



Roj: **SAP M 5388/2005 - ECLI: ES:APM:2005:5388**

Id Cendoj: **28079370132005100246**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **11/05/2005**

Nº de Recurso: **15/2004**

Nº de Resolución: **204/2005**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS ZARCO OLIVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5388/2005,**
STS 8466/2009

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 13

MADRID

SENTENCIA: 00204/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 13

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 3971921 Fax: 3971998

N.I.G. 28000 1 7000234 /2004

Rollo: RECURSO DE APELACION 15 /2004

Proc. Origen: JUICIO VERBAL 40 /2003

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 44 de MADRID

De: ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ,
BANKINTER S.A. , CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID , BANCO SANTANDER CENTRAL
HISPANO,S.A

Procurador: JOSE LUIS FERRER RECUERO, EMILIO GARCÍA GUILLÉN, MARIA DEL ROCIO
SAMPERE MENESES, LUCILA TORRES RIUS, MANUEL LANCHARES PERLADO

Contra:

Procurador:

Ponente: ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

Ilmo. Sr. D. CARLOS CEZÓN GONZÁLEZ

Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

SENTENCIA



En Madrid, a once de mayo de dos mil cinco. La Sección Decimotercera de la Audiencia

Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Verbal sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de los de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, y de otra, como demandados-apelantes B.B.V.A., BANKINTER, S.A., CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 44, de los de Madrid, en fecha veinticuatro de septiembre de dos mil tres, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta en nombre de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Banco Santander Central Hispano, S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Bankinter, S.A., y declaro: Primero, el carácter abusivo de las cláusulas a las que refiere el fundamento octavo de esta sentencia y por consiguiente su nulidad radical. .- Segundo, se prohíbe a las demandadas la utilización en el futuro de dichas cláusulas. .-Tercero, se condena a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a publicar a su costa, por cuartas partes, en el plazo de quince días esta sentencia en un diario de máxima circulación en la provincia de Madrid. .-Cuarto, se ordena la inscripción de esta sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la contratación, a cuyo fin librese mandamiento en forma al señor Registrador. .- No se hace especial condena en costas". Por el mismo Juzgado en fecha trece de octubre de dos mil tres se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "S.Sª. RESUELVE: HA LUGAR a la aclaración solicitada por el Procurador, D. José Luis Ferrer Recuero, en representación de Organización de Consumidores y Usuarios, por lo cual la sentencia de 24 de setiembre de 2003 debe modificarse en los términos que se expresan en el Fundamento segundo de esta resolución y inconsecuencia se declara también la nulidad de la expresada Cláusula".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por todas las partes intervinientes, que fue admitido en ambos efectos, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha catorce de enero de 2.004, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día seis de abril de dos mil cinco.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la especial complejidad de la presente resolución unida a la carga competencial que pesa sobre este tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se admiten los contenidos en la resolución impugnada salvo el octavo y noveno, en cuanto sean incompatibles con los siguientes.

SEGUNDO.- Por la Procuradora D.ª Lucila Torres Rius, representando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en lo sucesivo Caja Madrid), el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, representando a Banco de Santander Central Hispano SA (en lo sucesivo BSCH), la Procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses, representando a Bankinter SA, el Procurador D. Emilio García Guillén, representando a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en lo sucesivo BBVA), y el Procurador D. José Luís Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo OCU), se interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2003 -aclarada mediante auto de 13 de octubre de 2003- por el Juzgado de Primera Instancia nº 44 de los de Madrid, que estimó parcialmente la demanda presentada por la Organización de Consumidores y Usuarios contra las restantes empresas, en la que solicitaba que se declarase el carácter abusivo y la consiguiente nulidad absoluta de determinadas las cláusulas bancarias; que se prohibiese a las demandadas el poder volver a utilizar en el futuro dichas cláusulas; que se ordenase la publicación del Fallo de la sentencia en al menos los dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 7/1998 Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (precepto este último adicionado



por el artículo primero de la Ley 39/2002 de 28 de octubre); y que se acordase dirigir mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia (artículo 22 de la Ley 7/1998 LCGC). Alegan los anteriores apelantes, en síntesis, que la sentencia de primera instancia ha acumulado indebidamente las acciones ejercitadas y que procede su revocación en cuanto ha estimado parcialmente la demanda. A su vez el Procurador D. José Luís Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), apeló igualmente las resoluciones antedichas y solicitó la revocación de la sentencia meritada en cuanto la misma había desestimado parte de sus pretensiones. Frente a tales alegaciones la representación procesal de los apelados impugnó el recurso presentado de contrario.

TERCERO.- Para una mejor comprensión de los presentes recursos, mantendremos el orden seguido por la sentencia contra la que ahora se recurre -con el consiguiente auto aclaratorio- toda vez que las impugnaciones formuladas tanto por las demandadas como por la actora imponen a este Tribunal el examen de la totalidad de las cláusulas bancarias relacionadas en la demanda. Por otra parte, en la medida que las alegaciones de las distintas sociedades demandadas- apelantes sean coincidentes, daremos las mismas por reproducidas en evitación de repeticiones innecesarias.

CUARTO.- Excepción procesal de improcedente acumulación de acciones.

Comienzan las demandadas apelantes impugnando la acumulación de acciones acogida por la sentencia de primera instancia. En términos generales consideran que aún cuando las cláusulas frente a las que se interesa de contrario su cesación como abusivas sean iguales -lo que incluso rechazan- ello no sería suficiente para apreciar la identidad de causa de pedir a los efectos prevenidos en el art. 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así como en el art. 17.4 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación toda vez que, con independencia de su redacción más o menos parecida, forman parte de diferentes clases de contratos dirigidos igualmente a distintos clientes. Rechazan igualmente que el "contenido sustancialmente idéntico" apreciado en la sentencia contra la que recurren permita considerar probado el requisito de conexión por razón del título que igualmente sería preciso para la viabilidad de la antedicha excepción procesal. Incluso alguna entidad como Caja Madrid cuestiona la idoneidad del presente juicio -verbal- para ventilar con las debidas garantías más de cuarenta acciones colectivas de cesación acumuladas contra cuatro entidades financieras.

Comenzando con el examen de esta última alegación, que incluso podría ser apreciada de oficio, y cuya estimación impediría entrar a conocer de las restantes cuestiones planteadas, rechazamos la invocada inidoneidad del procedimiento toda vez que el art. 250.1.12ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil -según redacción incorporada por la Ley 39/2002 , sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios- impone que se decidan en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas... que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

En cuanto a la acumulación propiamente dicha, abundando en lo que se recoge en el "Fundamento de Derecho Cuarto" de la sentencia de primera instancia, hemos de comenzar reconociendo que la actora ha redactado las distintas cláusulas impugnadas persiguiendo el contenido más armónico posible con la redacción de las utilizadas por las entidades demandadas, lo que permite apreciar, si no la identidad de su redacción final con las realmente utilizadas, sí la homogeneidad necesaria para que puedan extenderse a todas ellas los pronunciamientos que se recojan en la resolución judicial por la que se decida este juicio; ello, claro está, sin perjuicio del examen pormenorizado que cada una pueda merecer en casos concretos.

Tampoco se ha de ignorar la interpretación flexible que sobre la acumulación de acciones mantiene la jurisprudencia seguida, entre otras, por las S.T.S. de 9 de julio y 5 de octubre de 1999, 3 de octubre de 2000, 3 de octubre y 26 de diciembre de 2002, 21 de diciembre de 2004 .

QUINTO.- Falta o insuficiencia de motivación de la sentencia.

También con carácter previo al examen de las distintas cláusulas impugnadas, se ha de examinar la alegación de BBVA consistente en la falta de motivación de la sentencia de primera instancia. Alegación que se basa en la falta de explicación, según dicha entidad recurrente, del razonamiento concreto que ha permitido al Juzgado de procedencia, partiendo de la normativa general que recoge, llegar a la conclusión de que procedía la anulación de las cláusulas identificadas con las letras A), B), C), D) E) y H) del "fundamento de derecho octavo" de aquella resolución.

Frente a este motivo impugnatorio hemos de remitirnos a la reiterada jurisprudencia, seguida -entre otras- por las S.T.S. de 3 y 14 de marzo de 2005 en la que, refiriéndose a su vez a la doctrina del Tribunal Constitucional en interpretación de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española -citando la Sentencia 224/2.003, 15 de diciembre - exponiendo la relación que guarda la motivación de las sentencias con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recoge la exigencia de respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las



partes, o, en su caso, que la decisión de inadmisión de las mismas, esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho; refiere cómo la S.T.C. 213/2.003, de 1 de diciembre, recordó la doctrina sobre la doble función que cumple la motivación -deber constitucional de los órganos judiciales y derecho de quienes intervienen en el proceso- así como su directa relación con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española), con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117 de la Constitución Española) y con el derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución Española ; y admite que, conforme a ello, las sentencias han de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Sin embargo, también precisa que -como declaró la S.T.C. 165/1.999, de 27 de septiembre - el deber de motivarlas no faculta a las partes a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que puedan tener de la cuestión que se decide; y que, antes bien, deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales que vengan apoyadas en argumentos que permitan conocer los "criterios jurídicos esenciales" en que se fundamenta la decisión, es decir, su ratio decidendi. En términos semejantes se pronunció la S.T.S. de 29 de diciembre de 2004 -y las que en ella se citan- al declarar que la motivación de las sentencias no ha de ser necesariamente exhaustiva y pormenorizada sino que se considera observada la tutela judicial efectiva cuando las sentencias permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión en lugar de ser manifiestamente arbitrarias o irrazonables.

Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, aún cuando la sentencia de primera instancia no contenga una argumentación pormenorizada de cada una de las cláusulas estudiadas, el examen genérico de la normativa aplicable que se recoge, básicamente, en sus "Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto", así como la sucinta referencia que se expone en sus "Fundamentos de Derecho Octavo y Noveno" e igualmente en el "Razonamiento Jurídico Segundo" del auto aclaratorio, permite considerar suficientemente motivada la resolución contra la que se apela y, en consecuencia, aboca a la desestimación del presente motivo impugnatorio.

SEXTO.- CLAUSULA PRIMERA: FALTA DE INFORMACIÓN AL CLIENTE DE LAS TARIFAS DE COMISIONES Y GASTOS DE LA CUENTA:

1. "[La entidad] podrá aplicar comisiones por administración y mantenimiento de la cuenta, cuya cuantía figurará en cada momento en el libro de tarifas y comisiones, y cualquier otra permitida por la ley vigente y también publicada en dicho libro, de conformidad con lo dispuesto por el Banco de España" (Libreta de Ahorro y Contrato Cuenta Corriente Caja Madrid) .
2. "Las Tarifas generales de Comisiones y Gastos repercutibles del Banco se hallan a disposición del Titular en todas las Oficinas del Banco " (Contrato de tarjeta, BBVA).

Ante las alegaciones de Caja Madrid en el sentido de que "todo usuario de servicios financieros conoce que se le van a cobrar una serie de gastos y comisiones por los servicios prestados" y que "se trata de uno de los supuestos en que dicha entidad ya no usa la cláusula denunciada", se ha de comenzar rechazando los mismos. En el primero de los supuestos porque lo que se discute no es el principio de presunción de onerosidad de los contratos sino de la ausencia o insuficiencia de la información prestada por las entidades demandadas a los usuarios de sus servicios; información que ha de abarcar no sólo la existencia de tales gastos y/o comisiones, sino también su cuantía. Ha de perseguir, no tanto la cantidad, cuanto la claridad, transparencia y proporcionalidad de su términos, facilitando al consumidor la oportunidad de su entendimiento. Obligación de transparencia que se infiere, entre otras disposiciones, del art. 7.4 de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y de la norma 6ª de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre -citadas en la sentencia de primera instancia- así como de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios; de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios ; de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, sobre Crédito al Consumo ; y, más recientemente, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , que, mediante la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , amplía el marco jurídico de protección al consumidor -constituido básicamente por la LDGCU- disponiendo expresamente en el preámbulo de su Exposición de Motivos que las condiciones generales "formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez"; exigiendo, además, que cuando se contrate con un consumidor, no sean abusivas. Desarrollando dicho principio el art. 10.1 de la citada Ley dispone que, entre los requisitos que deben reunir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, conste: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a



la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Tampoco puede prosperar la alegación de dicha mercantil apelante relativa a la falta de uso de las cláusulas antedichas en la medida que la presente resolución responde a pedimentos de la entidad actora referidos a hechos anteriores a la presentación a la demanda y cuya inobservancia actual por parte de Caja Madrid tampoco garantiza, frente a la OCU, que en lo sucesivo no vuelvan a utilizarse. En cualquier caso nos remitimos a la prueba documental obrante a los folios 123 y siguientes de las actuaciones -consistentes en impresos de contrato de libreta de ahorro y de cuenta corriente de Caja Madrid- en cuyo reverso, dentro de las condiciones generales, se aprecia la insuficiente información antedicha sobre los intereses y comisiones aplicables.

También BBVA impugna los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia en cuanto aplicables a la cláusula 16 de los contratos denominados Integral Visa Electrón y Tarjeta Visa o Mastercard -correspondientes a los documentos 14 y 15 de los acompañados con la demanda- a cuyo tenor "las tarifas generales de Comisiones y Gastos Repercutibles del Banco se hallan a disposición del titular en todas las oficinas del Banco".

Según dicha mercantil, las referidas cláusulas no merecen a consideración de abusivas toda vez que no deben ser interpretadas aisladamente sino dentro del conjunto de las cláusulas del contrato que demuestran el cumplimiento de la normativa sectorial. Frente a ello nos remitimos a lo anteriormente expuesto en el sentido de que las cláusulas impugnadas, además de abusivas, pueden ser anuladas como consecuencia del desequilibrio que para los derechos de los consumidores supone una información incompleta de las comisiones y/o gastos repercutibles. Tampoco la alegación de tratarse de una información general, completada con otras cláusulas del contrato, impide declarar la nulidad de aquellas pues, admitiendo dicha alegación de la mercantil recurrente, nada obsta a que se declare la nulidad de la cláusula impugnada sin perjuicio de que subsista la validez de aquellas otras que no incumplen la obligación de información clara y transparente a los consumidores.

Por cuanto antecede se desestima este motivo impugnatorio.

SÉPTIMO.- CLÁUSULA SEGUNDA: IMPONE AL CLIENTE UN FUERO JUDICIAL TERRITORIAL A CONVENIENCIA DE LA ENTIDAD, EN CASO DE LITIGIO (SUMISIÓN EXPRESA):

"Las partes contratantes renuncian expresamente al fuero personal que tuvieren y se someten expresamente a la competencia y jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de...".

Comienza Caja Madrid reiterando sus alegaciones relativas la supresión de dicha cláusula en los contratos de cuenta corriente, libreta de ahorro y tarjeta, por lo que, en evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo anteriormente expuesto. Igualmente compartimos lo argumentado en el "Fundamento de Derecho Octavo" de la sentencia de primera instancia así como la aplicación que en él se hace del art. 54 -aunque por error material se cite el art. 56- de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril. Cuestión repetidamente resuelta por la jurisprudencia seguida, entre otras, por la S.T.S. de 14 de abril y 29 de noviembre de 2000; 27 de diciembre de 2001; y 14 de octubre y 22 de noviembre de 2002 -así como las que en ellas se citan- en el sentido de considerar nulas por abusivas, dado el desequilibrio que crean entre las partes contratantes, las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión - como los que nos ocupan- tanto al amparo de lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, como de la posterior Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 y, finalmente, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998.

Bankinter impugna también los antedichos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia por considerar que los mismos no son aplicables a los contratos suscritos por dicha entidad pues, añade, en el Contrato Básico de Operaciones y Servicios, su condición 1.3 es del siguiente tenor literal "las partes se cometen expresamente al fuero de los tribunales del lugar de otorgamiento" y en el Contrato de Préstamo Hipotecario se establece que "los comparecientes, según actúan, se someten para el cumplimiento, interpretación, ejecución y para cuantas cuestiones se deriven de la presente escritura, a la competencia de los Juzgado y Tribunales correspondientes del partido en que radique la finca hipotecada". Alegación que, a los efectos que nos ocupan, sólo cabe acoger en aquellos supuestos en los que no resulten aplicables los apartados 2 y 3 del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, cuando la sumisión expresa no se encuentre contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o se hayan celebrado con consumidores o usuarios -como aquí acontece- y sólo será válida y eficaz la inclusión de dicha cláusula cuando se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer del asunto de que se trate, situación ajena a la planteada por la OCU en la presente litis.

BBVA también impugna los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia referidos a la citada cláusula por entender que no son de aplicación a ninguno de los supuestos en los que le imputa la entidad



demandante, esto es, en los contratos de préstamo hipotecario (documento 8 de la demanda) y de cuenta corriente de consumidor residente (documento núm. 3). Afirma dicha entidad bancaria que en ninguno de tales supuestos la inclusión de la cláusula de sumisión expresa contraviene ninguna norma imperativa. Pone de manifiesto dicha mercantil, con carácter previo, que, en relación con el contrato de préstamo hipotecario, la cláusula de sumisión se integra en el contrato lo mismo lo utilice un consumidor que un particular que no lo es; y que el contrato aportado de contrario es de fecha anterior a la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil cuando todavía estaba permitida la sumisión en los casos en que la acción se ejercitase en vía declarativa; sin embargo ambos argumentos deben ser rechazados: el primero, por cuanto presentando la demanda la OCU en virtud de la legitimación colectiva que le atribuye el art. 11 de la Ley Procesal el ámbito de esta resolución -como ya hemos expuesto- queda circunscrito a la protección de los consumidores y usuarios; y, el segundo, por cuanto no habiendo entrado en vigor la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia ya consideraba nula por abusiva dicha cláusula a tenor de lo dispuesto en el art. 10.1.c).3º de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su redacción primitiva de 19 de julio de 1984 ; de la Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 ; y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998.

Añade también la actual recurrente que la antedicha cláusula no puede interpretarse sin considerar su inciso final según el cual lo pactado tiene lugar "sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones legales que impongan un fuero específico". Alegación que también se rechaza toda vez que el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia anulando dicha cláusula sólo puede ser de aplicación en los casos en que la mercantil apelante, eludiendo el cumplimiento del fuero específico legalmente impuesto, pretenda hacer uso de la cláusula de sumisión expresa.

En lo atinente a la inclusión de dicha cláusula en el contrato de cuenta corriente de consumidor residente (documento 3 de la demanda), a cuyo tenor "las partes contratantes se someten al fuero de los Juzgados y Tribunales del último domicilio del/de los Titular/es notificado, según Cláusula cuarta, para cuantas acciones o reclamaciones puedan derivarse del contrato", tampoco se ha de ignorar la nulidad de dicha cláusula, en su consideración de abusiva, al amparo de lo impuesto por la Disposición adicional primera, apartado 27, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su redacción vigente tras la Ley 7/1998, de 13 de abril . En menor medida cabe admitir la precitada cláusula en cuanto prive al consumidor que pretenda demandar a la entidad bancaria de la posibilidad de optar por cualquiera de los fueros alternativos que le reconoce el art. 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; en efecto, corresponde al propio consumidor y no a la entidad bancaria el decidir cual es la "situación más ventajosa" a la hora de elegir cualquiera de los fueros alternativos que la ley ofrece para que el primero pueda demandar a la segunda.

OCTAVO.- CLÁUSULA TERCERA: SE CARGA AL CLIENTE CON TODOS LOS GASTOS DERIVADOS DE LA EVENTUAL LITIGIOSIDAD DEL CONTRATO:

1. IMPOSICIÓN DE TALES GASTOS:

"En caso de procedimiento judicial, todos los gastos y costas judiciales serán de cuenta de los demandados"

2. REPERCUSIÓN EN EL IMPORTE TOTAL DE LA OPERACIÓN:

"Constitución de Hipoteca: [...] Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo a la devolución del capital del préstamo [...] y además [...] del pago de las costas procesales, [correspondiendo por este concepto la suma de XX] MILLONES DE PESETAS, equivalente a [...] MILLONES DE EUROS..."

BSCH alega que el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia relacionado con dicha cláusula -y en virtud del cual se declara su nulidad por entender que vulnera el principio de equilibrio de prestaciones y limita la responsabilidad de la entidad- no le sería de aplicación toda vez que la cláusula segunda del condicionado general del documento número 13 de la demanda, al que se refiere la actora, lo que recoge literalmente es que "...Serán a cargo de la parte prestataria (...) los gastos judiciales o extrajudiciales que el Banco tuviera que satisfacer para obtener el cumplimiento del contrato, incluso los honorarios de Letrado y Procurador"; y que "los aludidos gastos(...) serán exigibles desde que se ocasionen o devenguen". Entiende dicha mercantil que ello no es sino aplicar directamente el principio objetivo o de vencimiento que, en materia de costas, impone el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Frente a tal alegación, hacemos nuestro el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en cuanto al primer apartado de dicha cláusula. Tal pacto es contrario al criterio objetivo que en materia de costas en primera instancia impone el art. 394 de la Ley Procesal ; sustituye la aplicación que del mismo corresponde al tribunal por la de la propia de parte; e impide apreciar la posibilidad de que -admitiendo a efectos meramente dialécticos que el usuario de Banco incumpla sus obligaciones contractuales- no tenga ninguna de las partes



contratantes que pagar las costas que se ocasionen si concurren serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición. Dudas que, en ningún caso, podría apreciar unilateralmente la entidad que redacta el contrato de adhesión. Tampoco contempla la posibilidad de que la estimación de las pretensiones del Banco, ante el hipotético incumplimiento contractual del usuario, sea únicamente parcial, en cuyo caso el segundo párrafo del art. 394 prevé cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad; ni, incluso, la posibilidad de que el Banco formule cualquier reclamación temeraria, supuesto en el que lo procedente sería imponer tales costas al Banco aunque la estimación de sus pretensiones se hubiese estimado parcialmente, lo mismo que si hubiese sido el cliente quien hubiese actuado con temeridad habrían de imponérsele las costas al amparo de lo dispuesto en el precitado párrafo 2º del art. 394 .

Como se indica en la sentencia contra la que se recurre, la meritada cláusula vulnera el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes contratantes y, en consecuencia, merece ser declarada nula a tenor de lo dispuesto en el art. 10.1.c) y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ; por otra parte, el pacto sobre costas, si no es ilícito, resulta irrelevante pues carece de fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional según la jurisprudencia seguida, entre otras, por la S.T.S. de 20 de mayo de 1998 y las que en ella se citan. Argumento que necesariamente hemos de relacionar con lo dispuesto en el art. 1168 del Código Civil cuando distingue entre los gastos extrajudiciales que ocasione el pago, que son de cuenta del deudor, y los judiciales -a los que ahora nos referimos- cuya decisión sólo incumbe al Tribunal.

Bankinter, en relación con dicha cláusula, diferencia el pacto sobre costas incluido en los contratos de préstamo hipotecario, de la inclusión de las costas dentro del importe garantizado con la hipoteca. En el primero de los casos -cláusula 5ª, g) del documento núm. 9 de los acompañados con la demanda, a cuyo tenor "correrán por cuenta del prestatario los gastos derivados de los siguientes conceptos... gastos extrajudiciales y costas judiciales ocasionados a Bankinter como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario"- es claro que, en lo atinente a los gastos extrajudiciales, no merecen especial pronunciamiento por parte de este tribunal toda vez que el principio dispositivo ha limitado nuestro conocimiento -mediante las alegaciones formuladas por las partes- a las costas judiciales; y, en cuanto a éstas, nos remitimos a lo anteriormente expuesto sobre la visión parcial e interesada que se contiene en la cláusula que ahora se impugna. Así, "estipular" la imposición al prestatario de las costas judiciales ocasionadas al Banco como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago imputable a aquél supone, indudablemente y aunque esta entidad recurrente alegue lo contrario, un pacto sobre costas; y, en la medida que no se contempla la posibilidad de que ese impago haya podido ser justificado y, sobre todo, se tiende a impedir que el Órgano Jurisdiccional pueda decidir en contra de lo estipulado, resulta abusivo y contrario al equilibrio de prestaciones que ha de inspirar la relación contractual entre el Banco y sus clientes (usuarios).

Caja Madrid igualmente impugna los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia relacionados con la antedicha cláusula distinguiendo su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario y en la tarjeta, ante lo que, en evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo expuesto, tanto en cuanto su carácter abusivo, como a la irrelevancia de que en la actualidad se haya modificado su redacción.

Del mismo modo rechazamos las alegaciones formuladas al respecto por BBVA tanto en relación con los contratos "Integral Visa Electrón" y "Visa Mastercard", como en relación con el contrato de préstamo hipotecario. En cuanto a los primeros, al margen de lo ya expuesto, comporta una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los usuarios, mereciendo por ello la consideración de abusiva a los efectos prevenidos en el art. 10.1.c), 3º de la Ley 26/1984, de 19 de julio , la imposición a los clientes del Banco de aquellos gastos que sean innecesarios para la satisfacción de sus intereses, tales como los honorarios de abogado y procurador en los supuestos en los que su intervención no sea preceptiva. No obsta a lo anterior el principio de integridad de la prestación alegado por la entidad bancaria pues, insistiendo una vez más en que nos referimos exclusivamente a las costas judiciales, la aplicación de lo que dispone al efecto el art. 1168 del Código Civil no puede privar a los tribunales de examinar en cada caso concreto la procedencia de la condena a cualquiera de los litigantes al pago de las costas causadas ni, en menor medida, le puede vincular en perjuicio de los consumidores o usuarios un pacto que es contrario a lo dispuesto en los arts. 243.2 y 245.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto puede suponer la imposición a la parte vencida en costas del pago de unos honorarios inútiles o superfluos.

Especial consideración merece la segunda de las cláusulas transcritas, por las que se pacta extender la hipoteca constituida a favor de Bankinter a las costas. No se trata ya del pacto sobre costas, sino de extender la garantía de la hipoteca al pago de las costas judiciales que impongan los tribunales a los propios consumidores conforme a la legislación vigente y al margen de todo pacto. Dicha cláusula, lejos de ser abusiva y quebrar el equilibrio de las prestaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, encuentra perfecto acomodo dentro de nuestra legislación en preceptos tales como el art. 1861 del Código Civil ; art. 105 de la Ley



Hipotecaria y 219,3º de su Reglamento ; e incluso en el art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuyo tenor se han de imponer al ejecutado con carácter general las costas de la ejecución. Lo contrario podría conducir al absurdo de privar a la entidad acreedora de la garantía constituida sobre el bien hipotecado obligándola a acudir a otra ejecución para perseguir distintos bienes del deudor ejecutado con los graves inconvenientes que ello comportaría.

Como consecuencia de lo expuesto, procede revocar la sentencia de primera instancia en los términos antedichos y, en su lugar, declarar la validez de la segunda parte de la cláusula impugnada estimando de este modo los recursos interpuestos al efecto por Bankinter, BBVA y Caja Madrid.

NOVENO.- CLÁUSULA CUARTA: PRECONSTITUCION POR LA ENTIDAD DE PRUEBA DOCUMENTAL VINCULANTE, A FAVOR DE SÍ MISMA:

"Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad".

Alega la OCU que, frente a lo sostenido en el "Fundamento de Derecho Noveno" de la sentencia de primera, la precitada cláusula debe ser declarada nula por abusiva en la medida que contempla que, en caso de reclamación judicial, valga como prueba suficiente de la deuda la certificación liquidatoria presentada por la entidad bancaria, sin dar cabida al cliente a la posibilidad de presentar prueba en contrario (sic). Frente a ello, compartiendo lo expuesto en la resolución contra la que se recurre, bastaría la mera lectura de aquella cláusula para comprobar que no se limita el derecho del usuario de los servicios bancarios a valerse de cuantos medios de prueba tenga por convenientes -admitidos en nuestro ordenamiento jurídico- para desvirtuar el contenido de la certificación presentada de contrario. Tampoco obsta a lo anterior el que el Banco o Caja de Ahorros no informe a sus clientes del derecho que les asiste en tal sentido pues nada les impide, si carecen de los conocimientos necesarios al efecto, acudir a la asistencia jurídica que nuestra sociedad pone a su disposición, entre los que se cuenta la propia entidad demandante.

En cuanto al pacto de liquidez, tras haber sido admitido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 10 de febrero de 1992 , ha sido reiteradamente admitido por el Tribunal Supremo -entre otras- en Sentencia de 7 de mayo de 2003 y 3 de febrero de 2005 ; e incluso por el legislador en el art. 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por cuanto antecede, rechazamos que la falta de información que la actora imputa a dicha cláusula -y que en absoluto le es exigible- infrinja lo dispuesto en los arts. 2.1.d), en cuanto no constituye propiamente una información incorrecta del servicio prestado por la entidad bancaria; ni en el art. 10.1.a) en la medida que permite la comprensión directa del contrato; ni supone la imposición de una renuncia o limitación de los derechos del consumidor a los efectos prevenidos en el apartado 14 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , tras la modificación introducida en la misma por la Ley 7/1998, de 13 de abril ; ni impone la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los términos previstos por el apartado 19 de la citada Disposición Adicional . Abundando en lo anterior, es comúnmente aceptado por los Tribunales la certificación antedicha, unilateralmente elaborada, en virtud de pacto que libremente lo autorice, como prueba indiciaria que permite la admisión a trámite de la solicitud de juicio monitorio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 812.1.2ª , así como despachar ejecución a tenor de lo dispuesto en el art. 550.1.1º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sin perjuicio de prueba en contrario.

De admitir la pretensión de la actora, podría llegarse al absurdo de resultar exigible a las entidades demandadas cualquier información relativa a los derechos de los consumidores en cada operación bancaria que efectuasen con ellos. En consecuencia desestimamos el presente motivo impugnatorio y confirmamos la sentencia de primera instancia en cuanto la misma reconoce la validez de dicha cláusula.

DÉCIMO.- CLAUSULA QUINTA: DERECHO DE LA ENTIDAD A DISPONER DEL DINERO DE CLIENTES QUE NO HAN CONTRAÍDO NINGUNA DEUDA CON ELLA:

1. "La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares " (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria).

2. "Las posiciones acreedoras que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros" (Bankinter).



3. "Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos" (Santander Central Hispano)

Abundando en lo expuesto en el "Fundamento de Derecho Noveno" de la sentencia contra la que se recurre, es preciso distinguir la relación existente entre los distintos cotitulares de una -o varias- cuenta y/o depósito bancarios, de aquella otra que une a una entidad demandada con cualquiera de ellos. En el primero de los casos es conocida la doctrina jurisprudencial sobre la titularidad indistinta de la cuenta, encaminada a determinar el origen de la masa patrimonial que ha de responder de las deudas de alguno de los cotitulares frente a los demás, lo que es ajeno a los supuestos que nos ocupan pues afecta únicamente a la disponibilidad, que no propiedad, del saldo existente (S.T.S. de 29 de mayo, 7 de noviembre y 22 de diciembre de 2000; y 10 de febrero de 2003); y la relación de la entidad bancaria frente a alguno de ellos. Sólo en este caso cabría plantearse la objeción formulada por la OCU pero ello siempre que concurriese una doble circunstancia: de un lado que la deuda correspondiese sólo a parte de los cotitulares, no a los demás -en cuyo caso coincidiría en ellos la doble condición de deudor y responsable-; y la segunda, que no se hayan comprometido todos los titulares, bien directamente en virtud de contrato de cuenta corriente o de depósito, bien mediante otra cuenta asociada, a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas pertenecientes a cualquiera de ellos entre los activos de los demás; ahora bien, la referida autorización deberá ser conocida y expresamente aceptada por los usuarios de las entidades demandadas pues, en otro caso, se vulneraría lo dispuesto en el art. 1196 del Código Civil en cuanto permitiría la compensación de deudas que no serían líquidas y exigibles -ya que no ha precedido el ejercicio de acción judicial, ni la resolución del contrato o la previa comunicación al deudor- así como lo dispuesto en los arts. 7.a) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , en cuanto carecería del preceptivo conocimiento del adherente; y del art. 8, en relación con la Disposición Adicional 1ª, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , en la medida que implicaría un desequilibrio de las posiciones de las partes. No concurriendo estas circunstancias, como resulta de la prueba practicada en los supuestos que nos ocupan, las meritadas cláusulas contractuales no pueden ser genéricamente anuladas como pretende la entidad actora pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que impida a un tercero, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad del cotitular deudor.

UNDÉCIMO.- CLÁUSULA SEXTA: EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD POR PÉRDIDA, SUSTRACCIÓN O MANIPULACIÓN DE CHEQUES:

"El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del extravío, sustracción o manipulación de los cheques".

Ante el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que considera abusiva dicha cláusula por imponer al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables, se alza Caja Madrid alegando que el contenido de dicha cláusula, en lo que a tal entidad respecta, difiere de la transcrita por la actora, del siguiente tenor literal:

"Custodia/extravío del talonario

El/los titulares de la cuenta corriente se obliga/n a custodiar debidamente el talonario, asumiendo las responsabilidades por el libramiento indebido de cheques aún por persona no autorizada.

En caso de hurto o extravío del talonario, se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito a la CAJA DE MADRID, acompañando la copia de la denuncia presentada. La CAJA DE MADRID queda relevada de toda responsabilidad si atendiera el pago de un cheque antes de recibir dicho aviso unido a la copia de la denuncia presentada" (folio 124).

Comienza alegando dicha entidad demandada que la antedicha cláusula no es contraria a la buena fe, ni causa perjuicio al consumidor, ni provoca desequilibrio entre las obligaciones y derechos asumidos por ambas partes, pues, el cliente conoce que en cuanto comunique el extravío queda exento de toda responsabilidad; sin embargo, de la lectura de la referida cláusula no se infiere ese pretendido reparto de responsabilidades entre el cliente y Caja Madrid en caso de hurto o extravío de talonario. Por el contrario, ni se puede generalizar la exención de responsabilidad de la mercantil recurrente en caso de haber atendido el pago de un cheque antes de la comunicación de la sustracción por su cliente, toda vez que puede incurrir también en negligencia si no comprueba la firma que lo autorice o, pudiendo conocer su falsedad por otro medio distinto de la comunicación precitada, omite tal diligencia; ni el pago posterior a la comunicación, según el contenido de la cláusula, relevaría al usuario de toda responsabilidad en tanto no se apreciase la culpa en que hubiese podido incurrir la apelante.



Tampoco acogemos la segunda alegación consistente en la posterior modificación de la redacción de la citada cláusula remitiéndonos a lo ya expuesto.

Del mismo modo rechazamos su última alegación referida a que no procede aplicar el nº 21 de la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios considerando que Caja Madrid sería víctima del engaño que supone el cheque falso o manipulado y ello nunca podría entenderse como un error administrativo o de gestión. Frente a ello es conocida la doctrina jurisprudencial seguida, entre otras, por las S.T.S. de 17 de mayo de 2000 -y las que en ella se citan- que, aplicando lo dispuesto en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, declara que "... la entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título está correctamente firmado por el librador, de manera que ha de realizar una labor de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, y en el supuesto de que mantenga una conducta negligente en las labores de comprobación incurrirá en responsabilidad contractual, sin que sea aplicable aquí la regla del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos, con indicación de que la responsabilidad indemnizatoria, correspondiente al librado por el daño resultante del pago de un cheque falso o falsificado, puede quedar excluida cuando el titular de la cuenta corriente haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa, ni la interpretación jurisprudencial de este precepto con mención a que cuando, pese a la presencia de aquélla, aparece asimismo una clara conducta de igual grado por parte del perjudicado -cuya concurrencia culposa, como en todos los casos de responsabilidad por culpa contractual o extracontractual, es, incluso, apreciable de oficio- los Tribunales pueden moderar la responsabilidad del Banco y reducir en proporción su obligación resarcitoria, mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta.

BBVA impugna igualmente el citado pronunciamiento de la sentencia de primera instancia y, refiriéndose a la estipulación 2ª del contrato de apertura de cuenta corriente que, redactado por aquella, aporta la actora como documento núm. 3 de la demanda (folios 118 y 119), entiende que la misma no hace sino distribuir las responsabilidades en los términos previstos por el art. 156 meritado. Frente a ello damos por reproducido lo anteriormente expuesto así como la interpretación que del referido precepto hace la jurisprudencia seguida, entre las más recientes, por las S.T.S. de 7 de mayo, 18 de noviembre y 24 de diciembre de 2002, en el sentido de que ha de atenderse a cada caso concreto para determinar la responsabilidad imputable al Banco o a su cliente; ello conlleva la nulidad de la cláusula que, en términos generales, exonera de responsabilidad a la entidad recurrente.

Del mismo modo rechazamos la alegación formulada al respecto por Bankinter, que invoca la interpretación jurisprudencial del art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque llevada a cabo por la S.T.S. de 7 de mayo de 2002 -aunque por error se cita el 7 de mayo de 2003- remitiéndonos a lo ya expuesto en evitación de repeticiones innecesarias.

DUODÉCIMO.- CLÁUSULA SÉPTIMA: EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD EN EL PAGO A LOS ESTABLECIMIENTOS POR LAS OPERACIONES REALIZADAS CON TARJETAS (DE CRÉDITO, O DE DÉBITO) EXPEDIDAS POR AQUÉLLA:

"El banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que puedan derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta".

Alega la OCU que, frente a la declaración de validez de dicha cláusula que se contiene en el "Fundamento de Derecho Noveno" de la sentencia contra la que se recurre, no cabe ignorar que la misma es indiscriminada en cuanto no delimita los supuestos de responsabilidad; que el consumidor titular de la tarjeta, con quien contrata el servicio es con la entidad bancaria, y desconoce -y no tiene ninguna relación contractual con ellos- a los demás sujetos con los que la entidad contrata, para vincularles en el procedimiento de pago; y que los tribunales de justicia sí han establecido la responsabilidad de las entidades emisoras por las incidencias en el uso de la tarjeta.

Frente a tales alegaciones se ha de tener en consideración la pluralidad de personas -físicas o jurídicas- que intervienen en el proceso de emisión, expedición y uso de las tarjetas de crédito, así como los contratos en los que participa cada uno de ellos. Partiendo de tal consideración es claro que en las operaciones llevadas a cabo entre el titular de la tarjeta y el establecimiento en el que se pretende usar como medio de pago no interviene la entidad bancaria que expide tales tarjetas por lo que, aplicando el principio de relatividad de los contratos contemplado en el art. 1257 del Código Civil, no le alcanza la responsabilidad que pudiera derivarse de aquellas operaciones. Distinto sería que se eximiese de responsabilidad a la entidad demandada emisora de las tarjetas en supuestos en los que no se pudiesen utilizar éstas por causa imputable a las referidas entidades, por ejemplo, por haber cerrado o limitado injustificado indebidamente la línea de crédito concedida al titular de la tarjeta, pero ello no sería consecuencia -o "incidencia"- de la operación, sino de la anómala prestación del

servicio por la entidad financiera y sí permitiría al consumidor ejercer contra ella las acciones que tuviera por convenientes con independencia del contrato por el que se le concedió la referida tarjeta; se trata, por tanto, de supuestos ajenos al que nos ocupa.

En cuanto a la entidad con la que contrata el consumidor, damos por reproducido lo anterior; efectivamente éste contrata con la entidad emisora de la tarjeta y con el establecimiento adherido, pero ello no implica que aquella deba responder de todas las incidencias que puedan surgir del uso de la tarjeta y a las que resulte ajena, como tampoco se crea indefensión al consumidor que, caso de ser imputable a la entidad emisora la imposibilidad de su uso en determinada operación, puede ejercitar frente a ella las acciones que le asistan nacidas tanto de la responsabilidad contractual - independiente, insistimos, de la operación concreta- o extracontractual en que haya incurrido la entidad financiera.

Finalmente, en lo atinente a la existencia de resoluciones judiciales que han reconocido la responsabilidad de las entidades emisoras por las incidencias en el uso de la tarjeta, hemos de repetir una vez más que ello es perfectamente viable como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones exigibles a la entidad emisora, pero no de operaciones en las que no interviene aquella; por lo expuesto desestimamos este motivo impugnatorio.

DECIMOTERCERO.- CLÁUSULA OCTAVA: EXENCIÓN DE TODA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD, POR EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN DE LA TARJETA (DE CRÉDITO O DE DÉBITO), O DE LA LIBRETA, ANTES DE QUE SU TITULAR NOTIFIQUE SU PÉRDIDA:

Abarca tres aspectos diferenciados aunque íntimamente en conexión:

1. Exención de responsabilidad por pérdida de tarjeta antes de la comunicación a la entidad:

"El titular será responsable sin limitación alguna del uso de la tarjeta antes de la notificación de la pérdida o sustracción...":

-"[Si ésta no se ha efectuado] de forma inmediata" (BBVA)

-"El robo, hurto, extravío, deterioro o falsificación de la tarjeta o el conocimiento del número de identificación contra su voluntad, por otras personas, el titular debe comunicarlo urgentemente en cualquiera de estos teléfonos..." (Bankinter)

-"[Si los hechos no se denuncian] antes de transcurridas veinticuatro horas de su acaecimiento" (Caja Madrid)

-"[Si la notificación al Banco no se produce] a la mayor brevedad" (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de débito)

-"[Si la notificación al Banco no se produce] de inmediato" (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de crédito)

2. Exención de responsabilidad por pérdida de libreta antes de la comunicación a la entidad:

-"En caso de sustracción o extravío de alguno de éstos [cheques, libretas, tarjetas y demás documentos de disposición entregados por el Banco], se compromete [el titular] a dar aviso al Banco con la mayor urgencia [...] Si tal aviso no se produjera, el Banco no será responsable si efectúa algún pago..." (BBVA)

-"En caso de hurto o extravío de [la Libreta, el titular de ésta] se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito [...] quedando [la entidad] relevada de toda responsabilidad si atendiera operaciones con cargo a la misma antes de recibir dicho aviso" (Caja Madrid)

-"[El titular] deberá comunicar inmediatamente al Banco cualquier extravío, robo o uso indebido de la Libreta en Cajeros por un tercero [...]"

El titular será responsable de las extracciones de efectivo por Cajero Automático efectuadas por terceros en los casos de extravío, sustracción o uso indebido de la libreta por Cajero Automático, hasta la oportuna notificación (confirmada por escrito) al Banco del hecho acaecido" (Santander Central Hispano).

3. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASO DE USO FRAUDULENTO DE NÚMERO SECRETO DE LA TARJETA:

-"... El uso del número de identificación personal por alguien distinto al titular, presupone grave negligencia por parte del mismo, salvo que se dé un caso de fuerza mayor" (Bankinter)

-"... La pérdida económica sufrida en el caso de operaciones que exijan mareaje de número secreto, será a cargo del contratante o, en su caso, del titular de la Tarjeta, salvo que se demuestre que se vio obligado a revelarlo bajo coacción" (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de débito)



"... cuando se trate de operaciones que exijan marcaje de número secreto, será de su cargo [del titular de la tarjeta] la totalidad de la pérdida económica, salvo que se demuestre que se vio obligado a declararlo bajo coacción" (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de crédito)

Alega la OCU que, frente al pronunciamiento de la sentencia -según el cual, de admitir la nulidad de dicha cláusula, se desplazaría la obligación de custodia que tiene el propietario sobre dichos instrumentos- ni existe tal desplazamiento de la obligación de custodia ni se invierte la carga de la prueba. Distingue la actora entre la obligación que tiene el titular de la tarjeta o libreta de custodiarlas, y las consecuencias de que se efectúen cargos tras su extravío o sustracción; sin embargo, resultando incontrovertida la obligación del usuario de custodiar la tarjeta de crédito o débito así como de la libreta, compartimos con el Juzgado de procedencia la consideración de que cualquier cargo que se hiciese en la cuenta del cliente tras la sustracción o extravío de aquellas es ajena a la responsabilidad de la entidad emisora de la misma en cuanto no se le haya comunicado por el interesado ni haya podido conocer por otro medio el hecho de su ilícita utilización.

Añade la antedicha entidad que la resolución contra la que se recurre no reflexiona sobre la proporcionalidad o desequilibrio de una estipulación que deja en manos de una sola de las partes el poder de interpretar cuándo una conducta está bien cumplida, esto es, cuándo se ha comunicado urgentemente su sustracción o extravío; sin embargo, insistiendo en lo anteriormente expuesto, rechazamos que puede apreciarse la falta de proporcionalidad o desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes cuando, normalmente, la entidad emisora de la tarjeta o libreta carecerá de otro medio de conocimiento de la sustracción o extravío que la propia comunicación de su cliente; ello sin cerrar la posibilidad de que, excepcionalmente, se pruebe que la entidad bancaria pudo conocer la sustracción o extravío antedicho así como evitar los cargos que se intentasen realizar en la cuenta del consumidor antes de que su titular le comunicase que le había sido sustraída o la había extraviado.

En cuanto al uso de la tarjeta o libreta, el hecho de que las entidades demandadas no respondan del mismo no se debe sólo a la presunción de negligencia en su custodia, sino también a la indebida imputación del mismo a aquellas mientras no hayan tenido posibilidad de conocer su pérdida o sustracción.

Ciertamente la "coacción" y la "fuerza mayor" no agotan los supuestos no imputables al titular de la tarjeta o libreta -siendo posible, entre otras posibilidades, la apuntada por la actora en el sentido de que, disponiendo de equipo técnico adecuado, resulte innecesario conocer el número secreto- ahora bien, ello tampoco permite imputar genéricamente al Banco o Caja el cargo indebido que se haya podido efectuar, debiendo examinar cada caso concreto para determinar su posible responsabilidad.

Tampoco la obligación de comunicación inmediata o urgente comporta una obligación desproporcionada o abusiva en los términos que pretende la actora pues, pesando sobre el consumidor la obligación de su custodia y dependiendo esencialmente de su diligencia el comunicar la pérdida o sustracción de la tarjeta o libreta a la entidad que la ha emitido las consecuencias dimanantes de su uso no autorizado, el mayor interesado en efectuar esa comunicación con la mayor celeridad posible es su propio titular. Abundando en lo anterior, y al margen de la obligación de actuar diligentemente que impone al deudor el art. 1104 del Código Civil, hemos de remitirnos a la Recomendación 88/590/CEE que refleja la necesidad de que dicha comunicación se efectúe rápidamente cuando dispone que la misma se realice "sin excesiva demora". Distinto es que, al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1 del Código Civil, la interpretación de dicha norma se efectúe ponderando las circunstancias concretas que se conciten en cada supuesto, pero ello, en cualquier caso, es insuficiente para desvirtuar los pronunciamientos de la resolución contra la que se ha apelado y, por tanto, merece ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- CLÁUSULA NOVENA: EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD, POR FALLOS EN SUS APARATOS EN LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES CON TARJETAS (DE CRÉDITO O DE DÉBITO):

"El banco queda exento de responsabilidad por incidencias de tipo técnico u operativo en los cajeros automáticos o terminales de capturas".

BBVA impugna el pronunciamiento contenido en el auto aclaratorio de fecha 13 de octubre de 2003 por el que, supliendo la omisión padecida en la sentencia de 24 de septiembre anterior, se declaró la nulidad de dicha cláusula considerando que no podía el Banco eximirse de responsabilidad por el mal funcionamiento en su sistema operativo que afectase a los cajeros automáticos o terminales de capturas, sea cualquiera la causa, cuando el cliente o usuario no había tenido intervención en los mismos.

Alega dicha sociedad recurrente que, teniendo esta cláusula el mismo fundamento que la séptima - cuya validez fue declarada por la sentencia de primera instancia- procede dejar sin efecto la nulidad decretada; sin embargo, el fundamento de ambas cláusulas es diferente: en el caso de la cláusula séptima se admite la validez de la cláusula que exonera de responsabilidad al Banco en cuanto el mismo es ajeno a las operaciones



en que interviene el titular de la tarjeta y determinado establecimiento; por el contrario, tratándose del uso de dicha tarjeta en cajeros automáticos o terminales de capturas, la responsabilidad derivada de su defectuoso funcionamiento es claramente imputable a la entidad a la que pertenece el referido cajero automático o terminal de capturas, como también lo es cuando se trata de otros aparatos pertenecientes a distintas entidades bancarias pertenecientes a las misma red concertada. Al efecto no se ha de ignorar que, del mismo modo que un determinado Banco se sirve de cajeros automáticos ajenos y ofrece a sus clientes la posibilidad de usar en ellos las tarjetas por ellos emitidas, obteniendo así beneficios tales como el cobro de gastos o comisiones, o simplemente utilizando dicho servicio como un medio más de captar clientela, también debe asumir el riesgo de su deficiente funcionamiento frente al consumidor que, ni interviene en la elección o mantenimiento de tales aparatos, ni obtiene por su uso otro beneficio que el de su propia comodidad, en ocasiones a cambio de cierto precio; por cuanto antecede rechazamos el presente motivo impugnatorio.

En el mismo sentido rechazamos la alegación formulada por BSCH en relación con la incorporación de dichas cláusulas a las "condiciones generales" que obran en los contratos aportados como documentos núm. 17 y 18 de la demanda, sobre las que cabe predicar lo mismo que en el caso precedente, con la salvedad de aquellos supuestos en los que expresamente se contempla la posibilidad de que haya sido el titular de la tarjeta el causante de la avería o que, pese a haber sido oportunamente advertido de la misma, hubiese procedido a la utilización del cajero automático. En otros términos, la nulidad de la cláusula antedicha ha de entenderse en cuanto la misma pueda eximir al Banco genéricamente de aquellas incidencias de tipo técnico u operativo que se produzcan en los cajeros automáticos o terminales de capturas; y, si bien es cierto que las cláusulas utilizadas por la presente entidad bancaria permiten una interpretación más flexible de su liberación de responsabilidad frente a sus clientes, admitiendo supuestos en los que sí se admite tal responsabilidad, tal flexibilidad desaparece cuando en su último inciso se añade que "...la imposibilidad de uso de la Tarjeta o la demora que pudiera producirse por avería, accidente, fallo mecánico o cualquier otra contingencia ajena a la voluntad del Banco, que afecten a los dispositivos en que la Tarjeta haya de ser utilizada, no determinarán responsabilidad alguna". Ante enunciado tan ambiguo en perjuicio del consumidor ha de confirmarse anulación de la precitada cláusula.

En lo atinente a Bankinter, damos por reproducido lo anteriormente expuesto insistiendo en que las referencias -que se contienen en las cláusulas incorporadas a los contratos aportados como documentos 19 y 19 bis de la demanda- a los daños o perjuicios que se pudieran derivar de interferencias, omisiones, interrupciones, virus informáticos... "motivadas por causas ajenas al Banco"... "fuera del control del Banco"... y "siempre que proceda de fuentes ajenas al mismo (Banco)" no pueden exonerar genéricamente su responsabilidad en los términos expuestos.

Lo mismo sucede en el caso de Caja Madrid, que igualmente impugna el anterior pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, pues en el apartado 5º de la condición general 10 impone al titular de la tarjeta la obligación de "aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que figure registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante" (folio 251), privando así al titular de la tarjeta de la posibilidad de oponerse al resultado de dicha impresión mecánica. Y, siendo lo anterior motivo suficiente para desestimar su recurso en cuanto al presente motivo impugnatorio, lo es aún más el contenido de la condición general 12 en la que, tras recoger en su apartado 2º que la Caja responderá frente al titular de la tarjeta por la no ejecución o ejecución incorrecta de operaciones debidas al funcionamiento defectuoso de máquinas o sistemas situados directamente bajo su control, quedando limitada la responsabilidad al importe de la operación; que la reclamación pertinente deberá efectuarse, salvo supuestos excepcionales, en el plazo máximo de dos días hábiles; y que la responsabilidad de la Caja se verá minorada en los casos en que el titular haya contribuido con su conducta al indicado funcionamiento defectuoso, añade en el apartados siguientes: "3º. La Caja no asumirá responsabilidad alguna por daños debidos a avería técnica de la máquina o sistema de pago si dicha avería pudo ser conocida por el titular de la tarjeta antes de iniciar la operación, bien mediante un mensaje en la propia máquina o sistema, o de cualquier otra manera, y ello tanto en las máquinas o sistemas de su propia red como en aquellas con las que esté conectada". La referencia ambigua a "cualquier otra manera" por la que el titular pudiera haber tenido conocimiento de la avería de la máquina y el hecho de que su apreciación corresponda unilateralmente a la propia Caja, permite considerar abusiva dicha cláusula al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios .

DECIMOQUINTO.- CLÁUSULA DÉCIMA: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO POR INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIER PRESTACIÓN POR EL PRESTATARIO:

(Vencimiento anticipado por): "El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que se contraen en el contrato, incluso las accesorias".



Caja Madrid combate el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que declaró nula dicha cláusula, alegando que, en lo que al contrato de préstamo hipotecario de dicha entidad se refiere, la misma no cumple ninguno de los requisitos exigidos al efecto por el art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Concretamente el tenor literal de la citada cláusula es el siguiente dentro de los supuestos en los que, según la estipulación sexta bis, procede la resolución anticipada del contrato por la entidad de crédito: "Segundo.- Igualmente, el préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto y podrá procederse al reintegro de las cantidades entregadas, intereses, intereses de demora, por medio del procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria, por el procedimiento ejecutivo extrajudicial o por el procedimiento ejecutivo general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos siguientes: a) Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca o fincas, aún cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la Entidad prestadora facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismos efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción" (folios 200 y 201).

Considera la entidad demandada -ahora recurrente- que, frente a lo sostenido de contrario, la referida cláusula no carece de la oportuna proporcionalidad -a los efectos que nos ocupan- en cuanto no sólo contempla la resolución del contrato a favor de aquella entidad; sin embargo, siendo cierto que la referida cláusula menciona el "incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura", lo que permitiría aplicarlo tanto en el caso de que dicho incumplimiento contractual fuese imputable a la entidad de crédito como a su cliente, del examen del resto de la repetida cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor pues sólo él resulta obligado al pago de las cuotas de amortización, de los recibos de contribución o impuestos que graven fincas o de las primas de seguro en los términos transcritos.

Añade la actual recurrente que, frente a lo sostenido por la actora, no resulta desproporcionado atribuir el carácter resolutorio a cualquier incumplimiento. Alegación que rechazamos pues no cabe un pronunciamiento genérico y universal como es el contenido en la cláusula ahora impugnada - "incumplimiento de cualquiera de las obligaciones"- sino que, como interesaba la OCU y ha sido admitido por la sentencia de primera instancia, habrá de examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida a efectos de determinar la posible nulidad de la cláusula.

No ignoramos al efecto lo declarado en la S.T.S. de 27 de marzo de 1999 en el sentido de que las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo son nulas por ser contrarias a las leyes, pero ya en nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 2002 (Rollo 289/2001), además de anticipar el carácter no vinculante de aquella declaración por figurar en uno de sus obiter dictum, no en su fallo, y de tratarse de una resolución única no merecedora de la condición de jurisprudencia al amparo de lo que dispone el art. 1.6 del Código Civil, exponíamos que la determinación de si una cláusula de vencimiento anticipado era o no contraria a la ley exigía una aplicación de la misma conforme a la buena fe y al ejercicio del derecho sin abuso, fruto de una interpretación proporcional por los órganos judiciales, máxime tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual cuyo art. 693.2 permite el vencimiento de las deudas a plazos si se hubiese así convenido y el pacto constase inscrito en el Registro. En este mismo sentido se pronuncia la doctrina (Prats Albentosa, que cita a Díez-Picazo, entre otros) que se remiten a la función de control de la legalidad de los pactos de vencimiento anticipado que corresponde a los tribunales de justicia; y, del mismo modo, diferentes resoluciones judiciales como la S.T.S. de 2 de noviembre de 2000, en la que se declara nula por abusiva al amparo de lo dispuesto en el art. 10.4 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios determinada cláusula, no por ser contraria a las leyes - como la anterior S.T.S. de 27 de marzo de 1999 - sino atendiendo a las circunstancias que concurrían en ese caso concreto que, al amparo de dicha cláusula, facultaban a la entidad prestamista para exigir el reintegro de los plazos vencidos y las letras de cambio pendientes de vencimiento perjudicando de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor...; S.A.P. de Tarragona (Sección 3ª) de 18 de octubre de 2002; S.A.P. de Madrid (Sección 9 bis) de 16 de mayo de 2003; S.A.P. de Pontevedra (Sección 5ª) de 23 de junio de 2003; S.A.P. Barcelona (Sección 14ª) de 10 de julio de 2003; S.A.P. Sevilla (Sección 5ª) de 16 de octubre de 2003; S.A.P. de Castellón (Sección 2ª) de 7 de enero de 2004, etc.

Así las cosas, sin perjuicio de que en casos concretos -en los que resulte notoriamente importante el incumplimiento contractual- pueda aceptarse el vencimiento anticipado por el incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, no ha lugar a declarar la validez de dicha cláusula en los términos genéricos que aparece redactada. Ello conlleva la desestimación del presente motivo impugnatorio y la confirmación de aquella sentencia según se ha expuesto.



En el mismo sentido se ha de desestimar el recurso formulado por BBVA en relación con la "Cláusula I- Cláusulas Financieras, 6ª bis de la escritura de préstamo hipotecario" que consta en el documento núm. 8 de los acompañados en la demanda. Según el "Fundamento de Derecho Octavo" de la sentencia de primera instancia, la redacción genérica dada a dicha cláusula en la que no se concreta la obligación que se incumple y se hace extensiva a las accesorias, no es una causa suficientemente justificada ni objetivada, que además aumenta las facultades del Banco en relación con la obligación del prestatario vulnerando el principio de reciprocidad al carecer de entidad suficiente para justificar esa grave consecuencia; el art. 1124 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta admite la resolución por incumplimiento de obligación esencial; pues bien, la calificación de "redacción genérica" es predicable en cuanto a la cláusula del Banco que ahora recurre, del siguiente tenor literal

"Cláusula I- Cláusulas Financieras, 6aBIS: Vencimiento anticipado del Préstamo.

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 casos determinados en la Ley y disposiciones aplicables, y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones 1a., 1a Bis., 2a., 3a., 3a Bis., 4a., 5a., 6a., 7a., 8a., 11a., y 12a. La misma facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo tendrá EL BANCO cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura, y en el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados".

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el art. 1124 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, es conocida dicha doctrina según la cual el incumplimiento ha de ser "de entidad suficientemente motivadora de la frustración del contrato" para que proceda su resolución (S.T.S. de 3 de marzo de 2005 , entre las más recientes); ahora bien, como exponíamos al examinar el recurso interpuesto por Caja Madrid, pudiera darse el caso de que el incumplimiento de una sola obligación fuese de tal relevancia que efectivamente justificase la resolución del contrato y su vencimiento anticipado en los términos estipulados, por lo que procede declarar la nulidad de dicha cláusula genérica, insistimos, sin perjuicio de que en algún caso concreto procede el vencimiento anticipado antedicho; en consecuencia, desestimamos también el presente motivo impugnatorio.

También Bankinter y BSCH impugnan el mismo pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en términos semejantes a los expuestos en relación con las cláusulas correspondientes incorporadas a los contratos aportados como documentos números 9, 11 y 12 de la demanda, por lo que, en evitación de repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo ya argumentado.

DECIMOSEXTO.- CLÁUSULA UNDÉCIMA: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO, POR LA FALTA DE PAGO DE UNA SOLA DE LAS CUOTAS:

(Vencimiento anticipado por:) "Cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo".

Aún cuando su impugnación tanto por Caja Madrid como por Bankinter se basa sustancialmente en los mismos motivos que la de la cláusula décima, en este caso sí procede su estimación por cuanto, a diferencia de lo que en aquella sucedía, en ésta no existe la misma indeterminación sobre la importancia de la obligación cuyo impago sirve de base al vencimiento anticipado que se pacta. Siendo así damos por reproducidos los argumentos por los que motivábamos que hubiese procedido declarar la validez de la cláusula décima si no hubiera sido tan genérica e indeterminada, con especial referencia a lo dispuesto en el art. 693.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuyo tenor puede reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro; y, de conformidad con el mismo, revocamos la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la validez de la cláusula impugnada, sin perjuicio - también a diferencia de lo que declarábamos en el caso de la cláusula décima- de que en el supuesto que ahora nos ocupa puedan también apreciarse casos en los que la especial importancia de la cuota impagada permita al tribunal, ponderando las circunstancias concurrentes, declarar excepcionalmente su nulidad.

DECIMOSÉPTIMO.- CLAUSULA DUODÉCIMA: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO, POR LA POSIBLE DISMINUCIÓN PATRIMONIAL DEL PRESTATARIO:

(Vencimiento anticipado:) "Cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa".

Alega la OCU que cuando la sentencia de primera instancia deniega la nulidad de dicha cláusula remitiéndose a su aceptación por la "jurisprudencia territorial", argumentando que supone una disminución de las garantías del prestamista que no viene obligado a asumir mayores riesgos de los existentes en el momento del contrato, infringe por inaplicación lo dispuesto en el art. 1129 del Código Civil así como los apartados 2, inciso segundo,



y 17, inciso primero, de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aduciendo que la cláusula ahora impugnada no contempla la concurrencia de una "justa causa" que propicie el vencimiento anticipado del contrato de préstamo.

Frente a tal alegación no cabe olvidar que el beneficio del plazo, previsto en el art. 1.129 del Código Civil, responde a la inexigibilidad del cumplimiento anticipado de las obligaciones mientras subsistan las garantías del acreedor, pero cuando éstas desaparecen, no sólo porque se haya consumado la insolvencia del deudor, sino también porque se haya comprometido la misma como consecuencia del embargo de alguno de sus bienes, prevalece sobre aquél beneficio el pacto mediante el que, bajo el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1.255, los contratantes hubiesen previsto el vencimiento anticipado del contrato.

Se pretende por la actora distinguir, dentro de los supuestos de embargo, aquellos en los que se trata de un embargo preventivo de los que consisten en otro ejecutivo; pero se obvia la posibilidad que en cualquier caso asiste al deudor de oponerse al mismo pagando la deuda o garantizando su cumplimiento de forma que subsistan intactas las garantías ofrecidas a la entidad prestamista al tiempo de celebrar el contrato de préstamo hipotecario. De no hacerlo también se produciría un desequilibrio de las obligaciones de los contratantes aunque, en tal caso, en perjuicio de la entidad prestamista.

Del mismo modo rechazamos que la cláusula que ahora se impugna contravenga lo establecido en los apartados 2 -inciso segundo- y 17 -inciso primero- de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. En ambos casos, para que las cláusulas merezcan la consideración de abusivas al amparo de lo dispuesto en el art. 10 bis, se exige que unilateralmente se reserve a favor del profesional la facultad de resolver anticipadamente el contrato (supuesto primero) o de interpretarlo o modificarlo sin motivos válidos especificados en el mismo (supuesto segundo), situaciones ajenas a las previstas en la cláusula ahora impugnada en las que es la modificación de la situación patrimonial del consumidor, que, o bien ve embargado alguno de sus bienes, o bien se consume su estado de insolvencia, provoca la pérdida de la garantía de la entidad prestamista. No se trata, por tanto -como alega la recurrente- de que la prestamista se reserve la facultad unilateral de resolver el contrato como medida preventiva frente a lo que libremente considere puede llegar a resultar, aunque aún no lo sea, un incumplimiento del contrato, ni tampoco se resuelve el contrato a pesar de que el cliente pague correctamente las cuotas del mismo; por el contrario, lo que sucede es que por una actuación imputable al consumidor que provoca el embargo de sus bienes o su propia insolvencia -no subsanada por el mismo mediante la constitución de una nueva garantía- se quiebra el principio "pacta sunt servanda" cercenando la garantía originalmente constituida a favor de la entidad prestamista. Por lo expuesto rechazamos este motivo impugnatorio.

DECIMOCTAVO.- CLÁUSULA DECIMOTERCERA: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO, POR IMPOSIBILIDAD DE REGISTRAR LA HIPOTECA POR CUALQUIER CAUSA:

(Vencimiento anticipado:) "Cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa".

Frente al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que acuerda la nulidad de dicha cláusula argumentando que la resolución anticipada en dicho supuesto únicamente sería entendible si se pactase que la causa de no inscripción era sólo imputable al prestatario y que, de no ser así, se incurre en la falta de reciprocidad de las prestaciones al desplazar sobre el cliente la carga de una de ellas, se alza Bankinter exponiendo la importancia de la inscripción de la hipoteca en el Registro y el riesgo que asume el Banco concediendo al consumidor el importe del préstamo antes de que se inscriba la hipoteca que constituye la garantía de su restitución.

Alegación que rechazamos toda vez que, siendo constitutiva la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad - arts. 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria - la entidad prestamista puede comprobar la viabilidad de la inscripción de la hipoteca constituida antes de entregar el importe del capital prestado. La omisión de dicha comprobación antes de acudir al Registro de la Propiedad con la escritura de hipoteca para proceder a su inscripción no es imputable al consumidor; por ello cuando la mercantil recurrente alega que sin inscripción no existe la hipoteca y que sin ella no se habría concedido el préstamo, está revelando que la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula que ahora examinamos. No obsta a lo anterior la alegación de la misma entidad bancaria en el sentido de poder entenderse que existía una condición resolutoria -si no se inscribe la hipoteca, se resuelve anticipadamente el contrato de préstamo- ni el derecho que pueda asistir al consumidor para reclamar frente a aquella la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que le pueda causar cuando la causa de la no inscripción de la hipoteca sea imputable a Bankinter; se trata de dos posibilidades no previstas expresamente en la cláusula impugnada y cuya presunción pugna con el criterio restrictivo con el que han de interpretarse los pactos sobre vencimiento anticipado de tales



contratos. No en vano el art. 10,2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios dispone que, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Como consecuencia de lo anterior, compartimos con la sentencia de primera instancia la consideración de que la citada cláusula merece la consideración de abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, a los efectos previstos en el art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios .

En cuanto a la impugnación formulada por Caja Madrid, además de dar por reproducido lo expuesto a efectos de su desestimación, rechazamos igualmente que lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1º del art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios obste a la nulidad de la cláusula que nos ocupa; en efecto, disponiendo dicho precepto que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" (negrita y subrayado de esta parte apelante). Reiteramos que, al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula ahora impugnada, son las entidades prestamistas las que asumen el riesgo de hacer el desembolso que el préstamo conlleva confiando en la posterior inscripción de la hipoteca que garantice su restitución. Riesgo asumido porque, como la propia entidad recurrente reconoce, "la inscripción es una operación habitual y diaria de las entidades financieras que tienen perfectamente organizada, precisamente, porque la inscripción final de su garantía hipotecaria es objetivo primordial en esa fase de concesión" (folios 849 y 850), razón por la cual llevan a cabo las verificaciones registrales que consideran oportunas. Siendo así, no es dado trasladar al consumidor la carga de un riesgo de la entidad financiera.

Sobre la alegación de la función social invocada por esta parte apelante para justificar la inclusión de la presente cláusula en los contratos de préstamo, nos limitamos a reiterar su nulidad.

DECIMONOVENO.- CLÁUSULA DECIMOCUARTA: PROHIBICIÓN DE ARRENDAR LA FINCA HIPOTECADA:

1. "[Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] A no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta anual neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años " (BBVA)

2. "En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario . Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6 %, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER " (Bankinter).

3. [El préstamo se considerará vencido por] Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria (Caja Madrid).

Considera la OCU que, declarando la sentencia de primera instancia la validez de dicha cláusula, aplica indebidamente el art. 219,2 del Reglamento Hipotecario y con ello lesiona el derecho de propiedad, amparado por los arts. 33 de la Constitución Española y 348 del Código Civil , imponiendo una exigencia desproporcionada de la garantía del contrato que merecería la consideración de abusiva a tenor de lo que se contempla en el apartado 18 de la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios .

Ninguna de tales razones desvirtúa los pronunciamientos contenidos en la sentencia contra la que se apela; en efecto, sin desconocer el derecho de propiedad regulado en los arts. 348 y siguientes del Código Civil , ni su reconocimiento constitucional proclamado en el art. 33 de nuestra Carta Magna , rechazamos que la cláusula ahora impugnada imponga unilateralmente a los consumidores una prohibición de disponer y que no resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 219,2º del Reglamento Hipotecario ; por el contrario, como ya hemos expuesto en el "Fundamento de Derecho decimoséptimo" de esta resolución examinando la cláusula duodécima de las impugnadas -al que nos remitimos en evitación de repeticiones innecesarias- no cabe, so pretexto de invocar su carácter abusivo, pretender la nulidad de una cláusula que privaría a uno de los contratantes del contrato de préstamo hipotecario de parte de la garantía constituida al efecto. Al respecto, además de aplicar lo dispuesto en el art. 219 del Reglamento Hipotecario -cuya vigencia no se cuestiona- cabría remitirnos a lo dispuesto en los arts. 1.129 del Código Civil y 693.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la pérdida del beneficio del plazo y la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado del contrato cuando concurra justa causa, como es, tanto en este supuesto como en el examinado en aquel "Fundamento de Derecho", la disminución -posible o consumada- del patrimonio del deudor sobre el que se constituye la garantía oportuna para la concesión del préstamo.



En cuanto a la merma de la garantía hipotecaria que igualmente cuestiona la entidad demandante, basta remitirnos a la razón de ser de la comunicación de la situación posesoria de los inmuebles a efectos de su ejecución por vía de apremio, o a la notoria diferencia existente entre adquirir una finca libre o no de arrendamientos con lo que ello afecta a su valor de adjudicación; por lo expuesto desestimamos esta impugnación.

VIGÉSIMO.- CLÁUSULA DECIMOQUINTA: PROHIBICIÓN DE VENDER O ENAJENAR EL BIEN QUE GARANTIZA LA HIPOTECA:

"La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por [la entidad]".

Alega la OCU que la declaración de la validez de dicha cláusula, recogida en la sentencia contra la que se recurre, supone inaplicar los arts. 33 de la Constitución Española, 348 y 1205 del Código Civil, 107 de la Ley Hipotecaria y los apartados 2, inciso segundo, y 18 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Referida esta impugnación al contrato de préstamo hipotecario de Bankinter aportado como documento núm. 9 de la demanda, basa su argumentación la parte actora -y ahora apelante- en considerar que se trata de otra prohibición de disponer, entendiendo que la sentencia admite tal consideración aunque justifica la validez de la cláusula de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.205 del Código Civil; sin embargo, de la interpretación literal de la cláusula se infiere que lo que se somete a la autorización de la entidad bancaria no es cualquier enajenación de la finca hipotecada sino, únicamente, aquella que comporte la subrogación del préstamo. Consiguientemente, ni se constituye una prohibición de disponer en los términos pretendidos por la actora, ni resultan de aplicación los preceptos por ella invocados, siendo por el contrario plenamente aplicable al caso que nos ocupa -como se recoge en la sentencia de primera instancia- la exigibilidad del consentimiento del acreedor para que tenga lugar la novación de la obligación por sustitución del deudor al amparo de lo que dispone el art. 1.205 antes citado; por lo expuesto, y considerando que al someter a la autorización de Bankinter la "subrogación" en el préstamo, no la enajenación de la finca, no supone la imposición de una garantía desproporcionada al riesgo asumido, tampoco se infringe lo dispuesto en el apartado 18 de la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, estando por ello en el caso de desestimar el presente motivo impugnatorio.

VIGESIMO PRIMERO.- CLÁUSULA DECIMOSEXTA: EXENCIÓN DEL DEBER DE LA ENTIDAD DE COMUNICAR LA CESIÓN DEL PRÉSTAMO A TERCERO:

"En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste".

Comienza BBVA cuestionándose si la sentencia de primera instancia basa la anulación de la antedicha cláusula en lo establecido en el apartado 10 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios a cuyo tenor tienen el carácter de abusivas a los efectos previstos en el art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, las cláusulas o estipulaciones que consisten en la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste. Es así. No ignoramos la diferencia existente entre la cesión de contrato y la cesión de crédito, pero no admitimos que en el caso que nos ocupa -documento obrante a los folios 126 y siguientes de las actuaciones- se haya probado que se trate de una cesión de contrato, como sostiene la actora; en efecto, no sólo consta en autos la calificación de las partes como "cesión de crédito" (folios 143 vto.) sino que de la prueba practicada se infiere que, ciertamente, el objeto de la cesión no es el contrato -que se extendería al conjunto unitario de los efectos del contrato primitivo- sino al crédito dimanante de aquel contrato que el Banco tuviese frente al prestatario.

Así las cosas, la primera cuestión a resolver consiste en determinar si la cesión de dicho crédito efectivamente conlleva una merma de las garantías del consumidor y, de la prueba practicada, no cabe llegar a tal conclusión en la medida que no consta que ello altere las condiciones pactadas para la concesión del préstamo hipotecario aún cuando se produzca la subrogación de otra entidad prestamista. Tal consideración ya sería suficiente para declarar, al amparo de lo establecido en el apartado 10 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, innecesario el consentimiento del consumidor.

Opone la OCU que el antedicho contrato comporta, además del crédito cedido, la transmisión de la hipoteca con la que se garantiza su cumplimiento y las limitaciones del derecho de disponer a las que nos hemos referido con anterioridad; sin embargo, insistimos, tales condiciones son las mismas que ya existían antes de la cesión y que, con motivo de ésta, tampoco se agravan.



Finalmente, en cuanto al presente recurso interesa, no cabe ignorar que el art. 242 -no el art. 219, como por error se cita- del Reglamento Hipotecario, expresamente autoriza la renuncia del deudor a que se ponga en su conocimiento la cesión del crédito hipotecario siempre que tal renuncia se hubiese recogido en escritura pública o se esté en el caso del art. 150 de la Ley Hipotecaria. Precepto que no ha sido derogado, que tampoco es incompatible con la antedicha Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, como ya se ha expuesto, y que no ofrece sino una perspectiva especial, en el ámbito de la legislación hipotecaria, del principio general -previsto en el art. 1.205 del Código Civil- que permite la novación de la obligación sustituyendo un nuevo deudor en lugar del primitivo, sin el conocimiento de éste aunque no sin el consentimiento del acreedor.

No obsta a lo anterior la alegación de la meritada entidad bancaria relativa a la importancia de la cláusula que nos ocupa a los efectos de dinamizar el mercado de venta de créditos ni de facilitar la titulación de la cartera de préstamos hipotecarios, pues tales intereses, aunque legítimos, en ningún caso pueden ampararse en detrimento de la tutela de los consumidores y usuarios.

También Caja Madrid impugna la antedicha cláusula contractual, insistiendo en que la cesión del crédito hipotecario no engendra de por sí merma en las garantías del prestatario, lo que acogemos en los términos expuestos; y añade en apoyo de su pretensión -consistente en la posibilidad de que la cesión del préstamo hipotecario se realice sin el conocimiento del consumidor- que el art. 1.198 del Código Civil, en su último párrafo, faculta al deudor, si la cesión se hubiese realizado sin su consentimiento, para oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y la de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión. Igualmente invoca lo dispuesto en el art. 1.527 del mismo Cuerpo Legal -en cuanto libera al deudor que satisfaga al acreedor antes de tener conocimiento de la cesión- y el art. 1887 que admite la enajenación y cesión del crédito hipotecario a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley; por lo expuesto, estamos en el caso de estimar el presente motivo impugnatorio y revocar la sentencia de primera instancia declarando la validez de la cláusula que nos ocupa.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- CLÁUSULA DECIMOSÉPTIMA: EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FALLOS EN EL SISTEMA INFORMÁTICO (BANCA ELECTRÓNICA):

"El Banco no será responsable de posibles daños o perjuicios que se pudieran derivar de interferencias, omisiones, interrupciones, virus informáticos, averías telefónicas o desconexiones en el funcionamiento operativo del sistema elegido (teléfono, Internet, etc.), motivadas por causas ajenas al Banco; de retrasos o bloqueos en el uso del sistema elegido causados por deficiencias o sobrecargas de líneas telefónicas o sobrecargas en el Centro de Proceso de Datos del Banco, en el sistema de Internet o en otros sistemas electrónicos, así como de daños que puedan ser causados por terceras personas mediante intromisiones ilegítimas en el sistema elegido, fuera del control del Banco.

Asimismo, se exonera al Banco de responsabilidad ante cualquier daño o perjuicio que pudiera sufrir el Cliente como consecuencia de errores, defectos u omisiones en la información facilitada por el Banco, siempre que proceda de fuentes ajenas al mismo".

Impugna Bankinter la anulación de dicha cláusula, contenida en los documentos números 19 y 19 bis de los acompañados con la demanda, aduciendo que la misma se limita a exonerar al Banco de responsabilidad por hechos que no le son imputables o que son imputables a un tercero que no está bajo su control, añadiendo que en el ámbito de la actividad bancaria o financiera no es aplicable al teoría del riesgo y concluyendo, en síntesis, que no procede hacerle responsable de los perjuicios derivados del uso de un sistema elegido por el cliente. Frente a ello compartimos el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia según el cual la referida cláusula desplaza la responsabilidad que incumbe al Banco hacia su cliente que no ha tenido ninguna participación en el daño causado, infringiendo así lo contemplado en la cláusula 14 de la Disposición Adicional primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios en cuanto impone limitación de los derechos del consumidor.

En efecto, como exponíamos al examinar la cláusula novena de las impugnadas, no cabe ignorar que la relación de causas que se indican en la ahora impugnada, además ambigua, incluye algunas dependientes de la entidad demandada -como deficiencias o sobrecargas de sus propias líneas telefónicas, centro de proceso de datos del Banco, errores, defectos u omisiones en la información facilitada por el Banco, etc. Como en aquella ocasión declarábamos, no es dado imponer al consumidor la renuncia indiscriminada al derecho que le pueda asistir para reclamar, frente a la entidad que le proporciona los medios técnicos necesarios para una mejor o más cómoda prestación de sus servicios, en aquellos supuestos en los que, no mereciendo la consideración de caso fortuito o fuerza mayor así como los efectivamente no imputables a la propia entidad bancaria, le ocasionen daños y/o perjuicios.



Del mismo modo BBVA impugna el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia insistiendo en los supuestos de los que no ha de responder por ser constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor, o imputables al propio cliente, dejando constancia en todo caso del derecho de repudio que le asiste al amparo de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley de Comercio Minorista ; sin embargo, al margen de lo anteriormente expuesto sobre la indeterminación de las causas de los daños y perjuicios que se pueden causar a sus clientes, el derecho de repudio antedicho -como cualquier otro medio que la Ley le reconozca para la defensa de sus intereses- no obstan para que en el caso que nos ocupa, la cláusula impugnada siga siendo objetivamente ambigua e indeterminada, merecedora por ello de ser anulada.

VIGÉSIMO TERCERO.- Finalmente alega la entidad actora que la sentencia de primera instancia incurre en incongruencia al no pronunciarse en los términos previstos por el art. 221, apartado 1, regla 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; pues, imponiendo dicho precepto que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta la sentencia ha de determinar si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, procede acoger la pretensión de la OCU consistente en declarar que esta resolución surtirá efectos respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas.

VIGÉSIMO CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se formula especial imposición sobre las costas causadas en esta alzada con motivo de los recursos presentados tanto por la parte actora como por las demandadas BBVA, Bankinter y Caja Madrid, atendiendo a su parcial estimación; y por el contrario, habiéndose desestimado el recurso interpuesto por la también demandada BSCH, se imponen a la misma las costas correspondientes al mismo por imperio del art. 398, párrafo primero, de la citada Ley Procesal.

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

III.- FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D. José Luís Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), contra la sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2003 -aclarada mediante auto de 13 de octubre de 2003- por el Juzgado de Primera Instancia número 44 , en los autos de juicio verbal civil seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 40/2003; ESTIMANDO TAMBIÉN PARCIALMENTE los recursos interpuestos contra las mismas resoluciones por la Procuradora D.ª Lucila Torres Rius, representando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; la Procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses, representando a Bankinter SA; y el Procurador D. Emilio García Guillén, representando a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA; y DESESTIMANDO EL RECURSO interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, representando a Banco de Santander Central Hispano SA, contra las referidas resoluciones, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS las mismas únicamente en el sentido declarar válidas: la segunda parte de la cláusula tercera, la cláusula undécima y la cláusula decimosexta, en los términos que igualmente exponemos en esta sentencia, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia contra la que se ha apelado y del auto aclaratorio de la misma; todo ello con expresa imposición a Banco de Santander Central Hispano SA de las costas causadas en esta alzada con motivo del recurso de apelación por ella interpuesto, y sin especial imposición a los demás litigantes de las costas causadas en esta alzada con ocasión de su respectivo recurso de apelación. Lo declarado en esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas.

Así por nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 15/04 lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico