

Roj: SAP M 12691/2013 - ECLI:ES:APM:2013:12691
Id Cendoj: 28079370282013100196
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Recurso: 161/2012
Nº de Resolución: 242/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 161/2012

Materia: Condiciones generales de la contratación.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Autos de origen: juicio nº 177/2011

SENTENCIA - número 242 /2013.

En Madrid, a 26 de julio de 2013.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 161/2012, los autos del procedimiento nº 177/2011, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA), siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones colectivas relacionadas con condiciones generales de la contratación.

Han actuado en representación y defensa de las partes, la procuradora Dª. Miriam López Ocampos y el letrado D. Eugenio Ribón Seisdedos por la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), la procuradora Dª. Mª José Bueno Ramírez y los letrados D. J. Ignacio Trillo Garrigues y D. Pedro Yanes Yanes por el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, la procuradora Dª. Ana Llorens Pardo y los letrados D. Jesús Remón Peñalver y D. José Massaguer por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) y, por último, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 29 de marzo de 2011 por la representación de la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

" 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.

c) Condición general Vigésima. Arts. 90.2 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 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.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 8 de septiembre de 2008 , en cuyo fallo se disponía lo siguiente:

"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 declaro no haber lugar a LA NULIDAD (DEL) RESTO DE CLÁUSULAS IMPUGNADAS.

B) 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.

C) 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 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".

TERCERO.- - Asimismo, por posterior auto, dictado con fecha 22 de septiembre de 2011, por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, se decretó lo siguiente:

*"Se rectifica la Sentencia de 08/09/2011, en el sentido de que **donde se dice** :*

"En el Fallo de la Sentencia

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

+ "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).

+ Se obvia la abusividad de la cláusula 3.4 del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español.

**En el FUNDAMENTO DE DERECHO quincuagésimo primero-Contrato de tarjetas BBVA:*

*- "b) 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, **debe corregirse en los siguientes términos:***

** En el Fallo de la Sentencia*

+ Se debe eliminar " Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil. (Condición 1)."

**En el Fallo de la Sentencia*

+ debe decir "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, exclusivamente párrafo segundo).

+ Se declara la nulidad de la cláusula 3.4 del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español.

**En el FUNDAMENTO DE DERECHO quincuagésimo primero Contrato de tarjetas BBVA:*

-Debe eliminarse "b) 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." Y en su lugar deberá entenderse sustituido por la nulidad de la exclusión del derecho de desistimiento por utilización de la tarjeta en el periodo contemplado."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de las cuatro partes intervinientes en el proceso, ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU), BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) y Ministerio Fiscal, se interpusieron respectivos recursos de apelación que, admitidos por el mencionado juzgado y tramitados en legal forma, con oposición a los mismo por las contrapartes, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 27 de junio de 2013.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del debate en esta segunda instancia.

La Organización de Consumidores y Usuarios, que es una asociación de ámbito nacional que tiene como fines la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, inició el presente litigio ejercitando una acción colectiva de cesación, al considerar que en determinados contratos de dos entidades bancarias (las demandadas, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA - BBVA- y Banco Popular Español SA) se estaban empleando cláusulas abusivas.

La demanda alcanzaba a una pluralidad de cláusulas, perfectamente identificadas, que estaban incluidas en los siguientes contratos: 1º) el contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español SA; 2º) el contrato de banca multicanal del Banco Popular Español SA; 3º) el contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español SA; 4º) el contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español SA; 5º) el contrato de tarjeta VISA HOP del Banco Popular Español SA; 6º) el contrato de préstamo hipotecario del BBVA; 7º) el contrato de servicios telemáticos y banca por internet del BBVA; 8º) el contrato de cuenta corriente del BBVA; y 9º) el contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó en parte la demanda, de modo que la acción cesatoria prosperó frente a una diversidad de cláusulas, según hemos reseñado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, pero hubo también una pluralidad de ellas que

resistieron a la misma. Frente a tal resolución judicial las cuatro partes intervinientes, que lo son la demandante OCU, el Ministerio Fiscal que intervino adhiriéndose a ella, y los dos bancos demandados, han planteado recurso de apelación.

Aunque tal reacción de los litigantes demuestra que, por unas u otras razones, la sentencia no ha acabado de satisfacer a ninguna de las partes, hemos de reseñar que la misma ha sido fruto de un encomiable y muy esforzado trabajo jurídico por parte del juzgador que este tribunal se siente en la obligación de reconocer y ensalzar. Lo cual no obsta para que, como es nuestra obligación, tengamos que analizar las críticas que hacia la misma vierten las partes y debamos, allí donde proceda, efectuar las correcciones correspondientes, pues resulta ciertamente difícil que en una contienda de estas dimensiones no puedan encontrarse motivos para el debate jurídico.

1.1.- El recurso de la OCU.

La organización de consumidores demandante ha extendido su recurso a buen número de las cláusulas que el juzgador consideró no objetables de abusividad.

En cuanto al préstamo hipotecario del Banco Popular el recurso afecta a la cláusula suelo y a la de apoderamiento a favor del banco.

En lo atinente al préstamo hipotecario del BBVA la demandante insiste en la procedencia de que sea decretada la nulidad de la cláusula suelo-techo, de la de intereses de demora (de la que se denuncia su desproporción) , de la de vencimiento anticipado por falta de pago (al bastar para hacerla efectiva el impago de una parte cualquiera del capital o

de sus intereses), de la cláusula de apoderamiento a favor del banco y de la de tratamiento de datos personales.

Con respecto al contrato de servicios telemáticos y banca por Internet la pretensión anulatoria alcanza a la cláusula de tratamiento de datos personales, a la de modificación de las condiciones generales (por razón del plazo y de la exención de responsabilidad que incluye), a la denominada cláusula de políticas del BBVA y a la de contratación por SMS.

En relación a la cuenta corriente BBVA son impugnadas las cláusulas de repercusión de gastos y tributos y la de tratamiento de datos personales.

Por lo que se refiere al contrato de tarjetas del Banco Popular Español la cláusula de exoneración de responsabilidad.

Por último, en lo tocante a las tarjetas del BBVA el recurso alcanza a los pronunciamientos relativos a la cláusula de exoneración de responsabilidad, a la de liquidación (repercusión de gastos, tributos y costas), a la de cancelación, a la de modificación (que se alega que no estaba eliminada al tiempo de la demanda), a la de adhesión a los programas de fidelidad del banco y finalmente a la de tratamiento de datos.

1.2.- El recurso del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Público ha centrado su recurso en sostener la procedencia de que sea decretada la nulidad de las cláusulas de limitación al interés variable que ambas entidades bancarias demandadas incluyen en sus préstamos hipotecarios (cláusula suelo-techo en el caso del BBVA y

cláusula suelo en el del Banco Popular Español). Por parte de aquél se sostiene que no cree que el consumidor esté perfectamente informado de las implicaciones financieras de dichas cláusulas y pone en duda que gocen de garantías de transparencia. Alega, además, que considera que sería procedente el control judicial de los elementos esenciales del contrato, que, en cualquier caso, no considera que las cláusulas suelo sean pactos esenciales, sino accesorios, y que no respetarían el principio de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

1.3.- El recurso del BBVA.

Esta entidad bancaria ha presentado un recurso bastante bien estructurado en el que ya no discute la procedencia de la declaración de nulidad decidida por el juzgador sobre determinadas condiciones generales y centra su impugnación en su disconformidad con que el pronunciamiento anulatorio haya alcanzado a unas cláusulas muy concretas.

En el recurso se sostiene que: 1º) de su contrato de préstamo hipotecario, deberían ser respetadas las cláusulas 5ª (relativa a los tributos, comisiones y gastos), por considerarla clara y no abusiva, o en su defecto porque debería ser integrada con un contenido sugerido por la apelante, y 7ª (referente a la finalidad del préstamo y al control del destino del inmueble), al considerar que la sentencia incurre en incongruencia por exceso y que además se trataría de una previsión justificada y no abusiva; 2º) del servicio de contratación de canal telefónico del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet, defiende la cláusula 1ª (sobre formalización del contrato y aceptación de la oferta), que se sostiene que debe ser correctamente interpretada; y 3º) del contrato de tarjetas, aboga por la validez de las cláusulas 1.2 (emisión y formalización: recepción de

las condiciones generales) y 7ª (importe de las operaciones: justificantes de las operaciones).

1.4.- El recurso del Banco Popular.

El recurso de esta entidad se inicia con unas alegaciones previas en las que se polemiza sobre lo adecuado de la consideración como condiciones generales de la contratación de algunas de las impugnadas y sobre la distribución de la carga de la prueba en esta materia. Asimismo se efectúan críticas sobre la labor de integración de las condiciones anuladas que realizó el juez de lo mercantil en su sentencia.

En lo que respecta al contrato de préstamo hipotecario de esta entidad, en el recurso se impugna la nulidad de la cláusula de redondeo del interés aplicable (alegando que esta fórmula dejó de aplicarse antes de la demanda), de la cláusula de revisión del interés pactado (se afirma que no forma parte de la práctica contractual del banco) y de las dos cláusulas sobre la obligación de asegurar la conservación y eficacia de la garantía (la del seguro y la de la aplicación de la indemnización).

En cuanto a los contratos de banca por Internet, banca telefónica y banca por móvil, la entidad apelante defiende la validez de la cláusula de responsabilidad por el uso de claves.

En relación con los contratos de cuenta corriente bancaria el banco sostiene la validez de la cláusula de cancelación.

Y, por último, en lo atinente al contrato de tarjeta 4B Mastercard, el banco recurrente pretende que se revoquen los pronunciamientos del juez

adversos a la cláusula de responsabilidad derivada del uso de la tarjeta y a las condiciones de uso de la misma, la responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios de banca multicanal y la responsabilidad por los depósitos en los cajeros automáticos en sobre cerrado y fuera del horario de oficina.

1.5 La sistemática de la presente resolución.

Aunque la mayor parte de esta resolución se ceñirá al examen de cada cláusula a la luz de los motivos concretos invocados en los recursos bien para defenderla o bien para revelar que está incurso en causa de nulidad, hay determinados alegatos que nos fuerzan a efectuar algunas consideraciones previas. Nos referimos, en primer lugar, a los que esgrimen críticas de índole procesal, lo que analizaremos desde un principio, con independencia de quien proceda la alegación correspondiente. Por otro lado, también abordaremos seguidamente determinadas consideraciones generales que afectan a aspectos conceptuales en materia de condiciones generales de la contratación que resulta imprescindible comprender para discernir adecuadamente el criterio con el que deben ser analizadas las problemáticas propias de este tipo de litigios; eso es lo que permitirá poder entrar luego en particularizaciones.

Asimismo, en relación con la problemática de las denominadas cláusula suelo y suelo-techo, al ser un debate que ha consumido buena parte del esfuerzo de los litigantes, pero sobre el que ha surgido reciente posicionamiento jurisprudencial, efectuaremos su análisis siguiendo la sistemática que consideramos más adecuada para el correcto enfoque del debate, a fin de no perdernos en polémicas que ya deben considerarse superadas merced al posicionamiento del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal

Supremo, que según doctrina de este mismo órgano, por ser una decisión plenaria, supone la existencia de jurisprudencia, la cual complementa el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del C. Civil) y vincula, por lo tanto, a los demás tribunales.

SEGUNDO.- De la admisibilidad del recurso de apelación del BBVA.

La OCU realizó en su escrito de oposición unas consideraciones con respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto de contrario por el BBVA que este tribunal no puede compartir, pues apreciamos que el escrito de preparación cumplía las exigencias del artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En el escrito de preparación de recurso (requisito éste, por cierto, que ya no es exigible desde la reforma de la LEC por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aunque aquí apliquemos la versión anterior por ser la actuación que enjuiciamos todavía anterior a su vigencia) la defensa del BBVA expresó que su voluntad de recurrir se hacía extensiva a la declaración de nulidad de ciertas condiciones de sus contratos (referida, como se expresaba en el propio escrito, a los pronunciamientos estimatorios de la demanda, es decir, como puede entenderse sin especial esfuerzo, a aquellas cláusulas afectadas por la declaración de nulidad decretada por el juez, que no alcanzó a todas las impugnadas), a la orden de cesación y eliminación de las mismas, al mandato de publicación de la sentencia y de inscripción de la misma. En consecuencia, se dio con ello un razonable cumplimiento a la exigencia, entonces en vigor, del artículo 457.2 de la LEC (cita de la resolución

apelada, manifestación de la voluntad de recurrir y expresión de los pronunciamientos impugnados). No permite arrojar duda que la voluntad del banco era apelar todos los pronunciamientos de la sentencia que le habían resultado adversos, empleando para ello una fórmula simplificada, pero comprensible, dada la peculiar extensión del fallo judicial.

El hecho de que al interponer el recurso la defensa del referido banco acotara la apelación a sólo algunas de las cláusulas anuladas y no la hiciera ya extensiva a todas las afectadas por la estimación de la demanda en modo alguno perjudicaría la viabilidad de su pretensión impugnatoria. Lo que estaría vedado es que hubiese intentado ampliar su recurso a lo que no abarcaba la voluntad de impugnación explicitada en el escrito de preparación, pues como señaló el Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de diciembre de 2003 " *la preparación determina o fija el marco en el que ha de situarse el objeto de recurso en la fase ulterior de interposición, que consiste en la exposición de las alegaciones en las que se fundamenta (art. 458.1)*" . Pero no vemos reparo procesal alguno a que ocurra precisamente lo contrario, es decir, que a la hora de la interposición el planteamiento del recurrente sea menos ambicioso y restrinja, dentro del marco de lo inicialmente anunciado, el alcance de su apelación, lo que siempre quedaría cubierto por el derecho de disposición que al litigante confiere el artículo 19 de la LEC .

La parte apelada, al pretender oponer en estas circunstancias una causa de inadmisibilidad, está realizando una interpretación de las normas que regulan las exigencias formales del recurso desviándose del sentido propio de tales requisitos, interpretados a la luz del artículo 24.1 de la Constitución , puesto que ninguna duda existe en el caso de autos de lo que la parte demandada pretendía recurrir, estando comprendido en ello lo

finalmente recurrido. El Tribunal Constitucional (en resoluciones como la ya citada), al interpretar y aplicar este precepto constitucional, ha sido claro, tajante y reiterado al afirmar el sentido finalista de los

requisitos procesales, la inaceptabilidad de formalismos o rigorismos excesivos y la observancia de un criterio de proporcionalidad entre el defecto procesal y la sanción aplicada.

TERCERO.- Del alegato de incongruencia de la sentencia.

El Banco Popular reprocha a la resolución apelada, en su primer motivo de recurso contra ella, el defecto de incongruencia extrapetita, al entender que el juez habría obrado incorrectamente porque, tras anular determinadas cláusulas, habría realizado, extralimitándose sobre lo pedido por la parte actora, pronunciamientos para suplir parte de lo anulado, lo que además no sería el fruto de lo pactado por los contratantes. Señala el banco recurrente en su escrito varios pasajes de la sentencia a modo de ejemplo.

A este respecto hemos de decir que el defecto procesal de incongruencia (artículo 218.1 de la LEC) que se denuncia en el recurso es inexistente en la medida en que lo que el juez trató de realizar fue la fijación de los efectos concretos de la nulidad que estaba declarando, integrando los vacíos que resultaban de su decisión con previsiones supletorias extraídas de normas en vigor, por lo que podría ser criticado si lo hizo o no con acierto, pero no cabe reprocharle que el haber actuado así necesariamente supusiera un exceso en el ejercicio de sus facultades procesales. En realidad lo que el juez vino a hacer, a efectos prácticos, fue ofrecer una alternativa a la eliminación incondicional de determinadas cláusulas, concretando el modo adecuado de sustituir las redacciones

conflictivas por otras que salvaran el defecto de abusividad, atendiendo a previsiones legales que permitirían suplir lo anulado.

Somos conscientes de que el Tribunal de Justicia (UE), en su sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto Banco Español de Crédito), ha advertido que no resulta procedente que, pese a la previsión existente en el Derecho español (artículo 10.2 de la Ley 7/1998, del 13 de abril , sobre condiciones generales de la contratación -LCGC- y artículo 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-TRLGDCU), el juez proceda a integrar los contratos con consumidores en caso de nulidad de una cláusula abusiva con previsiones alternativas a las anuladas. Pero ello no responde a ningún óbice de índole procesal, sino a la confesada finalidad de desincentivar la utilización en la contratación de cláusulas abusivas, de manera que no compensase al predisponente el empleo de las mismas por el riesgo de quedarse sin previsión alguna al respecto si el juez las anulase (efecto disuasorio que se vuelve a tratar en la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 30 de mayo de 2013).

Es cierto, por otro lado, y en ello tiene razón la recurrente, que la labor de integración contractual donde podría tener su verdadero sentido sería en sede de un procedimiento de control concreto y no tanto en una acción colectiva de cesación, donde se trata de efectuar un control de carácter abstracto de los clausulados de condiciones generales (pese a que la redacción legal del artículo 12.2 de la LCGC no parece, sin embargo, entenderlo así, al prever tal facultad). No obstante, ni la organización de consumidores demandante (OCU) ni el Ministerio Fiscal han recurrido con respecto a esa labor integradora que realizó el juez, por lo que parece que respondería a su voluntad el que se mantuviesen tales pronunciamientos

judiciales. A este respecto debemos remarcar que la jurisprudencia comunitaria (sentencias del Tribunal de Justicia- UE- de 4 de junio de 2009, asunto Pannon GSM, C-243/08 - y de 21 de febrero de 2013 - asunto Banif Plus Bank Zrt, C-472/11) ha señalado la importancia de respetar la voluntad no impugnatoria que ante una cláusula pudiera mostrar el consumidor que hubiese estado adecuadamente informado con respecto a la trascendencia de aquélla en el seno de un proceso judicial.

Además, aunque reconocemos al banco recurrente su derecho a apelar para rebatir todas aquellas declaraciones de nulidad respecto de cláusulas que considere que merecerían ser mantenidas en su vigencia, consideramos, en cambio, que entrañaría una paradoja que pretendiese colocar al tribunal ante el riesgo de incurrir en una "reformatio in peius" (empeoramiento del resultado del proceso para el apelante como consecuencia exclusiva de su propio recurso, lo que está tajantemente prohibido por el artículo 465.5 de la LEC) como ocurriría si nos planteáramos, sin la existencia de recurso a ese respecto de la parte contraria, la posibilidad de revocar el pronunciamiento judicial integrador para convertirlo (a falta de alternativa, ante la existencia de condiciones no ajustadas a Derecho) en una declaración de nulidad total e incondicional del clausulado en cuestión lo que resultaría, sin duda, una decisión más gravosa para la propia entidad recurrente que atenerse a la solución que fue acordada en la primera instancia.

CUARTO.- De la excepción a la regla de la prohibición de introducir cuestiones nuevas en apelación cuando se trata del control de cláusulas abusivas .

La regla general en nuestro sistema procesal civil es que no cabe suscitar en fase de apelación cuestiones nuevas, ya que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 456.1) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie". Aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur". La jurisprudencia ha señalado (entre las más recientes, las sentencias del TS 95/2007, de 30 de enero y 1010/2008, de 30 de octubre) que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas ante el tribunal " a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o de complemento de las mismas.

Esta regla presenta, sin embargo, una importante matización, cuando no una excepción, en el ámbito del control de las cláusulas abusivas, por exigencias del Derecho europeo. Así debe entenderse porque el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , según el cual las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, constituye una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias del Tribunal de Justicia -UE- de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, y de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11) por lo que el Tribunal de Justicia (UE) viene remarcando (entre otras, en las sentencias de 26 de octubre de 2006- asunto Mostaza Claro, C - 168/05-, de 4 de junio de 2009 - asunto Pannon GSM, C - 243/08 -, 6 de

octubre de 2009 -asunto Asturcom Telecomunicaciones, C40/08- y 14 de junio de 2012 -asunto Banco Español de Crédito, C- 618/10) que el juez nacional está facultado para apreciar de oficio la abusividad de una cláusula. Pero es más, la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal de Justicia-UE- de 30 de mayo de 2013, asunto C-397/11) también ha señalado que esa facultad de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, incluso recalificando el fundamento jurídico de la demanda, debe asimismo ejercitarse en apelación, aunque el problema no se hubiera suscitado en la primera instancia. Obviamente, ello deberá hacerse con pleno respeto del principio de contradicción.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha llegado incluso a señalar, en sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , que ni tan siquiera sería preciso, al realizar el análisis de abusividad de las condiciones generales de la contratación, ajustarse formalmente a la estructura de los recursos ni ceñir el fallo al suplico de la demanda, siempre que las partes hubiesen tenido la posibilidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas.

Si hacemos estas precisiones es para justificar el que no podamos eludir el debate que de modo directo suscita en apelación el Ministerio Fiscal sobre el problema de la falta de transparencia de las cláusulas suelo, al que por cierto también se alude, aunque no de modo tan frontal, en el escrito de apelación de la OCU. En la medida en que en esta segunda instancia ha habido oportunidad de contradicción al respecto, pues los bancos demandados han podido controvertir en sus escritos de oposición sobre los alegatos de la parte apelante, este tribunal no puede limitarse a entender que habría una traba procesal ante el nuevo enfoque jurídico alegado para interesar la nulidad de las cláusulas, sino que está obligado a

abordarlo, porque incluso debería haberlo de oficio si no lo hubieran suscitado las partes.

QUINTO.- Del objeto de la acción colectiva de cesación.

El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales ilícitas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad de las mismas), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.

Además, en este ámbito de las acciones colectivas la regla "contra proferentem" cobra un significado distinto, pues ya no se trata de interpretar un condicionado en el sentido más perjudicial para el predisponente y favorable al consumidor (como podría resultar lo procedente en un litigio individual), sino que si la condición general, por su redacción ambigua o dudosa, admitiese significados que darían lugar a abusividad, lo procedente es expulsarla del tráfico mercantil para que no pueda producir tal efecto. Los artículos 5 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , persiguen impedir la circulación de cláusulas dudosas que en alguno de sus significados pueda dar lugar a abusividad, por lo que en sede de un control abstracto de las mismas debe inclinarse el juez por apreciar su nulidad (de ahí la previsión del artículo

6.2 de la LCGC). Así lo ha apuntado también el Tribunal de Justicia (UE) en su sentencia de 9 de septiembre de 2004 .

SEXTO.- De la continuación en el empleo de las condiciones generales objeto de la acción de cesación.

No debe perderse de vista, sin embargo, que la acción colectiva de cesación no sólo aspira a proyectar efectos para evitar una futura contratación con cláusulas ilícitas (efecto de prohibición) sino que también persigue impedir que se persista en la utilización de las mismas en contratos de pretérita suscripción que todavía tengan vigencia al tiempo de la demanda (efecto de abstención).

La estimación de la acción de cesación no sólo entrañaría que el predisponente no pudiera incluir esa condición general en futuros contratos (eliminación de la cláusula) sino que tampoco podrá invocarla para fundar ninguna pretensión jurídica en la fase de ejecución de los contratos anteriores que la incluyeran, pues no podrá seguir utilizándola (abstención de emplearla en lo sucesivo).

Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la

aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos.

Por otro lado, cuando se aportan pruebas, como es el caso, de que los clausulados todavía circulan en el tráfico mercantil (como, por ejemplo, ha demostrado la OCU mediante el levantamiento de actas notariales que revelan la publicitación de los mismos a través de páginas web o medios similares), no cabrá ampararse, como se ha intentado (más adelante citaremos ejemplos concretos), en excusas alusivas a meros descuidos o errores materiales de la entidad financiera, sino que el órgano judicial deberá efectuar el correspondiente enjuiciamiento sobre las mismas para así asegurarse de, si fuera el caso, su definitiva desaparición del tráfico mercantil y la definitiva exclusión de cualquier riesgo de utilización de las mismas.

Además, si se aduce que la cláusula señalada en la demanda había sido ya sustituida, pero la pretendida modificación no hubiese servido para salvar la contrariedad a Derecho de la estipulación, habrá de entenderse que, por encima de la aparente modificación formal, subsiste la abusividad en sentido material. Por lo tanto no habrá impedimento para que el juez se pronuncie no sólo sobre la redacción inicial sino también extienda su análisis para comprender si la versión revisada verdaderamente habría servido para eliminar el carácter abusivo del clausulado empleado o si, por contra, éste subsistía.

SÉPTIMO.- De la consideración como condición general de la contratación de las cláusulas insertas en los contratos de préstamo hipotecario aportados a los autos y en concreto de las denominadas cláusulas suelo (de límites a la variación del tipo de interés variable).

Se ha planteado por las apelantes que no se habría dedicado suficiente atención al alegato de que las cláusulas insertas en el contrato de préstamo hipotecario que se aportó por la OCU no constituían condiciones generales de la contratación. Es más, el Banco Popular ha hecho hincapié en que la parte actora sólo ha incorporado a los autos, en lo que a él respecta, un único ejemplar de contrato otorgado el 25 de febrero de 1999, cuando dicha parte habría presentado, a su vez, otros contratos con clausulados heterogéneos. También, por su parte, el BBVA ha exhibido diversos contratos con otras previsiones.

La consideración como condición general de la contratación entraña, a tenor del artículo 1 de la LCGC, que se trate de cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa).

Es cierto que no existe una regla legal específica, a modo de patrón general, sobre la atribución de la carga de la prueba respecto del carácter de condición general de una determinada cláusula contractual, por lo que, en principio, regiría la regla general de la LEC (artículo 217 nº 1), es decir, debería ser el adherente, que pretende la aplicación de la ley especial que le tutela, el que probase la condición de tal de aquélla. La aportación de varios contratos con idénticas cláusulas suele ser una forma sencilla de demostrar que se está ante condiciones generales de la contratación (pues el uso de formularios impresos, dado el avance producido en el tratamiento informático de los textos, es ya menos frecuente). Ahora bien, no es ese el único y exclusivo modo de acreditarlo, también pueden imaginarse otros; además, tal esfuerzo puede resultar ocioso cuando, como ocurre en el caso del contrato de préstamo hipotecario suscrito con el Banco Popular, ya figuraba en la propia escritura notarial que la misma había sido redactada según minuta presentada por la entidad concedente de préstamo garantizado con hipoteca (o sea, el Banco Popular) y que ésta obedecía precisamente, y así se reseña literalmente, a sus condiciones generales de contratación (folio 214 de autos).

En cualquier caso, sí existe, sin embargo, una regla específica sobre la carga de la prueba (artículo 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU) en el ámbito de la contratación con consumidores, pues cuando se pretenda sostener entonces que determinada cláusula inserta entre el condicionado general habría sido objeto de negociación individual sería el predisponente el que debería demostrarlo. Aunque la Sala 1ª del TS, en sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, precisa que el artículo 82.2 del TRLGDCU no es de directa aplicación en acciones colectivas (al no estar litigando un consumidor concreto), señala, sin embargo, que la demostración de que se

trata de cláusulas prerredactadas por el empresario para ser incluidas en contratos con consumidores ha de bastar para asignarles la consideración de destinadas a ser impuestas, debiendo el empresario demostrar lo contrario (con lo que viene a extender la aplicación de la regla legal).

Pues bien, mal que le pese a los bancos apelantes, el simple hecho de que hayan justificado, tanto el BBVA como el Banco Popular, la suscripción de otros contratos donde no figure la condición debatida o se prevean alternativas con otra redacción, no resulta suficiente para que podamos considerar que las condiciones generales del préstamo hipotecario que nos sirven de referencia en este proceso hubiesen sido objeto de negociación individual, aparte de que resulta remota la posibilidad de que una cláusula que no hay duda que estaba prerredactada hubiese podido ser objeto de aquélla. Como señala la sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013 de 2013, no puede equiparse a negociación el simple hecho de que se tenga la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; como tampoco la posibilidad, siquiera teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

Además, es notorio que en determinados ramos de productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados, lo que resulta predicable, precisamente, como ejemplo paradigmático, de los servicios bancarios y financieros. Quien pretende obtenerlos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. De hecho, la OM de 1994, a la que luego aludiremos, parte de que en el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma se integran condiciones generales

predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Es más, a propósito de la denominada cláusula suelo (de limitación del tipo de interés variable), que no sería sino una de esas condiciones generales insertas en el contrato de préstamo hipotecario, la jurisprudencia (sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013) ha señalado que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar o debe renunciar a hacerlo.

OCTAVO.- De la consideración de la cláusula suelo como condición esencial del contrato.

La sentencia de Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 ha zanjado una importante controversia que en este litigio también había venido siendo sostenida por las partes, al señalar nuestro alto tribunal que las cláusulas suelo, en la medida en que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, deben entenderse referidas al objeto principal del contrato, ya que cumplen una función definitoria esencial.

Ahora bien, también señala dicha resolución jurisprudencial que ello no obsta a su consideración como condición general de contratación, pues ésta puede referirse al objeto principal del contrato. El problema estribará, entonces, en el grado de control que la ley articula en tal caso, donde están

en juego, por un lado, los intereses del empresario, al amparo del principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 51 de la CE).

Tampoco excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes exigidos por la legislación sectorial. En concreto, en el caso de las cláusulas suelo, la normativa sectorial (la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito; la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares) se limita a imponer determinados deberes de información, pero no exige la existencia de tal estipulación ni indica los términos que debe tener la misma, por lo que la existencia de una regulación bancaria al respecto no es óbice para que sea aplicable la LCGC (en este sentido, ya se pronunciaba también la sentencia de la Sala 1ª del TS de 2 de marzo de 2011).

NOVENO.- Del ámbito del control sobre las condiciones esenciales de los contratos.

La sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013, inspirada en la Directiva 93/13 (en su considerando decimonoveno y en su artículo 4.2) y en lo que exponía en su precedente sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (donde señalaba que el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, por lo que no cabría un control sobre el precio), sienta que, como regla general, no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece, asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia.

Ese doble control consiste en: 1º) superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º) superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; éste debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su

decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

DÉCIMO.- Del control de transparencia en las cláusulas objeto de litigio.

El TS señala en su sentencia de Pleno de 13 de mayo de 2013 que las cláusulas suelo son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Porque corresponde a la libre iniciativa empresarial el fijar el interés al que presta el dinero y el diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. De manera que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Las premisas del primer control de transparencia se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, en el caso de las cláusulas suelo, siempre que se dé cumplimiento en los procesos

de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores las previsiones de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Es importante no perder de vista esta matización, pues los bancos

demandados, significadamente el BBVA, han hecho hincapié en el escrupuloso cumplimiento de dicha normativa. Pero ello no es suficiente, dado lo que nos señala la jurisprudencia, como ya hemos explicado.

Para efectuar el segundo control, el Tribunal Supremo nos señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas suelo/techo. En concreto:

a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia (el tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza);

b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropio secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia;

c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato;

d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;

e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y

f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como precisó el Tribunal Supremo en su auto de fecha 3 de Junio de 2013 , aclaratorio de la precedente sentencia de 9 de mayo de 2013 . Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.

El Ministerio Fiscal, entre otros alegatos que pueden considerarse contestados con nuestros precedentes razonamientos, alegó que tal como estaban diseñadas las cláusulas debía ponerse en duda que se pudiera considerar que un consumidor estaría perfectamente informado de las implicaciones financieras futuras de las mismas, aduciendo que le parecía muy cuestionable que se cumpliera la premisa de la transparencia. También alude a ello la OCU, aunque en su escrito se entretiene en otras alegaciones, que también podemos considerar resueltas tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo al que nos hemos referido, al aducir que con la mecánica de esas cláusulas se estaba encubriendo que el préstamo concedido a interés variable, que era lo pretendido por el consumidor, devenía en la práctica, de manera encubierta, en un préstamo a

interés fijo. Tales alegaciones son las que nos permiten someter las cláusulas bancarias objeto de litigio a un examen de transparencia según las enseñanzas del Tribunal Supremo. Aunque una labor de ese tipo pudiera resultar más propicia de los litigios derivados de acciones individuales, donde podría efectuarse un examen de transparencia a la medida de todas las peculiaridades de carácter informativo que hubieran podido rodear cada caso concreto (información precontractual, grado de publicidad de la cláusula, etc) , lo cierto es que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 efectúa su pronunciamiento en sede del ejercicio de una acción colectiva, lo que nos obliga a acometer esa misma labor en un escenario similar, pero procurando ceñirnos a los aspectos objetivos del clausulado de condiciones generales, el cual, a los fines de llevar a cabo el control de transparencia, podemos analizar en su conjunto, pues constituye el contexto, previsto con carácter general, de la propia cláusula suelo.

10.1.- Cláusula suelo del Banco Popular

La cláusula impugnada (límites a la variación del tipo de interés variable - condición primera. 3.3) es del siguiente tenor:

"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".

Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el

que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco.

Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés.

Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropriamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad.

10.2.- Cláusula suelo-techo BBVA

La cláusula impugnada (límites a la variación del tipo de interés - condición 3 bis 3) es del 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".

Se trata de una condición general con una redacción ciertamente densa en lo que se refiere a las alusiones al límite mínimo de referencia, que no permite que el consumidor pueda comprender cuál sería éste en concreto (en el marco de este litigio se ha señalado que quedaría en el 3%, lo que desde luego no se deduce de la propia cláusula, ni resulta, sin más, de la suma de los puntos porcentuales expresados en las cláusulas precedentes, donde la adición al índice de referencia es del 0,70).

Además, la misma se integra dentro de la condición 3 bis, con el epígrafe tipo de interés variable, índice de referencia, en el seno de una pluralidad de datos de muy diversa índole y variada trascendencia.

La configuración de la mencionada cláusula, en el contexto en el que la misma se enmarca en el condicionado general (especialmente su inclusión dentro de la de interés variable), puede llevar a pensar al consumidor que firma un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, cuando en realidad existe un interés mínimo fijo que no se beneficiará de todas las bajadas que puedan producirse en el tipo de referencia.

Asimismo, la cláusula, por la referencia que también incluye a un techo fijo (15%), contribuye a la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de ese otro tipo

máximo de interés, lo que puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del verdadero impacto de la cláusula suelo en el contrato.

La cláusula no supera, por lo tanto, el control de transparencia y ello conlleva su nulidad.

UNDÉCIMO.- De las cláusulas de apoderamiento al banco para la inscripción de la hipoteca.

11.1.- La cláusula del préstamo hipotecario del Banco Popular (condición sexta.3).

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"Los hipotecantes, por medio de esta escritura, apoderan y facultan amplia y expresamente al banco para que, por sí 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".

11.2.- La cláusula del préstamo hipotecario del BBVA (condición 13ª).

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"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".

11.3.- Consideraciones sobre ambas cláusulas de apoderamiento.

Aunque la redacción de las cláusulas no es idéntica, dado que la del BBVA es incluso más precisa e incluye el matiz de que " *no afecte a las condiciones económicas del crédito garantizado*", en realidad el motivo de impugnación, que es común, permite el análisis conjunto del alegato de la recurrente.

La OCU sostiene que ambas estipulaciones supondrían una transgresión del artículo 85.3 del TRLGDCU porque reservarían al empresario una facultad de interpretación o modificación unilateral del contrato.

No lo apreciamos así, porque tal entendimiento supondría perder de vista que ambas estipulaciones subordinan el ejercicio por el banco de la

facultad que le concede su cliente a una doble condicionalidad que la convierten en plenamente justificada: 1º) que el objetivo sea meramente aclaratorio o subsanatorio, lo que excluye otra posibilidad que la de solventar meros defectos subsanables de la escritura de hipoteca ; y 2º) que la finalidad no puede ser otra que la de salvar las deficiencias para permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria, cuya naturaleza constitutiva (art 1875 CC) exige la práctica de aquella para la existencia de tal derecho.

En tal marco, que consideramos que no puede ser racionalmente entendido de ninguna otra manera y que está adecuadamente delimitado en cuanto a su alcance y finalidad, la facultad de apoderamiento, que sólo persigue que pueda efectuarse la inscripción en el Registro de la Propiedad, que resulta jurídicamente imprescindible para la garantía real concertada, está justificada y no da lugar a que se deba apreciar la abusividad que denuncia la apelante.

DUODÉCIMO.- De la cláusula de intereses de demora del préstamo hipotecario BBVA (condición 6ª).

La cláusula impugnada es del 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".

La OCU alega la desproporción que implica el prever una condición general que establezca un interés de demora del 19%.

El TJ (UE) señaló en sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415-11) que el tipo de interés de demora debería ser el adecuado para garantizar los objetivos perseguidos.

El interés de demora tiene un componente resarcitorio para el acreedor (en la medida en que el cumplimiento es tardío) pero también goza, como ha señalado la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009), de una importante función sancionatoria, que tiende a desincentivar el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Como referencia podemos considerar que todo

lo que supere el interés legal al que se refiere el artículo 1108 del C. Civil , participará precisamente de la condición de sanción.

La Directiva 93/13/CEE considera, en su anexo, que sería abusivo imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una

indemnización desproporcionadamente alta. Éste es el principio que orienta la redacción del artículo 85.6 del RDL 1/2007 del TRLGDCU , conforme al cual debe ser considerada abusiva una cláusula que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no hubiera cumplido con sus obligaciones. A su vez, el artículo 87.6 del mismo cuerpo legal es contrario a la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Para comprender si existe desproporción podemos tomar en cuenta las referencias más significativas que nos proporciona el propio ordenamiento jurídico, tales como: 1º) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo (que suplió a la Ley 7/1995 y ya contenía una regla similar en su art. 19.4), que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero; 2º) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos; 3º) la Ley 50/1980 del contrato de seguro contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50 % (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador la gravosísima y excepcional consecuencia de un interés muy similar al que aquí tratamos - 20 % vs. 19%); 4º) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del C. Civil , contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal ; y 5º) los denominados intereses procesales están señalados por ley, en el artículo 576 de la LEC , a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Es cierto que cada norma tiene su propio ámbito de referencia, cada uno de ellos con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan el

problema de cómo penalizar proporcionalmente a la contraparte por su incumplimiento. Por otro lado, consideramos que precisamente el caso de las operaciones a las que se refiere la cláusula aquí impugnada, que son préstamos hipotecarios, no debería merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (en concreto, la del derecho real de hipoteca, que afecta la propia finca al pago del préstamo) que en otras relaciones contractuales, significadamente, por ser los más próximos en su finalidad, con relación a los de concesión de crédito a los consumidores sin garantía real, por lo que no se justificaría que los intereses moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio.

Por otro lado, el propio legislador, en la reciente reforma por Ley 1/2013 (tras el precedente que significó el RD 6/2012 que, aunque para un tipo determinado de sujetos en condiciones económicas particularmente delicadas, señalaba la procedencia de establecer como límite la suma al interés remuneratorio de un 2.5 % sobre el capital pendiente del préstamo), ha decidido modificar el artículo 114 de la LH para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero. Estamos ante una norma posterior al inicio del litigio, pero que resulta bastante reveladora de la contención que debe predicarse en una materia donde las entidades bancarias han venido incurriendo en manifiestos excesos.

La imposición de un interés moratorio del 19% resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia (para comprender su trascendencia podemos tener en

cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75, como mínimo, y el 5,5 %, como máximo). El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios.

La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda, como luego explicaremos con más detalle a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (UE), su moderación por vía judicial (lo que no impedirá, en cambio, que el banco pudiera reclamar lo que procediese en aplicación de la regla legal supletoria para los casos de mora, pero no porque aquí debamos establecer ninguna previsión para suplir la previsión abusiva). Tal efecto arrastra consigo, sin necesidad de especial consideración al respecto, la nulidad del inciso relativo al anatocismo, ya que el mismo estaba previsto, en el seno de la propia cláusula, para su aplicación sobre lo que ha sido considerado nulo.

DECIMOTERCERO.- De la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago del préstamo hipotecario BBVA (condición 6ª bis).

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"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. (...)."

La OCU considera que se trata de una previsión que, con independencia de la cuantía impagada, incluso de un solo euro (una parte cualquiera del capital o de sus intereses), legitimaría al banco para aplicar el vencimiento anticipado de la operación, lo que resultaría contrario al principio de proporcionalidad y entrañaría un desequilibrio contrario a la buena fe.

En nuestra opinión el problema trasciende del examinado en otros precedentes (como los de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 o de 16 de diciembre de 2009), en donde se contemplaba el impago de una cuota, en los que pretende ampararse la parte demandada y que motivó el fallo a su favor en la primera instancia. El matiz estriba en que el tenor literal de la cláusula que aquí examinamos permitiría defender que podría bastar incluso el impago de siquiera una mera parte de una de las cuotas del préstamo para que el banco pudiera dar

lugar al vencimiento anticipado. El problema estriba en que, siendo así, esta cláusula permitiría ir incluso más lejos de lo que contemplaba la previsión del artículo 693.1 de la LEC (antes de su reforma por Ley 1/2013, de 14 de mayo, que ha pasado a exigir el impago durante tres plazos mensuales o de un número de cuotas que equivalga a ello), pues del referido precepto legal lo que podía extraerse, porque así se mencionaba en su redacción, es que el impago de un plazo podía dar lugar al vencimiento anticipado, pero la comprensión total de su texto revelaba que no entraría en juego tal consecuencia ante el impago de una simple parte de una cuota del préstamo. La redacción de la cláusula impugnada no recoge, sin embargo, la totalidad de esa fórmula legal sino sólo una parte de la misma, por lo que permitiría, en cambio, extraer una consecuencia tan desmedida como la apuntada. No puede confiarse la suerte de la aplicación de una cláusula de ese tipo ni a la decisión eventual ni a la interpretación que en cada momento, según sus intereses o necesidades, pueda el banco hacer de la misma, bastando con que confiera la posibilidad de que se pudiera llegar a producir una aplicación de ella de un modo abusivo para que deba ser expurgada. Ha de ser expulsada del tráfico mercantil, como tuvimos ocasión de explicar en el fundamento jurídico quinto, una condición general que permitiera, en alguno de sus sentidos, ser entendida de un modo que pudiera propiciar la abusividad.

No puede justificarse una redacción de ese tipo con la excusa de que la ley posibilitaría al banco a negarse a recibir un pago parcial (art. 1169 del C. Civil), pues no es de eso de lo que estamos aquí tratando, sino de si ello debería habilitar a la entidad financiera para responder con una consecuencia tan drástica como la referida. Aunque el vencimiento anticipado de una obligación, que implica la pérdida del beneficio del plazo y conlleva adelantar la exigibilidad de la misma, puede responder, al

margen de las causas legales (artículo 1129 del C. Civil y otras disposiciones especiales, como aquella a la que nos hemos referido y a la que también lo haremos más adelante), a la que sea fruto de lo pactado por las partes (con arreglo a la previsión del artículo 1255 del C. Civil y a los límites señalados en él), es importante tener en cuenta que ésta, para que pueda ser considerada lícita, debe responder a intereses que puedan ser apreciados como legítimos. De ahí que, si ya con carácter general podría predicarse algo similar, cuando la cláusula de vencimiento anticipado se predisponga en sede de condiciones generales de la contratación deba comprenderse si verdaderamente tan contundente consecuencia responde a una justa causa; cuando ésta lo sea el incumplimiento contractual, sólo puede ser configurada como una respuesta adecuada y proporcionada ante una manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, sin que debiera bastar ni la infracción de obligaciones accesorias ni incumplimientos todavía irrelevantes. Precisamente, una situación en la que el

cliente trataba de pagar, siquiera en parte, la cuota a su debido tiempo, más bien respondería a esto último que a lo primero.

Además, podemos considerar que, con un criterio que atienda a la lógica de las actuaciones humanas, en el marco de una negociación individual (que es el que el Tribunal de Justicia -UE-, en sentencia de 14 de marzo de 2013 - C-415-11, dice que hay que tomar como referencia) un cliente no hubiera aceptado una cláusula que permitiera una lectura de la misma que posibilitase al banco a dar por vencida totalmente la operación y reclamarle anticipadamente todo el préstamo con sus intereses por la circunstancia puntual de que en un momento determinado sólo hubiera podido pagarse una parte de una de las cuotas mensuales.

Es más, el legislador ha demostrado con la reforma por Ley 1/2013 (que ha pasado a exigir el impago durante tres plazos mensuales o de un número de cuotas que equivalga a ello), que incluso la previsión del artículo 693.1 de la LEC merecía ser revisada, si bien ese problema incumbía al ámbito de actuación del poder legislativo que ha decidido ahora proteger más fuertemente al consumidor que antes.

Al margen de esta última reflexión, hemos de considerar, por las razones que expusimos con anterioridad a ella, que la cláusula que aquí nos ocupa resulta abusiva porque entraña un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU), pues resultaría desproporcionado que pudiera operar ante una situación como la que hemos analizado (artículo 88.1 del TRLGDCU) e implicaría además falta de reciprocidad (artículo 87 del TRLGDCU).

DECIMOCUARTO.- De las cláusulas sobre el tratamiento de datos personales en los contratos del BBVA.

El BBVA utiliza tanto en el préstamo hipotecario, como en el contrato de servicios telemáticos y banco por Internet, como en el contrato de cuenta corriente y en el contrato de tarjetas una fórmula muy similar en lo que respecta al problema del tratamiento de datos personales. Reproducimos el tenor literal de la primera de ellas, ya que la propia recurrente reconoce la sustancial coincidencia del texto en todos los demás casos:

" 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:

- 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) 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.*
- d) 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.*
- e) Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores".*

Desde luego el control de legalidad de una condición general debe tener carácter previo al de abusividad de la misma. Coincidimos, por lo tanto, con el juzgador a quo en que la acción de cesación del artículo 12 de la Ley 7/1998 (LCGC), al igual que la de nulidad de una condición general prevenida en el artículo 8 del mismo cuerpo legal, se puede instar no sólo contra una cláusula que resulte abusiva en los términos del artículo 82 y siguientes del TRLGDCU, sino también contra cualquiera que en perjuicio del adherente infrinja una norma imperativa o prohibitiva (tal como lo es la

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal - LOPDCP), salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Pues bien, las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 37 de la mencionada LOPDCP no resultan excluyentes de la potestad jurisdiccional para el control de la validez de las condiciones generales de la contratación que, en su consideración de tales, puedan afectar al ámbito de la protección de datos.

Hemos de compartir, asimismo, al menos en su mayor parte, el juicio que a este respecto emite el juzgador. La utilización de los datos cedidos para la elaboración de perfiles comerciales o a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios se adapta a los requisitos del artículo 4 de la LOPDCP, 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 el uso de aquéllos, que sería consentido por el titular de los mismos previa la información exigida por el artículo 5 de la misma norma. Otro tanto hemos de decir

del tratamiento de datos para el análisis de riesgos, lo que entraña una finalidad legítima, adecuadamente concretada y que goza de pleno sentido en el seno de la relación banco-cliente, sin que se desborde este ámbito.

Sólo podemos oponerle un reparo a lo decidido en primera instancia en cuanto a un extremo concreto, en el que consideramos que le asiste la razón a la recurrente. Nos referimos a la inclusión de la fórmula " *Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores*", a la que pueden oponerse dos óbices: 1º) no superaría la exigencia del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pues supone soslayar la regla de que los datos

de carácter personal sólo se podrán recoger para finalidades determinadas y explícitas; el referido inciso de la cláusula, sin embargo, habla por sí solo, pues se incurre en indeterminación y desde luego no se explicita finalidad concreta alguna; no cabe justificar el empleo de tal fórmula con la invocación del nº 2 del artículo 4 de la LOPDCP, pues lo que en él se establece es la terminante prohibición de que los datos objeto de tratamiento pudieran llegar a usarse para finalidades que resultaran incompatibles con aquellas para las que se hubieran recogido, lo que no puede leerse como una carta blanca que habilite para utilizarlos como se quiera, fuera de la finalidad que guió su obtención, con tal de que no se incurra en incompatibilidad; sin embargo, eso es lo que se persigue con la inclusión de una fórmula de ese tipo en la condición general impugnada, que no se limita, como se defiende por el banco, a transcribir la fórmula legal, sino que trastoca el sentido negativo de ésta, y con ello prohibitivo, en positivo, para que devenga en una autorización de sentido muy abierto, lo que contraviene la regla general del artículo 4.1; si la cláusula infringe norma imperativa no puede eludir la sanción de nulidad; y 2º) aunque no se hubiese apreciado la infracción legal, el mencionado inciso de la cláusula, dado su carácter tan indeterminado, no superaría el control de concreción del artículo 80.1.a del TRLGDCU.

En consecuencia, procede estimar la demanda también en este puntual aspecto para suprimir del tráfico mercantil la letra "e" del punto 1 de la cláusula de tratamiento de datos personales del condicionado general del préstamo hipotecario del BBVA, similar previsión incluida en la letra "c" de la condición general 10ª del condicionado general del contrato de servicios telemáticos y banco por Internet BBVA, la misma mención incluida en la cláusula 14ª del condicionado general del contrato de cuenta corriente BBVA e igual mención de la cláusula 13ª del condicionado

general del contrato de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE BBVA.

DECIMOQUINTO.- De la cláusula sobre modificación de las condiciones generales del contrato de servicios telemáticos y banco por Internet del BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 12) 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."

El juez consideró que la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP) no era de aplicación directa al caso, por lo que no habría que atenerse necesariamente al plazo de dos meses señalado por la OCU, sin que quince días de antelación para la comunicación, teniendo en cuenta que el cliente dispondría luego de otro mes más para desvincularse, debiera considerarse excesivamente breve. Por otro

lado, consideró que la obligación de acceder una vez al mes al servicio, en el contexto del que se trata, no resultaba onerosa ni desproporcionada.

La OCU denuncia que el plazo de antelación para la comunicación de las nuevas condiciones (15 días), previsto en el párrafo primero de la condición general es excesivamente breve como para permitir la reacción del usuario buscando otra alternativa en el mercado (debería ser de 2 meses, siguiendo la línea del artículo 22 de la LSP). Asimismo, añade que en su previsión ulterior implica una adhesión a hechos ficticios por parte del consumidor y prevé una indebida exención de responsabilidad a favor del banco.

Aceptamos la motivación señalada por el juez de lo mercantil en cuanto a la improcedencia de atacar la cláusula por razón del plazo. Francamente, no podemos aseverar que estemos ante un lapso temporal ni contrario a la legalidad ni excesivamente breve en el contexto en el que se configura. Ahora bien, discrepamos en cuanto se refiere a la admisibilidad de la redacción del párrafo final.

Imponer la obligación de acceder una vez al mes a los servicios telemáticos y que ello conlleve, aunque el cliente no hubiese accedido a los servicios en ese período, la automática prestación de consentimiento para las modificaciones que el banco hubiese podido comunicar a través del sistema durante ese lapso temporal, supone una estipulación abusiva porque infringe las previsiones de los artículos 82, 85, 87.6 y 89.1 del TRLDCU. Por un lado, tal previsión obvia por completo las posibles justificaciones racionales (razones de salud, de viaje, de trabajo, vacaciones, etc) para que un cliente no hubiera podido acceder durante el período de un mes a los servicios telemáticos, lo cual no debería operar en su contra. Por otro lado, imponer al cliente tal implícita prestación de consentimiento supone dejar la modificación del contrato a la voluntad del empresario, lo cual puede caber en contratos de servicios financieros, pero si se cumplieren las exigencias que impone el artículo 85.3 del TRLGDCU, condiciones éstas que no se atenderían en este caso, al no quedar garantizado en el mecanismo predispuesto que efectivamente se proporcionase información sobre ello con antelación razonable al cliente.

Por último, la exoneración de responsabilidad configurada a favor del banco implica, de modo general, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato (artículo 82.1 del TRLGDCU) y, en concreto, una limitación de los derechos básicos del

consumidor (reconducible a la previsión del artículo 86 del TRLGDU). Que el banco predisponga una incondicional exoneración de responsabilidad en su favor por el funcionamiento de un sistema que él mismo configura, obviando la posible justificación que pudiera dispensarse a la conducta del cliente, resulta insostenible desde la óptica de la defensa de los derechos del consumidor.

DECIMOSEXTO.- De la cláusula de políticas del BBVA en el contrato de servicios telemáticos y banco por Internet del BBVA.

La cláusula impugnada (condición 5. operatoria de valores) es del siguiente tenor:

"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".

El juez consideró que no había problema para salvar la validez de esta cláusula porque la prestación de servicios telemáticos y de banca por internet resultaba complementaria de los servicios de pagos u otros servicios financieros y que para poder hacer uso de la operatoria de valores es necesario tener contratada una cuenta de valores y al contratar ésta ya se pondría a disposición del cliente en soporte duradero la "*Política de Ejecución y de Prevención y Gestión de conflictos de Intereses*".

La OCU sostiene que dicha cláusula no es concreta ni clara e implica un reenvío a otro documento que no se facilita y que entraña remitir al usuario a bucear en las profundidades de una página web.

En nuestra opinión el problema no estriba en la comprensibilidad de la cláusula, sino en el empleo de una fórmula de remisión a una página web relativa a la institución BBVA, sin mayor concreción en lo que respecta a dicho alojamiento "on line", que conllevaría que el adherente estuviese aceptando una previsión cuyas consecuencias reales se le escaparían. Concorre, por lo tanto, bien un defecto de incorporación (artículo 7 de la LCGC) o más bien, incluso, un problema de abusividad por falta de transparencia (en este caso merced a la previsión del artículo 89.1 del TRLGDCU) resultado de la propia configuración de la cláusula, pues con ella no se garantiza que el adherente tenga la oportunidad real de ser consciente de qué es aquello por lo que tendría que pasar. El reenvío, sin mayor precisión, a la página web del propio banco, donde el caudal de

información de todo tipo puede ser ingente, no garantiza adecuadamente que el usuario medio de los servicios bancarios tenga verdadera conciencia de qué estaría aceptando con este clausulado.

Tal defecto de la cláusula, que en sede de un análisis abstracto de la misma resulta patente, no resulta excusado por el hecho de que el banco pueda estar entregando un ejemplar del documento de "Política..." con ocasión de la contratación de servicios de inversión. Lo relevante es lo inadmisibles de la cláusula en los términos analizados, no lo que el banco esté materialmente realizando al margen de ella por imposición de otras previsiones normativas (artículos 62 y 63 del Real Decreto 217/2008 y artículos 78 bis y 78 ter de la Ley del Mercado de Valores) o incluso contractuales.

DECIMOSÉPTIMO.- De la cláusula de contratación por SMS del contrato de servicios telemáticos y banco por Internet del BBVA.

La cláusula impugnada (condición 1. operatoria de valores) es del siguiente tenor:

"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."

El juez consideró que, si bien el artículo 6 y siguientes de la Ley 22/2007 de comercialización a distancia de productos financieros, exigen la documentación escrita o en soporte duradero del contrato financiero celebrado a distancia, la cláusula impugnada distinguía adecuadamente la previa remisión en soporte distinto de las condiciones generales y no eximía a la entidad financiera de la carga de la prueba sobre el suministro de información que le impone el artículo 17 de la Ley 22/2007 .

La OCU sostiene, sin embargo, que dicha cláusula merecería ser considerada nula (arts. 87.6 TRLGDCU y 3LCDSF) porque debería ser facilitado al usuario un ejemplar íntegro de las condiciones contractuales predispuestas, sin que el mensaje de teléfono móvil ni el ofrecido a través de los cajeros puede considerarse como la facilitación de las condiciones en soporte duradero. A ello añade que en el segundo párrafo incluiría una declaración de conformidad que vulneraría la previsión del artículo 89.1 del TRLGDCU, al sustituir la obligación legal de remisión de las condiciones generales por la declaración de conformidad del cliente, y la del artículo 88.2 del TRLGDCU, por imponer una carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En nuestra opinión el recurso carece de justificación. La previa comunicación de las condiciones generales constituye el frontispicio de la redacción de la cláusula, por lo que el alegato impugnatorio de la OCU

perece al fallarle su base. Por otro lado, de la cláusula tampoco se deduce una habilitación para eludir la obligación legal de que la comunicación de las condiciones generales (que la cláusula establece que habrá de ser previa) deba ser en soporte adecuado. Sólo se establece en ella una mecánica de actuación relativa al envío de ofertas y modo de aceptación de las mismas a través de un dispositivo tecnológico determinado (SMS), lo que no implica la alteración del régimen sobre la carga de la prueba (ni en cuanto al régimen de incorporación de las condiciones generales, ni en lo que respecta a su efectiva previa remisión, etc) que seguirá siendo el que legalmente proceda.

DECIMOCTAVO.- De la cláusula de repercusión de gastos y tributos del contrato de cuenta corriente BBVA.

La cláusula impugnada (condición general undécima) es del siguiente tenor:

"Los gastos y tributos de este contrato serán por cuenta del/de los Titulares".

El juez consideró que se trataba de una cláusula ya anulada en otro proceso.

La OCU sostiene que la cláusula no tiene plena identidad con las ya enjuiciadas por la AP de Madrid en sentencia de 11 de mayo de 2005, por lo que sigue siendo de interés el que se declare su nulidad, y que ni superaría el principio de concreción (artículo 5.5 de la LCGC y artículo 80.1.a del TRLGDCU) sobre cuales fueran los gastos y tributos a que

alude) ni respetaría la exigencia del artículo 89.3 del TRLGDCU, contrario a la imposición indiscriminada de tributos al usuario, sin distinción sobre quien sea el sujeto pasivo de los mismos.

El BBVA sostiene que esta cláusula ya fue declarada nula en otro proceso (sentencia AP de Madrid de 11 de mayo de 2005 y ulterior sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009), por lo que operaría el efecto de cosa juzgada (el problema lo sería, en su opinión, de ejecución de tal pronunciamiento), y además alega que ya no existiría riesgo de utilización de la misma, porque no se ha incluido en los de nueva redacción ni se estaría exigiendo su cumplimiento en los existentes.

Este tribunal constata que tal cláusula no tiene idéntica redacción a la ya enjuiciada en el litigio precedente que ha sido alegado. En concreto, en el fundamento de derecho octavo de la sentencia de la sección 13ª de la AP de Madrid, que se alega por el BBVA, se reproduce la literalidad de la cláusula concernida del siguiente modo: *"En caso de procedimiento judicial, todos los gastos y costas judiciales serán de cuenta de los demandados"*. La cláusula hacía referencia, por lo tanto, a la repercusión de los gastos y costas en caso de procedimiento judicial (situación contenciosa procesal) y, en cambio, en la que aquí es objeto de juicio, cuyo texto hemos reseñado antes, se contempla un escenario más amplio de aplicación (no restringido al derivado de un proceso judicial) y se incluye además la repercusión de los tributos (no previsto en aquella). La identidad objetiva entre ellas, que es un requisito imprescindible para que opere la cosa juzgada material (artículo 222.1 de la LEC), no es plena y aunque es lógico pensar que las entidades bancarias extrajeran enseñanzas de dicho precedente judicial ello no equivale a un automático efecto de cosa juzgada sobre una cláusula cuya redacción presente notables

diferencias con la ya enjuiciada. La seguridad jurídica exige que pueda someterse a control judicial la validez de una cláusula cuya permanencia en el tráfico jurídico no es nada claro que pudiera ser automáticamente depurada en fase de ejecución de ese otro litigio previo.

Por otro lado, tampoco podemos dar por probada, a la vista del documento nº 4 aportado por el banco, la sustitución de la cláusula impugnada en los contratos en vigor que ya la incluían (no discutimos que pudiera hacerlo en la redacción de los nuevos), lo que hubiera exigido, como ya explicamos con anterioridad, acreditar la explícita manifestación de renuncia del BBVA a su empleo y que ello hubiese sido oportunamente comunicado a los clientes firmantes de contratos en los que la misma estuviese incluida. Por lo tanto no podemos considerar desaparecido el riesgo de utilización de tal cláusula en los contratos que originariamente la incluían.

La abusividad de la cláusula resulta palmaria, en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los gastos y de todos los tributos de la operación convenida con el banco, incluidos aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que éste fuese el sujeto pasivo. Ello implica la contravención de la regla del artículo 89, en su número 3, letras "c" y "a" (siquiera por analogía, en este último caso, pues no se trata de un catálogo cerrado) del TRLGDCU.

DECIMONOVENO.- De la cláusula de exoneración de responsabilidad en los contratos de tarjetas del Banco Popular.

La cláusula impugnada (condición general quinta) es del siguiente tenor:

"Queda exonerado el Banco emisor, así como el sistema 4B SA 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 aquéllas 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".

El juez consideró que esta cláusula había sido sustituida por otra y el único reparo que podía realizarse, a tenor de esa modificación, es que debía todavía adecuarse la misma con la inclusión de la expresión "sin dilación injustificada" como la exigible para la comunicación al banco emisor de la pérdida o sustracción.

La OCU sostiene, sin embargo, que persistía el riesgo de reiteración, pues no había cesado la utilización de tal cláusula al tiempo de la demanda, y que la abusividad resultaba de las exoneraciones de responsabilidad que para el banco se preveían en ella por incidencias en los cajeros y en la red, sin que la acotación que tomó en cuenta el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 (relación entre el establecimiento comercial y el titular de la tarjeta en relación con una concreta operación) esté presente en este caso, donde la exención se extendería incluso a las incidencias con el propio banco. Asimismo considera abusiva la exoneración de responsabilidad para el banco en caso de pérdida o sustracción del número secreto y la obligación incondicional de inmediata puesta en conocimiento del banco de este hecho.

Ha sido demostrado en este proceso, porque hay un acta notarial que así lo prueba (y que prevalece sobre lo que unilateralmente pretenda certificar la propia entidad crediticia), que esta condición general seguía siendo visible, a 11 de febrero de 2011, entre las que figuraban para la tarjeta 4B Mastercard en Internet para los clientes del Banco Popular, por lo que el objeto de la acción de cesación, que comprende la eliminación de la condición y su prohibición, a fin de que utilice en el futuro, no se había satisfecho al tiempo de la demanda.

Considera este tribunal que no es éste el marco procesal propicio para delimitar en qué casos debe responder el banco, en cuáles el comercio y en cuáles el cliente, puesto que el objeto de la acción colectiva de cesación es bastante más modesto (control abstracto de la cláusula). Lo que sí podemos afirmar es que no cabe elaborar artificios para hacer descansar de modo sistemático en el cliente las consecuencias patrimoniales que puedan derivar de las imperfecciones o fallos del sistema. Nos basta, por lo tanto, con constatar que no es admisible que se prevea, vía condición general de contratación, una cláusula general de exención de responsabilidad de la entidad bancaria, sin consideración a las particularidades que pueda tener cada caso, por fallos o averías de instalaciones tales como los cajeros u otros dispositivos técnicos de la red, cuando todo ello se integra en el mecanismo para el negocio desarrollado por el propio banco. Estamos, por lo tanto, ante una condición general abusiva (artículos 82 y 86 del TRLGDCU).

Tampoco resulta admisible que el banco pretenda crearse un escudo frente a todos los supuestos de utilización fraudulenta de tarjetas o del número secreto, lo que supondría dejar al cliente inerme con independencia de cuál fue su conducta (olvidando, por ejemplo, los supuestos de captación subrepticia por parte de tercero o incluso el aprovechamiento por éste de deficiencias del propio sistema) y sin consideración, como entraña la redacción literal de la cláusula, a si la dilación que hubiese podido mediar hasta dar noticia al banco de la pérdida o sustracción del número secreto estuvo o no justificada en función de las circunstancias del caso (que es la fórmula que precisamente recoge el artículo 27.1.b de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago - LSP). Una previsión como la contenida en la cláusula aquí analizada entraña obviar el grado de diligencia que hubiera podido mostrar el titular de la tarjeta, lo que supone

una exoneración de responsabilidad a ultranza para el banco a costa de imponer una limitación a los derechos básicos del consumidor o usuario. Ello la hace merecedora de su declaración de nulidad (artículos 82 y 86 del TRLGDCU) y justifica así el éxito de la acción de cesación.

VIGÉSIMO.- De la cláusula de exoneración de responsabilidad en los contratos de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE del BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 4.5) es del siguiente tenor:

"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".

El juez desestimó el alegato de abusividad fundando su razonamiento en la remisión a lo que había señalado en unos apartados precedentes de la propia sentencia.

La OCU sostiene, por un lado, que el juez incurrió en falta de motivación, o más bien en incongruencia omisiva, al rechazar la falta de abusividad de esta condición con una remisión improcedente a otro pasaje

de su sentencia. Alega que no debería admitirse la exención de responsabilidad que se prevé en la cláusula porque se trata de instrumentos facilitados por las entidades financieras, por lo que deberían ser éstas las que se responsabilizasen de los posibles fallos del sistema, y que debería reconsiderarse, introduciendo matices, el criterio que se siguió en la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009 .

El BBVA alega con respecto a esta cláusula que la misma ya fue enjuiciada por sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009 y que debería operar bien el efecto excluyente de la cosa juzgada (artículo 222. 1 de la LEC) o bien la vinculación a la misma como antecedente lógico (artículo 222.4 de la LEC).

Hemos de decir que no apreciamos incongruencia omisiva, pues el juez se pronunció explícitamente en sentido desestimatorio sobre esta cláusula, y lo hizo con una motivación por remisión, que no implica ausencia de la misma, la cual implicaba la apreciación de cosa juzgada, al entender que sobre esa cláusula ya existía pronunciamiento judicial.

El BBVA ha justificado, con la aportación de documentación completa al respecto (véanse los folios 1677, 1689 y 1855 de autos), que una cláusula que en este caso era prácticamente idéntica en su redacción ya fue objeto de enjuiciamiento en un litigio precedente, también planteado precisamente contra dicho banco y contra algunos otros por parte de la aquí demandante, la OCU, que llegó hasta el Tribunal Supremo. Por lo tanto, con independencia de la opinión que pudiera merecernos el debate jurídico planteado, no podemos eludir la apreciación de la excepción de cosa juzgada (artículo 222. 1 de la LEC) que ha venido siendo opuesta por dicha entidad bancaria, pues ni tiene sentido, ni resulta además legalmente

admisible, volver a someter a litigio lo que ya ha sido enjuiciado, debiendo atenerse los interesados a las consecuencias de lo allí decidido.

VIGÉSIMO PRIMERO.- De la cláusula de liquidación (gastos, tributos y costas) en los contratos de tarjetas del BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 5) es del siguiente tenor:

"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".

El juez consideró que dicha cláusula ya fue declarada nula por sentencia dicada con fecha 11 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Madrid y que aunque se mantenía formalmente en el modelo de contrato existente en Internet ello no suponía la efectiva utilización de un clausulado que había excluido de sus contratos a tenor de lo justificado con el documento nº 5 aportado por dicha entidad.

La OCU sostiene que, no contravirtiendo la contraparte que la previsión relativa a la imposición de los gastos, tributos y costas del procedimiento, incluso los honorarios de abogado y procurador, se trataba de una estipulación abusiva, si estaba presente en la contratación difundida vía Internet debió prosperar la acción de cesación.

El análisis de la estipulación del BBVA que estuvo incurso en el previo procedimiento judicial al que hemos hecho referencia sólo presenta algunas concomitancias con la que aquí analizamos, pues subyace, de manera incuestionable, una problemática en parte común, pero hay diferencias significativas de redacción y de contenido (nos remitimos al respecto a los folios 1684 y 7816 de autos) entre ambas condiciones (la ya enjuiciada entonces y la que lo es ahora). Al no mediar el requisito de identidad de objeto no podemos apreciar el requisito de cosa juzgada material (artículo 222.1 de la LEC). En consecuencia, la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios exige que pueda someterse a control judicial la validez de una cláusula cuya permanencia en el tráfico jurídico no es nada claro que pudiera ser automáticamente depurada en fase de ejecución de ese otro litigio.

Mayor valor probatorio que a la certificación expedida por la propia entidad bancaria conferimos a la prueba de que en los modelos contractuales del BBVA seguía apareciendo tal cláusula al tiempo de la demanda, no siendo admisible la excusa de que ello responda a un simple error, que en todo caso resultaría

imputable al banco y cuyas consecuencias, por su impacto en el tráfico jurídico, debería estar dispuesto a asumir. Ello comporta, en cualquier caso, un riesgo constatable de empleo de tal cláusula, no sólo en contratos precedentes cuya retirada debería haberse demostrado en términos como los que ya hemos explicado en fundamentos precedentes de esta resolución, sino incluso en posteriores, lo que exige su depuración del tráfico jurídico si la misma es considerada como abusiva.

La reputación como abusiva de tal condición general deriva de la contravención de la regla del artículo 89, en su número 3, letras "c" y "a" (siquiera por analogía, en este último caso, pues no se trata de un catálogo cerrado) del TRLGDCU, pues implica una repercusión en el consumidor de gastos procesales (costas) y de tributos, con independencia de que por su naturaleza, por previsión legal o por decisión judicial pudieran ser de cargo del empresario.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- De la cláusula de cancelación del contrato de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 9.2) es del siguiente tenor:

"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".

El juez rechazó el reproche de abusividad contra dicha cláusula, pues consideró que la documentación precisa era la identificada por razón de su utilidad y que estando el banco expuesto al riesgo de impago estaba justificada la necesidad de conocer la situación financiera del cliente, sin que pudiera estimarse como una garantía desproporcionada.

La OCU sostiene que tal previsión adolece de falta de concreción (art 5.5 de la LCGC), deja en manos del predisponente decidir cuál debe ser tal documentación a aportar y somete al usuario a los designios del banco al conferir a éste una facultad de resolución del contrato sin establecer plazo alguno (art. 85.3 del TRLGDCU).

Considera este tribunal que la cláusula no presenta defectos de concreción, pues la documentación a la que se refiere no puede ser otra que la precisa para cumplir la finalidad perfectamente acotada en la propia condición general, cual es la concreción de la situación jurídica o financiera del titular de la tarjeta. Ésta puede mudar en el tiempo, por lo que serán las circunstancias de cada caso las que permitirán encuadrar el ejercicio legítimo por parte del banco de esta facultad, sin perjuicio del derecho del cliente a poder rebatir la justificación concreta de la actuación que pudiera realizar el banco, que no queda al margen del control en sede judicial.

Además, no puede considerarse que la cláusula esté reservando al empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, sino que se configura una causa de resolución con sustento objetivo, pues el flujo de información sobre la situación patrimonial del cliente es esencial en este tipo de relaciones.

Además, entendemos que se trata de una previsión justificada, pues el conocimiento de la solvencia del cliente resulta indispensable para que el banco pueda seguir concediéndole el crédito que resulta inherente al empleo de la tarjeta. De modo que la ocultación de la misma ante un

requerimiento explícito del banco como el que prevé la cláusula legitima a éste para poder desvincularse y evitar la asunción, a ciegas, de un riesgo desmedido.

VIGÉSIMO TERCERO.- De la cláusula de modificación de las condiciones del contrato de tarjetas BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 11.1) es del siguiente tenor:

"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".

El juez consideró que, aun siendo una estipulación reconocida como abusiva, faltaba el presupuesto para que pudiera prosperar la acción de cesación porque el banco habría demostrado (documento nº 5) que ya no aplicaba la mencionada cláusula.

La OCU sostiene que sí se dan los presupuestos procesales para que prosperara su pretensión, referida además a la nulidad de una condición

general que la contraparte ni tan siquiera controvierte, en lo que respecta a razones materiales, que sería abusiva.

El BBVA defiende que no concurren los presupuestos para el éxito de la acción de cesación, porque esa cláusula ni la está incluyendo en nuevos contratos ni se aplica en aquellos en los que por error fue incluida. Admite que esa cláusula debió haber sido modificada para adaptarse a las exigencias del artículo 22 de la LSP (plazo de antelación de dos meses para la propuesta de modificaciones)

Considera este tribunal, como ya hemos señalado con respecto a otras cláusulas, que estando documentalmente justificado en autos, mediante acta notarial que así lo recoge, que la cláusula todavía se publicitaba en Internet por la entidad bancaria en sus contratos al tiempo de la demanda, el riesgo de aplicación de la misma, desde un punto de vista objetivo, subsistía. Nos remitimos a los razonamientos que ya hemos efectuado a propósito de la viabilidad de la acción de cesación en estas circunstancias.

Puesto que en esta materia el propio BBVA reconoce que tenía obligación de adaptar tal estipulación a las exigencias de artículo 22 de la LSP (plazo de 2 meses), con lo que implícitamente viene a reconocer que la cláusula quedó fuera de la normativa de aplicación, debemos declarar la nulidad de tal condición general

VIGÉSIMO CUARTO.- De la cláusula de programas de fidelidad del contrato de tarjetas BBVA.

La cláusula impugnada (condición general 12.2) es del siguiente tenor:

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".

El juez consideró que la cláusula no era inconcreta al referirse a programas que iban a desarrollarse en el futuro por el banco con el fin de incentivar el uso de las tarjetas y que la prestación de consentimiento para ello no suponía dar conformidad a ningún hecho ficticio.

La OCU sostiene que se trata de una previsión ambigua, que no supera el principio de concreción de los artículos 5.5 de la LCGC y 80.1.a del TRLGDCU, además de insólita, que impide conocer qué proyectos

alberga el banco al respecto, e insiste en que implicaría una declaración de conformidad sobre un hecho ficticio (artículo 89.1 del TRLGDCU).

En nuestra opinión la cláusula no es inconcreta, porque la referencia a los programas de fidelidad supone la oferta continuada de ventajas o bonificaciones cuando se consumen productos de una determinada empresa o de los establecimientos adheridos utilizando un soporte propio (que suele ser habitualmente una tarjeta, cuyo uso se incentiva, lo que explica la mención en el seno de este contrato). Tampoco puede sostenerse que se trate de una previsión insólita, pues es notorio que este tipo de programas están muy extendidos en el tráfico económico y el consumidor está familiarizado con ellos, por lo que no supone ningún arcano para él la referencia a los mismos.

La cláusula no tiene otra implicación para el cliente que su inclusión en dichos programas de fidelidad del banco, sin que ello entrañe la adquisición de compromiso alguno para aquél ni suponga interferencia alguna

en sus preferencias, pues sus facultades de elección y de decisión permanecen incólumes ante lo que pudiera serle ofertado por esa vía.

Lógicamente, el desarrollo del programa incumbe al ámbito propio del mismo y su concreción no tiene por qué aparecer en una cláusula como la aquí analizada. La mera aceptación a la participación en tales programas no implica ficción alguna, sino mera aquiescencia para que se le remita al cliente noticia de ello cada vez que el banco realice la correspondiente promoción.

VIGÉSIMO QUINTO.- De la cláusula sobre gastos del contrato de préstamo hipotecario BBVA.

La cláusula impugnada (condición 5ª) es del 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".

El juez consideró que se trataba de un cláusula inconcreta (arts. 5.5 y 7 de la LCGC) y que además resultaría abusiva a tenor de los artículos 87.5 (cobro por servicios no efectivamente usados) y 89.3 (imposición la consumidor de gastos de documentación y tramitación) del TRLGDCU.

El recurso del BBVA, al margen de una intrascendente alusión a que el párrafo 4º ya habría sido declarado nulo en un litigio precedente (lo que el juez admitió así) por sentencia de la sección 13ª de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005 , considera que el razonamiento judicial resulta contradictorio, pues aprecia al tiempo falta de transparencia y abusividad; además, sostiene que no debió efectuarse una interpretación de la cláusula en perjuicio del banco, cuando la cláusula sería suficientemente precisa y clara; y subraya además que los gastos y tributos a los que se refiere la cláusula estarían legalmente asignados al consumidor y los que carecieran de asignación legal expresa (tasación del inmueble, certificados de deuda, carta de pago, etc) podrían ser lícitamente atribuidos al prestatario.

Este tribunal considera que, en efecto, no estamos ante un problema de falta de claridad, dada la vocación omnicomprendensiva de la misma. Lo que ocurre, sin embargo, es que se trata de una cláusula abusiva, a tenor de lo previsto en el artículo 89.1 del TRLGDCU, en sus letras "a" (repercusión de gastos) y "c" (pago de tributos), porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u

otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. No se trata de que el banco interprete que a quien le iba a corresponder el pago de tales conceptos (por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento) sería, en su opinión, siempre al consumidor, sino que el problema estriba en que con el tenor de dicha cláusula los que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el

tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva.

Por otro lado, ya que se nos alega la posibilidad de pactar una derivación convencional de los gastos de una operación, lo que no negamos (siempre que no se rebasen determinados límites señalados legalmente- artículos 1255 del C. Civil y 89 del TRLGDCU), debemos recordarle al banco el marco en el que nos hallamos, pues la jurisprudencia europea ha remarcado que no puede considerarse lícito la inclusión en una condición general de lo que en el marco de una negociación individual (que es el que el Tribunal de Justicia -UE-, en sentencia de 14 de marzo de 2013 - C-415-11, dice que hay que tomar como referencia) previsiblemente un cliente no hubiera aceptado.

El BBVA propone, además, como pretensión subsidiaria que si se mantiene la nulidad de la cláusula se proceda a una integración de la misma con un criterio alternativo. Ya hemos explicado que la jurisprudencia europea (sentencias del Tribunal de Justicia (UE) de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013) es contraria a la posibilidad de integración de las condiciones generales anuladas, precisamente para desincentivar la utilización en la contratación de cláusulas abusivas por parte del empresario. Por lo tanto no puede el banco apelante, en tanto que empresa predisponente de la cláusula abusiva, reclamarnos que acordemos una integración de la misma del modo que aquél estime más conveniente para sus intereses. Nos limitaremos, por lo tanto, para no incurrir en "reformatio in peius" a desestimar el recurso, lo que implica, al no haber otra alterativa procesal, el mantenimiento de los términos de lo fallado por el juez.

VIGÉSIMO SEXTO.- De la cláusula sobre finalidad del contrato de préstamo hipotecario BBVA.

La cláusula impugnada (condición 7ª) es del siguiente tenor:

"La parte prestataria deberá destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual.

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".

El juez consideró que esta previsión conllevaba la imposición de una garantía desproporcionada (artículo 88.1 del TRLDCU) al riesgo asumido al concederse con ella al banco una absoluta facultad de control del destino de la vivienda particular del cliente.

En el recurso del BBVA se denuncia incongruencia por exceso en la sentencia, al considerar que debió restringirse la declaración de nulidad al inciso segundo del segundo párrafo y no al párrafo primero ni al primer inciso del segundo. Además, considera que el pacto de limitación de destino estaría justificado porque el cliente perdería la condición de consumidor si diese destino profesional o empresarial al inmueble, se cambiaría además con ello la naturaleza del contrato (que lo era un préstamo para vivienda) y, en cualquier caso, respondería a un equilibrio razonable entre derechos y obligaciones de las partes (porque influiría en el riesgo del contrato y el banco debería tomar medidas añadidas por controlar aquél, entre otras la de efectuar provisiones contables, etc.)

Este tribunal considera que no cabe apreciar incongruencia en el pronunciamiento del juez, en tanto que en la demanda de la OCU se interesaba de modo explícito, sin acotación alguna al respecto, la nulidad de toda la cláusula. Si el BBVA consideraba que las razones apuntadas por el juez no eran suficientes para justificar la nulidad total de la cláusula el defecto procesal que debería haber alegado en esta apelación sería el de falta de motivación de la sentencia (artículo 218.2 de la LEC), pero no el de incongruencia "extra petita" (artículo 218. 1 de la LEC). No puede este tribunal reencauzar de oficio una apelación por infracción procesal que por estricta exigencia legal (artículo 459 de la LEC) debe ir referida a la vulneración de una concreta norma (y en este caso la alegada no lo habría sido) y con concreción de la indefensión sufrida, ello al margen de la necesidad de previa denuncia de aquélla (único requisito que se habría cumplido al no mediar oportunidad previa al recurso contra la propia resolución judicial).

Respaldamos las consideraciones del juez a propósito de que la condición de consumidor del adherente la ha de tener al tiempo de suscribirse el contrato y que es ello lo que determina la aplicación del régimen jurídico a ella inherente.

Simplemente debemos hacer hincapié en que los términos en los que está redactada la cláusula conlleva una inmisión desmedida en los derechos del propietario de la vivienda, pues al no discernir entre el tipo de actividad a desarrollar trata con el mismo rasero a aquéllas cuya incidencia en el régimen de riesgos (por su posible influencia en la valoración o conservación del inmueble) resultaría irrelevante con aquellas otras en que pudiera ser significativo. Imponer, con un proyección que puede alcanzar

una duración temporal muy significativa (incluso, 20, 30 o más años), no ya la obligación de comunicar sino una prohibición, indiferenciada por sus circunstancias, de variación de destino del inmueble, que quedaría sometida a la voluntad expresada por escrito del banco, supone otorgar a éste una garantía desproporcionada para la salvaguarda de sus derechos. Una cláusula de ese tipo deja a voluntad del banco el que el cliente pudiera emprender actividades perfectamente lícitas, sin especial incidencia en los riesgos de conservación del inmueble, como el desempeñar una profesión liberal radicada en el mismo u otra actividad empresarial de similares consecuencias a estos efectos.

El banco alega que un cambio de destino del bien hipotecado le influiría en su situación económica como entidad financiera, porque según la normativa del Banco de España (Circular 4/2004, de 22 de diciembre) son distintas las provisiones que debe efectuar para viviendas habituales que para oficinas, locales y naves. Al margen de otras posibles consideraciones al respecto de este argumento de orden contable, debemos señalar que el banco no esté teniendo en cuenta que la redacción en términos tan absolutos de la cláusula estaría dejando en el aire incluso los casos en los que el desempeño de una actividad profesional resultase compatible con el uso habitacional del inmueble, lo que podría no plantearle el problema que apunta. Sin embargo, la cláusula también alcanzaría a tales casos y podría sumir al propietario en un problema con el banco.

Un posible control del destino del inmueble no puede quedar sometido, desde un principio, a la mera potestad del banco, como habilita esta condición general. No se trata de presumir si esta entidad abusará o no de la facultad, sino de que no resulta defendible que se le confiera a la

misma tal posibilidad, al no estar sujeta a otra limitación que la de su mera voluntad, con lo que una previsión de ese tipo ya es de por sí abusiva (artículos 82.1, 85 y 88.1 del TRLGDCU).

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- De la cláusula 1ª de las condiciones específicas del servicio de contratación de canal telefónico del Contrato de Servicios Telemáticos y Banca por Internet BBVA.

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"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".

El juez consideró que esta cláusula suponía la infracción de los artículos 6 a 9 de la Ley 22/2007, pues no se preveía en ella la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales y en sospechosa

coincidencia se dispone en ella que la aceptación de la oferta debiera suponer que el titular ya hubiese recibido el condicionado (como resulta, sin embargo, de la cláusula), por lo que se infringirían los artículos 88.2 y 89.1 del TRLGDCU en relación con el artículo 17 de la Ley 22/2007 (al imponer al consumidor una manifestación de conformidad con la recepción de unas condiciones generales que podría no haber recibido previamente y entrañar una inversión de la carga de la prueba sobre lo que debería corresponder su acreditación al banco).

El recurso del BBVA sostiene que lo que el juez viene a hacer, para considerar abusiva la cláusula, es un especie de interpretación de la misma en contra del predisponente (lo que no procedería en sede de acciones

colectivas, citando para ello el recurrente el artículo 6.2 in fine de la LCGC). El banco sostiene que la referida cláusula no se aplicaría si previamente no se hubieran comunicado las condiciones generales al consumidor y defiende que ni preconstituye prueba alguna ni libera al banco de la obligación de previa entrega de aquellas.

Ya hemos explicado en la fundamentación precedente que la regla de interpretación "contra proferentem" no juega en las acciones colectivas. Lo que ocurre es que no advertimos que el juez haya efectuado, siquiera, una aplicación de la misma. Este tribunal considera que lo que ocurre es que la lectura de la cláusula puede arrojar la interpretación señalada por el juez en la sentencia. Ya hemos explicado en la fundamentación inicial de esta sentencia que si cabe un entendimiento de la cláusula en sentido abusivo o contrario a la ley lo procedente es expulsarla del tráfico jurídico. Por lo tanto el recurso no puede prosperar.

VIGÉSIMO OCTAVO.- De la cláusula de emisión y formalización (condición general 1.2) del condicionado general del contrato de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE BBVA del BBVA.

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

"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 figuren 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".

El juez invoca para considerar nula la cláusula las mismas razones que en el motivo precedente. Simplemente añade que no se trata de censurar a la entidad bancaria el que no cumpla el deber impuesto por el artículo 7 de la Ley 22/2007, sino si del contenido de la cláusula pudiera llegar a amparar que el banco no lo hiciera, imponiendo al consumidor la conformidad con un hecho que pudiera ser inexistente y diluyendo así una carga probatoria que debería incumbir al banco.

El recurso del BBVA reenvía, por su parte, de modo explícito, a las mismas alegaciones efectuadas en sede del motivo anterior.

Este tribunal se remite, también, por lo tanto, a las mismas razones expuestas en el motivo antecedente para desestimar también aquí este aspecto del recurso, pues como hemos venido explicando si cabe el entendimiento de la cláusula en sentido abusivo o contrario a la ley lo procedente es expulsarla del tráfico jurídico. Por lo que resultó justificado que prosperase la acción de cesación contra ella.

VIGÉSIMO NOVENO.- De la cláusula (condición general 7ª) sobre el importe de las operaciones (justificantes de las operaciones), del condicionado general del contrato de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

La cláusula impugnada (condición general 7ª) es del siguiente tenor: *"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".

El juez anuló el segundo párrafo de dicha condición general porque imponía, sin posibilidad de discusión, el saldo señalado por el banco en los casos de los ingresos realizados en los cajeros automáticos, imponiendo al usuario del servicio bancario la aceptación de la decisión unilateral del banco.

El recurso del BBVA sostiene que la realización de la comprobación del ingreso en el cajero automático por parte del banco responde a la naturaleza de la cosas y que la cláusula no puede ser abusiva porque se limita a identificar el único medio razonable para efectuarla. Añade a ello que la cláusula salvo buen fin no se refiere al ingreso de efectivo sino sólo a los cheques.

Este tribunal considera que el banco puede, y ha de hacerlo, comprobar el ingreso, pero lo que no puede permitírsele es que establezca un mecanismo para vincular a ello la voluntad del cliente, tal como predispone la cláusula. No es de recibo, pues entraña una contravención del postulado general del artículo 85 del TRLGDCU, imponer, vía condición general, que el titular "accepte" como importe de la operación el comprobado por el banco. Es contradictorio por parte del banco que se aduzca que el cliente tendría la posibilidad de discutir el importe, cuando ya habría dado previamente, según la condición general, su aceptación a lo que el banco hiciese. Habrá que establecer un mecanismo operativo lógico, es cierto, pero no parece que ello debe pasar por una previa aceptación automática de lo que el banco diga, tal como se pretende configurar en la cláusula. De ahí que esté justificado el reproche de abusividad.

Por otro lado, es la propia entidad bancaria la que mezcla en la citada condición la cláusula "salvo buen fin" con todo tipo de ingresos efectuados a través de cajeros automáticos (lo que comprende metálico, talones, etc), lo que le lleva a tener que efectuar una interpretación, en sede de este litigio, en contra de la literalidad de la misma. Nadie discute que al cheque debe aplicársele la normativa propia de dichos títulos valores (en concreto, la Ley 19/1985, cambiaria y del cheque, y las particularidades previstas para los mismos en la normativa bancaria), pero lo que debe reconocerse es que se ha de prevenir la posibilidad de equívocos para los clientes (que es lo que interesa y no si el juzgador conoce, como es obvio, qué significa la expresión "salvo buen fin"), sobre todo si la causa es una imprecisa redacción de una condición general, pues el responsable de ello lo es la propia entidad predisponente, que haría bien en cuidar la pulcritud de su texto si no quiere evitar que incluso se pudiera llegar a considerar que ni tan siquiera se cumplían los requisitos de incorporación al contrato.

TRIGÉSIMO.- En relación con la cláusula de redondeo del interés aplicable del préstamo hipotecario del Banco Popular.

La cláusula impugnada (la número 3.4) es del siguiente tenor:

"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".

El juzgado, tras considerar que el banco no había acreditado su alegación de que hubiese sido eliminado dicha cláusula de sus contratos, decidió que la misma era abusiva siguiendo la doctrina jurisprudencial que así había calificado las condiciones generales que preveían el redondeo al alza de los intereses (sentencias de la Sala 1ª del TS de 4 de noviembre de 2010 , 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).

En el recurso del Banco Popular se sostiene que esta fórmula dejó de aplicarse años antes de interponerse la demanda, atendiendo a las exigencias de la disposición adicional 12ª de la Ley 44/2002 de Reforma del sistema financiero. Se alega que ni la cláusula, que en la documentación acompañada a la demanda sólo aparece en un escritura que data del año 1999, se estaba ya utilizando ni había peligro de empleo futuro de la misma en la práctica contractual, por lo que entiende el apelante que no procedería la acción de cesación.

Ya nos hemos pronunciado antes ante una situación similar en el recurso de la otra entidad bancaria y precisamente por ser un problema que ambas habían suscitado hicimos unas consideraciones generales al respecto en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia. No basta con que el banco pretenda aducir que la impugnada sería una cláusula obsoleta, que podría no tener intención de volver a utilizar, cuando la OCU ha demostrado en el proceso que se trataba de una condición general que estaba incluida en la contratación que estaba en vigor al tiempo de la demanda (con independencia, una vez determinado que estamos ante una condición general, de cuál sea el número de contratos exhibidos en este litigio, como ya hemos explicado en la fundamentación precedente). Tampoco sería suficiente que señale que dispone de una nueva redacción para la cláusula que hubiera podido aplicar a partir de determinado

momento para la contratación ulterior. Lo que el banco debería haber demostrado es que efectivamente había cesado en el uso de tal cláusula con anterioridad al inicio del proceso e incluso que había comunicado a sus clientes, que tuvieran firmadas cláusulas de ese tipo, información ésta que está alcance de la entidad bancaria, su renuncia a tratar de servirse de la misma. Eso es lo que hubiera permitido demostrar la definitiva eliminación de la condición general del tráfico jurídico. En consecuencia, ya que esto no ha sido adecuadamente justificado, el recurso no puede prosperar.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- La cláusula de revisión del interés pactado del préstamo hipotecario del Banco Popular.

La cláusula impugnada (condición primera. 3.5.c) es del siguiente tenor:

"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:

c)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".

El juzgado decidió que no se había justificado la completa eliminación de la cláusula y la considero abusiva por imponer al consumidor un obstáculo desproporcionado al ejercicio de sus legítimos derechos (artículo 85.5 del TRLGDCU) al obligarle a estar al tanto de las variaciones de los tipos de interés y a tener que efectuar una comunicación a la entidad bancaria para que se produjera la actualización.

El recurso del Banco Popular insiste en la misma argumentación del motivo precedente, alegando que esa cláusula ya no formaba parte de la práctica contractual del banco y que había sido sustituida por otra nueva.

Nos remitimos al razonamiento expuesto en el motivo precedente y asimismo a las consideraciones que vertimos en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia, merced a las cuales, como puede comprenderse, el recurso no puede prosperar.

TRIGESIMO SEGUNDO.- La condición primera 5.2.1., sobre la obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario del Banco Popular.

La cláusula impugnada (condición primera 5.2.1.) es del siguiente tenor:

"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".

El juzgado decidió que se trataba de una cláusula abusiva, dando por reproducidas las razones que había explicitado al calificar así la previsión incluida en el contrato de préstamo hipotecario del BBVA, pero añadiendo también algunas matizaciones sustanciales.

El recurso del Banco Popular defiende la validez de la cláusula que justifica por la finalidad de cubrir el riesgo de pérdida del inmueble (incendio, daños, etc), reprochando al juez haber trasladado indebidamente el juicio de abusividad que efectuó respecto a una cláusula del contrato de préstamo hipotecario del BBVA, cuando habría diferencias entre ambas. Sostiene además que la cláusula se limita a asegurar el valor de la garantía, que el seguro "a valor nuevo" es lícito y que no puede considerarse que faculte al banco para aplicar la indemnización a la liquidación de cantidades no vencidas.

Este tribunal considera que, en efecto, no podría trasladarse, sin más, el juicio de abusividad de la cláusula del BBVA a esta otra, porque la redacción es distinta y las diferencias son significativas. Por otro lado, está

justificado que se pida una cautela para cubrir el riesgo de la pérdida de la cosa, lo que tiene pleno sentido ante la importancia que en este tipo de operaciones reviste la garantía hipotecaria y la existencia en torno a ella de un mercado de titulizaciones (Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario, con sus posteriores reformas). Ahora bien, lo que ocurre es que se detectaron motivos adicionales que permitieron considerar que también en este caso, por las características de esta cláusula, nos hallamos ante una condición general abusiva.

Por un lado, la constatación de que existe una desconexión entre la suma asegurada (valor máximo de reconstrucción a nuevo de la finca) y lo que se tendría necesariamente que garantizar (el valor de la finca según cual fuese su estado), lo que significa que se estaba imponiendo al cliente la prestación de una garantía que puede resultar desproporcionada (artículo 88.1 del TRLGDCU). El exigir un seguro a valor nuevo (lo que, en efecto, es lícito y no contravendría el artículo 26 de la LCS , si no se pierde de vista lo que también prevén los artículos 2 , 18 y 29 del mismo cuerpo legal), en lugar de hacerlo a valor real al momento del siniestro, supone, en lo que aquí nos interesa, imponer la contratación de una ampliación de la garantía normal de la póliza de seguro de daños y por lo tanto el pago de una sobreprima que sería de cargo del cliente bancario, lo que no necesariamente tiene que conllevar una ventaja para éste como se sostiene por el banco (ya que el espíritu del seguro a valor nuevo sería que el asegurado pudiera también afrontar eventuales gastos de reconstrucción, lo que no parece que fuera a ser el caso si el banco, como a continuación veremos, es el que va a percibir la indemnización para cobrar su crédito) y sí, en cambio, implica un esfuerzo económico mayor para el prestatario (de lo que es muy posible que además ni tan siquiera sea consciente cuando acepta cláusulas de este tipo).

Además, la atribución de la condición de beneficiario del seguro a favor de la entidad bancaria se configura en condiciones tales que ésta podría cobrarse todo el capital, tanto el que ya estuviera vencido como el que no (porque el banco recibe la suma con facultades para la amortización total o parcial del mismo), lo que entrañaría un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU) y concretamente una privación al consumidor de facultades de compensación de créditos, retención o consignación (artículo 86.4 del TRLGDCU). No hay que perder de vista que en nuestro sistema jurídico la indemnización viene a sustituir a la cosa perdida y pasa a ser objeto de la garantía real (artículos 1877 del C. Civil y 110 de la LH), por lo que si la obligación no hubiese vencido lo procedente es el depósito de las cantidades debidas, sin que ello pueda equipararse a una situación de vencimiento anticipado del préstamo. Ya hemos explicado que el problema no estriba en que el banco exponga que su lectura de la cláusula no daría lugar a una aplicación abusiva de la previsión, sino que lo relevante es que el tenor de la misma, contemplando todas las interpretaciones razonablemente sostenibles que de su texto puedan derivarse, no dé lugar a esa posibilidad, pues si es así lo procedente es depurarla.

TRIGÉSIMO TERCERO.- La condición primera 5.2.3, sobre la obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario del Banco Popular.

La cláusula impugnada (condición primera 5.2.3.) es del siguiente tenor:

"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". "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".

El juzgado decidió que la previsión por la que se autorizaba directamente a la entidad bancaria para percibir el justiprecio era abusiva, remitiéndose a la consideraciones que había efectuado a propósito de la incluida en el préstamo hipotecario del BBVA. Marcó, sin embargo, las diferencias existentes en lo atinente a la facultad concedida al banco para actuar en el expediente de expropiación.

El recurso del Banco Popular también subraya aquí las diferencias entre su cláusula y la del BBVA, pues en su opinión no debería apreciarse abusividad en la estipulación sobre el sistema de aplicación de la indemnización, considerando que la correcta interpretación de la cláusula es la de que sólo puede destinarse al pago de capital vencido.

Volvemos a remarcar que lo decisivo no son las interpretaciones que proponga el banco sino las deducibles del texto de la cláusula. La interpretación que expone el banco, que es la que lógicamente le interesa mantener en el seno de este litigio, pero podría no ser la misma en otra sede, supone introducir una distinción que no se hace en la cláusula, por lo que resulta sostenible la conclusión del juez de que la aplicación del justiprecio a favor de la entidad bancaria podría llegar a cubrir lo vencido y también lo pendiente de vencimiento, con las consecuencias a las que nos hemos referido en el fundamento precedente. Por lo tanto, dada la remisión que en la propia cláusula se efectúa a la que analizamos en el motivo anterior, debemos respaldar la decisión adoptada por el juez de lo mercantil.

TRIGÉSIMO CUARTO.- La cláusula de responsabilidad por el uso de las claves en los servicios de banca por Internet, banca telefónica y banca por móvil del contrato de servicios de banca multicanal del Banco Popular.

La cláusula impugnada es del siguiente tenor:

" 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"

El juez, tras admitir que el banco había tratado de adaptarse a las previsiones de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP), y tomando en cuenta tal circunstancia, resolvió que tan sólo

procedía la declaración de la nulidad parcial de la cláusula, en el inciso alusivo a la exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria, que se seguía manteniendo en la redacción que continuaba empleando el banco. El juez advirtió que el problema estribaba en que la descarga de responsabilidad prevista para el banco daba cobertura tanto a supuestos de incorrecta o negligente actuación del usuario como a otros donde pudiera no haberla. Citaba además el juzgador el pronunciamiento que el TS, en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 , había emitido en el sentido de que las cláusulas que eximen de total responsabilidad

al banco de manera indiscriminada y sin matización son abusivas porque contradicen la buena fe objetiva y suponen un desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor.

El recurso del Banco Popular asume, en parte, la argumentación del juzgador, al reconocer la coincidencia sustancial en este aspecto de la cláusula antigua y de la que ahora usa, pero considera que habría que contextualizar la cláusula en el contrato marco de servicios de pago, lo que permitiría marcar las diferencias de un servicio con singularidades técnicas, donde se emplean claves seguras y firma electrónica, con respecto al de las tarjetas de crédito o débito en el que se inspira el juzgador. En el servicio de banca multicanal no hay tarjeta, ni cajeros y las herramientas de acceso escapan al control del banco y están bajo la custodia y discreción del cliente. Alega finalmente el apelante que no estaríamos ante una exclusión total de la responsabilidad del banco sino ante una modulación de la misma en función de la mínima diligencia exigible al usuario.

La elocuente argumentación del banco recurrente no revela a este tribunal que la decisión del juez sea incorrecta. Es cierto que caben matizaciones relacionadas con la diversa tecnología utilizada en el caso de

la banca electrónica más avanzada y la propia de las tarjetas de crédito. Sin embargo, la esencia de la doctrina sobre la no admisibilidad de una absoluta exoneración de responsabilidad bancaria, que se ha acuñado en materia de tarjetas de crédito, sí la consideramos trasladable, con las matizaciones procedentes, al presente caso. El alcance de la cláusula exoneratoria es de tal calado que no sólo alcanza a la incorrecta o negligente actuación del usuario sino que incluso abarcaría casos donde pudiera no haberla, como pueden serlo las comportamientos fraudulentos por parte de tercero, que en ocasiones se producen en Internet en contra de la voluntad de los interesados y pese a la adopción de cautelas por parte de éstos, así como los supuestos de la pérdida, robo o sustracción de las claves, lo que no siempre y necesariamente tiene que ser conectado con una conducta negligente del usuario del servicio. Una exoneración prácticamente absoluta a favor del banco, que no pudiera dar lugar a contemplar la justificación a favor del cliente cuando en algunos de esos casos pudiera merecerlo, merece la calificación de abusiva (artículo 82.1 del TRLGDCU).

TRIGÉSIMO QUINTO.- La cláusula de cancelación en el contrato de cuenta corriente bancaria del Banco Popular.

La cláusula impugnada (condición general duodécima) es del siguiente tenor:

"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".

El juez, tras valorar que algunos de los defectos que presentaba esta cláusula ya habían sido eliminados por el banco con una nueva redacción, advirtió, en cambio, que persistía una deficiencia, en concreto, el mantenimiento de la facultad de la facultad del banco de retener el dinero, con independencia del saldo existente y de los cargos a efectuar, sin pagar intereses y por un tiempo indeterminado, lo que constituía un mecanismo de desequilibrio que limitaba los derechos de usuario.

El Banco Popular considera que el juez ha entendido erróneamente la regla contenida en la cláusula, que simplemente persigue hacer posible la liquidación de la cuenta, lo que exige como presupuesto el previo cierre de la misma para determinar el saldo; alega que ello no puede ser inmediato ni puede someterse a un plazo que fuese igual para todos los casos y circunstancias.

No negamos que el mecanismo liquidatorio deba seguir el cauce que explica el banco recurrente y que éste deba hacer las correspondientes comprobaciones para saldar la cuenta. Lo que ocurre es que se podrían haber articulado unos términos más razonables para llevar a cabo esta tarea, de modo que no se abone el terreno para hacerlo proclive a la comisión de abusos. El banco ha optado, en cambio, por incluir en el condicionado general una cláusula que le permite, pese a haber recibido la comunicación de cancelación de la cuenta corriente por parte del cliente, retener el dinero de éste, sea cual fuera su importe y sin sujeción

a límite objetivo alguno, ni al pago por ello de intereses, en poder de la entidad bancaria, hasta que ésta considere que le ha sido satisfecho todo lo correspondiente a la utilización de sus servicios. Se trata de una fórmula demasiado abierta e indefinida a favor del banco, que entraña abusividad por suponer un desequilibrio en cuanto a derechos y obligaciones contractuales en perjuicio del consumidor (artículo 82.1 del TRLGDCU) y porque conlleva una vinculación a la voluntad del empresario (artículo 85 del TRLGDCU) que será quien decida de modo unilateral en qué momento da por zanjada definitivamente la relación y restituye los fondos a su cliente.

TRIGESIMO SEXTO.- De las condiciones generales de la contratación de los contratos de tarjetas (4B-Mastercard) del Banco Popular

36.1. Responsabilidad derivada del uso de la tarjeta.

La cláusula impugnada (condición general quinta, condiciones de uso Mastercard), en el párrafo de la misma que nos interesa, es del siguiente tenor:

"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."

El juez consideró que, aunque el banco estaba utilizando una nueva redacción de la cláusula, persistía en dicha dinámica contractual un problema significativo, cual era que el deber de comunicación por parte del cliente al banco de la pérdida o sustracción no debía ser necesariamente inmediato ni sin dilación alguna, sino sin dilación injustificada, pues esa sería la manera correcta de enfocar el problema y de atenderse además a los términos del artículo 27 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (LSP).

El Banco Popular considera que la sentencia ha incurrido en incongruencia, pues si se reconoce en ella que el banco había cambiado la fórmula no podía enjuiciarse la nueva, sino sólo la antigua. Alega además que el juez sigue la técnica de un análisis aislado de la cláusula, sin integrarla en el contexto del contrato marco, siendo así que en otra cláusula se habla del aviso "sin demora indebida".

Considera este tribunal que la incongruencia alegada es inexistente, ya que el juez en momento alguno altera los términos del debate. La OCU defendió que la previsión era abusiva porque la fórmula que debía complementar la comunicación que podía exigirse al cliente bancario debería ser "sin tardanza injustificada" o "sin demora indebida". Ante el

alegato de que la cláusula impugnada había sido sustituida el juez procedió a comprobar tanto si realmente había habido sustitución en sentido material de la cláusula como si la nueva realmente entrañaba la eliminación en sentido jurídico de la previsión abusiva. Al constatar que la sustitución alegada por el banco tampoco daba satisfacción a las previsiones del artículo 27 de la LSP, en un aspecto crucial, cual es la posibilidad de la dilación en la comunicación pueda tener justificación, se limitó a enjuiciar sobre la abusividad de tal previsión.

Ya explicamos en la fundamentación previa de esta sentencia que sólo si se hubiera producido una eliminación total de cualquier resquicio de la abusividad denunciada por la demandante podría considerarse que habría quedado privada de fundamento la acción de cesación. Lo contrario supondría dar pábulo al empleo del ardid fraudulento de cambiar con cierta frecuencia determinados aspectos de las cláusulas, manteniendo sin embargo su componente abusivo, para que ello pudiera actuar como escudo protector frente a las acciones colectivas de cesación.

Por último, la interpretación sistemática a la que acude el banco lo que revela en este caso es precisamente las carencias de la cláusula impugnada, pues carece de justificación que sobre un aspecto absolutamente esencial no se efectúe una redacción que ni soslaye la legalidad ni pueda dar pie a la comisión de abusos. Lo que no es de recibo es configurar una cláusula de exoneración de responsabilidad del banco en tales términos y no puede excusarse tal deficiencia derivando al consumidor a la búsqueda de otras cláusulas que puedan tener términos más favorables para él. Ya hemos reiterado que en sede de acciones colectivas no cabe hay que acudir a interpretaciones contra proferentem, sino expulsar las cláusulas que admitan lecturas abusivas.

36.2. Responsabilidad por mal funcionamiento de servicios de banca multicanal.

La cláusula impugnada (condición general decimotercera), en el párrafo de la misma que nos interesa, es del siguiente tenor:

"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".

El juez advirtió que esta cláusula no distingue entre el origen de los dispositivos, que podrían pertenecer al banco, por lo que resultaría abusivo que el banco se eximiera de responsabilidad por fallos o averías de su propia red (artículo 86 del TRLGDCU).

En el recurso del Banco Popular se insiste en que la exoneración tiene sentido por la peculiaridad que implica la operativa en banca multicanal y que el banco solo pretendería quedar inmune frente a anomalías imputables a terceros y ante la comisión de fraudes electrónicos como phishing, smashing, pharming o carding, que resultarían imputables a las frágiles condiciones de seguridad de redes de comunicación extrañas al banco o a un déficit de diligencia de la clientela.

Este tribunal considera que, de nuevo, el banco realiza una lectura subjetiva de la cláusula (incluso de la sustitutiva), cuando, en cambio, una observación objetiva de la misma revela los peligros puestos de manifiesto

por el juzgador ante la configuración de una exoneración de responsabilidad bancaria de considerable amplitud. No se trata aquí de negar por inatendibles las razones que aduce el banco para considerar que puede haber muchos casos en los que lo procedente sea imputar la responsabilidad a un tercero o incluso al propio cliente, pero lo que entraña un desequilibrio inadmisibles es configurar una cláusula que conlleve una exoneración de responsabilidad del banco a ultranza, cuando es éste el que pone en marcha el sistema y obtiene los beneficios económicos inherentes al mismo, pretendiendo, sin embargo, quedar al margen de tener que soportar cualquier posible riesgo inherente a ello, como ocurre con las posibles fugas de seguridad. No vamos a afirmar de modo terminante que deba soportarlos siempre el banco, pero lo que no es de recibo es configurar una condición general de la contratación merced a la cual lo que se persigue, a costa de los derechos del usuario del servicio bancario, es precisamente que, con independencia de las circunstancias de cada caso, aquél quede exento siempre, y sin posibilidad de discusión, de cualquier tipo de responsabilidad.

36.3. Responsabilidad por los depósitos en cajeros automáticos.

La cláusula impugnada (condición general decimotercera), en el párrafo de la misma que nos interesa, es del siguiente tenor:

"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."

El juez consideró que no procedía la exoneración de responsabilidad bancaria porque una vez efectuado el ingreso lo depositado entra en la órbita de custodia del banco, por lo que es éste el que debería adoptar medidas para su conservación. El depósito está bajo el control y responsabilidad del banco y no cabría pretender exonerarse de responsabilidad, en los términos en los que se configura la cláusula, hasta el momento de levantamiento del acta de recepción.

El Banco Popular considera que el juez descontextualiza que la previsión hace referencia al depósito efectuado en sobre cerrado y que por lo tanto, en tanto que depositario tiene derecho a acreditar el contenido de aquél, para lo que sigue el procedimiento establecido (apertura del cajero y de sobre por dos empleados del banco, con derecho del cliente a asistir si se persona a la hora de cierre de la caja). Subraya que debe entenderse todo ello en el seno de una relación de confianza cualificada y que el cliente tiene a su disposición medios alternativos como la entrega presencial que posibilitaría el control recíproco.

Este tribunal considera que tal previsión entraña una exoneración de responsabilidad abusiva (artículo 86 del TRLGDCU). En el marco de la denominada responsabilidad sistémica del banco lo que éste no puede pretender es eludirla por vía de las condiciones generales de la contratación. Es la exoneración absoluta de responsabilidad impuesta en la condición general, que es precisamente lo que se deriva de ella, lo que no es admisible por abusiva. Lo que no significa que no pudieran resultar

admisibles previsiones de cautelas al respecto que estuvieran mucho mejor delimitadas.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- Costas

No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de sus apelaciones, al amparo de lo previsto en el nº 2 del artículo 398 de la LEC , como consecuencia de la estimación, ya fuese total o siquiera parcial, de sus recursos.

Procede, por el contrario, imponer a los dos bancos apelantes las costas derivadas de sus respectivos recursos, a tenor de lo señalado en el nº 1 del artículo 398 de la LEC , puesto que los mismos resultan completamente desestimados.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Estimamos parcialmente los recursos de apelación planteados por la ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 8 de septiembre de 2011 (con las rectificaciones materiales acometidas por auto de fecha 22 de

septiembre de 2011) y en consecuencia adicionamos a la letra "A" del fallo de la mencionada resolución judicial las siguientes condiciones generales que también quedarán afectadas por la declaración de nulidad que en ella se pronuncia:

1.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable, condición general primera. 3.3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.;

2.- la cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés, condición 3 bis 3 del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

3.- la cláusula de intereses de demora (condición 6ª) del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

4.- la letra "a" de la cláusula de vencimiento anticipado (condición 6ª bis) del contrato de préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA);

5.- la letra "e" del punto 1 de la cláusula de tratamiento de datos personales del condicionado general del préstamo hipotecario del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA), similar previsión incluida en la letra "c" de la condición general 10ª del condicionado general del contrato de servicios telemáticos y banco por Internet BBVA, la misma mención incluida en la cláusula 14ª del condicionado general del contrato de cuenta corriente BBVA e igual mención de la cláusula 13ª del

condicionado general del contrato de tarjetas PAGA AHORA/ PAGA AHORA BLUE BBVA;

6.- el párrafo final de la cláusula de modificación de las condiciones generales del contrato de servicios telemáticos y banca por Internet BBVA (condición general 12);

7.- la cláusula de políticas del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) en el contrato de servicios telemáticos y banco por Internet del BBVA (condición 5. operatoria de valores);

8.- la cláusula de repercusión de gastos y tributos contrato de cuenta corriente BBVA(condición general undécima);

9.- la cláusula de exoneración de responsabilidad del banco (condición general quinta) de los contratos de tarjetas del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (condiciones de uso de la tarjeta 4B Mastercard):

10.- la cláusula de liquidación (gastos, tributos y costas) en los contratos de tarjeta del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) (condición general 5); y

11.- la cláusula de modificación de las condiciones del contrato de tarjetas del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) (condición general 11.1).

No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de dichas apelaciones.

Desestimamos, en cambio, en su integridad los recursos de apelación planteados por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) y por BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. contra la referida sentencia, cuyos restantes pronunciamientos resultan, en consecuencia, confirmados por este tribunal. E imponemos a dichas entidades apelantes las costas que hayan podido ocasionar a los demás litigantes con sus respectivos recursos.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ