunque las cláusulas estén predispuestas, no podrán calificarse de condiciones generales al faltar el requisito de imposición.* En este sentido, DIEZ PICAZO, L., Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, p. 41, al señalar que «conviene puntualizar que la definición de "cláusulas abusivas" se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes: los bienes y servicios que

hayan de proporcionarse y la contraprestación que haya que pagar por ellos así como su equilibrio económico, es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de las normativa de las condiciones generales». MIQUEL, J. M., «DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en MENÉNDEZ, A. Y DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, p. 908 ss., al señalar que «ni el precio ni la contraprestación están sometidos al control específico de la Ley, porque ordinariamente no hay reglas jurídicas que los determinen. Un juez no podría fijar el precio atendiendo a normas jurídicas sencillamente porque los precios son libres y los determina el mercado. Esta norma general, obviamente, no excluye regulaciones específicas, como la Ley de la usura (LA LEY 3/1908) o precios fijados por normas administrativas cuya infracción tendrá las consecuencias que la norma establezca». Recientemente, DÍAZ VALDES, F., Revista crítica de derecho inmobiliario, 2010, nº 719, p. 957 ss., expone con detalle «los variados argumentos - algunos de ellos muy poderosos- que avalan dicha tesis»: en primer lugar, «la relación calidad/precio de los productos y servicios ha de dejarse a la libre autonomía de las partes y a las reglas del mercado por tratarse de una cuestión económica metajurídica» en consonancia con la primacía otorgada por nuestro sistema económico constitucional a los principios de libertad de empresa, de precios, unidad de mercado y libre competencia; en segundo lugar, en atención a la carencia del requisito de imposición en las cláusulas sobre elementos esenciales... y, finalmente, al tenor del cambio de la expresión justo equilibrio de las contraprestaciones que contenía la redacción original del artículo 10.1.c) LGDCU, por la expresión justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que conlleva el cambio de referencia al «contenido económico» al «contenido normativo» del contrato. Véase, también, BRENES CORTÉS, J., y PACHECO CAÑETE, M., RDM, nº 246, 2002, p. 1925 ss.

ALFARO, J., Las condiciones generales de la contratación, p.138 ss.; PAGADOR, J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas p. 275. Referencias estas en gran parte realizadas ya por la parte demandada en su contestación Junto a los anteriores existe igualmente pronunciamiento de la distintas Audiencias Provinciales que pivotan en la misma línea, citados por la demandada

16.- Por su parte *la Sala I se ha pronunciado sobre esta cuestión de forma reiterada remitiéndose a la STJCE de 3 de junio de 2010 (LA LEY 55532/2010)*, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo. En dicha resolución contestaba que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, siendo que en tal caso según sostenía la Sala I, al plantear la cuestión prejudicial y recoge expresamente el Tribunal de Justicia en sus apartados 41 y 42 un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. A partir de aquí la Sala no se ha pronunciado ya en profundidad sobre la cuestión, *limitándose a señalar con cita de la resolución del TJCE, que es indiferente que la cláusula se refiera a un elemento esencial del contrato como es el precio a efectos de apreciar su carácter abusivo*, ello en cuanto habría entendido precisamente en resoluciones anteriores que el ordenamiento jurídico español permitía ese control en sede jurisdiccional. *De ello podemos concluir que el objeto de la cláusula y por ende el hecho de que la misma se refiere al precio, no permite afirmar en todo caso que la cláusula ha sido objeto de negociación individualizada por referirse a un elemento esencial del contrato, sino que habremos de estar al caso concreto.* En esta línea la SAP Madrid 22 de marzo de 2007 Sec 28 (LA LEY 355384/2007), F. D. 5º, que rechaza la doctrina contraria a considerar condiciones generales las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, en los siguientes términos: «Debe considerarse no obstante que no existe fundamento para excluir las cláusulas que recogen elementos esencial del contrato del concepto de condiciones generales, que se definen formalmente y no por su contenido, en cuanto este no distingue entre elementos esenciales, accesorios o secundarios». Añade a continuación "La exención de control de las condiciones generales relativas a elementos esenciales no viene dada porque no tengan tal carácter de condición general, dado que se definen formalmente y no por su contenido, sino por la exclusión que deriva de la interpretación conforme a la Directiva. Esto no las excluye del control de inclusión y de transparencia, conclusión a la que igualmente se llega de aplicar los arts. 5.5 y 7 LCGC y 10.1.a) LCU." Bien es cierto que dicha resolución sin embargo parte de que no cabe el control por abusividad de las clausulas que delimiten elementos esenciales del contrato por aplicación del art 4

de la directiva comunitaria. Ese criterio debemos entenderlo modificado por la jurisprudencia de la Sala I y la STJCE ya citadas. *Ello nos lleva a rechazar la alegación de la demandada tendente a excluir la consideración de condición general de la contratación por el hecho de que la cláusula afectase a un elemento esencial del préstamo como es la determinación del interés aplicable e igualmente aún cuando debe destacar este juzgador las dudas que ello le plantean debemos afirmar la posibilidad de que por vía del examen del carácter abusiva se pueda ejercer un control de contenido de cláusulas de limitación de variación del interés variable.* No obstante se debe reconocer las fundadas críticas que desde un importante sector doctrinal se vierten sobre esta argumentación basadas en tres premisas, a) el TJCE no interpreta el derecho nacional por lo que no puede decir, como efectivamente llega a decir, que el derecho español autorice ese control de contenido sobre elementos esenciales del contrato (tal vez tenga algo que ver que en el auto por el que plantea la cuestión prejudicial se remita el texto de la Ley 7/98) b) el Tribunal Supremo tampoco llega a firmar en ninguna resolución que ese control venga autorizado por nuestro ordenamiento c) del examen de derecho positivo no se puede llegar a esa conclusión, sino que en una interpretación acorde al derecho comunitario y ante la falta de opción expresa del legislador debería entenderse que no se autoriza ese control de contenido sobre las cláusulas definitorias de las prestaciones objeto del contrato, siendo que la supresión del art 10 bis del proyecto, que incorporaba el art 4 de la Directiva obedecería a lo que se habría dado en llamar error negligente en la tramitación parlamentaria (Cámara, S «el control de las cláusulas abusivas».) Posicionamiento que este juzgador ha llegado a mantener con carácter previo a las resoluciones dictadas por la Sala I, si bien no desde el prisma de considerar que no se trata de condiciones generales, sino de afirmar que debe excluirse el control del contenido de las condiciones que determinen elementos esenciales del contrato como el precio. Sin embargo vista la claridad con la que la Sala I, con mayor o menor desarrollo, se ha pronunciado no resulta posible sostener otra solución distinta a la que se refleja en estas líneas y coincidente con la mantenida por la Sala I

17.- A mayor abundamiento sobre lo anterior no se puede concluir sin destacar las dudas que suscitaría la atribución a esa cláusula de un carácter esencial, pues si bien es cierto que eventualmente sirve para determinar el tipo de interés aplicable y que en el préstamo el interés es el precio que recibe el banco por la operación crediticia, es igualmente cierto que esa función no se cumple en todo caso, sino únicamente cuando se dan los presupuestos fácticos de la cláusula, que determinan la conversión del interés variable en el interés fijo previsto, esa aplicación eventual y no permanente ha sido destacado en la misma resolución de la Sec 28 de la Audiencia Provincial de

Madrid antes citada para excluir el carácter esencial de la cláusula, cuya ausencia por otro lado no impide que pueda considerarse válidamente celebrado el contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Por tanto y discrepando en este punto la conclusiones alcanzadas por el perito Sr Eusebio en la pag 45 y pag 5 de su informe. La cláusula de limitación a la variación del tipo de interés no se puede equiparar a la cláusula de determinación del interés remuneratorio del préstamo, que viene determinado por otra cláusula contractual, sino que sirve para delimitar los efectos propios de la evolución aleatoria del tipo de interés variable previsto en el contrato.

18.- Resta referirnos al argumento relativo a la existencia de otras ofertas en el mercado accesibles para el consumidor en la que no se contengan cláusulas de limitación de interés variable con el mismo contenido que las incluidas en la oferta vinculante o incluso sin limitación a la variación del tipo de interés variable. En este punto y aún reconociendo que la existencia de autorizadas voces doctrinales que acude a la existencia de otras ofertas en el mercado y la posibilidad de optar por las mismas como elemento excluyente de la imposición de la cláusula (PAGADOR, J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas o ALFARO, J., Las condiciones generales de la contratación, p.129), hemos de rechazar este argumento cuando no se trata de la cláusula que fije el tipo de interés aplicable en todo caso, respecto de la que no cabe duda su carácter esencial y que al constituir junto con el periodo de carencia y principal del préstamo son los tres elementos esenciales configuradores del contrato y respecto de los que efectivamente siempre se podrá alegar que informado debidamente el consumidor siempre tuvo la opción de escoger otro producto financiero. No parece tan claro en las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés variable, o del resto de cláusulas financieras distintas de la anteriores, so pena de vaciar el ámbito de protección derivado del control establecido en el art 7 de la LCGC 7/98 (LA LEY 1490/1998).

19.- *Afirmada la existencia condición general de la contratación procede entrar en el examen de abusividad en el contenido de la misma. Sostiene la actora que la citada cláusula resulta abusiva por quebrantar la debida reciprocidad en el contrato*, ello por cuanto si bien es cierto que se recogen acotaciones o limites tanto a las subidas como a las bajadas de interés, es igualmente cierto que no existe proporción entre tales límites hasta el punto que la entidad financiera se asegura una adecuada protección frente a un hipotético descalabro de los tipos de interés, estableciendo un limite inferior del 2,25% nominal anual, lo que determina que incluso haya sido ya de aplicación, mientras que el límite superior no tiene margen para la aplicación práctica, salvos

escenarios excepcionales (15% Nominal Anual) Cita en apoyo de su pretensión la Sentencia del Juzgado Mercantil Nº2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 161972/2010) en cuya línea se ha pronunciado más recientemente la Sentencia del Juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011 (LA LEY 5466/2011)

20.- La codemandada se opone argumentando en síntesis: a) las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés variables no son abusivas per se sino que resulten expresión de la libertad contractual y tienen expreso reconocimiento y respaldo en normativa regulatoria del sector bancario b) las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés tienen una justificación de racionalidad económica con reflejo en todo el sistema de intermediación financiera y beneficio no sólo para la entidad financiera sino para el consumidor c) la reciprocidad exigida en el art 87 es obligacional y no una exigencia de equilibrio económico de las contraprestaciones d) A largo no se puede hacer un previsión de la evolución de los tipos de interés por lo que no se puede sostener que la acotación al alza no se llevara a efecto e) finalmente no se habría aportado prueba justificativa de la falta de proporción entre uno y otro límite

21.- Ciertamente hemos de comenzar señalando que *la existencia de una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés variable, per se no puede considerarse abusiva*. En este sentido la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recogen en la OM DE 1994, referida anteriormente. En este sentido el Informe del banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios remitido al Senado y publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010, considera en primer término que las cláusulas de acotación a los tipos de interés integran el núcleo obligacional del contrato, por cuanto sirven para fijar el tipo de interés, siendo que el mismo se rige por el principio de libertad en la fijación del mismo, como resulta de la OM de 12 de diciembre de 1989. En segundo término el mismo informe hace una valoración jurídica de dichas cláusulas y la imposibilidad de que se pueda declarar su abusividad por impedirlo el art 4.2 de la Directiva 93/13, valoraciones estas que como quedó dicho no concuerdan con la doctrina mantenida por la Sala I en las sentencias reseñadas. Ahora bien *la admisibilidad en abstracto de estas cláusulas y los deberes de transparencia e información impuestos se entiende sin perjuicio del control que sobre las mismas se ha de practicar y la conclusión que se pudiera alcanza en torno a si resultan abusivas, por razón de su contenido*. En este punto nos remitimos a la doctrina del Supremo ya citada reiteradamente.

22.- Dicho lo anterior y conforme se señala en el mismo informe del Banco de España antes dicho en torno a las causas del uso de las acotaciones a la variación de los tipos. *En las entrevistas con las entidades, se puso de manifiesto que la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, costes que según el mismo informe estaría integrado en dos grandes grupos el coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero. Puede admitirse como alegan las demandadas y se recoge en la encuesta previa del Banco de España que existe una necesidad de salvaguardar una debida correlación entre los tipos de intereses y con ello con una finalidad de proporcionar estabilidad a los resultados de la entidad y que con ello se favorezca la estabilidad financiera, elemento de interés público* (expresión esta último utilizada por el informe del Banco de España en sus conclusiones pag 22). En esta misma línea el dictamen emitido por el Perito Sr José Francisco afirma que la limitación de la variación de los tipos de interés, funciona como elemento estabilizador del propio sistema económico y por ende determina una mayor flexibilidad en la actividad crediticia, que determina un mayor periodo de carencia y diferenciales más competitivos. *Sin embargo esa racionalidad económica de la acotación de los tipos de interés variable no puede ser opuesta en el examen de la condición general desde el prisma de la tutela del consumidor, como elemento legitimador de una posible falta de reciprocidad en su contenido.* Dicho de otra forma los efectos beneficiosos de la utilización de una determinada cláusula financiera para el bien funcionamiento del sistema, no pueden proyectarse a la relación jurídica individual con el consumidor, si la aplicación de dicha cláusula dentro de esa relación jurídica individual rompe la debida reciprocidad existente entre las partes.

23.- Conforme se adelantó anteriormente *la actora invoca el art 87 del TRLGCU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario.* Sostiene la demandada que la reciprocidad regulada en el art 87 del TRLGCU es una reciprocidad obligacional o causal, pero no económica, de forma que ha de examinar si a ambas partes se les atribuye los mismos derechos y obligaciones, no si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes. Ciertamente se ha debatido en doctrina y jurisprudencia el alcance del requisito de reciprocidad y más concretamente si el mismo ha de

tener alcance jurídico, esto es constatar que se atribuyen los mismos derechos a las partes y sobre todo que al predisponente se le atribuyen derechos negados al adherente. A favor de esta tesis además de la doctrina citada por la demandada, se puede añadir a BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de Consumo: Cláusulas Abusivas» y MIQUEL, J. M., en MENÉNDEZ, A. Y DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Por su parte Palau Ramírez «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», Aranzadi civil mercantil 5/2011 sostiene que "En cuanto a la abusividad por falta de reciprocidad, el control también se centra en el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y no en la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas por las partes contractuales, como fácilmente se desprende de la enumeración del artículo del artículo 87 LCU que considera abusivas «una serie de cláusulas en las que se prohíbe o se grava con sanciones pecuniarias el ejercicio de determinadas facultades contractuales, o la adopción de ciertos comportamientos en la fase de ejecución por parte del consumidor, sin incluir estipulaciones equivalentes para el caso de que sea el empresario o profesional el que ejercite las mismas facultades o realice las mismas conductas»". Por último debe traerse a colación la Sentencia de la Sec 28 de la Audiencia Provincial de Madrid (LA LEY 355384/2007) citada ya en varios pasajes de esta resolución que igualmente aboga por limitar el control a una reciprocidad obligacional en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, si bien dicha afirmación parece estar en línea con la tesis de la Sala sobre la aplicación del art 4.2 de la Directiva al derecho español, o mejor dicho sobre la necesidad de interpretar la normativa nacional conforme al contenido de la directiva comunitaria. *Este juzgado se alinea con las opiniones doctrinales expuestas y con el criterio de la Sección 28 en la resolución de referencia, entendiendo que la reciprocidad a controlar por vía del art 87 del TRLCU es una reciprocidad jurídica, esto es tendente a asegurar una correcta distribución de los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, de forma que, en contra las reglas de la buena fe, se imponga a una parte obligaciones a su exclusivo cargo, de cuyo cumplimiento se exonera a la contraria, o bien se atribuye al predisponente derechos o facultades no reconocidas al adherente, pero no podemos considerar que se extiende la correcto equilibrio económico de las contraprestaciones, pues ello implicaría la necesidad de que la decisión judicial se extienda a la integración de un elemento esencial como es el precio y tratándose de una entidad que interviene en el mercado en régimen de libre competencia con otros sujetos, esa intervención, puede producir efectos no deseados en el ámbito competencial e incluso afectar negativamente la posición de la entidad en el mercado.* Es más el cálculo del tipo de interés tiene

incidencia esencial en el resto de los elementos del contrato, como es el periodo de carencia o incluso el diferencial a aplicar sobre los tipos de referencia, incrementando el riesgo de los tipos de interés al eliminar las acotaciones a la baja, es de esperar como se señala en el informe del perito Sr, José Francisco un encarecimiento del préstamo.

24.- Siguiendo el mismo hilo argumental es importante resaltar, que situándonos en la tesis defendida por la actora y las resoluciones por ella citadas, se estaría exigiendo al juzgador realizar una juicio de previsión de ciclos económicos de carácter macroeconómico, sin más sustento que la evolución del Euribor en el periodo precedente, juicio macroeconómico poco ponderado y que viene sustentado en la ausencia de cambios clave en el panorama económico de la zona Euro, lo que en la situación actual es mucho decir. El propio informe del Banco de España en su página 21 señala el carácter excepcional que tiene el escenario posible de aplicación de la acotación a la variación a la baja del Euribor, señala que

" ... un Euribor por debajo del 2%, como sería el determinante de la aplicación amplia de los suelos, es excepcional (como lo es la profundidad de la crisis a que se vincula dicho nivel del índice) y, por tanto, que la aplicación suelo también es, o está justificada "

El Informe del Perito Sr. Eusebio (**Documento Nº 8**) afirma que *" en un amplio abanico de supuestos realistas (...) la utilidad del límite superior es, en el caso en litigio, incluso mayor que la del límite inferior "* (pág. 45). Tales afirmaciones tiene total vigencia en el contexto económico actual. Es más de estimarse esta pretensión la consecuencia no sería la supresión de lo que la actora ha llamado cláusula suelo, sino establecimiento por parte del juzgado de una cláusula suelo más proporcional en los términos postulados por la actora, esto es la directa intervención del juzgador en la fijación de los tipos de interés. Esto es no cabe fijar la desproporcionalidad o falta de reciprocidad en la asimetría de las acotación y por lo tanto en el distinto rango de los tipos de interés, sino que habría de tenerse en cuenta el resto de los elementos integrantes del préstamo; desde luego no es aconsejable acometer el examen de asimetría de las limitaciones a la variación al tipo de interés, con el único sustento de la evolución económica en el periodo precedente.

25.- Dicho lo anterior y como hemos podido observar al inicio de este fundamento *la cláusula 3 bis, establece las reglas para fijar el tipo de interés vigente, que en un principio de calcularía mediante índice de referencia (Euribor a un año) más un índice de 0,70 %, señalando un mínimo en aquellos supuestos en que el Euribor se sitúa por debajo del 2,25%. Por lo tanto se fija un tipo de interés mínimo del 3%. En este sentido bien es cierto que en puridad no es una cláusula suelo, pues no*

establece un límite al tipo de interés aplicable, sin embargo es igualmente cierto que cumple la misma función, esto es eliminar los riesgos que para la entidad financiera pueda derivar un brusco descenso de los tipos de interés, asegurando la recuperación de los costes en los términos expuesto en el apartado 22 de esta sentencia, ello es así hasta el punto de que esta cláusula es tratada conjuntamente en el informe del Banco de España presentado al senado, ya identificado anteriormente (página 14 del informe). Junto a esta regla de determinación del tipo de interés, se recoge una genuina clausula techo, por el que el tipo de interés nominal anual no podrá ser superior al 15%.

26.- El establecimiento de esa acotación al tipo de interés es parte integrante del precio mismo del préstamo, el cual como bien es sabido se corresponde con los intereses remuneratorios, y *aún admitiendo* como no puede ser menos con referencia a las sentencias del Tribunal Supremo antes expuestas, *que el control de abusividad se pueda extender al contenido de los elementos esenciales del contrato, no puede considerarse abusiva tal forma de fijación del tipo de interés remuneratorio ab initio y en todo caso, si no se pretende al tiempo entrar en la regulación del mercado crediticio*, pues en todo caso y siguiendo la argumentación de la actora, si el desequilibrio viene dado por la desproporción entre la limitación al alza y a la baja del tipo de interés la solución no pasa por suprimir el tipo a la baja, sino por reducir la acotación al alza, lo que es tanto como decir cual es el interés máximo a percibir por la entidad bancaria.

27.- *En el préstamo a interés variable lo característico es que el tipo de interés aplicable resulta siempre de un tipo de referencia al que se le aplica un diferencial, sin que sea posible determinar durante toda la vida del contrato cual sea ese interés aplicable, pues la propia evolución de tipo de referencia marcará el tipo final aplicable. Eso no significa que la entidad bancaria no puede fijar un tipo de referencia u otro o un mayor diferencial, pues tanto en uno como en otro caso estará en un régimen de libre competencia estableciendo el precio que percibe la operación de financiación, precio que sólo está sometido a los límites de transparencia y claridad y por otro lado a los límites resultantes en su caso de la Ley Azcárate (LA LEY 3/1908) o de la consideración del interés resultante como leonino.*

28 Sentado cuanto antecede *no puede negarse que la entidad bancaria bajo los límites anteriores goza de libertad para fijar el tipo de interés que va a percibir o la forma de establecerlo. Esa libertad de establecimiento resulta tanto en la posibilidad de fijar un diferencial u otro, o un tipo de referencia y podemos entender que también se extiende al establecimiento de acotaciones a las*

variaciones del tipo de interés de referencia, permitidas expresamente por nuestra legislación y sometidas a los deberes de información antes dichos si bien respecto de las mismas no se puede negar que en determinadas ocasiones si pueden considerarse abusivas en cuanto en la práctica supongan la generación a favor de la entidad predisponente de una situación beneficiosa no reconocida en términos equivalente al consumidor y que además no tiene un reflejo en el resto de los elementos del contrato.

29.- Bien es cierto que lo característico de un préstamo a interés variable consisten en la asunción de un riesgo tanto por prestamista como prestatario, relativo a la fluctuación de los tipos de interés. Sin embargo, *basta la lectura del préstamo hipotecario, sobre cuyas cláusulas se ejercitan las acciones de nulidad por abusividad para observar como el mismo no se constituye como un préstamo de interés variable del que pudiera concluirse como un contenido esencial del contrato la variabilidad absoluta del tipo de interés del préstamo, esto es la fijación del precio conforme a parámetros totalmente volubles e imprevisibles, de lo que pudiera deducirse que ambas partes asumen por la firma del contrato los riesgos y beneficios de esas fluctuaciones, sin cortapisa de modo tal que la limitación de los efectos de esa variación respecto de una sola de las partes, es generar a favor de esta un beneficio al atribuirle las consecuencias positivas y protegerlo respecto de las negativas de dicha fluctuación de tipos de interés, generando en consecuencia una desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato.* Por el contrario nos encontramos con un préstamo hipotecario vivienda RDL 6/99, identificado así en la propia escritura, en cuyas cláusulas financieras, se identifica el tipo de interés de referencia bien por aplicación del referencial (Euribor) o bien por el establecimiento de un mínimo de referencia al que se aplica el diferencial del 0,70%. Nada impediría a la entidad financiera, establecer un diferencial de 1 o del 1,5% para el caso en que el Euribor, fuera inferior a x. Se trata por tanto de distintas fórmulas utilizadas por la entidad para la fijación del precio, en un sistema de libre concurrencia y de agresiva competitividad entre las diferentes entidades financieras, cuyo primer reflejo lo podemos observar en la fijación de los tipos de interés y de los sistemas utilizados para el establecimiento del tipo resultante. De hecho tal como se acredita por la demandada en el acto del juicio y también se afirma por el Banco de España en el informe tantas veces referido no todos los préstamos hipotecarios contienen cláusulas de acotación de la variación de los tipos de intereses. Por tanto *la condición ahora litigiosa viene integrada junto con el resto de condiciones descritas en la condición tercera con la finalidad del establecimiento del tipo de interés remuneratorio, en cuya mecánica no puede considerarse que se rompa la debida reciprocidad en los derechos y*

obligaciones del contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a no contratar un producto, que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones consideren puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora.

En el caso concreto del préstamo sometido a examen, es de ver como, *al fijar un interés mínimo, por debajo del interés legal, se está manteniendo un margen de maniobra a la variabilidad del tipo de interés y por tanto, conservando los efectos propios del establecimiento en tipo de interés variable, ya que hasta un límite se puede beneficiar al usuario. De otro lado es de ver como el diferencial aplicado, es inferior a los utilizados en el mercado hipotecario por otras entidades financieras cuando comercializan los préstamos hipotecarios sin límite a la variación del tipo de interés.*

De otro lado, tampoco se da la reciprocidad, entendido en los términos expuestos anteriormente, pues se recogen limitaciones, tanto en el tipo mínimo como máximo, cuya falta de proporcionalidad, no ha quedado debidamente justificada, lo que unido a la aplicación de condiciones económicas más favorables, en cuanto al diferencial aplicable, excluyen la ausencia de reciprocidad.

Es más y como ya afirma el informe del Banco de España la utilización de una acotación a la baja de la variación del tipo de interés vendrá acompañada de ventajas para el prestatario en forma de reducción del precio a abonar en forma de interés remuneratorio, aumento del periodo de carencia o de amortización del préstamo.

De otro lado, tampoco se da la

TERCERO.- GASTOS (CONDICIÓN 5ª)

30.- la citada cláusula tiene el siguiente tenor:

"Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª .

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª , y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª ".

31.- *Considera la actora que dicha cláusula es abusiva en aplicación de los artículos 86,7 87 89,2 y 89,3 TRLGCU.* En relación a la imposición al prestatario del abono de las costas procesales generadas por los procedimientos iniciados para la reclamación del crédito derivado del contrato, por contravenir norma de orden público en materia de imposición de costas, como se habría apreciado entre otras por la Sentencia de la AP de Madrid de 11 de Mayo de 2005 (LA LEY 1377/2005). En relación al resto de clausulado y concretamente a la imposición de los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca, señala que ello corresponde a la entidad bancaria por

disposición legal, alegando finalmente que la cláusula en su redactado peca de una clara oscuridad y ambigüedad que impide saber en realidad que costes o servicios se imponen al usuario.

31.- sostiene la entidad demandada, que en relación al pacto sobre costas habría sido ya objeto de resolución anterior, desplegando los efectos propios de la cosa juzgada, sin que la entidad financiera haya hecho uso de esta cláusula, lo que en todo caso sería una cuestión propia de la ejecución de la resolución anterior, pero no de un nuevo procedimiento. Respecto del contenido del resto de la cláusula sostiene que la misma resulta plenamente clara y que se conocen los servicios facturados por la entidad bancaria.

32.- *Comenzando por la cláusula de imposición de costas*, bien es cierto que en el acto de la vista de desestimó la excepción de cosa juzgada, si bien referido al planteamiento de la misma, como excepción impeditiva de la válida continuación del proceso, pero ello con dos matizaciones, en primer que ello sería sin perjuicio de los efectos que las resoluciones dictadas en procesos anteriores, produjesen a efectos prejudiciales, en aquellos puntos en los que no obstante se hubiera modificado la normativa las conclusiones alcanzadas debían mantenerse, en cuanto el sustento normativo no se había visto afectado. En segundo lugar la desestimación se entendía sin perjuicio de que determinadas cláusulas o aspectos de las mismas si se vieran afectados por la cosa juzgada alegada. Este es el caso pues por un lado *observamos que la misma cláusula habría sido objeto de impugnación en la demanda que dio lugar a los autos seguidos ante el juzgado de primera Instancia Nº 44 de Madrid, en los que se dicta sentencia de 24/9/2003 (LA LEY 2911/2003), y posteriores sentencias en apelación de la Sec 13 de la AP de Madrid de 11 de Mayo de 2005 (LA LEY 1377/2005) y Casación del Tribunal Supremo en fecha 16/12/2009 (LA LEY 273170/2009) donde se solicitaba la nulidad de la misma cláusula que ahora se impugna en lo relación a la imposición de costas y gastos judiciales al prestatario, cláusula esta de idéntico contenido a la ahora atacada (Doc 1 b BBVA). Esta cláusula ya fue declarada nula, por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y posteriormente por la de la Sec 13 de la AP, que devino firme en relación a esta cláusula. Consta en este punto acreditado que el BBVA habría sustituido la cláusula de referencia y habría dejado de aplicarla (documentos 3 b y 3 bis), siendo que la demanda no sólo peticionaba la nulidad de las cláusulas sino la prohibición de su utilización ad futurum, por lo que si entiende que no obstante lo dicho se sigue utilizando la cláusula, sería una cuestión propia de ejecución de la resolución, pero no del planteamiento de una nueva pretensión,*

por lo que exclusivamente respecto de la citada cláusula si se daría cosa juzgada al concurrir las tres identidades de sujeto objeto y causa.

33.- *En relación al resto de la citada cláusula parece la cuestión residenciarse en el ámbito interpretativo de la condición general, por los amplios términos utilizados en la citada condición.* En relación a la interpretación de la condiciones generales dispone el art 6.2 a cuyo tenor "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales". Como señala la sentencia de 9 de septiembre de 2004 el Tribunal de Justicia, «la distinción que establece el artículo 5 de la directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación "in concreto" del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación "in abstracto" del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores».

34.- Las anteriores afirmaciones tienen especial importancia en este caso, pues *existe discrepancia entre las partes sobre el alcance que haya de darse a la cláusula, en cuanto a los gastos que impone al consumidor. Así la citada cláusula utiliza un tenor totalmente genérico al referirse a "tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª."*

Términos estos que no discriminan en relación al origen del gasto ni su imputación, siquiera se condicionen a la previa solicitud del consumidor, y que por un lado suponen para el consumidor la imposibilidad de conocer a priori que gastos asume, pues los términos literales empleados permiten interpretar que se imponen al consumidor el abono de la totalidad de esos gastos. Del mismo modo tampoco condiciona el abono de esos gastos a la previa solicitud del cliente. Respecto de los gastos de cancelación tampoco se identifica cual es su concepto en que consisten, la posibilidad por parte del cliente de poder realizar directamente tales actuaciones previas y el derecho del consumidor a realizar directamente tales trámites previos. En este sentido la Memoria del Servicio de reclamaciones del Banco de España del año 2009, ya recuerda que no pueden considerarse incluido en ese apartado:

a) la entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero), o

el simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaria que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria)⁶ para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

35.- *A la vista de lo expuesto hemos de considerar abusiva la condición general en todos sus párrafos excepto en el cuarto, por resultar abusiva a la vista del art 87.5 y 89.3 del TRLCU.*

36.- *En segundo término y tal como resulta de lo ya expuesto, la cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción del art 5.5 de la LGCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del art 7.7 del mismo texto*

CUARTO.- INTERÉS DE DEMORA (CONDICIÓN 6ª)

37.- La citada cláusula tiene el siguiente tenor:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no

satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª ".

38.- se ataca por la actora esta cláusula en dos puntos el tipo de interés de demora fijado en el 19% y que la actora considera abusivo y en segundo término el pacto de anatocismo contenido en la misma cláusula, que la actora igualmente considera que rompe la reciprocidad del contrato. Por ello considera que la cláusula resultaría abusiva por aplicación de Arts 80.1.a); 80.1.c) y 85.6 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007).

39.- se opone la demandada sobre la base de estimar, que atendida la naturaleza propia de los intereses moratorios, cuya aplicación depende del previo incumplimiento de la parte y que va dirigida a disuadir respecto de esas conductas incumplidoras, la fijación de un interés moratorio del 19% no puede considerarse en modo alguno como abusiva, sin que pueda traer a colación la aplicación analógica del art 19 de la Ley de Crédito al Consumo ni el art 7 de la Ley 3/2004. Respecto del pacto de anatocismo el mismo resultaría claro y preciso en la redacción de la cláusula no presentando tacha alguna de abusividad.

40.- Como recuerda la SAP Barcelona Sec 14 Núm 385/2009 de 27 de Mayo (LA LEY 169804/2009) "En términos generales, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo es reacia a la consideración de los intereses moratorios contractuales o pactados como abusivos o ilícitos.

Ha defendido, fundamentalmente, el valor del principio de autonomía de la voluntad, en cuanto la cláusula de intereses moratorios prevé una indemnización justa del perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento del contrato [...], y, por ello, ha sostenido que no se puede pretender sustituir las sumas contractualmente establecidas, por elevadas que puedan parecer, por otras más reducidas SSTS 10 de mayo de 2001 27 de febrero de 2002 , 22 de octubre de 2002 y 26 de abril de 2004 .

Ha predicado el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y dice que cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta

del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora. Añade que los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908 (STS 2 de octubre de 2001).

Ha declarado, por otra parte, que los tipos impositivos moratorios pueden responder a diversas causas, acaso ilícitas, como la sobre retribución contraria al sinalagma contractual, pero algunas posiblemente lícitas, como la función penalizadora (art. 1152 C.c . (LEG 1889, 27), sin que sea posible adelantar un juicio de moderación(STS 13 de abril de 1992), o como la función de sobretasa indemnizatoria por el retraso en el pago, en cuanto provoca un cambio del sistema de cobro que aumenta los perjuicios (pues el impago obliga a diversos gastos además de los derivados de la acción judicial, a la persecución de los bienes que se hayan declarado como garantía de solvencia en el expediente bancario y a la posible persecución de bienes enajenados en fraude) y mediante una "prima de riesgo" por el retraso en el impago (en cuanto el impago aumente los perjuicios y la cláusula pretenda compensar un mayor daño)".

41.- En efecto, *si bien la jurisprudencia no es unánime, pues frente a un sector que no distingue, a la hora de calificar un préstamo como usurario, si los intereses "notablemente superiores" son solo los de aplazamiento o también los de demora ("... por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan -dice la S. TS de 7 de mayo de 2002 - a la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el art. 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza"); existe otro sector, para el cual los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación, lo que hace, que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908 ("...debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y moratorios, a estos últimos - dice la S. TS de 2 de octubre de 2001 - no se les debe de aplicar la Ley de Represión de la Usura*

(LA LEY 3/1908), pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe de olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable, y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago la mora", en la misma línea la más reciente STS 4 de junio de 2009); *lo que no debe de olvidarse, es que el interés de demora tiene, ciertamente, una finalidad sancionadora por no adecuarse la conducta del deudor al régimen jurídico pactado por las partes y, sobre todo, que el interés de demora tiene no sólo como objetivo sancionar o castigar al deudor que no cumple -sino como plásticamente dice determinada doctrina- "disuadir a potenciales incumplidores de hacerlo". Precisamente por razón de dicha naturaleza indemnizatoria y disuasoria, el interés de demora es notablemente mas elevado que el remuneratorio, pero esto no implica una autorización en blanco para el acreedor, de forma que pueda establecer sin ningún techo la sanción que desee, sino que ha de ser una sanción equilibrada, una sanción que no conlleve un interés desproporcionado que genere un desequilibrio en las prestaciones de las partes, máxime cuando el hecho de que exista un pacto que expresamente establezca dicho interés de demora, no implica que este, sin más, sea legal, pues debe de tenerse presente, aunque de facto se instrumente como condición particular, que realmente nos encontramos ante contratos de adhesión en cuyo contexto, ante cláusulas que son redactadas por la entidad (predisponente) el principio de autonomía de la voluntad se encuentra limitado.*

42.- *En el presente caso hemos de tener en consideración los siguientes factores, el interés remuneratorio se fija en el Euribor, más 0,70 %, lo que en el año de contratación del préstamo osciló entre el 4,10% y el 4,70%, el tipo de interés legal en el mismo año es un 5% y el interés de demora el 6,25%. El tipo de interés moratorio fijado es del 19%. Atendidos esos parámetros no puede considerarse que el establecimiento de un tipo de interés moratorio al 19%, resulte un indemnización desproporcionadamente alta, si tenemos en cuenta que resultaría poco más de tres veces el interés remuneratorio establecido en el contrato*

43.- Respecto de la aplicación analógica del art 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo bien es cierto que numerosas resoluciones han planteado su aplicación analógica a operaciones de financiación

distintas de las contempladas en el ámbito de aplicación de la norma (SAP de Barcelona de 7.10.08 la SAP de Murcia de 18.4.07 o Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) 25 de mayo de 2010), sin embargo no es este el criterio de este juzgador, que considera que la previsión contenida en el art 19.4 de la Ley de Crédito al consumo, tiene su razón de ser y fundamento exclusivamente en relación con los actos que integran el supuesto fáctico de la norma, sin embargo no puede ser establecido como parámetro exclusivo para juzgar la abusividad de la cláusula que establezca la fijación del interés moratorio. Respecto del interés moratorio fijado en la ley de lucha contra la Morosidad, no es una parámetro idóneo que permita realizar el examen en los términos postulados por la actora, pues a diferencia de la anterior ni siquiera responde en su dictado a una finalidad tuitiva del consumidor. La citada norma tiene por objeto como señala su propia EM "es fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales, y también su cumplimiento." Y para ello establece el devengo de interés de demora de las cantidades líquidas debidas entre los sujetos contemplados en la norma (empresas o empresas y Administración), ese interés será en primer término el pactado por las partes y sólo subsidiariamente el fijado en la norma. Bien es cierto que el Tribunal Supremo en reciente Sentencia de 23 de Septiembre de 2010, procedió a declarar abusivo un interés moratorio (10 puntos superior al aquí analizado) y acudió a la aplicación de 2,5 veces el interés legal del dinero, pero no lo hace como razona la sentencia por una aplicación analógica del precepto, a efectos de juzgar la abusividad, sino como medio de integrar el contrato una vez apreciada la abusividad de la cláusula.

44.- *En relación al pacto de anatocismo contenido en el contrato en modo alguno puede considerarse que la cláusula tal como está redactada no cumpla los requisitos de concreción claridad y sencillez en la redacción, pues basta leer la resolución, para saber el interés de demora aplicable y que el mismo si no se abona, puede dar lugar a nuevo devengo de intereses moratorios*

45.- En cuanto a la validez del pacto de anatocismo La doctrina de la DGRN siempre ha sido contraria a esta clase de pactos, pues considera que los intereses sólo pueden reclamarse como tales y no como principal. El argumento, repetido desde la R DGRN 20 mayo 1987 es el siguiente:

«... sin prejuzgar la licitud del pacto de anatocismo en el plazo obligacional... claramente resulta de la estipulación segunda en la que se constituye la garantía hipotecaria, que ésta, por principal, sólo responde del importe inicial del crédito cubierto, sin que en ningún caso se pueda entender incluido en él los intereses no oportunamente satisfechos; éstos, a efectos hipotecarios, podrán reclamarse

como tales intereses dentro de los límites pactados y los legales - artículos 114 Ley Hipotecaria y 220 Reglamento Hipotecario -, pero no como principal ».

46.-El mismo argumento se ha utilizado en las resoluciones posteriores en que se ha discutido este problema: RR DGRN 20 mayo 1987, 19 enero 1996, 23 febrero 1996, 23 octubre 1996, 17 julio 1997, 18 julio 1997..., hasta las últimas RR DGRN 21 enero 1998, 20 enero 1998, 29 julio 1997, etc. Existen algunas Audiencias Provinciales que siguen el criterio de la DGRN (AAP Asturias 27 febrero 1998; AAP Castellón 30 diciembre 2000; AAP Valencia 11 abril 2001). Pero, ciertamente, no es éste el criterio que impera en las Audiencias que, reparando en la validez del pacto (afirmado, para un asunto no hipotecario, en la STS 8 noviembre 1994 y posterior STS 21 diciembre 2006), consideran que este pacto también es eficaz en el ámbito hipotecario: AAP Madrid 9 febrero 1998, SAP Castellón 2 noviembre 1999, SAP Madrid 7 junio 2000, SAP Burgos 20 septiembre 2000, AAP Burgos 27 noviembre 2000, SAP Toledo 8 noviembre 2002, AAP Barcelona 7 julio 2003, SAP Zaragoza 23 enero 2004, 62016), AAP Madrid 2 febrero 2006, SAP Cantabria 7 de marzo de 2007. Y por si «hipotecariamente» no fuera posible aplicar el pacto de anatocismo y se pretendiera ejercitar después la correspondiente acción en un declarativo ordinario (lo permitió la SAP Valladolid 4 junio 2001, en la SAP Madrid 9 marzo 2004) se entendió que tras la ejecución existe un nuevo crédito que tiene que ser determinado y liquidado, de modo que para devengar más interés de demora precisará previa reclamación y se aplicaría el interés establecido en el 1108 CC. Es decir, que de nada sirve un pacto de anatocismo ineficaz en el ámbito hipotecario.

47.- *No puede considerarse que el citado pacto quebrante la reciprocidad en el contrato ni supone una imposición de una prestación adicional, pues simplemente devengados los intereses y no satisfechos, es lícito que se establezca una consecuencia resarcitorio del impago de tales intereses distinta en sí mismo del impago del principal, cuya validez como vemos ha sido ampliamente admitida, precisamente en contratos bancarios, que por su propia naturaleza actúan como contratos de adhesión.* La propia Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su más reciente Sentencia de 4 de junio de 2009 argumenta del siguiente modo:

"se combate en este motivo el anatocismo, convencional en el presente caso, en que se pactó expresamente en el contrato de préstamo hipotecario, admitido tal como se deduce, a sensu contrario, del artículo 1109, primer párrafo, segundo inciso, del Código civil y se desprende del principio de la autonomía de la voluntad, básico en el Derecho privado y proclamado en el artículo 1255 del Código civil (LA LEY 1/1889) y reconocido en el artículo 317, primer inciso, del Código de

Comercio (LEG 1885, 21) y lo ha reconocido explícitamente la sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1994 que aquí se reitera y que incluso advierte que es uso mercantil consolidado". En la jurisprudencia menor también resulta admitido por las SSAP Madrid Sec 10º 10/9/2004, Baleares 1/6/2010 y Jaén 25/4/2007.

QUINTO.- *Vencimiento anticipado del préstamo* (Condición 6ª BIS).

48. En este caso el tenor de la cláusula es el siguiente: "No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos:

a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.

b)...

c)...

d)...

e) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato".

49.- *Considera la actora que la cláusula así redactada rompe la debida reciprocidad del contrato al atribuir al Banco la capacidad para dar por vencido el contrato en dos supuestos concretos falta de pago en sus vencimientos de una parte -cualquiera- del capital o de sus intereses, como del incumplimiento in genere de cualquier otra obligación contraída con el Banco.*

50.- Frente a tal pretensión se alza la demandada, alegando que esta cuestión ya ha sido debidamente examinada por la STS de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009), que desecha el carácter abusivo de esa la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota y en esos mismos términos debe interpretarse la expresión una parte del principal o sus intereses. Por su parte la referencia a cualquier otra obligación ha de interpretarse como referida a una obligación esencial.

51.- Si bien es cierto que no se refiere a una cláusula de idéntico contenido a la aquí examinada, si debe traerse a colación lo manifestado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009), al analizar la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola de las cuotas, así señala la resolución que, al respecto, la doctrina jurisprudencial es clara

en el sentido de admitir su validez: "la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC (LA LEY 1/1889) la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008. Por lo tanto, no hay conculcación de la doctrina jurisprudencial actual, y el motivo decae". Tales afirmaciones nos llevan a partir de una base que sin embargo es discutida por la actora, cual es la admisibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota.

52.- Dicho lo anterior y en contra de lo sostenido por la demandada, *no se puede colegir de la letra a) de la cláusula que la misma se refiere exclusivamente al impago íntegro de la cuota, pues precisamente esa redacción literal se contenía anteriormente y ha sido sustituida por la referencia a una parte cualquier del capital o de sus intereses, distinción que ahonda en esa idea del abono parcial de la cuota, pues si no la referencia al abono de parte de los intereses no tendría lógica.* De nuevo en este punto hemos de referirnos a lo dispuesto en el art 6 de la LCGC en materia de interpretación y a lo expuesto en torno al mismo en el apartado 33 de esta sentencia.

53.- Sentado cuanto antecede resulta sin embargo que *el impago de la cuota se origina, tanto cuando no se paga nada, como cuando no se paga en su totalidad, ello atendido el principio de integridad del pago* (art 1169 del CC (LA LEY 1/1889)), *en virtud del cual no se puede compeler al acreedor a recibir un pago parcial de la prestación. De hecho la expresión utilizada en la cláusula sería coincidente con la utilizada en el art 693.2 de la LEC (LA LEY 58/2000), que igualmente se refiere al supuesto "en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación".*

54.- *Respecto de la letra e) de la cláusula, nuevamente y en sede interpretativa se de poner de manifiesto que de la dicción de la cláusula, en modo alguno se puede concluir que se refiera a las obligaciones de carácter esencial, sino que se refiere a " cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato", supuesto que no realiza distingo alguno en función de la incidencia que dicha obligación tenga en el cumplimiento del fin perseguido por las partes a la suscripción del contrato.*

55.- *Comprendiendo la cláusula la totalidad de las obligaciones, sin distinguir entre esenciales y accesorias y sin ni siquiera poder determinar cuales sean las mismas y sin que recoja un derecho semejante a favor del consumidor respecto de cualquier obligación que pudiera asumir la entidad bancaria, la cláusula resulta abusiva en aplicación de los art 87 y 88 del TRLGCU 1/2007*

56.- En este punto se nuevamente ha de traer a colación la STS 792/2009 (LA LEY 273170/2009) ya citada que al analizar el pacto de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias señalaba que "el motivo que individualizamos como tercero se denuncia la declaración de abusividad de la cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias (5ª) de la que se dice que no vulnera lo dispuesto en el art. 1.255 CC (LA LEY 1/1889), que consagra el principio de autonomía de la voluntad, ni es contraria al art. 10 bis LGDCU pues no genera desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que cada parte asume, entendidos dichos derechos y obligaciones desde la perspectiva de que la facultad de resolver se prevé a favor de ambas partes. La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente- SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008 -, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio".

SEXTO.- *Finalidad del préstamo* (Condición 7ª).

57.-El tenor literal de la cláusula sería el siguiente

"La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco"

58.- *Sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva en aplicación de los art 86.7 y 88, pues por un lado impide al consumidor que en un futuro no muy lejano pueda desarrollar una actividad inocua para el mantenimiento del inmueble sin el consentimiento del Banco y por otro vista la duración del préstamo, se está estableciendo un garantía desproporcionada para el mantenimiento del valor del inmueble, mediante la restricción del uso del mismo para actividades totalmente lícitas e inocuas para el mantenimiento del valor de la garantía.*

59.- La entidad financiera sostiene que el destino del inmueble a una actividad empresarial o profesional determinaría la pérdida de la condición de consumidor del prestatario y por ende la imposibilidad de alegar el carácter abusivo de la cláusula. En segundo término sostienen que dicha autorización previa resultaría plenamente justificada atendido por un lado al distinto valor de tasación que se daría al inmueble por razón del destino dado. En segundo lugar la autorización previa siempre sería controlable jurídicamente.

60.- La condición de consumidor del adherente al momento de formalizar el contrato es lo que determina la aplicación del régimen jurídico contenido en los art 82 y siguientes y con ello la posibilidad de apreciar la abusividad de alguna de las condiciones generales contenidas en el contrato. En segundo término la ausencia de un control o autorización por parte de la entidad financiera no implica que automáticamente haya de considerar al adherente como no consumidor, máxime cuando estamos analizando el clausulado desde el prisma de una acción colectiva. En tercer lugar es necesario que el producto del contrato se integre en el círculo productivo, situación que no se da en quien consumidor recibe financiación para adquirir una vivienda y a posteriori pretende realizar una actividad empresarial o profesional en un inmueble de su propiedad.

61.- Realizadas las anteriores precisiones cuya necesidad derivaría a su vez de las alegaciones esgrimidas por la demandada en relación a ese particular y entrando en el análisis de contenido de *la cláusula*. Observamos como la misma *reserva a la entidad bancaria una facultad de autorización de cualquier afección de inmueble hipotecado a una actividad profesional, sin distinguir cual esa actividad y la incidencia que la misma pueda tener en la conservación del valor del inmueble, el tiempo de amortización transcurrido cuando se realice un cambio del destino del inmueble, elementos estos de esencial importancia y cuya omisión atribuyen al banco una facultad absoluta de controlar el destino que haya de darse a la vivienda arrendada durante toda la vida del préstamo, sin otro condicionamiento más que la vigencia del préstamo. Se puede considerar y compartir con la demandada que obviamente el destino de inmueble hipotecado es un elemento*

esencial en la tasación a efectuar en el mismo y que existen determinadas actividad que por distintos motivos pueden afectar negativamente a la garantía, bien a su valor o incluso a la integridad del inmueble hipotecado. Desde ese prisma sería comprensible y no se podría considerar una garantía desproporcionada el que se estableciera la prohibición de alterar el destino del inmueble durante un determinado periodo inicial del préstamo, hasta que el importe del crédito garantizado sea de tal entidad que no se pueda ver perjudicado por el destino que se de al inmueble o que se prohibiese la realización de determinadas actividades empresariales o profesionales por razón de la afección negativa que puedan tener en la conservación de la garantía. Sin embargo la cláusula no aparece redactada bajo esas cautelas, sino que se utiliza en términos absolutos tales que supone una el establecimiento de una garantía desproporcionada.

62.- La supeditación a la autorización del banco de la utilización del bien hipotecado para una actividad acorde a su naturaleza no afectante al valor de la garantía y durante toda la vida del préstamo, sin distinguir alguno resulta abusiva, pues supone la imposición de una garantía desproporcionada para el riesgo asumido por la entidad bancaria (art 88 TRLCU), atribuyendo a la entidad bancaria una facultad de control sobre el destino de la vivienda que no resulta acorde con negocio jurídico celebrado, ni necesario para el cumplimiento del fin contractualmente perseguido, limitando un derecho del prestatario en cuanto propietario de la vivienda de destinarla a usos que no afecten el valor de la garantía.

SÉPTIMO.- CLÁUSULA DE COMPENSACIÓN (Condición 8.5)

63.- El tenor literal del cláusula pasa a ser el siguiente: "La deuda que resulte contra la parte prestataria por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra deuda de éste que la prestataria pudiera tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluso el de depósito".

64.- sostiene la actora que la cláusula resulta abusiva por la autorización que se atribuye el Banco para que esa compensación pueda operar sin límite alguno a los derechos de terceros, como la falta de transparencia de la condición general impuesta y en último extremo la falta de reciprocidad entre las partes al atribuirse esta facultad en exclusiva al Banco.

65.- Por el contrario *el demandado defiende la validez de la cláusula atendiendo a que la misma ya habría sido examinado por la STS de 16 de Diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009), que habría excluido su abusividad*

66.- Efectivamente debe partirse necesariamente del contenido de la citada resolución que en su fundamento de derecho séptimo analiza una cláusula del préstamo hipotecario de contenido literal a la que es ahora objeto de examen, con la única salvedad que en la cláusula examinada por la Sala I, se incluía la mención relativa a que Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares. *No se puede considerar como hace la actora que en la sentencia de referencia la Sala I haga una primera aproximación a la citada cláusula, antes por el contrario examina la validez de la cláusula sobre la base de la alegación de nulidad esgrimida por la hoy actora, fundamentada en los mismos motivos ahora alegados, perjuicio de tercero y falta de claridad, y uno y otro son rechazados, operando respecto de esta cláusula la cosa juzgada negativa al concurrir las tres identidades propias de la cosa juzgada, que impide entrar nuevamente en su examen, cuyo resultado por otro lado no puede divergir del realizado por la Sala I*

OCTAVO.- CLAUSULA RELATIVA AL FUERO

67.-"Con renuncia expresa de cualquier otro fuero, que pudiera corresponderles, las partes se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de VALLADOLID para la resolución de cuantas cuestiones y controversias puedan surgir en relación con el presente contrato, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones legales que impongan un fuero específico". Es importante aclarar que en este caso consta Valladolid por ser el lugar donde radica el bien hipotecado, por lo que la cláusula impone un fuero territorial en favor del lugar donde se encuentra el bien hipotecado

68.- Entiende la actora que la citada cláusula resulta abusiva en cuanto supone la imposición de un fuero judicial fuera de los límites del art 90 de TRLCU

69.- La demandada se opone diciendo que dicha cláusula habría sido sustituida tras adquirir firmeza la sentencia dictada por la Sec 13 de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2005 (LA LEY 1377/2005) y no se exige su cumplimiento en aquellos contratos en los que no se ha operado esa sustitución.

70.- *Se da respecto de la citada cláusula la misma situación descrita en el apartado 32 de esta sentencia, esto es la cláusula con idéntico contenido fue objeto de procedimiento anterior, en el que se interesaba cesación en utilización e la cláusula y abstención de utilizarla en el futuro, por lo que habiendo recaído sentencia firme declarando la nulidad de la cláusula no es necesario ejercitar nueva acción de cesación respecto de contratos posteriores al inicio del procedimiento, sino que de estimar que se sigue utilizando, no obstante el contenido del documento 3 de la contestación, se trata más bien de un problema de ejecución de la sentencia que condena a abstenerse de utilizarlas en el futuro, resultando nuevamente en este punto las tres identidades subjetivas objetivas y causales.* No se trata en este caso de examinar la extensión subjetiva de la cosa juzgada que resuelve sobre acciones ejercitadas en defensa de intereses colectivo o difusos, en los términos previstos en el art 222, por se trata de proyectar la resolución respecto de quien si ha sido parte en el proceso por cuanto (sic)

NOVENO.- h) *Conservación de la garantía* (Condición 11ª)

71.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente : *"Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada:*

A)

B) A tener asegurado el inmueble del riesgo de incendios y otros daños durante el presente contrato, al menos en las condiciones mínimas exigidas por la legislación vigente reguladora del mercado hipotecario, consintiendo el deudor al propio tiempo que pueda verificarse dicho seguro a nombre del BANCO por cuenta y riesgo de la parte prestataria, la cual hace desde ahora formal cesión al mismo BANCO de las indemnizaciones que por el capital asegurado o por cualquier otro concepto deba satisfacer la Compañía aseguradora, hasta el montante de los débitos dimanantes de este contrato por débitos vencidos y/o pendientes de vencimiento, ante la que, al efecto, EL BANCO podrá practicar las gestiones necesarias.

El importe de estas indemnizaciones y de las que se percibieran por expropiación forzosa podrá aplicarse, a voluntad del BANCO, al pago de los débitos dimanantes de este contrato, aunque no estén vencidos.

El Banco podrá contratar el seguro de incendio y de daños, por cuenta del adquirente, y quedará facultado para abonar igualmente las primas que se deban al asegurador y cargarlas en la cuenta a la parte prestataria".

71.- Sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva en los siguientes términos; a) por permitir la contratación del seguro por la entidad bancaria por cuenta del prestatario lo que atendida la posibilidad del art 8 LMH y art 110 LH resulta una garantía desproporcionada b) por establecer la percepción directa de las indemnizaciones a favor de la aseguradora, en cuanto se priva al prestatario de los derechos de retención, consignación o compensación en relación con esa cantidad c) por establecer la percepción directa por la aseguradora de las indemnizaciones a fin de aplicarlas tanto a las cantidades vencidas como no vencidas, sin distingo en función de la entidad del siniestro, lo que supone un enriquecimiento sin causa e infringe el principio de proporcionalidad, así mismo puede suponer la atribución a la entidad bancaria de la facultad de interpretación del contrato así como determinar si el bien se ajusta a lo estipulado en el contrato d) finalmente critica la atribución a la entidad bancaria en abstracto para contratar esos seguros sin sujeción a parámetro alguno, y abonar las primas correspondientes cargándolas en cuenta, le atribuye la facultad de determinar cual sea la prima a abonar infringiendo lo dispuesto en el art 80. 1 a) del TRLCU

72.- Frente a dichas argumentaciones sostiene en síntesis la entidad bancaria que: a) la cláusula de conservación de la garantía es concreción contractual de la previsiones legales contenidas en el art 110.2 LH y 8 LMH, de modo que desarrolla aspectos esenciales necesarios para el mantenimiento del valor económico de la garantía, esencialmente en dos aspectos inactividad del deudor en la concertación del seguro y mecanismos para la aplicación de las indemnizaciones debidas respecto de créditos no vencidos b) a partir de lo anterior la facultad de la entidad bancaria de concertar el seguro por cuenta del prestatario, juega supletoriamente respecto de la posibilidad de que el prestatario contrate por si mismo y en las condiciones que tengan por conveniente, siempre que respete el mínimo legalmente impuesto. C) la previsión de asignación de las indemnizaciones debidas al pago de créditos no vencidos no supone un enriquecimiento sin causa para la entidad bancaria, al no resultar de aplicación dicha figura mediando relación contractual entre las partes, tampoco atribuye a la entidad la facultad de interpretación del contrato, pues no supone la atribución de una facultad interpretación de términos contractuales de alcance dudoso, finalmente la atribución de esa facultad queda justificada desde el más que previsible posibilidad de que dichos créditos no puedan ser satisfechos. Tampoco se impide o restringe el derecho tempestivo del prestatario a oponer la compensación o retención.

73.- No resulta discutible que a fin de mantener el valor económico de la garantía prestada el art 8 de la LMH impone al prestatario la obligación legal de asegurar los bienes hipotecados y por otro lado el art 110 de la LH extiende la hipoteca a Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Dicho lo anterior y como punto de partida no puede considerarse como hace la demandada que toda previsión contractual relativa a la aplicación de dichos preceptos, suponga recto desarrollo de los mismos y desde ese prisma integrador de laguna legal, no puede resultar abusivo. Afirmaciones estas que resultan necesarios a la vista de las correlativas argumentaciones expuestas por la representación del demandado.

74.- Dicho lo anterior, *resulta en primer término debatido la posibilidad de contratación del seguro por la entidad bancario por cuenta del prestatario y a nombre de la entidad bancaria por la propia entidad. La previsión contenida en la cláusula general no establece dicha posibilidad de forma subsidiaria limitada a los casos en que no lo haga el usuario, sino que establece una facultad absoluta de la entidad bancaria, que por tanto puede hacer caso de ella en cualquier supuesto, lo que no sólo determina la posibilidad de que en todo caso puede contratarse ese seguro por la entidad bancaria a nombre de la misma y cargar el importe de la prima al asegurado, sino que además se atribuye a la entidad financiera la posibilidad de elegir dentro del mercado cual es el producto que contrata y además con quien contrata, lo que en este caso tiene especial importancia, pues es bien notorio que la demandada, al igual que la mayoría de las entidades bancarias, comercializa seguros del tipo del que es objeto de contratación, en este caso a través de BBVA Seguros, de modo que en la práctica se puede hacer hace uso de previsión no con el carácter subsidiario alegado y como medio de suplir la falta de actividad del prestatario sino directamente en todas las contrataciones de préstamo hipotecario, generando volumen de negocio a favor de la entidad aseguradora integrada en el mismo grupo.* Como ya se ha dicho en varios pasajes de esta resolución *no cabe realizar una interpretación de las cláusulas en los términos más favorables a los intereses del adherente, a fin de salvar la validez de la cláusula, cuando como es el caso se está ejercitando acción colectiva, tendente a enjuiciar en abstracto la abusividad de la cláusula. Sino que por el contrario ha de estarse a la interpretación que resulte del contenido de la cláusula y es lo cierto que en modo alguno se desprende de la misma que la posibilidad de contratación por la entidad bancaria sea subsidiaria, lo que en la práctica y como se ha dicho supone que la entidad*

bancaria contrate el seguro con la aseguradora del mismo grupo y cargue el importe de la misma en la cuenta del prestatario. Cuestión distinta es que la cláusula configurase esa contratación por la entidad bancaria de forma subsidiaria para el caso en que llegada la contratación del préstamo hipotecario, por el prestatario no se tuviera contratado ningún seguro y previa intimación para que así lo verificara, en tal caso si podría entender que constituye un medio tendente a asegurar esa conservación económica de la garantía. Por el contrario en los términos que está redactada la cláusula supone una exclusión de los derechos reconocidos al usuario en la elección del seguro a contratar (art 86.1 TRLCU)

75.- En segundo término y respecto de la previsión contractual que permite aplicar las indemnizaciones derivadas al pago de las deudas vencidas y no vencidas, hemos de recordar que la previsión del art 110, no supone en modo alguno, que producido el siniestro se genere el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y resulten exigibles la totalidad del capital, sino que como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Julio 1999, establece una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real, sistema este que es el seguido por nuestro Derecho positivo en los artículos 1877 del Código Civil, 110.2 de la Ley Hipotecaria. Es por ello que este último precepto prevé a fin de no perjudicar la posición de acreedor garantizado, en cuanto a la posibilidad de satisfacción de su crédito, que notificada la existencia de la hipoteca a quien deba satisfacer la indemnización este deposite las cantidades debidas, ello en el caso en que no haya vencido la obligación garantizada. Por el contrario la condición ahora atacada lo que hace es equiparar los daños sufridos por la cosa asegurada, independientemente de la afección negativa que puedan suponer dichos daños en cuanto al valor del bien objeto de garantía, a un supuesto de vencimiento anticipado del préstamo al menos en lo correspondiente a las cantidades cubiertas por la indemnización, procediendo a hacer pago directamente del crédito garantizado con las cantidades recibidas en virtud del seguro contratado. Esta previsión no puede considerarse que tenga anclaje en el art 110 de la LH, ni suponga un mero desarrollo de cuestiones no previstas en el mismo, sino que supone un paso más allá, pues por un lado permite a la entidad bancaria percibir el importe del crédito garantizado o parte del mismo antes de la fecha de vencimiento, sin que concurriese un supuesto de vencimiento anticipado de los previstos en el contrato, alterando en beneficio del predisponente la naturaleza de la garantía, pues en lugar de responder de la satisfacción del crédito en supuesto de incumplimiento, pasa a utilizarse como medio de pago del crédito y con ello aún cuando se sostiene lo contrario por la demandada, se priva al consumidor de oponer la compensación, retención o

consignación respecto de esas cantidades, resultando igualmente abusiva la cláusula por aplicación de la regla general del art 82.1, en relación al art 85.3 (LA LEY 11922/2007) Y 86.4. todos ellos del (LA LEY 11922/2007)TRLGDCU

DÉCIMO.- SUBROGACIÓN DE LOS ADQUIRENTES (CONDICIÓN 12ª)

76.- La cláusula impugnada tiene el siguiente tenor:

"Cuando los adquirentes de los bienes hipotecados queden subrogados en virtud de pacto con el transmitente en las obligaciones asumidas en esta escritura por su causante, no surtirán efectos liberatorios para el transmitente frente al Banco hasta tanto éste no la consienta de forma expresa, sin que pueda entenderse prestado este consentimiento por la emisión de los recibos a nombre del adquirente ni por el cobro de la comisión de subrogación establecida en la cláusula 4ª 2 ."

77.- Sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva en primer término por aplicación del art 85.1 (LA LEY 11922/2007)del TRLGDCU, pues habiendo procedido al cobro de la comisión de subrogación, e incluso percibiendo con regularidad las cantidades dimanantes de los recibos que el propio Banco ha girado a nombre de un nuevo adquirente, se reserva un plazo indeterminado ("hasta tanto no la consienta de forma expresa"), para aceptar o rechazar la oferta contractual. Al mismo tiempo incurre en contravención de los artículos 85.7 y 88.1 (LA LEY 11922/2007)TRLGDCU en cuanto que implica la supeditación a una condición cuya realización depende únicamente de la voluntad del empresario, mientras que al usuario se le exige un cumplimiento firme y el mantenimiento de una garantía desproporcionada sujetando a ambos usuarios (transmitente y adquirente) a responsabilidad frente al Banco. En segundo término entiende que frustra la confianza legítima del usuario, la actuación del banco, consistente en desentenderse de la nueva relación con el adquirente sin liberar de su responsabilidad al transmitente, cuando habría consentido tácita y expresamente esa subrogación. Finalmente invoca la teoría de los actos propios del Banco.

78.- Por su parte el demandado argumenta, que resultando necesario el consentimiento del contratante cedido para que la eficacia adquiere cesión, no se puede considerarse abusiva la cláusula que supedita la eficacia de la cesión al previo consentimiento expreso, por el mero hecho de no fijarse un plazo para emitir dicho consentimiento, pues dependerá de las circunstancias del caso concreto y del tiempo que resulte necesario para realizar las comprobaciones por la entidad. Por otro lado considera inaplicable por no concurrir el supuesto fáctico el art 85.1 . En segundo

término la ausencia de un plazo para aceptar la subrogación no puede suponer sino la remisión al tiempo que resulte necesario atendidas la naturaleza y circunstancias del caso. Del mismo modo resultan inaplicables los arts 85.7 y 88.1 (LA LEY 11922/2007) del TRLGDCU. Respecto de la alegación de los actos propios de la entidad financiera y transgresión de la legítima confianza tampoco resultan atendibles, pues por un lado no existen actos inequívocos pues se exige un consentimiento expreso, por lo que tampoco se puede considerar que el abono de los recibos y comisión de subrogación puede permitir a las partes suponer que el banco consiente la cesión.

79.- De la mera lectura de la cláusula podemos deducir que condiciona la eficacia frente a la propia entidad acreedora de la subrogación pactada por el prestatario con tercero en la posición de deudor al previo consentimiento del acreedor, en segundo lugar que exige que ese consentimiento sea expreso y que en relación con esa exigencia excluye que se pueda cumplir ese requisito de forma tácita mediante la realización por la entidad financiera de actos que supongan el reconocimiento de la condición de deudor del adquirente del bien.

80.- Resulta pacífico que la cesión del contrato requiere del consentimiento del contratante cedido (STS 8 de Junio de 2007 o en materia cláusulas abusivas la STS de 16 de Diciembre de 2009). No obstante se deben apuntar las dudas en torno a si nos encontramos ante una cesión de contrato o ante un ascunción de deuda, pues como ha señalado la jurisprudencia el rasgo que más claramente distingue la cesión del contrato de la cesión de créditos o la ascunción de deuda es el de versar sobre un contrato de prestaciones recíprocas, razón por la cual se exige la conjunción de tres voluntades contractuales (las de cedente, cesionario y cedido) como determinante de su eficacia (SSTS 28-4-03, 27-11-98 y 5-3-94, con citas a su vez de otras muchas), habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta figura más que por la cesión de crédito y la ascunción de deuda simultáneas (SSTS 5-12-00 y 9-12-99). En suma, como señala la sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2006, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de sus sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual, implicando la transmisión de la relación contractual en su integridad y, por tanto, que al nuevo sujeto pasen no sólo las obligaciones sino también los derechos del primitivo. En todo caso no resulta transcendente a los efectos ahora debatidos pues la cláusula se ocupa exclusivamente de la eficacia liberatoria que la cesión pueda suponer para el prestatario, transmitente del bien garantizado y que en dicha compraventa actúa como cedente, por lo que en este caso la cuestión no reviste una importancia decisiva, pues también el caso de la

asunción de contrato se requiere el consentimiento del acreedor (art 1205 del CC (LA LEY 1/1889) y tanto en un caso como en otro caso ese consentimiento puede ser expreso o tácito.

81.- *Cuando la cláusula condiciona la eficacia liberatoria de la subrogación a la aprobación del acreedor, en modo alguno resulta abusiva y tampoco puede considerarse abusiva por el hecho de que no contenga expresamente el plazo dentro del cual es deudor habrá de verificar esa aprobación, cuestión distinta es la previsión contenida en la norma respecto de la posibilidad de girar recibos al nuevo deudor, sin liberación del anterior y la prolongación de esta situación en el tiempo, a lo que nos referiremos posteriormente. La ausencia de ese plazo no supone como sostiene la actora que se atribuya a la entidad financiera un plazo indeterminado para aceptar la oferta contractual, pues el contrato está perfeccionado y despliega sus efectos jurídicos, por lo que el art 85 no resulta de aplicación, del mismo modo que tampoco puede suponer la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme, (art 85.7), ello en cuanto a la prestación asumida por el Banco consistente en la entrega del capital ya ha sido verificada y lo que se condiciona a la voluntad de la parte, porque no puede ser de otra manera es la validez de la cesión de la posición de deudor en el contrato ya celebrado.*

82.- *Dicho lo anterior resulta que como hemos dicho en el contrato se exige el consentimiento expreso y además como hemos visto se priva de eficacia a actuaciones de la entidad que en puridad resultarían verdaderos y claros actos propios, entendidos como esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquella". El hecho de que en el contrato se prive de la eficacia que le es propia a esos actos, no implica en modo alguno que no pueda considerarse actos inequívocos de reconocimiento de una determinada situación jurídica, de tal entidad que generan en tercero la legítima confianza en la situación que resulta de esos actos. No se puede desconocer que como se dijo el consentimiento del acreedor puede ser tácito o expreso y no cabe duda que el primero se produce cuando se reclama el crédito a su vencimiento al nuevo deudor (STS 30 julio de 2001), circunstancia esta que sin embargo en la cláusula litigiosa se le pretende privar de toda eficacia liberatoria del antiguo deudor. Ello unido a la ausencia de plazo alguno para autorizar esa asunción de deuda, determinaría una situación de interinidad en la que tanto el antiguo como el nuevo deudor*

responden frente a la entidad acreedora, que sin embargo a posteriori puede desconocer sus actos anteriores y rechazar la asunción de deuda que admitió al tratar como deudor al adquirente del bien.

83.- En este punto se argumenta con finura jurídica por la demandada que el hecho de que se pacte la cesión de contrato en un momento inicial entre cedente y cesionario, supone que esta que surta ya plenos efectos entre los mismos, no supeditando su eficacia al posterior consentimiento del contratante cedido, de modo tal que este con independencia de que preste o no consentimiento no podrá desconocer la existencia del negocio jurídico precedente, sino que el consentimiento se limitará a los efectos liberatorios respecto del contratante cedente. De entrada se podría decir que en relación a la cesión de contrato, no cabe escindir sus efectos, admitiendo que puedan originarse unos y no otros como parece sostener la parte, La cesión se produce según se preste el consentimiento de todas las partes intervinientes, pero no cabe decir que por no prestar consentimiento uno de las partes la cesión sólo opera efectos en el ámbito de las relaciones entre cedente y cesionario, pues los efectos de la misma han de suponer el traslado de los derechos y obligaciones derivadas del vínculo contractual transmitido y ello sólo es posible si excluimos del vínculo contractual al cedente.

84.- En todo caso y como ya se dijo, habríamos de entender que nos encontramos ante una asunción de deuda. Como es sabido, el contrato de asunción de deuda no es un contrato específicamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico común. Se trata, por tanto, de un contrato atípico, que nace de la omnímoda iniciativa de las partes, bendecida por el art. 1255 del Código Civil (LA LEY 1/1889), *en tanto no atente a la ley, a la moral ni al orden público. La asunción así considerada requiere, en efecto, el consentimiento del acreedor, por virtud de la aplicación del art. 1205 del Código Civil (LA LEY 1/1889), según reiterada jurisprudencia de la que se hacen eco las sentencias citadas por el recurrente. Ahora bien, la existencia de esta figura jurídica no empece la creación de otras en las que las partes contratantes limiten sus efectos a ellas mismas. De hecho, como ha dicho nuestra doctrina, la llamada asunción independiente de deuda -la hasta ahora estudiada- es ineficaz como tal si el acreedor no manifiesta su consentimiento a la modificación de la parte pasiva de la relación obligatoria, pero el acuerdo entre el primitivo y el nuevo deudor que asume la obligación, existe. En este sentido no se puede hablar de propia asunción de deuda, pero sí de relación obligatoria que únicamente produce efectos entre ambos deudores(Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1993 y Sentencia de esta Sala*

de 7 de febrero de 1991). En definitiva, nos hallaríamos ante lo que la doctrina alemana denomina transmisión de cumplimiento o asunción de cumplimiento. La doctrina italiana ha configurado, sobre estas mismas bases, la llamada asunción simple de deuda, diferenciándola de la asunción independiente de deuda. Sus orígenes han de buscarse en la «acollatio simplex» del Derecho Romano o, si se quiere, en la simple «delegatio». Con base a estos precedentes, se habla de la asunción simple de deuda como contrato que media entre el deudor y un tercero por efecto del cual éste se obliga frente al primero a pagar su deuda, pero tal contrato despliega sus efectos únicamente en las relaciones internas entre los dos, de forma que el tercero que asume la deuda se hace deudor principal, pero no frente al acreedor, que no adquiere derecho alguno ante el nuevo deudor ni ostenta facultad alguna de adherirse al contrato que han establecido el deudor y el tercero. El contrato de asunción simple de deuda (o el de asunción o transmisión de cumplimiento) es también un contrato atípico en nuestro ordenamiento jurídico, pero los particulares pueden concluirlo al amparo del principio de autonomía privada que consagra el citado art. 1255 del Código Civil (LA LEY 1/1889). Sin embargo no es ese el supuesto contemplado en la cláusula litigiosa y por tanto no cabe invocar esas consecuencias en este caso.

85.- Sentado cuanto antecede y atendida esas consideraciones la cláusula litigiosa resulta abusiva, en cuanto en primer término altera la debida reciprocidad en el contenido del contrato, generando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivadas del contrato (art 82.1 en relación con el art 87.1 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007)), permitiendo a la entidad predisponente actuar contra sus actos propios en la prestación del consentimiento para operar la asunción de deuda y la consiguiente novación del deudor por un tercero, aún cuando haya realizado actos por los que se le haya dado ese tratamiento e incluso haya percibido las comisiones establecidas en el propio préstamo hipotecario, lo que por ende supondría de admitir se la posibilidad de denegar el consentimiento que la cláusula es abusiva por aplicación del art 87.5 (LA LEY 11922/2007) del TRLGDCU, pues devenga la comisión por una subrogación que finalmente no se habría operado.

UNDÉCIMO.- APODERAMIENTO (CONDICIÓN 13ª)

86.- El tenor de la cláusula sería el siguiente:

""Por ser la inscripción de la hipoteca unilateral una condición esencial de este contrato, al garantizar el préstamo ya recibido por la parte prestataria, ésta apodera expresa e irrevocablemente al BANCO, en la forma más amplia y necesaria en derecho, para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la

hipoteca unilateral que en este acto se constituye y, en su caso, de los títulos previos a esta escritura y además, siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del crédito garantizado, para que pueda realizar las subsanaciones o aclaraciones necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma, y aunque ello incurra en la figura jurídica de autocontratación".

87.-Se atribuye el Banco por imposición al adherente unas facultades exorbitantes (*"en la forma más amplia y necesaria en derecho"*) para el aseguramiento de sus intereses (inscripción de la hipoteca), incluso llegando a *sustraer ("de modo irrevocable")* la autorización del usuario adherente en los casos en que incurriera en autocontratación. Se faculta a la entidad financiera para que de modo unilateral pueda realizar según estime conveniente cualquier subsanación o aclaración. La estipulación transcrita supone, a criterio de la OCU, una transgresión del artículo 85.3 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), toda vez que reserva al empresario la facultad de interpretación o modificación unilateral del contrato. Se impugna no el apoderamiento sino la amplitud del mismo, al concederse *"en la forma más amplia y necesaria en derecho"*, que no resulte revocable el apoderamiento y que se pueda extender a modificar de modo unilateral lo pactado.

88.-La demandada por su parte recuerda que la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva (art 1875 CC (LA LEY 1/1889)), por lo que resulta plenamente justificado que se apodere en la escritura a la entidad bancaria para proceder a la inscripción registral. El hecho de que, en el pacto de apoderamiento, también se incluya la posibilidad de realizar las subsanaciones o aclaraciones exigidas, en su caso, por la calificación del Registrador tampoco altera el limitado ámbito objetivo del poder concedido. Es evidente que no suponen la concesión de una facultad de modificar unilateralmente el contrato -lo que nunca vendrá exigido por la calificación registral- sino, en su caso, de subsanar o aclarar un defecto formal en la delimitación del derecho de hipoteca cuya inscripción resulta necesaria.

89.-En este punto *se comparten plenamente los razonamientos esgrimidos por la demandada, sobre la falta de abusividad de la cláusula ahora litigiosa. Efectivamente resultando requisitos de validez del derecho real de hipoteca su inscripción registral, está plenamente justificado el apoderamiento, el cual no obstante los términos utilizados queda claramente configurado en su ámbito y contenido a las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca unilateral que en este acto se constituye y, en su caso, de los títulos previos a esta escritura. En segundo lugar y*

respecto de la extensión del apoderamiento a la realización de las subsanaciones o aclaraciones, no puede considerarse se atribuya a la entidad bancaria la facultad de interpretación del contrato, pues se limita como señala la propia cláusula, a las subsanaciones o aclaraciones necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma, y sin que pueda afectar a las condiciones económicas del contrato. Finalmente visto el ámbito y contenido del apoderamiento resulta plenamente justificado que el mismo se configure como irrevocable, pues se limite a las actuaciones necesarias para la conservación de la garantía constituida, parte esencial del contrato de préstamo y cuya efectiva validez no puede quedar al arbitrio del deudor. Por lo demás y en relación a la Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010, ninguna relación guarda con la cuestión ahora debatida, pues precisamente excluye la calificación registral de la misma.

DUODÉCIMO.- *Tratamiento de Datos Personales*

90.- El tenor literal de la cláusula sería el siguiente:

" El/Los interviniente/s (en lo sucesivo, "el interviniente") autoriza que sus datos personales, incluidos los derivados de operaciones realizadas a través del Banco, se incorporen a ficheros de éste para las siguientes finalidades:

La gestión de la relación contractual y la prestación de servicios bancarios y/o financieros.

El control y valoración automatizada o no de riesgos, impagos e incidencias derivadas de relaciones contractuales.

La elaboración de perfiles de cliente con fines comerciales, a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y de análisis de riesgos para futuras operaciones.

La remisión, a través de cualquier medio, incluso por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, de cualesquiera informaciones sobre productos o servicios bancarios o de terceros.

Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores".

91.-A juicio de la actora la citada cláusula sería abusiva en cuanto facultaría a BBVA para hacer un uso de los datos personales del consumidor para fines distintos de los necesarios para hacer posibles las operaciones propias de la relación contractual, lo que vulneraría, a juicio de OCU el art. 80.1 a) de la LCU, por concederse en el apartado e) de esta cláusula una autorización para

operaciones no determinadas, incluiría la elaboración de perfiles con fines comerciales, lo que sería contrario al art. 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (LA LEY 4633/1999), de Protección de Datos (la "LOPD "), y (iii) impondría un obstáculo oneroso al derecho de oposición al tratamiento de datos al exigir que se ejercite en las oficinas de BBVA, supuestamente en contra del art. 87.6 de la LCU, esta alegación no se hace en la impugnación de la cláusula del préstamo hipotecario, sino del contrato de banca electrónica, si bien por razones de sistemática se tratará en este fundamento.

92. La demandada se remite a las alegaciones vertidas en torno a la cláusula 10ª del contrato de banca electrónica que en síntesis consisten en los siguientes puntos: a) inadecuación de procedimiento por no poder solventar a través del presente juicio verbal la adecuación de la citada cláusula a la LOPD (LA LEY 4633/1999) b) previo examen de la cláusula por la AEPD sin apertura de expediente ni sanción a la entidad bancaria c) La expresión " *cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las previstas en este apartado* " es suficientemente concreta si se relaciona con el resto del finalidades contenidas en la cláusula d) La elaboración de perfiles para la que se presta el consentimiento es una modalidad de tratamiento lícita y ha sido objeto de la información legalmente exigida e) Los términos en los que está redactada la advertencia del derecho de oposición no sólo no imponen ningún obstáculo para su ejercicio por parte del consumidor sino que son precisamente los exigidos por la LOPD (LA LEY 4633/1999).

93. Aún cuando ya fue desestimada en la primera sesión del acto de la vista, se ha de recordar al demandado que la nulidad de una Condición General prevenida en el art 8 de la ILEY 7/98 se puede instar no sólo respecto de una cláusula que resulte abusiva en los términos del art 82 y siguientes del TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), sino de cualquier que en perjuicio del adherente infrinja una norma imperativa o prohibitiva, terminología igualmente utilizada en el art 12 de la misma LCGC para referirse a la acción de cesación ejercitada en este procedimiento. No obstante lo anterior debe resaltarse lo anómalo de la introducción en el debate procesal propio de una acción colectiva en defensa de los consumidores y usuarios de cuestiones cuyo ámbito natural sería el de la reclamación o denuncia ante la AEPD para que en el cumplimiento de sus competencias vele por la aplicación de la LOPD (LA LEY 4633/1999).

94. Del mismo modo tampoco se puede afirmar la validez y conformidad de la condición general a la normativa contenida en la LOPDCP (LA LEY 4633/1999) 15/99 por el mero hecho de que se tras inspección de oficio de la AEPD, consistente en rellenar el cuestionario acompañado al documento

15 aportado por la dirección letrada de BBVA, no se haya iniciado expediente sancionador por la misma agencia. Ello es así por cuanto en primer término las competencias atribuidas a la AEPD en los art 37 de la LOPDCP (LA LEY 4633/1999), no lo es con exclusión de la potestad jurisdiccional como resulta del propio art 19 de la misma norma regulador del derecho de indemnización que deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinario y que presupone la previa determinación de la infracción. En segundo término basta leer el cuestionario en cuestión y la Condición general, relacionando esta última con los motivos de impugnación alegados para concluir que la inspección de la AEPD no se extendió a los mismos extremos que ahora se examinan en la presente resolución

95. Dicho lo anterior *no puede sostenerse que la cláusula ahora examinada infrinja el art 80 del TRLGCU, por razón de que su contenido este viciado de falta de concreción o vaguedad en su redacción, pues su contenido es claro y concreto, cuestión distinta es si el mismo se acomoda a las exigencias del art 4 de la LOPDCP (LA LEY 4633/1999), en cuanto a las finalidades para las que ceden los datos de carácter personal.*

96.- *El art 4 exige que "Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido". Por tanto viene a establecer la necesidad de que las finalidades para las que se ceden los datos de carácter personal, queden especificadas e individualizadas a fin de que el titular de los datos, conozcan el destino de los mismos y en consecuencia pueda prestar el consentimiento al que se refiere el art 6 de la misma norma, previa la información precisa e inequívoca del art 5, información que se extiende a la finalidad para la que se procede a la recogida, pues sólo conociendo este extremo puede prestarse válidamente el consentimiento.* En este sentido el informe 2000- 000 de la AEPD recuerda a propósito del consentimiento que el mismo debe ser informado " es decir que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Precisamente por ello el artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que en el mismo se contienen.", ello en la misma línea de la RES 846/2005 de la AEPD citada por el actor. *Ahora bien es igualmente cierto que el mismo art 4 prevé la utilización de los datos para finalidades no incompatibles con las previstas en el párrafo anterior y esa misma terminología es la recogida en la cláusula litigiosas, por lo que no se aprecia tampoco la infracción denunciada.*

97. En cuanto a la utilización de los datos cedidos para la elaboración de perfiles comerciales o a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y de análisis de riesgos para futuras operaciones, se adapta plenamente a los requisitos del art 4 ya citado, pues se trata de una finalidad concreta legítima perfectamente individualizada y relacionada con la actividad de la entidad financiera, por lo que existe un interés legítimo en la utilización de los datos, consentido por el titular de tales datos previa la información exigida por el art 5 de la misma norma, encontrando acomodo en el art 45.1 b) del Reglamento de Desarrollo de la LOPD (LA LEY 4633/1999)

98.- Finalmente *tampoco puede considerarse que impida el ejercicio de los derechos de cancelación o modificación pues el apartado VIII de la misma cláusula informa no sólo de los derechos de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, sino indica donde se pueden verificar, con un criterio de fácil ejercicio para el usuario sí desea hacer uso de ese derecho al permitir se verifiquen en cualquier oficina de la entidad.* Permitiendo además que los mismos se efectúen en el propio momento de la contratación o a posteriori (Ap IX)

B) PRÉSTAMO HIPOTECARIO BANCO POPULAR

DECIMOTERCERO.- CLAUSULA DE LIMITACIÓN DE INTERÉS VARIABLE

99.- El tenor literal de la cláusula sería el siguiente

"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO"

100.- Sostiene la actora que la existencia de una cláusula suelo resulta abusiva, pues limita exclusivamente a favor de la entidad financiera el riesgo propio de la variación de los tipos de interés, sin hacer lo mismo con el consumidor, por lo que rompe la debida reciprocidad del vínculo contractual, al recaer exclusivamente sobre una de las partes el riesgo del tipo de interés, resultando de aplicación el art 87 del TRLGCCU

101.- Se opone la representación del Banco Popular, sosteniendo en primer término que la citada cláusula, no tiene la consideración de condición general de la contratación porque su inclusión en la correspondiente escritura es el resultado de la negociación de las partes y por tanto no es una cláusula predispuesta ni impuesta en segundo lugar el pacto de limitación de la variación del tipo de interés del contrato de préstamo no es una condición general de la contratación porque

determina y concreta el precio del contrato de préstamo, por lo que es consciente y libremente aceptada por el consumidor. Subsidiariamente, los Pactos de Limitación de la Variación del Interés de los préstamos hipotecarios de BBVA no faltan a la exigencia de reciprocidad y son respetuosos con lo previsto en el art. 87 de la LCU. En este sentido y partiendo de la admisibilidad legal de las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés, sostiene que la cláusula inserta en los contratos responde a criterio de racionalidad económica asegurando en beneficio de todo el sistema financiero, un adecuado equilibrio entre el precio percibido por la entidad en las operaciones de activo, como son los préstamos hipotecarios y los que se abonan en las operaciones de pasivo. En segundo término no se puede hablar de reciprocidad en términos de equilibrio económico del contrato, sino obligacional, sin que el banco al momento de concertar el contrato conocer la previsión a medio y largo plazo en la variación de los tipos de interés.

102.- Dado que son en gran parte coincidentes los argumentos utilizados por la demandada con los ya analizados en el fundamento segundo al analizar la cláusula de acotación del tipo de interés existente en el contrato de préstamo hipotecario de BBVA, debe darse aquí por reproducidos los apartados 8 a 18 de esta sentencia contenidos en el fundamento segundo de esta resolución pues analizan en esencia los mismos motivos de oposición aquí opuestos. Del mismo modo en cuanto referidos a la noción de reciprocidad utilizada por el art 87 del TRLCU deben darse por reproducido los apartados 21 a 26 de esta resolución.

103.-Sentado cuanto antecede es también patente que entre una y otra cláusula existen diferencias evidentes, pues mientras que en el préstamo de BBVA nos encontramos con limitación a la baja a la hora de calcular el nominal al que luego se aplica el diferencial conjugado con una cláusula techo, en el caso del Préstamo del Banco Popular se introduce una cláusula suelo a la determinación del interés aplicables, sin conjugar con una cláusula techo, no pudiendo equiparse la mencionada cláusula techo con los "instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés" a los que se refiere el art 19 de la Ley 36/2003 (LA LEY 1706/2003), pues por un lado son negocio jurídicos autónomos e independientes del contrato de préstamo, de los que pueden derivarse derechos y obligaciones económicas diferentes para las partes, más aún es posible que de dicho instrumentos pueda generarse obligaciones de pago adicionales a cargo del consumidor, si por ejemplo se concierta un SWAP de intereses y como está ocurriendo asistimos a una drásticas bajada de los tipos de interés .

104.- No obstante lo anterior *la existencia per se de una cláusula suelo no supone necesariamente que la misma resulte abusiva*, al igual que en el fundamento segundo en relación con las limitaciones al alza y a la baja se destacaba que la abusividad no podía conjugarse por la asimetría entre la acotación a la alza y a la baja de la variación del tipo de interés. En este caso *atendiendo al resto de condiciones económicas del contrato, (especialmente el tipo de referencia utilizado IRPH del conjunto de entidades de crédito que en esa época superaba el 6%) que permitía un margen de bajada de tipo de interés que pudiera beneficiar al prestatario, diferencial aplicable, periodo de amortización, fase inicial con un tipo de interés fijo etc, no puede considerarse abusiva dicha cláusula.*, por lo que no es sino modo de determinación del interés aplicable, estableciendo el mínimo interés a percibir por la entidad bancaria al igual que se fije un diferencial mayor o menor. En este sentido y como se señalaba en el apartado 29 de esta resolución *Bien es cierto que lo característico de un préstamo a interés variable consisten en la asunción de un riesgo tanto por prestamista como prestatario, relativo a la fluctuación de los tipos de interés, sin embargo* al igual que ocurría en ese supuesto *basta la lectura del préstamo hipotecario, sobre cuyas cláusulas se ejercitan las acciones de nulidad por abusividad para observar como el mismo no se constituye como un préstamo de interés variable del que pudiera concluirse como un contenido esencial del contrato la variabilidad absoluta del tipo de interés del préstamo, esto es la fijación del precio conforme a parámetros totalmente volubles e imprevisibles, de lo que pudiera deducirse que ambas partes asumen por la firma del contrato los riesgos y beneficios de esas fluctuaciones, sin cortapisa de modo tal que la limitación de los efectos de esa variación respecto de una sola de las partes, es generar a favor de esta un beneficio al atribuirle las consecuencias positivas y protegerlo respecto de las negativas de dicha fluctuación de tipos de interés, generando en consecuencia una desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato.* En este caso *se acude a un sistema mixto con un primer periodo de interés fijo y un posterior variable, si bien la entidad bancaria en desarrollo de su política comercial y financiera establece el mínimo precio a percibir para que la operación resulta viable desde el punto de vista financiero.* Se trata por tanto de distintas fórmulas utilizadas por la entidad para la fijación del precio, en un sistema de libre concurrencia y de agresiva competitividad entre las diferentes entidades financieras, cuyo primer reflejo lo podemos observar en la fijación de los tipos de interés y de los sistemas utilizados para el establecimiento del tipo resultante. De hecho tal como se acredita por la demandada en el acto del juicio y también se afirma por el Banco de España en el informe tantas veces referido no todos los préstamos hipotecarios contienen cláusulas de acotación de la variación de los tipos de intereses.

Por tanto *la condición ahora litigiosa viene integrada junto con el resto de condiciones descritas en la condición tercera con la finalidad del establecimiento del tipo de interés remuneratorio, en cuya mecánica no puede considerarse que se rompa la debida reciprocidad en los derechos y obligaciones del contrato*, sin perjuicio del derecho del consumidor a no contratar un producto, que considere por debajo de las expectativas económicas, o cuyas condiciones consideraran puedan ser superadas por otro producto de las mismas características ofrecido por otra entidad competidora.

DECIMOCUARTO.- REDONDEO DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE (CLAUSULA 3.4)

105.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

"Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto porcentual".

106.- Imputa la actora a la citada cláusula falta de reciprocidad en la cláusula que además infringe directamente el art 87.5 del TRLCU.

107.- Por su parte la demandada sostiene que dicha cláusula no se utiliza en la actualidad, sino que antes al contrario desde el año 2004 se habría modificado el contenido de dicha cláusula sustituyéndola por una cláusula del tenor siguiente "Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un octavo de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo más cercano de dicho octavo de punto porcentual.". No dándose la utilización actual de la cláusula por parte del oferente no puede instarse la acción de cesación.

108.- Tal como resulta de la dicción del art 12.2 de la LCGC la acción de cesación tiene por objetivo que el oferente elimine de sus condiciones generales aquellas que se consideran nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro, ello supone tanto que deje de insertar cláusulas que celebre a partir de ese momento como también lograr la ineficacia de las cláusulas incluidas en los contratos ya celebrados y que continúan desplegando sus efectos como ocurre con los préstamos hipotecarios que son objeto de examen en este procedimiento, en este sentido *no acredita que se hayan sustituido las cláusulas litigiosas por la nueva redacción que se utiliza desde el año 2004*. En este sentido refiere el demandado que la entidad bancaria no hace uso de las cláusulas desde el año 2004, sin embargo no alega ni acredita menos aún que haya sustituido en los contratos celebrados con anterioridad y todavía vigentes las cláusulas del tenor de la ahora examinada, *por lo que no se*

puede compartir que la acción de cesación haya quedado sin objeto, pues si bien es cierto que no despliegue los efectos cesatorios ad futurum que le son propios, si mantiene su finalidad esencial, que no es otra que el demandado elimine de las condiciones generales de sus contratos la que se considera nula. En esta misma se debe traer a colación la STS de 22 de Diciembre de 2009 que literalmente señala "a) El requisito de que la conducta cuya cesación se solicita se esté realizando el momento de la presentación de la demanda no es exigido por el artículo 12.2 LCGC. b) Una interpretación sistemática del precepto tampoco permite considerar la exigencia del requisito que la parte recurrente invoca, por cuanto las acciones de cesación no van dirigidas únicamente a lograr la interrupción de las actuaciones que vulneran el derecho protegido, sino también a prevenir aquellas de las que razonablemente pueda temerse en el futuro una perturbación del citado derecho. En el caso examinado el hecho de que la entidad financiera cesara en el ofrecimiento de los productos financieros que dieron lugar a las declaraciones de nulidad no comporta la seguridad de que dichas actuaciones, habida cuenta de su naturaleza y circunstancias, no pudieran repetirse en el futuro bajo la misma forma u otra similar".

109.- Sentando cuanto antecede *el carácter abusivo de la cláusula tal como aparece redactada en los contratos objeto de autos no requiere un mayor esfuerzo interpretativo al haber sido examinada una cláusula del mismo contenido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 2010, 29 diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011 (LA LEY 5495/2011), que confirmando las dictadas en instancia declaro el carácter abusivo de las cláusulas del redondeo alza de contenido idéntico a la aquí examinada,* refiriéndonos por supuesto a la contenida en el contrato aportado junto con la demanda no a la que utiliza la entidad bancaria en la actualidad respecto de la que por otro lado no se ha instado acción de cesación.

DECIMOQUINTO.- C) REVISIÓN DEL INTERÉS PACTADO (CONDICIÓN PRIMERA. 3.5.C)

110.- El tenor de la cláusula examinada es el siguientes: ""Serán de aplicación las siguientes reglas en orden a la fijación del tipo de referencia y del tipo de interés aplicable al segundo y posteriores periodos de interés:

La parte interesada en la actualización del tipo de interés, deberá comunicarlo a la otra parte contratante con al menos diez días naturales de antelación a la fecha de revisión del tipo de interés, lo que puede realizar el Banco con la simple consignación del nuevo tipo de interés a aplicar en el periodo siguiente en cualquier liquidación anterior a dicha fecha, considerándose en tales casos cumplida, a todos los efectos, la notificación prevista".

111.- Sostiene la actora que dicha cláusula es contraria al principio de reciprocidad que debe informar los derechos y obligaciones de las partes e igualmente resultaría abusiva por aplicación del art 87.6 en cuanto constituye un obstáculo oneroso o desproporcionado para los legítimos derechos reconocidos al consumidor

112. La demandada opone los mismos argumentos expuestos en el fundamento anteriores derivados de la falta de uso de la cláusula por otra de distinto tenor, argumentos estos que han de ser rechazados del mismo modo reproduciendo en este punto el apartado 108 de esta sentencia. Rechazado el citado argumento *la abusividad de la cláusula parece clara al imponer al consumidor la carga de estar al tanto de la variación de los tipos de interés y efectuar una comunicación a tal efecto a la entidad bancaria a efectos de producirse la actualización, lo que puede y debe considerarse como un obstáculo desproporcionado para el ejercicio de los legítimos derechos del consumidor abusiva al amparo del art 85.5 del TRLCU.*

DECIMOSEXTO.- OBLIGACIONES DE LA PARTE DEUDORA PARA ASEGURAR LA CONSERVACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA (CONDICIÓN PRIMERA 5.2.1).

113.- El tenor literal de la cláusula sería el que sigue :

"Tener asegurada/s la/s finca/s que se hipoteca/n contra riesgo de incendios y daños de tal manera que la suma asegurada coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la/s finca/s siniestrada/s que al respecto se fije constando en la póliza que el beneficiario, en caso de siniestro, será el acreedor. Si no se hiciese el contrato de seguro en la forma indicada, podrá ser formalizado o completado por el Banco a cargo del prestatario.

La indemnización deberá ser entregada al acreedor para aplicarla primero al pago de los gastos producidos e intereses devengados y posteriormente a la amortización total o parcial del capital del préstamo. Si hubiera exceso, ese entregará al propietario de las fincas, salvo que existan terceros hipotecarios, en cuyo supuesto se depositarán en la forma en que se convengan o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil ".

114.-- Sostiene la actora que dicha clausula resulta abusiva en los siguientes términos; a) por permitir la contratación del seguro por la entidad bancaria por cuenta del prestatario lo que atendida la posibilidad del art 8 LMH y art 110 LH resulta una garantía desproporcionada, máxime teniendo en cuenta que se exige que la indemnización pactada coincida con el valor de reconstrucción a nuevo b) por establecer la percepción directa por la aseguradora de las

indemnizaciones a fin de aplicarlas tanto a las cantidades vencidas como no vencidas, sin distingo en función de la entidad del siniestro, lo que supone un enriquecimiento sin causa e infringe el principio de proporcionalidad, privando además al consumidor de los derechos de retención y compensación c) finalmente critica la atribución a la entidad bancaria en abstracto para contratar esos seguros sin sujeción a parámetro alguno, y abonar las primas correspondientes cargándolas en cuenta, le atribuye la facultad de determinar cual sea la prima a abonar infringiendo lo dispuesto en el art 80. 1 a) del TRLCU

115.-Frente a dichas alegaciones sostiene la entidad demandada que la obligación de aseguramiento no es una sobregarantía sino una garantía alternativa o sustitutiva de la garantía real permitida por la legislación hipotecaria y LCS y necesaria al Banco para atender las necesidades de tutela de las inversiones que se captan en las titulaciones de créditos hipotecarios.

116.- *El contenido de esta cláusula es sustancialmente idéntico a la contenida en el préstamo hipotecario del BBVA (condición 11ª) examinado en el fundamento noveno, por lo que se dan por reproducidos los apartados 71 a 75 de esta resolución, con alguna matización, no exenta de especial importancia, en aquellos particulares donde las cláusulas comparadas no resultan coincidentes*

117.- *Una de esas diferencias vienen dadas por las posibilidades atribuidas a la entidad financiera de contratar el seguro por cuenta del prestatario, toda vez que en este caso se supedita esa posibilidad a que el prestatario no cumple con la obligación que por otra parte no sólo está recogida en el contrato sino que tiene el respaldo legal antes dicho. Por lo tanto sólo en la medida que la facultad cedida a la entidad financiera es subordinada al incumplimiento voluntario por el deudor, no puede considerarse abusiva ni menos aún puede hablarse de garantía desproporcionada por la mera contratación del seguro sobre el bien objeto de la garantía, pues en este punto si se coincide con el demanda, dicho seguro opera como sustitutivo de la bien sobre el que recae la garantía y para el caso en que el mismo pierda su valor. Resultando indiscutible la exigencia de aseguramiento, pues considerarse incluso que la previsión contenida en la condición general, relativa a la facultad del banco, es un medio para asegurar el cumplimiento y el mantenimiento del contrato, resulta expresión por tanto principio de conservación del negocio jurídico. Si no admitiera dicha facultad a favor de la entidad financiera, debería configurarse el incumplimiento de la obligación de concertar el seguro por parte del prestatario como esencial a efectos de instar la resolución, de esta forma y ante la pasividad del prestatario en el cumplimiento de sus obligaciones se arbitraría un a formula que permite el desenvolvimiento del negocio jurídico. Sentado cuanto*

antecede *existe igualmente una importante diferencia con el contenido de la cláusula examinada en el fundamento noveno y es en lo relativo al valor asegurado, toda vez que exige que la misma coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la finca siniestrada, ello sin hacer distingo en cuanto en cuanto al importe del crédito garantizado, estado de la finca al momento de constituir de la hipoteca y sobre todo el valor de tasación de la finca, al que se refiere el propio art 8 de la LMH. Atendida esa desconexión entre el valor de la garantía y la suma asegurada y resultando que ello tiene una efecto negativo en el prestatario como es el encarecimiento de la prima, en este caso, observamos como se estaría imponiendo una garantía desproporcionada al consumidor gravando su patrimonio mediante el encarecimiento del seguro, a efectos no de mantener el valor de la garantía sino incluso de incrementar el valor de la misma, lo que si merece el reproche de abusividad al amparo del art 88.1 TRLCU.*

118.- *Respecto de la atribución de beneficiario del seguro a la propia entidad bancaria para hacerse pago del importe del préstamo tanto intereses como capital, sin distingo entre capital vencido o pendiente de vencimiento, damos en este punto por reproducido lo razonado en el fundamento noveno para concluir la abusividad de la cláusula (vid apartado 75)*

DECIMOSÉPTIMO.- OBLIGACIONES DE LA PARTE DEUDORA PARA ASEGURAR LA CONSERVACIÓN Y EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA (CONDICIÓN PRIMERA. 5.2.3)

119.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

""Realizar en la/s finca/s las obras, reparaciones y demás actos necesarios para su conservación y normal explotación y uso para que no sufran deterioro ni mengüen sus productos. Notificar al Banco inmediatamente cualquier hecho que perjudique el estado físico o del derecho del propietario, así como los actos de enajenación, permitiendo al Banco que inspeccione en cualquier momento a tales efectos las fincas hipotecadas.

En caso de expropiación forzosa de alguna de la/s finca/s hipotecada/s, además de la obligación de inmediata notificación, la parte deudora apoderará al Banco para que pueda, sin limitación alguna, comparecer en los expedientes que se sigan, instando lo necesario y ejecutando lo procedente, para gestiones y convenir sobre la respectiva expropiación y percibir los precios, indemnizaciones y compensaciones correspondientes que la entidad expropiante deba pagar o llevar a cabo, dándoles la aplicación que se establece en el apartado 5.2.1".

120. Sostiene la actora que la citada cláusula es abusiva por dos motivos: a) permitir a la entidad bancaria percibir directamente el importe del justiprecio b) autorización a la entidad bancaria para suplir al prestatario en el expediente de expropiación, lo que entiende que vincularía el contrato a la voluntad del empresario.

121.- La entidad bancaria se opone señalando que no existe conflicto de intereses entre la entidad bancaria y el prestatario que impida que esta pueda actuar en el nombre de aquel en el expediente de expropiación.

122.- *La previsión por la que se autoriza directamente a la entidad bancaria a percibir el justiprecio resultaría abusiva por los mismos razonamientos expuestos en el apartado 75, en relación a la facultad de percibir directamente el importe de la indemnización debida por el asegurador.*

123. *Respecto de la facultad concedida al Banco para actuar en el expediente de expropiación, bien es cierto que en un principio no se puede hablar como hace el actor de vinculación del contrato a la voluntad del oferente, por el mero (sic) de que se le apodere para intervenir por cuenta del prestatario en el expediente, siendo que en todo caso el propio art 4 de la LPE le autoriza para intervenir en el citado expediente. No se acaba de entender en que medida ese apoderamiento pueda suponer vincular el contrato de préstamo a la voluntad del empresario. En este sentido el art 85 exige que la cláusula suponga vincular algún elemento del contrato a la voluntad del empresario, el apoderamiento en el expediente de expropiación no interfiere ni afecta al desarrollo del contrato de préstamo ni a las obligaciones derivadas del mismo, no existe esa afección por la salida del patrimonio del prestatario del bien objeto de la garantía y la extensión de la hipoteca al justiprecio resultante, pues se trata de un efecto ya previsto en el propio contrato y en la LH. Tampoco se puede entender que se pueda dar el conflicto de intereses entre apoderado y poderdante, si bien y ante la ausencia de previsión específica al respecto el poder no se considera irrevocable, sin que tampoco pueda considerarse la irrevocabilidad como elemento necesario para la efectividad del contrato subyacente (únicos supuestos de irrevocabilidad del poder como recuerda la Sentencia núm. 799/2007 de 10 julio del Tribunal Supremo). Eso el apoderamiento para percibir los precios no se extenderá a la facultad de aplicar el mismo en los términos de la Cláusula 5, pues esa mención si que se ha considerado abusiva.*

DECIMOCTAVO.- FUERO JUDICIAL (CONDICIÓN TERCERA).

124.- El tenor literal de la cláusula sería el siguiente: ""Los comparecientes, según actúan, para todos los procedimientos en que legalmente esté permitido, de común acuerdo y con renuncia expresa a cualquier otro fuero que ahora o en adelante pudiera corresponderles, se someten para el cumplimiento, interpretación y para cuantas cuestiones se susciten del presente contrato a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de ALMERÍA " Es importante aclarar que en este caso consta Almería por ser el lugar donde radica el bien hipotecado, por lo que la cláusula impone un fuero territorial en favor del lugar donde se encuentra el bien hipotecado

125. Sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva por aplicación del art 90.2 *del TRLCU*

126.- Se opone la demanda argumentando que la citada cláusula resulta respetuosa con la dicción del art 90.2 *del TRLCU*, pues precisamente fija como fuero el correspondiente a la finca hipotecada.

129.- *Tradicionalmente nuestra jurisprudencia* de las que son exponentes S.T.S. de 14 de abril y 29 de noviembre de 2000 ; 27 de diciembre de 2001 ; y 14 de octubre y 22 de noviembre de 2002 -*así como las que en ellas se citan- considera nulas por abusivas, dado el desequilibrio que crean entre las partes contratantes, las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión - como los que nos ocupan- tanto al amparo de lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LA LEY 1734/1984), como de la posterior Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 y, finalmente, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 Y ART 90 del TRLCU , y así el art. 54 de la LEC (LA LEY 58/2000) señala que no son válidos los pactos de sumisión expresa en los contratos de adhesión. Bien es cierto que el art. 90 admite el sometimiento a los tribunales del lugar donde se encuentre la finca, como es el caso y el art. 684 de la LEC (LA LEY 58/2000) fija la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria a favor del juzgado donde radique la finca hipotecada, sin embargo es igualmente cierto que de dicho contrato no se refiere exclusivamente a la ejecución de la hipoteca, pues entre otras cosas existe una norma de rango legal que imperativamente fija ese fuero territorial, por tanto comprende todo el elenco de acciones personales relativas a la interpretación y aplicación del contrato de préstamo, acciones desvinculadas de la garantía real y respecto de las que no tiene sentido la referencia al bien inmueble, pues obviamente el art. 90 del TRLCU está pensando en las acciones reales en los mismos términos del art. 52.1 de la LEC (LA LEY 58/2000). Bien es cierto que en un amplia mayoría de supuestos la finca hipotecada coincidirá con el domicilio del consumidor, sin embargo también existe un mercado de segunda vivienda en lugares de vacaciones, cuya adquisición se financia habitualmente con préstamos hipotecarios. En*

este segundo supuesto la ejecución de la hipoteca por disposición legal corresponderá a los tribunales donde radica la finca, pero el resto de acciones personales derivadas del contrato de préstamo, respecto de las cuales cobra plena vigencia lo razonado por la Sala I del Tribunal Supremo en las citadas sentencias, sirva de ejemplo la de 20 de Julio de 1998 en la que recuerda " El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición... etc. artículo 6 .º Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional... etc.». La transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las Sentencias de fecha 23 julio 1993, de 20 julio 1994, 12 julio 1996 (y 14 septiembre 1996". A mayor abundamiento ya la SAP Madrid (Sec 13) de 11 de mayo 2005 , afirmó la nulidad de una cláusula de tenor semejante al examinado en este supuesto. Bien es cierto que la cláusula refiere a los procedimientos en que legalmente este permitido, sin embargo esa indeterminación no puede entenderse con referencia exclusivamente a las acciones reales derivadas del contrato, que ya tiene un fuero imperativo por disposición legal, recordando en este punto lo razonado entre otros en el apartado 33 de esta sentencia con cita de la STJUE de 9 de Septiembre de 2004 .

DECIMONOVENO.- PACTOS COMPLEMENTARIOS (CONDICIÓN SEXTA.3)

130.- El tenor literal de la clausula es el siguiente:

"Los hipotecantes, por medio de esta escritura, apoderan y facultan amplia y expresamente al banco para que, por si sólo otorgue, incluso si incurriese en autocontratación, y firme cuantos documentos privados y escrituras públicas de aclaración o subsanación fueren precisas hasta dejar correctamente inscrita la hipoteca que aquí se constituye, en el Registro de la Propiedad competente".

131.- Sostiene la actora que mediante dicha cláusula, se atribuye el Banco por imposición al adherente unas facultades exorbitantes (*apoderan al banco amplia y expresamente*) para el aseguramiento de sus intereses (inscripción de la hipoteca), incluso llegando a *sustraer* ("*de modo irrevocable*") la autorización del usuario adherente en los casos en que incurriera en autocontratación. Se faculta a la entidad financiera para que de modo unilateral pueda realizar según estime conveniente cualquier subsanación o aclaración. La estipulación transcrita supone, a criterio de la OCU, una transgresión del artículo 85.3 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), toda vez que reserva al empresario la facultad de interpretación o modificación unilateral del contrato

132.- *El contenido de la citada cláusula coincide de forma sustancial con el de la cláusula 13ª del préstamo hipotecario del BBVA examinado en el fundamento de derecho undécimo (apartados 86 a 89), debiendo dar aquí por reproducidas las argumentaciones contenidas principalmente en el apartado 89, para descartar el carácter abusivo de la cláusula.*

C) CONTRATO DE SERVICIOS TELEMÁTICOS Y BANCA POR INTERNET DEL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

VIGÉSIMO.- VERIFICACIÓN (CONDICIÓN GENERAL. 4)

133.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente: " ". El Banco se reserva un plazo de verificación o estudio de las órdenes e instrucciones recibidas, pudiendo denegar la admisión de aquellas si el Titular incumple cualquiera de las obligaciones derivadas de las presentes Condiciones".

134.- Se considera abusiva la citada cláusula por tres motivos: a) la absoluta falta de determinación del plazo invocado ("El Banco se reserva «un plazo» de verificación o estudio" contrario al elemental principio de concreción exigido por el art. 80.1.a) TRLGDCU (LA LEY 11922/2007); b) la reserva por el empresario de un plazo insuficientemente determinado para aceptar satisfacer la prestación debida, opuesto al art. 85.1 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007); y c) la atribución al predisponente en exclusiva de la facultad de interpretación del contrato de modo abusivo conforme a lo previsto en el art. 85.3 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007).

135.- Se opone la demandada por entender que la citada cláusula no establece plazo alguno para el cumplimiento a las ordenes e instrucciones que en relación con el contrato, imparta el consumidor, sino que informa que con carácter previo a su ejecución se verificará el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pero siempre del plazo que sea norma imperativa o dispositiva fija para el cumplimiento de la orden que no resulta modificado por la cláusula ahora examinada.

136.- Vistos los términos del planteamiento efectuado por la demandada, debemos recordar lo razonado en apartados precedentes (por todos apartado 33) sobre la interpretación de condiciones generales cuando se ejercita acción colectiva y no individual.

137.- sentado cuando antecede *el tenor de la cláusula es claro, supedita la ejecución de la orden o instrucción a la previa verificación por el banco de las obligaciones contenidas en el contrato, y para esa verificación no establece un plazo carente de cualquier concreción, que permite a la entidad bancaria escudarse en su existencia para no llevar a cabo la orden en el la forma perentoria que ha de ser consustancial a este tipo de operaciones. Se dice que existen ya plazos legalmente establecidos que no son modificados por la cláusula, tal afirmación es matizable desde el punto que como perfectamente conoce la parte no todas las operaciones a desarrollar tienen fijado un plazo para su ejecución en norma imperativa o bien como es el caso del Real Decreto 217/2008 (LA LEY 1160/2008) se trataría de previsiones genéricas (tan pronto como sea posible), fácilmente modulables precisamente por esa previa verificación que puede llevar a efecto la entidad en un plazo no concretado, otro tanto ocurre con la previsión del art. 62 del CCom (LA LEY 1/1885), norma supletoria respecto de la previsto por las partes. Es fácil colegir en consecuencia que al supeditar la ejecución de la obligación a la previa verificación y no fijarse plazo para la misma, se está atribuyendo al empresario un plazo insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida, lo que permite afirmar el carácter abusivo de la cláusula por aplicación del art. 85 apartado 1.*

VIGÉSIMO PRIMERO.- TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES (CONDICIÓN GENERAL 10).

138.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente

""I. El cliente autoriza que sus datos personales, incluidos los derivados de operaciones realizadas a través del Banco, se incorporen a ficheros de éste para las siguientes finalidades:

a) La gestión de la relación contractual y la prestación de servicios bancarios y/o financieros.

b) El control y valoración automatizada o no de riesgos, impagos e incidencias derivadas de relaciones contractuales.

c) Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con cualquier de las previstas en este apartado.

II. Asimismo, el cliente autoriza que sus datos personales se incorporen a ficheros del Banco para las siguientes finalidades:

a) La elaboración de perfiles de cliente con fines comerciales, a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y de análisis de riesgos para futuras operaciones.

b) La remisión, a través de cualquier medio, incluso por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, de cualesquiera informaciones sobre productos o servicios bancarios o de terceros.

c) Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con cualquiera de las previstas en el este apartado".

139.- En este punto y como se razonó *debemos remitirnos a lo ya expuesto en el fundamento Duodécimo* (apartados 90 a 98) *relativa a la cláusula* del mismo tenor *incluida en el contrato de préstamo hipotecario, al ser de idéntico contenido*, aplicando en este caso las mismas conclusiones alcanzadas en dicho fundamento.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- MODIFICACIÓN DE CONDICIONES (CONDICIÓN GENERAL 12)

140.- El tenor de la cláusula es del siguiente tenor ""12. Modificación de condiciones. 1. El Banco podrá modificar, de forma parcial o total, las presentes condiciones, así como incluir otras nuevas, previa comunicación al Titular de las nuevas condiciones con quince días de antelación. Las nuevas condiciones se entenderán aceptadas por el Titular si no las denuncia en el plazo de un (1) mes desde la comunicación.

2. Como excepción a lo previsto de forma general en el apartado anterior, cuando el Banco comunique la modificación de condiciones a través de los propios Servicios dicha comunicación se realizará con al menos un mes de antelación a su entrada en vigor. La entrada en vigor de las modificaciones así comunicadas tendrá lugar en la fecha de vencimiento del mes natural siguiente a aquel en que se realizó la comunicación a través de las páginas del Servicio de que se trate, salvo que el Titular las denuncie dentro de dicho plazo.

A estos efectos, el Titular asume la obligación de acceder a los Servicios al menos una vez dentro de cada mes natural y, caso de no hacerlo, acepta todas las modificaciones comunicadas durante el periodo en el que no haya accedido a los servicios así como asume las responsabilidades que se deriven al propio Titular y/o terceros, como consecuencia de dichas modificaciones, eximiendo al Banco de cualquier responsabilidad derivadas de dichas modificaciones. Con independencia de lo anterior, en el primer acceso que realice el Titular a los Servicios, después de la entrada en vigor de modificaciones contractuales sin previo acceso del Titular, se le informará de esas modificaciones contractuales que han entrado en vigor."

141.- *Sostiene la actora que dicha cláusula resulta abusiva por los siguientes motivos: a) plazo excesivamente breve de entrada en vigor de las nuevas condiciones que impediría al consumidor proveerse de alternativas al servicio hasta entonces contratado (en relación al apartado 1º) b) imposición al consumidor de una declaración de conformidad con un hecho ficticio y adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (en relación al ap 2º) y c) establecimiento de obstáculo oneroso para el ejercicio de un derecho reconocido al consumidor e indebida exoneración de responsabilidad a la entidad bancaria*

142.- Por su parte la demandada, tras recordar que el contrato marco en el que se inserta la cláusula ahora examinada no reglamenta servicios de pago de inversión, sino que estos se regirían por sus propias condiciones, por lo que no resultaría de aplicación la normativa indicada, defiende que el plazo concedido al consumidor no es de 15 días, sino de un mes, lo que atendiendo a la naturaleza de los servicios objeto del contrato no puede considerarse un plazo excesivamente breve. En relación al apartado segundo niega que exista aceptación de un hecho ficticio, pues lo único que se establece es la entrada en vigor de las condiciones transcurrido un mes desde su inserción en los servicios telemáticos contratados finalmente sostiene que atendido el objeto del contrato reglamentado la obligación por parte del consumidor de acceder a los medios telemáticos de comunicación no puede considerarse como la imposición de un obstáculo desproporcionado, pues precisamente la contratación de ese servicio presupone su habitual utilización por parte del consumidor.

143.- En relación con la referencia a las normas reguladores de los servicios de pago, se debe coincidir en este punto con la demandada sobre la falta de aplicabilidad de dichas previsiones y por tanto se debe descartar que esas normas resulten parámetros para juzgar la suficiencia del plazo

establecido en la citada cláusula. En este sentido basta el documento 10 aportado con la demanda, para concluir como en el mismo se regula simplemente la utilización de medios telemáticos y de banca por internet que son puesto a disposición por la entidad financiera para la realización de los operaciones propias del giro o tráfico bancario, entre la que obviamente se incluyen los servicios de pago referidos en el art. 2 de la LSP, pero estas operaciones se regulan por sus condiciones específicas tal como establece la cláusula 8º del contrato. Por ello también asiste la razón al demandado, cuando afirma que la continuación o no en la prestación de los servicios telemáticos es independiente del servicios de cuenta corriente y tarjeta Dicho lo anterior y *centrándonos* por tanto *en la naturaleza de los servicios objeto del contrato, limitados al establecimiento de canales adicionales de comunicación y operación distintos de la presencia física en la entidad, de importancia relativa y en nada comparables con los supuestos de variaciones en los tipos de interés o gastos a los que se refiere la actora, no puede considerarse que el plazo de preaviso de 15 días, resulte excesivamente breve.* En esta misma línea no se puede dar esa situación de fidelización forzosa de la clientela por falta de posibilidad de reacción frente a la modificación comunicada, pues en primer término y como se dijo la utilización o no del servicio de banca por internet es independiente de la utilización de los servicios de pago o cuenta corriente que el cliente tenga contratado y que se rigen por su normativa específica, en segundo lugar dispone de un plazo de mes posterior a la entrada en vigor de las condiciones para denunciar el contrato y finalmente como contrato de duración indefinida puede ser desistido sin coste por el consumidor en cualquier momento con el preaviso de 15 días (cláusula 15).

143.- *En relación al apartado segundo hemos de tener en cuenta que no resulta debatido o al menos eso parece que la entidad bancaria pueda aprovechar los propios canales de comunicación contratadas por el consumidor para comunicarles la modificación de las condiciones generales, siendo así no puede considerarse que el consumidor no puede tener acceso al contenido de dichas cláusulas, antes al contrario por el normal uso de los servicios contratados tiene acceso directo a dichas condiciones.* Decir que las condiciones remitidas al correo electrónico, bandeja de SMS o intraweb de acceso restringido al usuario, no son accesibles al consumidor es pretender desconocer la sociedad de la información en la que vivimos, máxime cuando existe una decisión libre y voluntaria del consumidor de utilizar dichos mecanismos. *Tampoco se puede entender que existe una aceptación o conformidad con un hecho ficticio, pues no existe el reconocimiento de un hecho inexistente supuestamente realizado por el predisponente, bien un comportamiento inexistente del consumidor* (siguiendo en este punto González Pacanowska citado por la demandada). *La cláusula*

establece la entrada en vigor de la condiciones modificadas, plazo que también se concede al consumidor para desistir, desistimiento por otro lado que tiene durante toda la vida del contrato conforme a la cláusula 15. La previsión contenida en este apartado segundo se relaciona a su vez con la obligación impuesta al consumidor de acceder al menos una vez al mes a los servicios contratados como medio que asegura el efectivo conocimiento de cualquier modificación que se pudiera haber acordado en el condicionado del contrato. Nuevamente hemos de referirnos a la naturaleza de los servicios contratados y la finalidad de la prestación de dichos servicios, no es otra que dotar un medio más ágil rápido y sencillo de comunicación entre consumidor y entidad bancaria, que el tradicional de presencia física o comunicación postal, la contratación de dicho servicio supone que por el consumidor se pretende aprovechar esos cauces de comunicación que se le han contratados, de forma efectiva, aún cuando no exclusiva. Pues bien, *la utilización del citado servicio una vez al mes no puede considerarse suponga un obstáculo oneroso (es gratuita) y tampoco es desproporcionado con la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato.*

VIGÉSIMO TERCERO.- *CONDICIONES ESPECÍFICA APLICABLES A LOS SERVICIOS TELEMÁTICOS Y DE BANCA POR INTERNET. I. SERVICIO DE BANCA POR INTERNET. (CONDICIÓN 5. OPERATORIA DE VALORES).*

144.- El tenor del cláusula es el siguiente: ""El Banco ejecutará las órdenes recibidas del Titular a través del Servicio conforme a sus Políticas de Ejecución y de Prevención y Gestión de conflictos de Intereses, que están disponibles para el cliente en www.bbva.es""

145.- Sostiene la actora que dicha cláusula no es concreta, ni es clara (principio de transparencia) ni es posible su comprensión, realizando un reenvío a otros documentos que ni se facilitan, con remisión a la página web de la entidad.

146.-Se opone la demandada sosteniendo que la propia cláusula supedita la operativa de valores a que el cliente tenga contratada una cuenta de valores y al contratar dicha cuenta de valores se pondría a disposición del consumidor, tal como resulta del documento 16 aportado. Por lo demás el significado de Política de ejecución y prevención y gestión de conflicto de intereses, no sólo resulta obvio sino que se corresponde con la denominación utilizada en la normativa sectorial.

147. *Se coincide en este punto con las extensas y acertadas argumentaciones expuestas por la demandada.* Efectivamente y como ya se dijo en el apartado 142, *la prestación de servicios telemáticos y de banca por internet es complementaria de los servicios de pago u otros servicios*

bancarios o financieros contratados que se rige por sus condiciones específicas y resultan independiente. En consecuencia para poder hacer uso del servicio de operatoria de valores, es necesario tener contratado una cuenta de valores en el banco, así lo establece la misma condición 5ª, bien pues con la contratación de dicha cuenta de valores se hace entrega al cliente de las "Política de Ejecución y de Prevención y Gestión de Conflictos de Intereses" por exigirlo así el RD 217/2008 de 15 de Febrero (LA LEY 1160/2008) sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (art. 62.1 b, 63 y 78.2), resultando acreditado ese extremo mediante la certificación aportado como documento 16. Por otra parte y tal como razona igualmente el demandado la expresión política de ejecución y Prevención y Gestión de Conflicto de Intereses, resulta del mismo RD 217/2008 (LA LEY 1160/2008), que utiliza dichas expresiones, cuyo significado por otra atendiendo al sector en el que se está operando, efectivamente no resulta ininteligible.

VIGÉSIMO CUARTO.- CLÁUSULA 1ª DE LAS CONDICIONES ESPECÍFICAS DEL SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE CANAL MÓVIL (CONTRATO DE SERVICIOS TELEMÁTICOS Y DE BANCA POR INTERNET)

148.-El tenor literal de la cláusula es el que sigue: "1. El Banco podrá ofrecer al Titular la contratación de productos y/o servicios, cuyas condiciones hayan sido previamente comunicadas al mismo, mediante el envío de un mensaje SMS al número de teléfono móvil o un correo a la dirección de correo electrónico comunicados al Banco por el Titular, así como mediante un mensaje a través de los cajeros automáticos del Banco o de los terminales de puntos de venta a través de los cuales se tramitan las operaciones con las Tarjetas, conforme a los procedimientos establecidos por el Banco para cada sistema.

En particular y por lo que se refiere a la oferta realizada por el Banco mediante un mensaje SMS al teléfono móvil, el titular podrá aceptar la oferta de dichos productos y/o servicios, dentro del plazo de validez de la misma, mediante el envío al Banco de otro SMS, conforme el procedimiento que el Banco comunique en su SMS y/o en las condiciones de contratación del producto o servicio. El envío al Banco a través del teléfono móvil, conforme dicho procedimiento, del mensaje SMS con la aceptación de la contratación e introducción de las claves, en su caso, establecidas, supondrá la plena conformidad del Titular a las mencionadas condiciones y su consentimiento expreso para la contratación del producto o servicio ofertado por el Banco, con los mismos efectos que su firma manuscrita en un documento escrito.

Cuando las condiciones del producto o servicio objeto de la oferta hayan sido protocolizadas ante Notario por el Banco, éste en el mensaje SMS que remita al Titular para la oferta de contratación de productos y/o servicios podrá identificar el número y fecha de protocolo."

149.-Tacha de abusiva la cláusula la actora, por no facilitar al consumidor las condiciones del producto que se ofrece por vía SMS, permitiendo la aceptación de la oferta por la misma vía, lo que supone la aceptación de condiciones a las que no se ha tenido la posibilidad real de acceder, faltando la documentación de las condiciones generales de dicho producto por escrito o por en otro soporte duradero. Por ello concluye que la cláusula resulta abusiva por aplicación de los art. 89.1 88.2 y 86.7 del TRLCU.

150.-Frente a dicha pretensión se alza la demanda argumentando que no es cierto que no se documente la condiciones generales en los términos legalmente exigidos, pues la propia condición ahora examina prevé la remisión previa de dichas condiciones al ofrecimiento del producto por vía SMS o cajero.

151.- *La exigencia de documentación escrita o en soporte duradero del contrato financiero celebrado a distancia resulta imperativo e ineludible, pues así lo establecen los art. 6 y siguientes de la Ley 22/2007 de comercialización a distancia de productos financieros. Resulta sin embargo que en la cláusula ahora examinada y en aplicación precisamente del art. 7 y 8 de la ley antes citada, se distingue por un lado las condiciones generales del contrato que se habrán remitido con carácter previo al consumidor en un soporte distinto y por otro lado exclusivamente la oferta y subsiguiente aceptación que habrá sido emitida con pleno conocimiento de las citadas condiciones generales, pues así lo establece la propia cláusula ahora atacada, al prever que el banco podrá ofrecer productos y/o servicios cuyas condiciones hayan sido previamente comunicadas al mismo, por lo tanto condiciona la posibilidad ofertar el producto a la remisión previa de esa condiciones.* Cuestión distinta es si se produce una mala práctica bancaria que alejándose del tenor de la clausula ofreciese un determinado producto o servicio sin previamente remitir las condiciones, tal conducta sin perjuicio de las consecuencias desde el punto de vista del control y supervisión de la actividad bancaria, a través de la correspondiente reclamación, no podría ampararse en *la citada cláusula*, que simplemente *regula la prestación del consentimiento a distancia, pero no exime a la entidad de la carga de la prueba sobre el suministro de información que le impone el art. 17 de la Ley 22/2007, por lo que tampoco se puede considerar que suponga la conformidad con un hecho ficticio, ni tampoco altere el régimen de la carga de la prueba* antes dicho.

VIGÉSIMO QUINTO.- CLÁUSULA 1ª DE LAS CONDICIONES ESPECÍFICAS DEL SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE CANAL TELEFÓNICO: CONTRATACIÓN MEDIANTE COMUNICACIONES A TRAVÉS DE TELÉFONO (CONTRATO DE SERVICIOS TELEMÁTICOS Y DE BANCA POR INTERNET)

152.- "El Banco podrá ofertar al Titular la formalización de contratos y servicios mediante llamada telefónica a cualquiera de sus números de teléfono, fijos o móviles, que figuren en los registros del Banco.

[...]

El Titular podrá aceptar la oferta del Banco mediante el contacto telefónico con el Banco. La aceptación de la oferta a través del referido contacto telefónico equivaldrá a todos los efectos a la firma manuscrita del Titular, y supondrá que el Titular ha recibido las condiciones particulares del mismo y que las acepta en su totalidad. Los correspondientes contratos se entenderán formalizados a partir del momento en que se produzca dicha aceptación. Todo ello sin perjuicio de cualquier otra documentación que el Titular y el Banco pudieran suscribir recogiendo la aceptación por el Titular de las condiciones contractuales".

153.- Reproducen en este punto las partes las argumentaciones contenidas en el fundamento anterior.

154.-Resulta sin embargo que en esta caso el contenido de la cláusula examinada difiere en elementos esenciales respecto de la anterior. Basta comparar las dos cláusulas para observar como mientras en el caso anterior la oferta contractual iba precedida del ofrecimiento de las condiciones y la aceptación implicaba simplemente que se aceptaban las condiciones previamente remitidas. En el presente caso *observamos como con infracción de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 22/2007 no se prevé la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales por la que se rija el producto ofrecido y de otro lado y en sospechosa coincidencia, la aceptación este caso presume la recepción de las condiciones generales y su aceptación.* No se puede realizar la interpretación integradora que pretende el demandado sustentada en un supuesto olvido en la redacción de la cláusula, pues no existe ningún elemento que así nos permita afirmarlo, más aún se introducen modificaciones igualmente en los efectos de la aceptación, que hacen pensar lo contrario. Atendido lo anterior si *debe afirmarse en este caso el carácter abusivo de la cláusula, toda vez que permite la contratación de productos o servicios, sin que conste por escrito o soporte*

duradero las condiciones que hayan de regir dicha contratación, infringiendo el contenido de los art. 6 a 9 de la Ley 22/2007. En segundo término la cláusula resulta abusiva pues mediante la contratación del servicio impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa a diferencia de lo previsto en el caso anterior no se establece lo que resulta igualmente abusivo al amparo del art. 89.1, invirtiendo la carga de la prueba que corresponde a la entidad bancaria en torno al cumplimiento del deber de información previsto en el art. 17 de la misma Ley 22/2007, lo que igualmente resultaría abusivo al amparo del art. 88.2 del TRLCU.

D) CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE BANCA MULTICANAL DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

VIGÉSIMO SEXTO.- RESPONSABILIDAD POR EL USO DE CLAVES (CONDICIÓN ESPECIAL DE LOS SERVICIOS DE BANCA POR INTERNET, BANCA TELEFÓNICA Y BANCA POR MÓVIL Nº 7

155.- El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

" Responsabilidad por el uso de claves. 1 El cliente se responsabiliza de los contratos, operaciones o consultas llevados a cabo a través de los servicios mediante la utilización de las claves de acceso y la firma electrónica que le hubieran proporcionado a él o a cualquiera de los Usuarios que él hubiera designado, en su caso, admitiéndolas y aceptándolas, aunque hubieran sido efectuadas por persona no autorizada. Asimismo, el Cliente asume las responsabilidades y las restantes consecuencias perjudiciales que pudiera derivarse de cualquier error cometido por él o por cualquiera de los Usuarios, en la consignación de los datos necesarios para realizar operaciones o consultas.

(...)

El Banco queda exonerado de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la indebida, incorrecta o negligente utilización de las claves de acceso y/o firma electrónica, de su cesión a terceros o de cualquier otro acto u omisión realizado por el Cliente, por el Usuario o por un tercero que pudiera posibilitar la comisión de fraude, así como de la pérdida, robo o sustracción de las mismas"

156.- Sostiene la actora que la cláusula resulta abusiva por cuanto se exonera de responsabilidad a la entidad bancaria en todos los supuestos de utilización de los servicios multicanal, sin tener en cuenta si ha existido culpa o negligencia por parte del usuario, suponiendo además una limitación

de los derechos del usuario en los términos que le aparecen recogidos en la Ley de Servicios de Pago

157.- Se opone la demandada alegando que dicho cláusula en aplicación de la Ley de Servicios de Pago habría sido sustituido la cláusula litigiosas por el nuevo contrato Marco de Servicios de pago, depositado el 20 de Diciembre de 2010 en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Núm. 33/2010), informando a los clientes del cambio de normativa y con efectos por tanto para los contratos ya celebrados como los que se celebren a posteriori, siendo que en todo caso se ajustarían a las previsiones contenidas en la LSP con cita de los artículos 27 y 32.2.

158.-Estas manifestaciones constan acreditadas por el examen del documento 8 aportado por el demandado (cuya cláusula 17 de las condiciones generales de banca Multicanal sustituye a la aquí impugnada) para observar como ya no se da el vicio de abusividad en cuanto el plazo de preaviso. Siendo que tal como resulta del documento 9 el nuevo contrato marco no sólo integra la nueva práctica contractual de Banco Popular, sino que sustituye a las condiciones integradas en los contratos anteriores, estando ausente el presupuesto material de la acción de cesación. En este caso por tanto a diferencia de lo que ocurría en los prestamos hipotecarios si se acredita la efectiva sustitución de la cláusula, ahora bien las menciones aquí impugnadas consistente en la exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria de las consecuencias de la utilización de las claves por tercero, se mantienen en la nueva redacción de la cláusula, por lo que es indiferente la modificación producida.

159.- *Tal como resulta del tenor de la cláusula ahora examinada se descarga de toda responsabilidad a la entidad bancaria por la contratación de servicios a través de la Banca Multicanal y mediante la utilización de las claves asignadas, tanto la que pudiera derivarse de un indebida incorrecta o negligente utilización de las claves por el usuario, lo que se muestra coherente con el deber de utilización diligente impuesto al usuario, como en otros supuestos donde no concurre una actuación negligente del usuario, como puede ser utilización por tercero mediante fraude como la pérdida robo o sustracción de las claves, descargando en todos esos supuestos la responsabilidad en el usuario.* Bien es cierto que en relación con las tarjetas de crédito y la responsabilidad derivada de su utilización, existe una nutrida jurisprudencia y doctrina de la que en algunos puntos se hace eco la demanda. *En relación igualmente con la responsabilidad derivada de las tarjetas de crédito debe necesariamente traerse a colación la STS de 16 de Diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009), tantas veces citada, que siguiendo los parámetros que resultan los art. 32*

y 31 de la LSP ya consideró que las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor, a ello se debe añadir que esa exoneración en todos los supuestos de la entidad bancaria resulta abusiva en cuanto supone una exclusión total de la responsabilidad del empresario, que debería estar condicionada en el caso del robo sustracción o pérdida a la ausencia de diligencia en la custodia y utilización de las claves por el usuario, pues no existiendo no esa negligencia no puede trasladarse esa responsabilidad al usuario.

E) CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE DEL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- DISPONIBILIDAD DEL SALDO DE LA CUENTA (CONDICIÓN GENERAL SEGUNDA)

160.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

"2.2. Para las disposiciones en efectivo superiores a tres mil euros, el Banco podrá exigir un preaviso o entregar cheques bancarios u otros medios de pago".

161.-Aún cuando considera reducido el límite de 3.000 euros, el reproche de abusividad viene determinado por dos elementos indeterminación del plazo del preaviso para obtener la disponibilidad de fondos y la posibilidad de que en lugar de metálico la entidad bancaria entre cheques bancarios u otros medios de pago, ello por cuanto supone un plazo no concretado suficientemente para la realización de la prestación, además de dejar el cumplimiento del contrato a la voluntad del empresario

162.- Se opone la demandada alegando que a) la condición no establece plazo alguno para la ejecución de la prestación por parte del empresario, tampoco impone en todo caso la exigencia de ese preaviso para realizar disposiciones superiores a los 3000 euros. La facultad de sustitución por su parte no supone atribuir a la entidad la facultad de decidir si la prestación ejecutada se ajusta a lo pactado, sino que delimita el objeto de la prestación a realizar por la entidad

163.- *No se hace cuestión respecto de la imposibilidad de que la entidad bancaria pueda atender a cualquier disposición de fondos en metálico, con independencia de la cuantía y en cualquier momento, pues son múltiples las razones que excluyen esta posibilidad. Tampoco se discute el límite ciertamente exiguo de 3.000 euros de disponibilidad por parte del cliente en cualquier*

momento. Por ello la exigencia de un preaviso por la entidad bancaria no supone alteración alguna de la debida reciprocidad de la relación contractual ni resulta obstáculo para el ejercicio de los derechos por el consumidor. Ahora bien no se puede olvidar que en la medida en que la retirada de fondos por parte del cliente es un elemento esencial del contrato de cuenta corriente y en el interés e incluso necesidad que puede tener el cliente en disponer de su saldo en cantidad superior a la prevista en la cláusula, resulta totalmente necesario que el mismo conozca los requisitos temporales y de forma que ha de cumplir para poder disponer en todo caso de su saldo. Llegados a este punto por tanto es necesario que se establezca expresamente el lapso temporal con el que ha de realizarse el preaviso, pues de no hacerlo así quedará en la voluntad de la entidad bancaria el apreciar si se ha realizado o no el preaviso con suficiente antelación y por ende si el cliente puede exigir en todo caso la entrega de efectivo de su saldo por encima de los 3.000 euros, quedando a su arbitrio el cumplimiento del contrato. Bien es cierto que no se trata de un plazo para el cumplimiento de la obligación por la entidad bancaria, pero es igualmente cierto que en la redacción actual de la cláusula queda a criterio de la entidad bancaria el considerar que se hace el preaviso con suficiente antelación u por tanto viene obligada a permitir la retirada de saldo por importe superior a los 3.000 euros, o si se prefiere se priva al consumidor de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato en este particular, pues siempre podrá la entidad financiera negarse so pretexto se preaviso insuficiente. Es por ello que la cláusula resulta abusiva por aplicación del art. 85 al vincular el contrato a la voluntad del empresario y del art. 86 al limitar los derechos del consumidor.

164.- En torno a la facultad de sustitución del metálico por cheques u otros medios de pago, no podemos considerar que como sostiene la demandada sirva para delimitar el objeto de la prestación a cargo de la entidad bancaria, pues elemento esencial del contrato de cuenta corriente junto con el servicio de caja, consiste en la facultad del cliente de recuperar todo o parte del dinero ingresado en la cuenta (STS 15 de julio de 1993), sin que pueda alterarse la naturaleza de la prestación debida, mediante la sustitución del metálico por otros medios de pago, que pueden en muchos supuestos no satisfacer el interés del cliente o incluso generarle nuevos gastos. En este sentido la STS de 25 de julio de 1991 señala en relación a la entidad bancaria demandada en aquel supuesto: «estaba obligado a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia; valoración negativa de la conducta del banco recurrente, que extensamente se describe en los cuatro apartados que recoge el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y que aquí se dan por reproducidos. La

obligación de conservación y devolución que, tanto el CCom como el civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable». *Destaca en este caso que la facultad atribuida al Banco para sustituir el abono de metálico por cheques u otros medios de pago, no se reconduce a los supuestos en que se pretendiera realizar un reintegro sin haber verificado el preaviso, sino que se la conserva en todos los supuestos en que el cliente pretenda realizar una disposición superior a 3.000 euros. El hecho de que introduzca contractualmente en el condicionado esa facultad del Banco no exonera la tacha realizada, sino que atendiendo precisamente a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato suponen un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 82.1 TRLCU) vinculando el contrato a la voluntad del empresario (art. 85 TRLCU).*

VIGÉSIMO OCTAVO.- CUSTODIA DILIGENTE DE TARJETAS Y DOCUMENTOS DE DISPOSICIÓN (CLAUSULA 2.3)

165.- La cláusula tiene el siguiente tenor:

"El/los Titulares se obliga/n a custodiar y conservar de modo diligente las tarjetas y demás documentos de disposición convenidos. En caso de sustracción o extravío de alguno de éstos, el/los Titulares deberá/n avisar al Banco con la mayor urgencia y adjuntar copia de la denuncia efectuada. Si tal aviso no se produce, o no se formula denuncia, el Banco sólo será responsable si efectúa algún pago o permite cualquier disposición con los medios sustraídos o extraviados, sin emplear la diligencia debida".

166.- *La actora considera abusiva por los siguiente motivos: a) inclusión de la expresión mayor urgencia" por dejar en manos de la entidad bancaria el poder interpretar cuando el deber de notificación se ha cumplido correctamente b) por la imposición al consumidor de la interposición de la denuncia además de la comunicación inmediata al entidad en caso de robo, lo va más allá de las exigencias contenidas en la LSP, lo que considera un obstáculo para el ejercicio de un derecho*

167.- Por su parte la demandada opone la cosa juzgada respecto de la expresión " la mayor urgencia", pues la misma ya fue declarada nula por la STS de 16 de diciembre de 2009, por lo que opera el efecto formal de la cosa juzgada. Respecto de la exigencia de denuncia considera que resulta una obligación acorde con la condición de usuario de la tarjeta que tiene el titular y la consiguiente obligación de custodia diligente de la misma, sin que tampoco puede considerarse que

la exigencia de denuncia comporte obstáculo de tipo alguno para el ejercicio de los derechos que corresponden al usuario.

168.- *En relación a la inclusión de la expresión " máxima urgencia" efectivamente dicha expresión fue objeto de examen y declaración de nulidad en el fundamento noveno de la STS de 16/12/2009 (LA LEY 273170/2009), debiendo en este punto dar por reproducido lo razonado en el apartado 31 de este resolución, en torno al eficacia formal de la cosa juzgada.*

169.- *Como bien es sabido la LSP establece en su art. 27 la obligación a cargo del titular de la tarjeta en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello, exonerando en su art. 31 de toda responsabilidad por la utilización indebida de la tarjeta una vez efectuada dicha comunicación salvo actuación fraudulenta. Al establecer esa regulación la LSP ya contempla la misma relación jurídica alegada por el demandada e impone al usuario únicamente el deber de comunicación a la entidad bancaria, para que esta ponga en marcha los mecanismos antifraude y ejercite en su caso ante las acciones oportunas. Por el contrario la cláusula impone al consumidor un carga no prevista en la normativa específica para que este quede a salvo de las consecuencias económicas de la utilización indebida de la tarjeta por tercero y ello en beneficio de la entidad bancaria que se esa forma dilata la asunción de responsabilidad contemplada en la propia LP, por tanto la cláusula resulta abusiva toda vez que por un lado limita los derechos reconocidos al consumidor una disposición legal conforme al art. 86 del TRLCU.*

VIGÉSIMO NOVENO.- INTERESES Y VALORACIONES (CONDICIÓN GENERAL CUARTA).

170.- Tenor literal: ""4.8. Siempre que la cuenta permanezca sin movimientos, distintos de los propios de las liquidaciones de intereses y comisiones, por plazo igual o superior a doce meses, los saldos acreedores dejarán de devengar intereses a favor del/de los Titular/es, volviéndose a devengar dichos intereses al tipo vigente, a partir del momento en que la cuenta tuviese movimientos distintos de las liquidaciones de intereses y comisiones".

171.- Considerar la actora que la cláusula contra de la buena fe, es generadora de un desequilibrio en perjuicio del consumidor, sin que halle recíproco acomodo en el predisponente en clara contravención de lo dispuesto en los artículos 82.1 (LA LEY 11922/2007) y 87 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), generando un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad financiera

172.- Por su parte la demandada, sostiene que la cláusula impugnada está derogada toda vez que el contrato Clic e no es una cuenta remunerada. Independiente de lo anterior defiende que la previsión contractual es ajustada a derecho, toda vez en el contrato de cuenta corriente no presente como elemento esencial el abono de intereses, sin perjuicio de que en muchas ocasiones se vincule con un contrato de depósito.

173.- *Establece la cláusula 4ª del contrato clic e aportado por la actora como documento 13, que los saldos acreedores devengarán a favor de los titulares el tipo de interés nominal y TAE que se especifica en el página 1 del contrato. Señalando que si no figura tipo alguno la cuenta se liquidará al tipo de interés del 0%, si acudimos a la página nº1 observamos como no se fija tipo de interés, por lo que el interés abonar en la cuenta es de 0%, o lo que es lo mismo se trata de una cuenta no remunerada, lo que no es contradictorio con el contenido y esencia del contrato de cuenta corriente, por ello el contenido de la cláusula ahora impugnada no puede considerarse abusivo, desde el momento en que no produce efecto jurídico alguno, al ser 0% el tipo de interés. Tratándose de una cuenta no remunerada no se produce el desequilibrio denunciado, pues ninguna al alteración en la situación preexistente se da.*

TRIGÉSIMO.- IMPUTACIÓN DE PAGOS Y COMPENSACIÓN (CONDICIÓN GENERAL SÉPTIMA).

174.- El tenor literal de la cláusula es el que sigue: "7.2. El/los Titular/es autoriza/n al Banco para que, sin necesidad de previa comunicación, pueda compensar los saldos deudores y acreedores de todas las cuentas, depósitos y contratos que existan a su nombre, cualquiera que sea el título de su derecho y la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco. En caso de titularidad conjunta, esta compensación podrá efectuarse con independencia de que tanto el crédito como la deuda a compensar sean atribuibles a uno, a algunos o a todos los Titulares".

175.- *Se da en este supuesto la misma situación examinada en el fundamento séptimo respecto de la cláusula séptima del préstamo hipotecario del BBVA, debiendo en consecuencia reproducir íntegramente los apartados 63 a 68 de esta sentencia.*

TRIGÉSIMO PRIMERO.- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES (CONDICIÓN GENERAL NOVENA).

176.- El tenor de la cláusula es el que sigue: "'9.1. El Banco podrá modificar los intereses, cuotas, comisiones, gastos y demás condiciones previstas en este contrato mediante su comunicación al/a los Titular/es quince días antes de su aplicación.

9.2. La comunicación se podrá efectuar mediante publicación en el tablón de anuncios situado en las Oficinas del Banco y, en su caso, en su página Web, si bien en estos casos no serán aplicables hasta que no hayan transcurrido dos meses desde tal publicación"

177.- Considera la actora que la cláusula es abusiva por resultar excesivamente corto el plazo de preaviso establecido, lo que dejaría escaso margen de reacción al usuario. Resultando también contrario a la normativa sectorial la facultad que se arroga el Banco para comunicar la modificación o insertarlas en el tablón de anuncio de las oficinas del banco y en la web

178. Sostiene la demandada que la citada cláusula habría sido efectivamente sustituida en atención a la entrada en vigor de la LSP. En este caso y a diferencia de lo que ocurría en supuestos anteriores, en los que se alegaba que la cláusula ya no era utilizada en la contratación por parte de la entidad financiera, *no sólo se alega y acredita que no se utiliza en los nuevos contratos celebrados, sino que habría sido sustituida* (DOC 4 de los aportados por BBVA) *en los contratos celebrados con anterioridad, faltando ahora sí el presupuesto material para el ejercicio de la acción de cesación, cual es la utilización de las cláusulas que se reputan nulas, tanto en contratos ya celebrados como ad futurum.*

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- CLÁUSULA 11ª *GASTOS Y TRIBUTOS*

179.- La cláusula tiene el siguiente tenor: " *Los gastos y tributos de este contrato serán por cuenta del/de los Titulares* ".

180.- tacha de abusiva la cláusula el actor por ambigua y oscura, sin discernir entre los distintos tributos, lo que resulta igualmente abusivo en aplicación del art. 89.3 del TRLCU.

181.- Sostiene la demandada que falta el presupuesto material de la acción toda vez que tras la sentencia de la AP de 11 de mayo de 2005 (LA LEY 1377/2005) se sustituyó la cláusula conforme al documento 4. Aún cuando el citado documento a diferencia de lo que ocurría en la cláusula anterior, no explicita claramente que se haya sustituido la cláusula. En todo caso *se daría la misma situación de cosa juzgada ya apuntada y desarrollada en el apartado 31 de esta sentencia*

TRIGÉSIMO TERCERO.- CLÁUSULA 14ª *TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES*

182.- *Al ser idéntico su contenido a las cláusulas correspondientes del contrato multicanal y préstamo hipotecario, se dan por reproducidos en este punto los apartados 90 a 98 de esta resolución.*

F) CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A..

TRIGÉSIMO CUARTO.- MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES (CONDICIÓN GENERAL TERCERA)

183- El tenor literal de la cláusula es el siguiente: ""El tipo de interés aplicable a los saldos acreedores de la cuenta, el importe de las distintas comisiones, así como las fechas de liquidación y devengo, serán los específicamente señalados en cada caso.

Las modificaciones de los tipos de interés, comisiones, o gastos repercutibles serán comunicadas a los titulares con una antelación de siete días naturales a su aplicación. Dichas comunicaciones podrán también ser realizadas, a elección del banco, mediante la publicación de las nuevas condiciones en el tablón de anuncios de sus sucursales con una antelación no inferior a dos meses sobre la fecha de entrada en vigor de las nuevas condiciones. Tratándose de modificaciones del tipo de interés, la comunicación previa a la clientela podrá sustituirse, a elección del banco, por la publicación en el B.O.E. (Boletín Oficial del Estado), con una antelación de siete días naturales a su aplicación. Si en el plazo de los quince días naturales siguientes a la entrada en vigor de las nuevas condiciones el banco no recibiera comunicación escrita del titular rechazando dichas modificaciones, se entenderá como dada la conformidad expresa a las mismas. En los supuestos de rechazo expreso del titular a las nuevas condiciones, éste dispondrá de un plazo de quince días naturales para cancelar la cuenta, plazo durante el cual se le continuarán aplicando las condiciones vigentes con anterioridad. Transcurrido dicho plazo de quince días naturales siguientes al rechazo expreso del titular sin que éste cancele la cuenta, la misma continuará vigente con las nuevas condiciones.

En todos los supuestos de modificación de las condiciones previstas en el presente contrato, siempre que los titulares den su conformidad expresa a la modificación de que se trate, ésta se aplicará inmediatamente sin que sea necesario ningún plazo de espera".

184.- *Como motivo de impugnación se alega la insuficiencia del plazo concedido para la entrada en vigor de la modificación* lo que en la práctica supone que ante la falta de encontrar una alternativa en tan corto periodo de tiempo el usuario mantenga el servicio contratado.

185.- Se opone la demandada alegando que dicho cláusula en aplicación de la Ley de Servicios de Pago habría sido sustituido la cláusula litigiosas por el nuevo contrato Marco de Servicios de pago,

depositado el 20 de Diciembre de 2010 en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Núm. 33/2010), informando a los clientes del cambio de normativa y con efectos por tanto para los contratos ya celebrados como los que se celebren a posteriori.

186.- Estas manifestaciones constan acreditadas por el examen del documento 8 aportado por el demandado (cuya cláusula 11 de las condiciones generales comunes sustituye a la aquí impugnada) para observar como *ya no se da el vicio de abusividad en cuanto el plazo de preaviso*. Siendo que tal como resulta del documento 9 *el nuevo contrato marco no sólo integra la nueva práctica contractual de Banco Popular, sino que sustituye a las condiciones integradas en los contratos anteriores, estando ausente el presupuesto material de la acción de cesación*. En este caso por tanto a diferencia de lo que ocurría en los préstamos hipotecarios si se acredita la efectiva sustitución de la cláusula.

TRIGÉSIMO QUINTO.- CANCELACIÓN (CONDICIÓN GENERAL DUODÉCIMA)

187.- El tenor de la cláusula es el que sigue: "

"La cuenta se abre por un periodo indefinido, no obstante el banco se reserva el derecho de su cancelación cuando por justos motivos no deban mantenerse, lo que originará la resolución de pleno derecho del presente contrato por el solo aviso al titular con una anticipación de diez días, como mínimo, a la fecha en que deba ser considerada cancelada. A partir de ese día, el saldo acreedor dejará de devengar intereses, aunque no haya sido retirado.

El titular de la cuenta podrá igualmente ejercitar este derecho, previo aviso al banco, con una antelación de diez días, como mínimo, a la fecha de la cancelación.

No obstante ello, el titular de la cuenta no podrá disponer del saldo a su favor hasta tanto no se adeuden en la misma los importes pendientes, relativos a la utilización de los servicios que el banco pudiera haberle prestado".

188.- son tres los motivos por los que se considera abusiva la cláusula: a) el escaso periodo de 10 de días de preaviso y el hecho de que sea idéntico para ambas partes b) la imposibilidad de que el titular de la cuenta no pueda disponer del saldo hasta tanto no se adeuden en la misma los importes pendientes, relativos a la utilización de los servicios que el banco pudiera haberle prestado, por suponer un garantía desproporcionada y supeditar el cumplimiento del contrato a la voluntad del empresario c) indeterminación de los motivos que legitiman al banco para la

resolución del contrato, lo que además de resultar ambiguo remite a la voluntad del empresario el cumplimiento del contrato

189.- Se opone la demandada sosteniendo en primer término la sustitución de la cláusula por las contenidas en el contrato marco de servicios de pago antes referido (documento 8), lo que supone que el plazo de preaviso se haya incrementado a 60 días en lugar del perentorio de 10 días fijado anteriormente (cláusula 13 condiciones generales del contrato de cuenta de pago que sustituye a la cuenta corriente), la referencia al justo motivo legitimador de la decisión del banco para resolver el contrato se ve sustituida por el reconocimiento del derecho de ambas partes a resolver el contrato sin alegar causa dado su carácter indefinido, y defiende la retención del saldo como manifestación de la liquidación del contrato.

190.- En este punto damos por reproducido lo expuesto en el apartado 185 y 186 de esta sentencia siendo que la cláusula ahora examinada ha sido sustituida por la 13 del contrato de cuenta de pago.

191.- En la nueva cláusula se corrigen dos de los defectos denunciados, se amplía el plazo de preaviso a 2 meses en consonancia con la regulación de la LSP, bien es cierto que el plazo es idéntico para ambas partes a diferencia de lo que ocurre en las condiciones del contrato marco (condición 12), sin embargo vista la amplitud del plazo concedido, no puede considerarse que el hecho de que se otorgue el mismo plazo a ambas partes, altere la debida reciprocidad originando un desequilibrio entre las partes. Del mismo modo ha sido sustituido la exigencia de justo motivo para que opere la resolución a instancias del banco por una resolución libre sin alegar causa alguna, siendo que esta cláusula ya vigente al momento de interponerse la demanda y cuyo contenido era accesible para la OCU a través del Registro de Condiciones Generales no ha sido atacada. En todo caso tratándose un contrato de duración indefinida, reconociéndose a ambas partes y no estando a un preaviso con la suficiente antelación, tampoco nada cabe decir. El único punto que se mantiene en la nueva cláusula es la facultad del banco de retener el saldo hasta que se practique la liquidación, bien es cierto que en buena lógica el saldo disponible para el usuario es el que resulta una vez anotados en cuenta los gastos o comisiones propias de la cuenta contratada y salvo que se asuma una función crediticia no se puede disponer de más de ese saldo resultante. Sin embargo tal como aparece redactada la cláusula no cabe duda genera un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, ello por dos elementos en primer lugar no tiene en modo alguno en cuenta cual el saldo existente en cuenta y la

proporcionalidad del mismos con los gastos que se pudieran cargar en segundo término no fija un plazo máximo para la realización de las operaciones y disposición del saldo, lo que unido a la automatización con la que habitualmente se anotan en cuenta tales gastos, origina un claro desequilibrio de las prestaciones vinculando el contrato a la voluntad del empresario y limitando los derechos del usuario (art. 82 85 y 86 del TRLCU), al permitir a la entidad mantener en su poder un dinerario que corresponde al usuario, sobre el que tampoco abona intereses y por un tiempo que no queda predeterminado y que por tanto queda a la voluntad del oferente. Toda vez que la previsión se contiene tanto en la nueva como en la antigua y esta sustituye aquella no existe inconveniente en que la cognición judicial y la consiguiente nulidad parcial se extienda al contenido de la nueva cláusula.

TRIGÉSIMO SEXTO.- FUERO (CONDICIÓN GENERAL DECIMOTERCERA)

192.- El tenor de la cláusula es el siguiente: ""Para todos los procedimientos en que legalmente esté permitido, las partes contratantes se someten a la competencia de los Juzgados y Tribunales correspondientes al domicilio de la sucursal contratante para la resolución de cuantas cuestiones suscite la interpretación o cumplimiento del presente contrato".

193.- Sostiene la actora que dicha cláusula infringe el art. 90.2 del TRLCU.

194.- Por su parte la demandada, reitera los argumentos que exponía en el apartado 129 a propósito del fuero fijado en el préstamo hipotecario, la remisión a la oficina contratante en ajustada a las previsiones del art. 54 de la LEC (LA LEY 58/2000).

195.- *Debe darse por reproducido en este caso el apartado 129 de la sentencia y la jurisprudencia allí citada, para concluir la abusividad de la condición citada,* en efecto hemos de considerar que en este caso, *la designación de un fuero territorial distinto del domicilio del usuario, introduce un claro desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, en contra de las exigencias de la buena fe, introduciendo un obstáculo en la vía judicial de los derechos reconocidos al usuario.* No puede además considerarse en todo caso que la oficina contratante corresponda con el lugar de cumplimiento de la obligación, pensemos en el supuesto en que el usuario se muda de ciudad, después de aperturar la cuenta, situación esta, que de mantener el fuero territorial contenido en esta cláusula, obstaculizaría claramente el acceso a los tribunales de justicia al usuario, imponiéndole costes adicionales de desplazamiento.

G) CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DEL CONTRATO DE TARJETAS PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA DEL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- EMISIÓN Y FORMALIZACIÓN (CONDICIÓN GENERAL 1.2).

196.- "El Titular podrá aceptar las presentes "Condiciones Contractuales -Contrato Tarjetas Después/Después Oro y Después Blue BBVA" que se componen de las Condiciones Económicas y las Condiciones Generales (en adelante "las Condiciones Contractuales") a través de Internet, siguiendo a tal efecto el procedimiento que el Banco tiene establecido en los propios medios o a través del Servicio Línea BBVA, llamando a los teléfonos indicados en la Tarjeta que le ha sido remitida sin activar.

Adicionalmente, el Banco podrá contactar con el Titular al objeto de ofertarle la formalización del presente Contrato mediante llamada telefónica a cualquiera de sus números de teléfono, fijos o móviles, que figuren en los registros del Banco (Contacto Telefónico) así como a través de mensajes SMS a cualquiera de los teléfonos móviles que figuran en dichos registros (Contacto SMS).

Cuando se establezca la llamada telefónica a través del Servicio Línea BBVA o bien mediante el Contrato Telefónico o el Contacto SMS, el Banco realizará una serie de preguntas al Titular para su identificación. Para ello, tomará como referencia los datos contenidos en sus registros y los comparará con las respuestas facilitadas por el Titular. Si fueran coincidentes continuará la comunicación y la tramitación de la posible contratación. En caso de divergencia el Banco dará por finalizado el Contacto Telefónico o el Contacto SMS, según el caso.

El titular podrá aceptar la oferta del Banco mediante el Contacto Telefónico o el Contacto SMS iniciado/realizado por el Banco.

La aceptación de las Condiciones Contractuales a través de Internet, del Servicio Línea BBVA o a través del Contacto Telefónico o Contacto SMS, supondrá la plena conformidad del Titular a las presentes Condiciones Contractuales y equivaldrá a todos los efectos a la firma manuscrita del Titular, y supondrá que el Titular ha recibido las mismas así como las hojas de la Tarifa de Comisiones, Condiciones y Gastos y Normas de Valoración aplicables que se adjuntan a las presentes Condiciones Contractuales y que las acepta en su totalidad. El presente contrato se entenderá formalizado a partir del momento en que se produzca dicha aceptación".

197.- A juicio de la actora, resulta abusiva esta cláusula por los siguientes motivos: declaración de conformidad con hechos ficticios e inversión de la carga de la prueba a favor de la entidad bancaria.

198.- Se opone la demandada alegando en todos los supuestos de contratación telemática se cumplen los requisitos de información previa contenidos en la Ley 22/2007 de contratación a distancia de productos financieros y a tal efecto aporta documento Nº 14 y 18, por ello no existe el hecho ficticio, respecto de la que la cláusula supone aceptación o conformidad. Tampoco existe inversión de la carga de la prueba sino conexión lógica entre el hecho constatado cual es la aceptación de la oferta con dos hechos que la aceptación se extiende a las condiciones generales y que su las acepta es porque las ha recibido anteriormente.

199.- *Dada la similitud de esta cláusula con la examinada en el fundamento vigésimo quinto, se dan por reproducidos en este punto los apartados 153 y 154 de esta sentencia, especialmente este último* que por facilitar la lectura del razonamiento se transcribe literalmente en este caso "154- Resulta sin embargo que en esta caso el contenido de la cláusula examinada difiere en elementos esenciales respecto de la anterior. Basta comparar las dos cláusulas para observar como mientras en el caso anterior la oferta contractual iba precedida del ofrecimiento de las condiciones y la aceptación implicaba simplemente que se aceptaban las condiciones previamente remitidas. En el presente caso observamos como con infracción de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 22/2007 no se prevé la emisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales por la que se rija el producto ofrecido y de otro lado y en sospechosa coincidencia, la aceptación este caso presume la recepción de las condiciones generales y su aceptación. No se puede realizar la interpretación integradora que pretende el demandado sustentada en un supuesto olvido en la redacción de la cláusula, pues no existe ningún elemento que así nos permita afirmarlo, más aún se introducen modificaciones igualmente en los efectos de la aceptación, que hacen pensar lo contrario. Atendido lo anterior si debe afirmarse en este caso el carácter abusivo de la cláusula, toda vez que permite la contratación de productos o servicios, sin que conste por escrito o soporte duradero las condiciones que hayan de regir dicha contratación, infringiendo el contenido de los art. 6 a 9 de la Ley 22/2007. En segundo término la cláusula resulta abusiva pues mediante la contratación del servicio impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa a diferencia de lo previsto en el caso anterior no se establece lo que resulta igualmente abusivo al amparo del art. 89.1, invirtiendo la carga de la prueba que

corresponde a la entidad bancaria en torno al cumplimiento del deber de información previsto en el art. 17 de la misma Ley 22/2007, lo que igualmente resultaría abusivo al amparo del art. 88.2 del TRLCU."

200.- No se discute que en este caso se acredita fehacientemente como la entidad bancaria cumple con el deber de puesta a disposición de las condiciones generales que le impone el art. 7 de la Ley 22/2007, tal como resulta de los documentos 14 y 18 aportados, sin embargo no es ese el objeto de valoración judicial, sino el contenido de la cláusula examinada y sus efectos dentro de la relación contractual y en el esquema obligacional que de ella deriva. No se trata de que la entidad financiera cumple con los deberes impuestos por la normativa sectorial, se trata de que la cláusula examinada dispensa una protección a la entidad en el caso de que ahora o en un futuro incumpliera esa obligación, invirtiendo la carga de la prueba que de forma imperativa contiene el art. 17 de la Ley 22/2007 e imponiendo al consumidor una conformidad sobre un hecho que puede resultar inexistente y sobre el que precisamente se diluye la carga de prueba que pesa sobre el banco (art. 88.2 y 89 TRLCU). En este sentido no se puede considerar una consecuencia lógica de la aceptación de la oferta la entrega o puesta a disposición del condicionado.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- EMISIÓN Y FORMALIZACIÓN: UTILIZACIÓN DE LA TARJETA (CLÁUSULA 1.6 CONTRATO DE TARJETAS)

201.- El tenor literal de la cláusula es el que sigue

"1.6. El Titular, conforme la normativa vigente reguladora de la comercialización a distancia de servicios financieros, dispondrá de un plazo de catorce días naturales contados desde la formalización del presente contrato para desistir del mismo. El desistimiento podrá notificarse al Banco a través de cualquiera de sus oficinas y mediante los Servicios Línea BBVA o de Banca por Internet, si estuviesen operativos para el Titular.

El Titular, durante el plazo anteriormente indicado, podrá solicitar al Banco que el presente contrato sea ejecutado en su totalidad, en cuyo caso no será de aplicación a favor del Titular el derecho de desistimiento establecido.

La utilización de cualquier de las Tarjetas supondrá que el contrato ha sido ejecutado en su totalidad a iniciativa y por expresa voluntad del titular y, por consiguiente, no será de aplicación el derecho de desistimiento establecido en la normativa vigente".

202.- En este caso se considerar abusiva la condición en su apartado en cuanto priva al usuario del derecho de desistimiento por la mera utilización de la tarjeta, lo que supone una limitación de los derechos legalmente reconocidos.

203.- La demandada tras recordar que el derecho de desistimiento admite excepciones y por tanto no es absoluto, sino que admite excepciones y entre ellas se encuentra los supuestos en que el contrato se encuentre ejecutado en su totalidad, pues el desistimiento no se configura como una modalidad de utilización a prueba de los servicios contratados, por ello nada impide que se configure en el contrato se regula e incluso prohíba la utilización del servicio durante el periodo en que se puede ejercitar el desistimiento, pues ello no afectaría al contenido y finalidad del derecho legalmente reconocido.

204.- No resultando debatido que la contratación de las tarjetas estaría sometido a *la Ley 22/2007*, atendido el cauce de comercialización. La citada norma como bien es sabido contempla en su art. 10 un derecho de desistimiento, expresión del que con carácter genérico se contempla en el TRLCU (art. 68 y siguientes) dicho derecho como el resto de los reconocidos en la citada norma, tienen carácter imperativo (art. 3), por lo que la limitación de cualquiera de ellos contenida en la Condición General determinaría la nulidad de la misma conforme al art. del art. 86.1 del TRLCU. Sentado cuanto antecede hemos de señalar que en contra de lo que manifiesta la demandada la propia Ley 22/2007, si *contempla la utilización de servicio contratado durante el periodo de desistimiento y no obstante considera que ese uso por sí mismo no tiene tal transcendencia como para excluir el derecho del usuario, a esta conclusión se llega del examen de dos normas en primer término el art. 11 de la misma norma que regula precisamente el pago de los costes generados durante ese periodo de 14 días para el caso de que el cliente no obstante comenzar en el uso del servicio decidir finalmente desistir del contrato.* La norma valora y regula por tanto la utilización del servicio durante el periodo de desistimiento y concluye sin embargo que ello no puede suponer la exclusión del derecho reconocido al usuario, sino el abono del importe del servicio prestado, precisamente como medida para evitar el enriquecimiento injusto. *No considera sin embargo que esa utilización pueda conllevar otra consecuencia más gravosa como es la exclusión y así lo demuestra igualmente el art. 10.2 c) al regular una de las excepciones al derecho de desistimiento, como puede observarse no basta cualquier, ni siquiera un uso continuado sino que es necesario que el contrato se haya ejecutado en su totalidad, pues en tal caso al haber desplegado todos sus efectos el interés de los contratantes ya ha sido satisfecho y no resulta posible el desistimiento.*

Sentado como ha quedado dicho que la norma, no sólo contempla el uso del servicio durante el periodo de desistimiento, eludiendo el margen de autonomía de la voluntad referido, sino que además lo hace para excluirlo de las excepciones al derecho de desistimiento, queda por último analizar la alegación de la parte de que el contrato de tarjeta se ha ejecutado en su integridad, expresión esta que ha de entenderse como consumación y producción de todos los efectos, tal situación evidentemente no se da en un contrato de tracto sucesivo como es el que se examina, en el que las obligaciones asumidas por el banco y el usuario, no se agotan por la utilización de la tarjeta en ese periodo inicial, sino que siguen resultando exigibles durante toda del contrato. Colofón de lo expuesto es la consideración de abusividad del último inciso de la condición en cuanto limita en perjuicio del consumidor los derechos legalmente establecidos por norma imperativa (art. 86.1 TRLCU)

TRIGÉSIMO NOVENO.- RESPONSABILIDAD (CLÁUSULA 4.5 CONTRATO DE TARJETAS)

205.- El tenor literal de la cláusula es el que sigue: "El Banco quedará exonerado de responsabilidad en las incidencias entre los Titulares y/o Beneficiarios, y entre ellos y Comercios, otros Bancos y Cajas. Igualmente, el uso indebido de las Tarjetas, en los casos en que las mismas no hayan sido presentadas físicamente o identificadas por medios electrónicos (por ejemplo, y a título meramente ilustrativo, la adquisición de productos o servicios a través de Internet o por medios telefónicos), no deberá suponer al Banco más que su responsabilidad en cuanto a la realización de las operaciones de cargo y abono establecidas por la legislación vigente".

206.- *Se da en este supuesto la misma situación examinada en el fundamento séptimo respecto de la cláusula séptima del préstamo hipotecario del BBVA, debiendo en consecuencia reproducir íntegramente los apartados 63 a 68 de esta sentencia.*

CUADRAGÉSIMO.- CUENTA DE DOMICILIACIÓN DE PAGOS Y REINTEGROS: GASTOS, TRIBUTOS Y COSTAS (CLÁUSULA 5ª CONTRATO DE TARJETAS)

207.- "En caso de reclamación judicial, el saldo deudor de la "Cuenta de Domiciliación de Pagos" se acreditará mediante una certificación expedida por el Banco. Dicho saldo tendrá la consideración de cantidad líquida y exigible a los efectos de pago. Todos los gastos, tributos y costas del procedimiento, serán a cargo del demandado, incluso los honorarios de abogado y procurador, aunque su intervención no sea preceptiva".

208.-Ataca la citada condición general por la atribución de gastos tributos y costas que contiene en cuanto limita los derecho legalmente reconocidos al consumidor

209.- La demandada no niega que se trate de un condición abusiva, entre otras por que ya fue declarado así en sentencia firme en relación a los prestamos hipotecarios(en ese caso la dictada por la AP de Madrid de 11 de Mayo de 2005 (LA LEY 1377/2005)), pero indica que la citada cláusula habría sido retirada de los contratos de BBVA y que la permanencia en el contrato de tarjetas se debe a un error material. Efectivamente *se constata* por el documento Nº 5 *como la entidad bancaria habría adaptado sus distintos contratos excluyendo esa condición tanto de los celebrados hasta ese momento como de los que se celebraron a posteriori y si bien es cierto que la mencionada cláusula se mantiene formalmente en el modelo existente en internet, ello no debe conllevar a entender que efectivamente se utiliza dicha cláusula, si bien desde aquí se exhorta a la entidad a proceder a la inmediata rectificación de dicho error.*

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- IMPORTE DE LAS OPERACIONES: JUSTIFICANTES DE LAS OPERACIONES (CLÁUSULA 7ª CONTRATO DE TARJETAS)

210.- El tenor literal de la cláusula es el siguiente: ""El Titular acepta como justificantes del importe de las operaciones, el que se exprese en la factura firmada por el mismo, el comprobante interno del Cajero Automático en disposiciones por este medio, el comprobante del asiento en cuenta en disposiciones por teléfono (si las hubiere) y el registro conservado en el soporte informático correspondiente en el caso de servicios telemáticos, sirviendo dichos documentos o instrumentos como justificantes de cargo y medios de prueba, en caso necesario.

Los ingresos efectuados a través de Cajeros Automáticos se entenderán realizados "salvo buen fin", aceptando el Titular como importe de la operación el comprobado por el Banco; los abonos de cheques recibidos por este procedimiento no surtirán efectos hasta que sea realizado el cobro de los mismos a la Entidad obligada al pago".

211.- La actora la considera abusiva en dos puntos; imposición al usuario de la aceptación del resguardo del cajero, comprobante del asiento en cuenta o registro en soporte informático como acreditativos del pago y la atribución al banco de la facultad de determinar el importe objeto de ingreso en cajero, sin posibilidad de discusión, ello por los siguientes motivos: a) por ser contrario a la previsión del art. 30 de la LSP b) por recaer en el usuario la carga de la prueba acerca de la

inexactitud o inexistencia de la operación c) insuficiencia de la validez probatoria de alguno de los medios de prueba contenidos en la condición general

212.-Por su parte la demandada, se opone al entender en primer término que el art. 30 LSP no es aplicable a la disposición de efectivo en cajero, en segundo término niega que la condición suponga una distribución de la carga de la prueba, sino que simplemente se indicaría los instrumentos conforme a los que la entidad bancaria procederá a realizar los cargos o abonos.

213.- *De la lectura de la cláusula se desprende sin lugar a dudas que en la misma se configura los medios de prueba acreditativos de las operaciones de reintegro en cajeros, pago con tarjeta y operaciones de disposición o pago efectuadas por internet, además de resultar medios de prueba los configura como justificante a efectos de realizar el cargo en cuenta. Ahora bien la configuración de estos justificantes como medios de prueba no puede considerar abusiva, pues se trata de los medios de prueba naturales de la realización de tales operaciones, que por un lado no excluyen la posibilidad de se practiquen otros medios de prueba por el usuario ni por ende excluyen prueba en contrario. En segundo término no excluyen lo previsto en el art. 30.2 de la LSP, pues además de no resultar de aplicación la norma a las disposiciones en metálico en cajero en los términos contemplados en el art. 3.º), en segundo lugar y con independencia de ello el citado artículo 30.2 lo que establece es la inhabilidad del justificante del cajero, no para acreditar la realidad de la operación, sino para probar que esa operación ha sido realizada por el usuario o con incumplimiento de sus obligaciones, obsérvese que la diferencia ese esencial y la cláusula examinada se muestra coherente y respetuosa con la misma, pues lo que sirve es acreditar que ha tenido lugar una operación no quien la ha realizado ni en que condiciones. En segundo lugar no produce un desplazamiento de la carga de la prueba, sino que recayendo la prueba sobre la entidad bancaria establece los medios de los que se puede valer, que no son otros que los justificantes de la operación, que incluso en el pago con tarjeta establecimiento, es documento firmado por el propio deudor. Por lo demás no se trata de una de una mención en conjunto de los medios de prueba, sino que lo que hace la cláusula es ir enumerando cada tipo de justificante en función de la mecánica de realización de la operación, así justificante de cajero en las disposiciones en cajero, factura firmada en los pagos con tarjeta, asiento en cuenta en la operación telefónica o registro telemático, no son por tanto medios intercambiables unos con otros. Por lo demás y a modo de conclusión señalar que la jurisprudencia citada no sirve de apoyo a la tesis de la parte, pues precisamente lo que hacen varias de esas resoluciones es exigir alguno de los medios de*

prueba ahora identificados frente a la práctica anterior que pretendía reclamar el saldo deudor en atención exclusivamente a la certificación emitida por la entidad.

214.- *Distinta valoración ha de realizarse del apartado relativo a los ingresos realizados en cajero automático, por cuanto se configura esos ingresos como ingresos como buen fin, imponiendo sin posibilidad de discusión el saldo comprobado por el banco, por tanto ni siquiera se establece un determinado medio de prueba, sino que directamente se atribuye a la entidad las facultades de interpretación y ejecución del contrato que de esa manera queda vinculado a la voluntad del empresario del contrato (art. 85.3 TRLCU). El reproche es doble no sólo se atribuye al banco la facultad unilateral de determinar el importe del ingreso, sino que además se impone al consumidor la aceptación de dicha decisión.*

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- DURACIÓN: TERMINACIÓN DEL CONTRATO (CLÁUSULA 9.2 CONTRATO DE TARJETAS)

215.- Tenor literal de la cláusula

"9. DURACIÓN

(...)

9.2 El Banco podrá cancelar el Contrato y las Tarjetas emitidas a su amparo, o alguna de ellas, o denegar la prórroga del contrato o la renovación de las Tarjetas, sin concurre alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

c)[...] cuando cualquiera de los titulares no facilitare al Banco la documentación precisa para conocer su situación jurídica o financiera cuando les fuera requerida a tal fin".

216.- Sostiene la actora que la cláusula resulta abusiva por tres motivos: a) falta de reciprocidad puesto que no atribuye la misma facultad al cliente (art. 87.3 de la TRLCU); (b) supone una garantía desproporcionada por su carácter indefinido y, en particular, por poder exigirse la documentación referida en cualquier momento de la relación, (art. 88.1 de la TRLCU) y © tendría carácter abierto, lo que sería contrario a la exigencia de concreción del art. 80.1 a) del TRLCU y, a su vez, supone dejar en manos del predisponente el establecer cuál es la documentación precisa, en contra del art. 85.3 del TRLCU

217.- Se opone la demandada argumentando: a) no se puede hablar de falta de reciprocidad desde el momento en que no existe una identidad de razón en la posición que en este ocupan banco y cliente que exija una igualdad de trato b) no existe una garantía desproporcionada, atendiendo en primer término al riesgo de impago al que se expone la entidad financiera, siendo que el requerimiento de información no resulta una garantía c) no está afectada de falta de concreción pues la cláusula limita la documentación requerida a la que resulta precisa para conocer la situación económica y jurídica del usuario.

218.- En este caso se coincide plenamente con las alegaciones de la demandada, pues en primer término no se puede hablar de falta de reciprocidad, por el mero de que una determinada condición atribuya un derecho o facultad a una parte del contrato en exclusiva, si como es el caso ese derecho aparece vinculado con la posición que ocupa en el contrato hasta el punto que sólo en esa posición es ejercitable y tiene su razón de ser. Así ocurre en el presente caso en el que es el banco en exclusiva quien queda expuesto a un riesgo de impago del cliente, que justifica la necesidad de conocer la situación financiera del mismo. No se acaba de entender en esta clase de contratos cual puede ser el interés del cliente en conocer la situación financiera del banco, pues ni una temida intervención del Banco de España, supondría efecto negativo en el patrimonio, mas allá de una posible resolución del contrato por liquidación de la entidad. En segundo término resulta igualmente evidente que la condición así redactada no constituye una garantía desproporcionada, primero porque no constituye una garantía de cumplimiento y en segundo término porque el riesgo asumido por la entidad financiera justifica sobradamente la exigencia de esa información. Finalmente no puede considerarse falta de concreción la cláusula, pues se identifica la documentación por razón de su utilidad, siendo que tampoco atribuye al banco la facultad de estimar cuando la documentación es o no precisa.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- IMPUTACIÓN DE PAGOS Y COMPENSACIÓN: COMPENSACIÓN (CLÁUSULA 10ª CONTRATO DE TARJETAS)

219.- Tenor literal de la cláusula:

""10. IMPUTACIÓN DE PAGOS Y COMPENSACIÓN

10.1. Las partes pactan expresamente que el Banco determinará libremente las operaciones que tenga con los Titulares, a cuyo pago aplicará las cantidades que reciba o queden disponibles por cualquier concepto a favor de éstos.

10.2. La deuda que resulte contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluso el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los Titulares. Los titulares dejan afectos al buen fin del presente contrato todos sus bienes presentes o futuros, y especialmente los que existan a su nombre en el Banco, quedando este autorizado irrevocablemente para proceder, en caso de que aquéllos incumplan sus obligaciones de pago, a la aplicación de los depósitos en efectivo y a la realización de todo tipo de derechos de crédito, efectos mercantiles o títulos valores que, asimismo, puedan estar depositados en el Banco, al objeto de, con su importe, atender hasta donde alcance los pagos pendientes".

220. *Se da en este supuesto la misma situación examinada en el fundamento séptimo respecto de la cláusula séptima del préstamo hipotecario del BBVA, debiendo en consecuencia reproducir íntegramente los apartados 63 a 68 de esta sentencia.*

CUADRAGÉSIMO CUARTO.- MODIFICACIÓN DE CONDICIONES (CLÁUSULA 11.1 CONTRATO DE TARJETAS)

221.- Tenor literal de la cláusula "11. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES. COMUNICACIONES

El Banco podrá modificar los límites, comisiones, gastos y demás condiciones previstas en el Contrato, previa comunicación con quince días antes de su aplicación al Titular.

Las modificaciones realizadas por el Banco a solicitud o pactadas con el Titular se aplicarán inmediatamente".

222.- La demandada no niega que se trate de un condición abusiva, si bien manifiesta que por error material aparece formalmente en el contrato de tarjetas, pero en todo caso *no se está aplicando ni en los nuevos contrato ni tampoco en los suscritos con anterioridad, extremo este que resulta acreditado* a través del documento nº 5 aportado por BBVA, *por lo que efectivamente falta el presupuesto material de la acción de cesación ejercitada.*

CUADRAGÉSIMO QUINTO.- PROGRAMAS DE FIDELIDAD (CLÁUSULA 12.2 CONTRATO DE TARJETAS)

223.- El tenor literal resulta ser el siguiente:

12. OTRAS CONDICIONES

(...)

12.2. El Titular y los Beneficiarios aceptan su inclusión en los programas de fidelidad establecidos, que se establezcan o en los que intervenga el Banco, de los cuales dispondrá de información suficiente mediante comunicaciones comerciales personalizadas o no, en las propias oficinas del Banco, a través de las páginas web del Banco y aquellos otros medios que el Banco ponga a disposición.

Para el supuesto de Titulares menores de edad, los Representantes de los mismos autorizan expresamente a dichos Titulares para que puedan adherirse a los citados programas.

Todo ello, en la medida que dicha inclusión o adhesión no vaya en contra de la legislación vigente".

224.- Considera la actora dicha cláusula abusiva por los siguientes motivos: a) Falta de concreción de la cláusula que impide conocer cuales sean esos programas de fidelización b) En cuanto no se conocen los programas de fidelización se está prestando conformidad con un hecho ficticio c) que determinarían la creación de perfiles por causa del tratamiento de datos relativos a los gustos y preferencias de los usuarios

225.- *Bien es cierto que la cláusula no individualiza los programas de fidelización, porque se refiere a los que se puedan desarrollar en un futuro, programas que obviamente no se conocen en el momento de redactar el condicionado, pues del desarrollo posterior del área comercial, en segundo término la cláusula delimita el medio de información de dichos programas, que se realizará en por cualquiera de los medios de comunicación del banco en función del contenido y naturaleza del programa, por lo demás y como bien es sabido el programa de fidelización por su propia naturaleza es gratuita y pretende incentivar la utilización en este caso de los medios de pago mediante la aplicación de descuento u otra clase de beneficios o incentivos comerciales, y la cláusula de ese modo asegura que todos los clientes de la entidad puedan beneficiarse del citado programa, por ello no puede considerarse que la cláusula esta falta de concreción en los términos del art. 5 de la LCGC y 80 del TRLCU. Tampoco se puede entender la cláusula suponga la conformidad con un hecho ficticio, sino se prestando conformidad para participar en un momento futuro en el programa de fidelización que se pudiera desarrollar.*

CUADRAGÉSIMO SEXTO.- TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

226 - Al ser idéntico su contenido a las cláusulas correspondientes del contrato multicanal y préstamo hipotecario, se dan por reproducidos en este punto los apartados 90 a 98 de esta resolución.

H) CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATO DE TARJETAS DEL BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO (CONDICIÓN GENERAL QUINTA CONDICIONES USO MASTERCARD)

227.- El tenor de la cláusula es el que sigue:

"y la Entidad en que estuviera situado el Cajero Automático o Terminal en Punto de Venta, salvo que incurran en dolo, de las responsabilidades que puedan derivarse como consecuencia:

-De la falta de diligencia en orden a la conservación y correcta utilización de la Tarjeta por el Titular.

-De la imposibilidad de uso de la Tarjeta, o de cualquier demora, daño o molestia causada por accidente, avería o fallo mecánico de todos o alguno de los mecanismos del Cajero Automático o Terminal en Punto de Venta, así como de aquellas otras máquinas con los que estén conectados.

-Del uso que pueda hacerse de las Tarjetas perdidas o sustraídas o del conocimiento por terceras personas del número secreto facilitado al Titular por el Banco. En caso de pérdida o sustracción del número secreto, el Titular deberá ponerlo en inmediato conocimiento del Banco emisor, quien hará todo lo razonablemente posible para tratar de evitar que sea utilizado fraudulentamente.

De las contingencias ajenas a la voluntad del Banco que afecten al Cajero Automático, a su contenido o al Terminal en Punto de Venta".

228.- Sostiene la actora la abusividad de la cláusula por los siguientes motivos: a) Falta de reciprocidad de la cláusula por exoneración del banco incluso por fallo de los dispositivos que están bajo su control, así como también por la exoneración por los fallos en los punto de venta b) limitación de los derecho legalmente reconocidos c) imposición de renuncia o limitación a los derechos legalmente reconocidos d) por los mismos motivos ataca la exoneración en todo caso de la entidad financiera por el uso de tarjetas perdidas o sustraídas o del uso fraudulento por terceros e) finalmente considera abusiva la mención a que el deudor deba poner la sustracción en inmediato conocimiento del Banco emisor" por generar desequilibrio en las prestaciones.

229.- Sostiene la demandada que dicha cláusula se habría adaptado a la LSP en prácticamente su integridad, pues aún estaría en el plazo de adaptación establecido por la DT 3ª de la LSP, siendo que las condiciones ahora impugnadas no son utilizadas con la práctica contractual y han sido sustituidas por las nuevas condiciones contenidas en el contrato de tarjetas aportado como documento 8 y que en todo resultan respetuosas tanto con la LSP como con el criterio establecido por la STS de 16 de Diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009).

229.- *En primer término se debe dar por reproducido lo expuesto en el apartado 186 de esta sentencia, efectivamente se constata que la cláusula ahora impugnada ya no es objeto de utilización al por la entidad bancaria, y ha sustituido a las insertas en los contratos celebrados con anterioridad.* Debemos por tanto estar a las condiciones 4 y 5 del contrato de tarjeta anexo al contrato marco de servicios de pago aportado como documento 8 EN la cláusula 4ª la entidad bancaria sólo se exime de responsabilidad respecto de las anomalías derivadas del funcionamiento de los cajeros automáticos de entidades distintas al banco, con lo que ya no contiene la exoneración de responsabilidad por fallos en cajeros del propio banco, que precisamente era tachada de abusiva por el actor. *Si mantiene la exención de responsabilidad por las incidencias que puedan derivarse de la operación realizada entre el titular y el establecimiento. Resulta sin embargo que está exención de responsabilidad fue declarada válida por la sentencia de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009) del Tribunal Supremo en la misma redacción que ahora se contiene* (la referencia a "incidencias entre el Titular y Beneficiarios y entre estos y los Comercios, otros Bancos y Cajas, se corresponde con el contrato de tarjeta del BBVA y no del BANCO POPULAR). *Finalmente y en cuanto a la distribución de responsabilidad por usos fraudulento de tarjeta la condición 5ª se muestra respetuosa con la LSP y el criterio establecido por el Tribunal Supremo, con sólo un particular la referencia al deber de comunicación sin dilación alguna debe entender en los términos del art. 27 de la LSP si dilación injustificada alguna, como en términos similares ya se pronuncia la Sala I en la sentencia antes dicha.*

CUADRAGÉSIMO OCTAVO.- *CONDICIÓN GENERAL DECIMOTERCERA*

230 El tenor de la cláusula es el que sigue

""El uso de las Tarjetas se ajustará a las siguientes reglas y a las que en lo sucesivo pudieran establecerse:

A)...

B) Ingresos en efectivo.

Habrán de hacerse obligatoriamente en sobre cerrado que será depositado en el Cajero Automático y en el que se habrá marcado en el transcurso de la operación la cuenta vinculada receptora del ingreso. El Cajero Automático expedirá por cada una de estas operaciones una nota informativa sin validez alguna para justificar la cantidad que figure como ingresada y ni siquiera de haber realizado una operación de ingreso de efectivo. La cantidad válida a todos los efectos será la que realmente contenga el sobre depositado con el efectivo. A este fin, el Cajero Automático y los sobres depositados se abrirán por dos empleados del Banco en que esté instalado dicho Cajero Automático, levantando acta de su contenido, en presencia del cliente, si éste se presenta, a la hora habitual del cierre de Caja (normalmente entre las 14 y las 14,15 horas) de la misma jornada de trabajo en que se efectúe el ingreso en el Cajero, o sin su presencia, transcurrido dicho plazo. Si el ingreso se realiza en festivo o después de las 14 horas, se considerará operación propia de la primera jornada de trabajo inmediatamente posterior. Por ello, el importe anotado en el acta será el único válido a todos los efectos. Una vez depositado el sobre conteniendo el efectivo a ingresar, el usuario de la Tarjeta no podrá pedir la anulación de la operación mediante la devolución del referido sobre ni del efectivo".

C) Ingreso de cheques.

Esta clase de operaciones también habrán de hacerse obligatoriamente en sobre cerrado, que se depositará en el Cajero Automático y en el que se consignará, en el sobre, la cuenta vinculada receptora del ingreso. Caso de no figurar dicha indicación, se aplicará el ingreso en la cuenta marcada en el curso de la operación. Los cheques han de ser sobre la misma plaza, de fecha igual o anterior a la del ingreso, cruzados y sin orden de protesto. No obstante ello, si se ingresasen los documentos citados sobre plaza diferente, se entenderán depositados en gestión de cobro y no se harán efectivos hasta la recepción de su importe pro el Banco tenedor de la cuenta vinculada. El Cajero Automático expedirá por cada una de estas operaciones una nota informativa, sin validez alguna como justificante de la cantidad que figure como ingresada y ni siquiera como de realización de la operación. A efectos de acuse de recibo del sobre depositado, el Cajero Automático se abrirá por dos empleados del Banco en que esté instalado dicho Cajero Automático, levantando acta de recepción en presencia del cliente, si éste se presenta, a la hora habitual del cierre de Caja (normalmente entre las 14 y las 14,15 horas) de la misma jornada de trabajo en que se efectúe el depósito del sobre en el Cajero o, sin su presencia, transcurrido dicho plazo. Si el sobre se

depositase en festivo o después de las 14 horas, se considerará operación propia de la primera jornada de trabajo inmediatamente posterior. Esta clase de ingresos no tendrá efectividad hasta tanto el Banco tenedor de la cuenta vinculada los reciba de conformidad y tramite los cheques en la forma habitual para estos documentos.

D) Traspaso entre cuentas.

Únicamente podrán realizarse a través de los Cajeros Automáticos operaciones de traspaso entre cuentas vinculadas a una misma tarjeta. Aun cuando el Cajero Automático expedirá nota informativa de esta clase de operaciones, su efectividad queda siempre supeditada a la cumplimentación por el Banco tenedor de las cuentas.

E) Depósito de documentos.

Se depositarán en el Cajero Automático dentro de un sobre cerrado, indicando el Banco y Oficina emisora de la Tarjeta. La nota informativa expedida por el Cajero Automático receptor no servirá de justificante de la operación, si bien el Banco al que pertenezca dicho Cajero Automático cuidará de hacer seguir el sobre depositado a la Oficina destinataria, sin asumir por ello responsabilidad derivada de las incidencias que pudieran surgir en la ejecución de los trámites e instrucciones de acuerdo con el carácter de los documentos depositados.

(...)

El Banco no asume responsabilidad alguna en caso de que el Titular no pueda hacer uso de los servicios de Banca Multicanal por anomalías técnicas o fallos mecánicos que dificulten o impidan el funcionamiento de los sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos.

(...)

Los bancos no asumen obligación alguna de custodia de los ingresos y actos a que se refieren las letras B), C), D) y E) de esta condición, hasta que no se levante el acta de recepción correspondiente, de modo que, hasta ese momento, los Bancos quedan exentos de toda responsabilidad que pueda derivarse por robo, incendio, como por cualquier otro siniestro que afecte a lo ingresado o depositado con anterioridad al momento de levantar la correspondiente acta de recepción."

231.- *A juicio de la actora la cláusula es abusiva por dos motivos: (a) la exoneración de responsabilidad del Banco porque el cliente no pueda hacer uso de los servicios de Banca*

Multicanal por razón de anomalías técnica o fallos mecánicos que dificulten o impidan el funcionamiento de los sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos, y (b) la exoneración de responsabilidad del Banco por la custodia de los ingresos y actos a que refiere la cláusula.

232.- la demandada por su parte se opone argumentando en síntesis que respecto de la primera causa de impugnación la exención de responsabilidad viene referida a los fallos en los sistema informáticos o técnicos ajenos al banco. Respecto de la segunda de las causas vendría sustentadas en la racionalidad económica de la operación, existiendo en todo punto otros medios para verificar el ingreso.

233.- *Comenzando por el primer de los apartados impugnados*, hemos de reproducir en este punto lo razonado en el apartado 33, que decía literalmente "En relación a la interpretación de la condiciones generales dispone el art. 6.2 a cuyo tenor "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales". Como señala la sentencia de 9 de septiembre de 2004 el Tribunal de Justicia, «la distinción que establece el artículo 5 de la directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación "in concreto" del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación "in abstracto" del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores». ". Estas consideraciones se hacen necesarias en este punto por las afirmaciones de la parte en torno al contenido de *la cláusula* cuando sin embargo lo misma *no distingue en el origen de los dispositivos técnicos o informáticos que impidan el acceso a la Banca Multicanal. En cuanto no distingue, habríamos de entender que incluye los*

perteneciente u operados por la propia entidad financiera, lo que como bien razona la actora, resulta abusivo pues no se puede exonerar de responsabilidad la entidad financiera por los fallos o averías en su propia red informática, al romper el equilibrio de las prestaciones, lo que conllevará la integración del contrato, mediante el mantenimiento de la cláusula pero con referencia expresa a los que los sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos sean ajenas a la propia entidad bancaria.

234.- Respecto del segundo punto impugnado si cabe en este caso resulta más evidente la improcedencia de la exoneración de responsabilidad del banco respecto de los depósitos verificados una vez efectuado el ingreso en el caso, pues desde ese momento entra en la órbita de custodia del banco y el debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su conservación y responder de los daños que pudiera sufrir, como señala la actora "La asunción de los riesgos derivados del sistema, según apuntara ya la SAP de Tarragona de 27 de diciembre de 2004, no debe recaer sobre la parte más débil cuando, sin negligencia por su parte, se producen pérdidas. El banco es el que establece el mecanismo de ingreso en efectivo, de cheques o el depósito de documentos. Es la entidad también quien impone los cajeros, quien diseña los sistemas de seguridad asociados a éstos, y los cajeros en suma, no son sino una herramienta del Banco y por tanto prolongación de éste frente al usuario. Además, atendiendo a la especial naturaleza de la actividad bancaria, ponderable conforme al art. 82.3 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007), forma parte del negocio propio de la Banca, bien distinto del que puede tener una mercería o una librería, establecer unos mecanismos de seguridad reforzados por razón del elemento conformador de su actividad (dinero en efectivo, cheques bancarios, valores...). El cajero a través del que se realiza el ingreso es un elemento por tanto diseñado e implantado por la entidad, también para su propio beneficio, pues a través de su difusión por una parte logra la colocación de mayor número de tarjetas por las ventajas que están pueden reportar para el usuario y por otra supone un evidente ahorro de costes de personal para la entidad. Una vez realizado el depósito, sobre el que el propio clausulado advierte que no podrá la anulación de la operación mediante la devolución del referido sobre ni del efectivo, es claro que dicho sobre se halla bajo su absoluto control y por lo tanto su responsabilidad. Pretender exonerarse de responsabilidad hasta que se procede a redactar el acta de recepción, supone una indebida limitación de responsabilidad del Banco, que altera la debida reciprocidad del contrato, por lo que igualmente ha de ser declarada nula.

CUADRAGÉSIMO NOVENO.- FUERO

235.- El tenor es el siguiente

"Para todos los procedimientos en que legalmente esté permitido, las partes contratantes se someten a la competencia de los Juzgados y Tribunales correspondientes al domicilio de la sucursal contratante para la resolución de cuantas cuestiones suscite la interpretación o cumplimiento del presente contrato".

236.- *En cuanto resulta idéntica se da aquí por reproducido lo expuesto en el fundamento Trigésimo* (apartados 190 y siguientes) en cuanto a la imposibilidad de establecer un cláusula de sumisión expresa en el contrato de adhesión que suponga que un obstáculo para el ejercicio de los derechos del consumidor al obligarle a litigar fuera de su domicilio

QUINCUAGÉSIMO.- DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA RESPECTO DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA TARJETA VISA HOP

237.- En este caso y como excepción he de referirme a la acción de cesación contra tres condiciones generales del contrato de tarjeta Visa Hop, por oponerse con carácter previo la excepción de falta de legitimación pasiva, toda vez que dichas condiciones no se utilizan por la demandada sino por otra sociedad del grupo ((Bancopopular-e, S.A.)

238.- La existencia de un grupo, aún cuando se trate de un grupo centralizado, basado en una unidad de dirección, no priva de personalidad jurídica a cada una de las sociedades que lo integran, ni priva de individualidad a los elementos que conforman el activo y pasivo de cada de una de las sociedades, ni permite realizar comunicación entre las distintas sociedad en relación a los clientes de cada una de ellas. Señala en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 1998 que "Mucho menos puede elucubrarse con eficacia jurídica acerca de que en el grupo económico constituido por varias sociedades, los contratos que cualquiera de ellas celebran con terceros legitiman a las demás para ser parte activa o pasiva en litigios que tengan su fuente en los mismos. Carente nuestro Derecho de una regulación específica en materia sustantiva de la figura del grupo de sociedades, no se ve ninguna razón legal para que la sociedad británica haya de soportar como parte demandada pleitos concertados con terceros por la sociedad norteamericana, como es el que nos ocupa. Ambas tienen una coincidencia casi total en sus denominaciones, pero es una débil base para sentar una presunción de identidad jurídica sin cualquier otro dato". Todo ello dejando al margen los mecanismos de exigencia de responsabilidad como es la doctrina del

levantamiento del velo o la figura del administrador de hecho, o la más concreta comunicación de responsabilidad fijada en el art 8 de la LDC, en relación a la sociedad dominante.

239.- Por otra parte no podemos olvidar que tal como resulta del art 12 de la LCGC se debe dirigir contra utilice las condiciones generales que se consideran nulas.

240.- Del examen del documento 10 aportado por Banco Popular se puede concluir con la tarjeta Visa Hop no es comercializada por el banco demandado, sino por otra sociedad del grupo, que es quien estaría legitimada pasivamente soportar el ejercicio de la acción de cesación

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- EFECTOS DE LA NULIDAD

241.- *Conforme resulta del art 10 de la Ley LCGC la declaración de nulidad de una o varias cláusulas no determina la nulidad de todo el contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas,* lo que en definitiva al principio básico de conservación del negocio jurídico, ya declarado en la interpretación del art 10.4 de la LGDCU de 1984 (LA LEY 1734/1984) (SAP Madrid 7/4/1999), de forma tal que *si como ocurre en el presente caso la cláusulas declaradas nulas no afectan al objeto o causa del contrato o vician el consentimiento negocial prestado, habría de mantener la vigencia del contrato integrando la parte del contrato afectada por la declaración de nulidad. Así ocurre en el presente caso en los 8 contratos examinados en que las cláusulas examinadas en los fundamentos precedentes, vienen referidas a elementos no esenciales,* debiendo integrarse el contrato en los términos siguientes: PRÉSTAMO HIPOTECARIO BBVA

a) cláusula de gastos serán de cuenta del cliente aquellos gastos o tributos que por disposición legal o reglamentario no sean del banco b) vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones habrán de ser esenciales, c) Finalidad del préstamo nulidad absoluta d) conservación, se mantiene la facultad de contratación del seguro de daño por el banco pero condicionada a que al momento de otorgamiento del préstamo no se haya verificado por el usuario, se suprime el derecho del banco a percibir la indemnización y en su lugar será de aplicación lo dispuesto en el Art 110 LH e) subrogación se suprime la previsión relativa a la exclusión de la aceptación del banco exteriorizada en que se giren recibos al nuevo deudor o se le reclama la deuda

PRÉSTAMO HIPOTECARIO BANCO POPULAR, a) redondeo al alza y revisión de tipos de interés: se sustituyen las cláusulas litigiosas por las redacción contenida en las cláusulas utilizadas por Popular en los nuevos préstamos hipotecarios b) Conservación: la suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación y se suprime el derecho del banco a percibir la indemnización y en su lugar será

de aplicación lo dispuesto en el Art 110 LH se suprime el derecho a la percepción de justiprecio por parte del banco en el expediente de expropiación. C) Fuero judicial se está al domicilio del consumidor, salvo los fueros imperativos contenidos en la LEC, con referencia a la ejecución de hipoteca

CONTRATO SERVICIOS TELEMÁTICOS BBBVA

Supresión del plazo concedido al Banco de verificación y en su lugar el banco habrá de proceder previa verificación del cumplimiento de las condiciones b) condiciones específicas de contratación telefónica la entidad bancaria facilitará previamente al usuario las condiciones generales y la aceptación de la oferta no supondrá conformidad con que se hayan recibido previamente las Condiciones Generales

BANCA MULTICANAL BANCO POPULAR

Responsabilidad por el uso de claves se declara la nulidad del apartado relativo a la exoneración de responsabilidad por " cualquier otro acto u omisión realizado por el Cliente, por el Usuario o por un tercero que pudiera posibilitar la comisión de fraude, así como de la pérdida, robo o sustracción de las mismas"

CUENTA CORRIENTE BBVA

disponibilidad del saldo en cuenta: se suprime la posibilidad de sustituir el metálico por cheques u otro instrumento de pago y se fija el preaviso en 5 días

Custodia Diligente de tarjetas se suprime la exigencia de denuncia por parte del banco, manteniendo el resto de la cláusula

CUENTA CORRIENTE POPULAR

cancelación se suprime la retención de saldo y en su lugar se establece el derecho del usuario a la retirada del saldo, previa cargo de los gastos y comisiones generados y que habrá de hacerse forma simultánea

b) Fuero judicial se está al domicilio del consumidor, salvo los fueros imperativos contenidos en la LEC, con referencia a la ejecución de hipoteca

CONTRATO TARJETAS BBVA

emisión y formalización: la entidad bancaria facilitará previamente al usuario las condiciones generales y la aceptación de la oferta no supondrá conformidad con que se hayan recibido previamente las Condiciones Generales

emisión y formalización, utilización tarjetas se suprime la exoneración de responsabilidad del banco hasta la realización del acta de recepción y en su lugar se establece su responsabilidad desde el momento en el ingreso se realiza materialmente en el cajero y se emite el justificante

CONTRATO TARJETAS BANCO POPULAR

a) Exoneración de responsabilidad: se sustituye la expresión si dilación alguna por sin dilación injustificada

b) Condición 13ª, el banco sólo queda exonerado cuando los sistemas informáticos, telemáticos o electrónicos afectado sean ajenos al mismo y se suprime la exoneración de responsabilidad en los ingresos referidos en la letras b,c,d y e del condición

c) Fuero judicial se está al domicilio del consumidor, salvo los fueros imperativos contenidos en la LEC, con referencia a la ejecución de hipoteca

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.- En materia de costas y de conformidad con el art 394.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), no cabe hacer especial pronunciamiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Con estimación parcial de la demanda promovida por **ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU)** contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA)**, con la Intervención del **MINISTERIO FISCAL** sobre **ACCIÓN DE CESACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS RELATIVA A CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**, debo declarar como declaro

A) la nulidad de las siguientes cláusulas:

Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A.:

-Revisión del interés pactado (Condición Primera. 3.5.c)).

-Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.1).

-Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera. 5.2.3).

-Fuero judicial (Condición Tercera. 1).

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

-Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A. la condición denominada especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil nº 7.

-Responsabilidad por el uso de claves (Condición especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por Móvil nº 7)]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

-Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A.,

-Condición general Duodécima.

-Condición general Decimotercera.]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

-Del contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español, S.A., las condiciones quinta; decimotercera; y vigésima.

[Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas en el cuerpo de la demanda bajo la siguiente denominación:

-Condición general Quinta. Arts. 80.1.c); Art. 86.1; 86.7 87;TRLGDCU.

-Condición general Decimotercera, Arts. 80.1.c); 87; 88.2. TRLGDCU.

-Condición general Vigésima. Arts. 90.2 y 54.2 TRLGDCU.

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A..
- Gastos (Condición 5ª).
- Vencimiento anticipado del préstamo (Condición 6ª BIS exclusivamente letra e)).
- Finalidad del préstamo (Condición 7ª).
- Conservación de la garantía (Condición 11ª).
- Subrogación de los adquirentes (Condición 12ª).

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

- Del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones
- Verificación (Condición general 4).
- Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1).
- Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. X. Servicio Contratación canal telefónico. (Condición 1).]

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

- Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.:
- Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda) y custodia de tarjetas (cláusula 2.3)

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

- Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,
- Emisión y formalización (Condición general 1.2).
- Emisión y formalización (Condición general 1.6).

-Importe de las operaciones (Condición general 7).

La nulidad ha de entenderse exclusivamente respecto de las partes de las condiciones generales y en los términos expuestos en el QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

La parte del contrato afectada por la declaración de nulidad se integrará conforme a las previsiones contenidas en el fundamento QUINCUAGÉSIMO PRIMERO in fine.

Del mismo modo declare no haber lugar a LA NULIDAD RESTO DE CLAUSULAS IMPUGNADAS

Bº) Orden de cesación en el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas de sus condiciones generales las estipulaciones reputadas nulas u otras análogas con idéntico efecto, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Cº) Publicación, a costa de las demandadas, total o parcial de la sentencia dictada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia -a criterio del juzgador conforme a lo dispuesto en el art. 221.2 LEC (LA LEY 58/2000) y art. 21 LCGC.

Dº) Libramiento de mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, según lo previsto por el artículo 22 LCGC.

En materia de costas no cabe hacer especial pronunciamiento

Notifíquese a las partes indicándoles que esta sentencia no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Iltma. Audiencia Provincial de Madrid, que en su caso, deberá prepararse ante este juzgado en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente, de conformidad con los art. 455 y siguientes de la LEC 1/00 de 7 de Enero.

Conforme a la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre (LA LEY 19390/2009) de 2009, se hace saber a las partes que para la interposición del recurso, deberá consignar la suma de **cincuenta euros** en la Cuenta de Depósitos Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley y Consignaciones del Juzgado cuyo número es 4230 0000 02 **seguido del nº de procedimiento.**

Líbrese testimonio literal de esta sentencia, que quedará en las actuaciones, con inclusión del original en el libro de sentencias de este juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio mando y firmo

El Magistrado Juez

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la autoriza, estando celebrando Audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha.