

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS BANCARIOS

Pascual Martínez Espín

Profesor Titular de Derecho Civil

UCLM-CESCO

El Tribunal Supremo anula diversas cláusulas-tipo de contratos bancarios por abusivas.

La STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009) estima un recurso de la OCU sobre en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios que suscribían los clientes de Banco Santander, BBVA, Bankinter y Caja Madrid y que considera "desproporcionados" y "confusos".

1.- El objeto del proceso:

El objeto del proceso versa "in genere" sobre materia relativa a la protección de consumidores y usuarios en la perspectiva de las cláusulas-tipo previstas para diversos contratos celebrados entre Bancos y Cajas de Ahorro y los clientes usuarios de sus servicios, relativos a préstamos, de ahorro, depósitos en cuenta corriente, de crédito, de tarjeta de crédito y débito; habiéndose suscitado la declaración de nulidad por el carácter abusivo en virtud del ejercicio por una Organización de Consumidores y Usuarios de una acción de carácter colectivo, de cesación, con fundamento en la normativa legal de las Leyes 7/1.998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación -LCGC-, y 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -LGDCU-.

2.- Los antecedentes:

La Organización de Consumidores y Usuarios, interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y cuatro de Madrid, siendo parte demandada las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Bankinter, S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Banco Santander Central Hispano, S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimatoria por la que: 1) Se declare el carácter abusivo y la consiguiente nulidad absoluta de las cláusulas bancarias aquí impugnadas; 2) Se prohíba a las demandadas el poder volver a utilizar en el futuro dichas cláusulas; 3) Se ordene 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 art. 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); 4) Se acuerde dirigir



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia (artículo 22 de la Ley 7/1998 LCGC); 5) Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales."

El Juez de Primera Instancia Número Cuarenta y Cuatro de Madrid, dictó Sentencia con fecha 24 de septiembre de 2.003, cuya parte dispositiva es como sigue: "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 se 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 líbrese mandamiento en forma al señor Registrador. No se hace especial condena en costas."

Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de la Organización de Consumidores y Usuarios y las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Bankinter S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Banco Santander Central Hispano; la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, dictó Sentencia con fecha 11 de mayo de 2.005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que ESTIMANDO EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D. José Luis 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 Organo Judicial con el número 40/2003; ESTIMANDO TAMBIEN 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, S.A.; y el Procurador D. Emilio García Guillén, representando a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.; y DESESTIMANDO EL RECURSO interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, representando a Banco de Santander Central Hispano, S.A., contra las referidas resoluciones, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS las mismas únicamente en el sentido de 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 Santander Central Hispano S.A. 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 declarada nulas."

3.- La decisión del Tribunal Supremo:

Con carácter previo al análisis de la sentencia, hay que señalar que el TS desestima la causa de inadmisibilidad alegada por Caja Madrid en su escrito de oposición porque refiriéndose la doctrina jurisprudencial alegada por tal entidad al principio de autonomía de la voluntad contractual no resulta artificial el planteamiento de interés casacional toda vez que la declaración de abusividad supone una restricción del mismo por desequilibrio injustificado, por lo que es dable examinar si efectivamente existe éste en detrimento de un principio que es esencial en nuestro Derecho de Obligaciones (SS., entre otras, 19 de septiembre de 1.997; 26 de septiembre de 2.002; 3 de noviembre de 2.004).

El TS procede a declarar algunas cláusulas como abusivas o no abusivas, en aplicación de la LCU/1984, por lo que clasificaremos las cláusulas en función de dicha calificación final.

A.- Cláusulas no abusivas.

1ª- Cláusula sobre costas.

Se declara la validez de la siguiente cláusula: «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..."».

La cláusula controvertida no contiene un pacto sobre costas, es decir, un pacto del que resulte que en todo caso de existencia de proceso -que es cuando se producen las costas procesales- las costas hayan de ser pagadas por el prestatario. Así lo entiende la sentencia recurrida, y no hay duda interpretativa, ni se planteó. Lo que sí establece el pacto es que la hipoteca cubre las costas, esto es, que la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplicará también al pago de las costas hasta la suma al respecto asegurada. Y ello no solo no es ilegal, procediendo añadir a los artículos citados en la resolución impugnada la adecuación a los preceptos de los artículos 689, 692.1, 693, párrafo final, y 694.2, párrafo segundo, LEC, y menos todavía abusivo, sino que es conforme al principio de especialidad o determinación de la hipoteca, en relación con la denominada "garantía accesorio".

2ª. Cláusula de pacto de liquidez, por la que «se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad».

El denominado "pacto de liquidez" -o "de liquidación"- es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

LEC-. Esta es la finalidad del pacto -despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo vienen entendiendo los Tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1,d), y 10.1,a) de la LGDC y U, ni su DA 1ª, apartado 14ª.

3ª. Cláusula sobre compensación de deudas.

Se declara la validez de la cláusula, según la cual: «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 acreedores 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)».

Según el TS nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto. No cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "ad intra" con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a "indistinto".



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

4ª.- Cláusula de exoneración de responsabilidad por las incidencias que puedan derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta.

Se declara la validez de la siguiente cláusula: «El Banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que pueden derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta».

La declaración de la validez de la cláusula la fundamenta la sentencia en que la misma se refiere a las operaciones llevadas a cabo entre el titular de la tarjeta y el establecimiento en el que se pretende usar como medio de pago. Cosa diferente (que está fuera de la cláusula) sería que se eximiese a la entidad emisora de las tarjetas en los supuestos en que no se pudiesen utilizar éstas por causa imputable a las referidas entidades.

Para excluir la aplicabilidad de los apartados 3ª y 9ª de la DA 1ª LGDCU basta con apreciar que la operación comercial es ajena al profesional emisor de la tarjeta (que es un tercero ex art. 1.257 CC) por lo que no cabe atribuirle responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones. El Tribunal separa la operación comercial -relación contractual entre el establecimiento y el cliente-, que es ajena al Banco, de las incidencias derivadas de la tarjeta misma, que puedan suscitarse en las relaciones entre el Banco y el establecimiento, y el predisponerte y el adherente.

5ª. Cláusula sobre vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo.

La doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.

B.- Cláusulas abusivas.

Las cláusulas declaradas abusivas en las sentencias de primera instancia y apelación, con base, por un lado, en el carácter ilimitado de la exención que recoge la cláusula y, por otro, en la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato, son:

1ª. Información al cliente de tarifas y comisiones;

2ª. Sumisión a fuero;

3ª. Imposición al cliente de costas y gastos de un eventual proceso;

4ª. Responsabilidad en el pago de cheques y talones manipulados y falsificados.



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

La SAP contempla en primer lugar la cláusula que dice: “El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del extravío, sustracción o manipulación de los cheques”, respecto de la que ratifica la declaración de abusiva efectuada por el Juzgado, sobre cuya cuestión nada se suscita ahora en casación.

En segundo lugar examina la resolución de la Audiencia la cláusula [en su versión anterior a la actual según alegación de la apelante Caja Madrid: “14. Talonario de cheques. El titular de la cuenta se compromete a custodiar y usar debidamente los cheques entregados. En caso de pérdida, extravío, sustracción, robo o destrucción del talonario o alguno de los cheques, el/los titular/es deberán comunicarlo inmediatamente y por escrito a Caja Madrid, acompañando, en su caso, la copia de la denuncia presentada. El/los titular/es será/n responsables de los daños y perjuicios que puedan derivarse de su culpa o negligencia”], y la considera abusiva porque:

(a) de su lectura no se infiere el pretendido reparto de responsabilidades entre el cliente y Caja Madrid en caso de hurto o extravío de talonario;

(b) no se puede generalizar la exención de la responsabilidad de la entidad recurrente en caso de haber atendido el pago de un cheque, 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;

(c) ni el pago posterior a la comunicación, según el contenido de la cláusula, releva al usuario de toda responsabilidad en tanto no se aprecie la culpa en que hubiese podido incurrir la apelante.

Según el TS para dar respuesta al motivo debe partirse de la regulación del cheque falso o falsificado en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, Ley 19/1985, de 16 de julio, en el que se establece que “el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa”. El precepto establece una regla general de atribución de responsabilidad para la entidad que paga el cheque falso o falsificado (nuestro ordenamiento a diferencia de otros sistemas identifica el tratamiento del cheque en que se imita la firma del titular de la cuenta con el de aquel en el que se altera el contenido), que equivale a una objetivación de la responsabilidad, en el sentido de que no se exige negligencia por parte de la librada, por lo que opera aquella responsabilidad aunque haya actuado con diligencia (SS., entre otras, 17 de mayo de 2.000, 22 de septiembre de 2.005, 29 de marzo de 2.007). La responsabilidad es sin embargo “quasi-objetiva”, porque admite la excepción de que haya habido culpa en el librador, si el resultado se hubiera podido evitar de haber observado el librador la diligencia exigible, y sin perjuicio de que pueda operar en su caso la concurrencia de “culpas” con el efecto de moderación en la indemnización ex art. 1.103 CC (Sentencias 18 de julio de 1.994, 9 de marzo de 1.995, 29 de marzo de 2.007). La carga de la prueba de la falta de diligencia del librador incumbe a la entidad librada, sin que quepa desplazarla de forma directa o indirecta al librado, y así se establece expresamente en lo que aquí interesa en la DA 1ª, 19 LGDCU -que recoge en la lista de



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

las abusivas la cláusula que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante-.

La decisión de la Audiencia sobre la cláusula más antigua de Caja Madrid es correcta porque, con independencia de la fórmula genérica de la obligación de custodia del talonario por parte del titular de la cuenta corriente, los textos restantes no contienen la claridad y precisión requeridas, e inciden en las deficiencias señaladas por la resolución recurrida, no ajustándose al sistema de responsabilidad expuesto, conforme al art. 156 LCCh y doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, en perjuicio del usuario del servicio.

Y por lo que respecta a la nueva cláusula, sobre la que la resolución requerida se remite a las mismas razones que la anterior, asimismo sucede en lo que atañe a su párrafo segundo que tampoco cabe estimar que la cláusula se ajuste con precisión al art. 156 LCCh, y no conculque la LGDCU (art. 10 bis, y DA 1ª, 21), pues, -además del rigor de la comunicación inmediata, por escrito y, en su caso, con copia de la denuncia presentada, pues no debe obviarse la posibilidad de otra comunicación fehaciente-, la comunicación no excluye la posible responsabilidad de la entidad bancaria, en su caso compartida.

5ª. Cláusula por fallo en cajeros y aparatos de disposición con tarjetas y por fallos en canales alternativos.

En cuanto a la cláusula que impone al titular de la tarjeta la obligación de “aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante”-, porque priva al titular de la tarjeta de la posibilidad de oponerse al resultado de la impresión mecánica, apreciación que no resulta contrarrestada por la mera afirmación de la recurrente de que se establece una presunción de veracidad del contenido de un documento, pero que no impide ni prohíbe que las partes puedan rebatirlo mediante aquellos otros medios de prueba que estimen idóneos y oportunos; lo que, por lo demás, supone hacer recaer el peso de la prueba –“onus probandi”- prácticamente en su totalidad sobre el usuario.

Se declara abusiva la cláusula que contiene la referencia ambigua a “cualquier otro conocimiento 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, lo que no ha sido objetado adecuadamente en el recurso.

Por lo que respecta a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago es de interés resaltar que la reciente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago establece en el art. 30: “1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.”.

Finalmente, la alusión a los fallos informáticos en canales alternativos no se ha impugnado.

6ª. Cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias.

además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.

La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente –SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008–, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio.

7ª. Cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro.

Para la AP es abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, porque la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula controvertida. Finalmente analiza la cláusula en relación con Caja Madrid, y se remite a lo anteriormente razonado, añadiendo que al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula, 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.

Según el TS, la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. El problema de la cláusula es que “recoge la facultad del banco de

resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente”, y que no tiene en cuenta que es “suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo” [el préstamo]. En definitiva “lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes”, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.

8ª. Cláusula de vencimiento anticipado “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”».

El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya “acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia”, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.

9ª. Cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendar la finca hipotecada.

Las cláusulas de que se trata se examinan en el fundamento decimonoveno de la sentencia recurrida con el siguiente tenor literal.

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 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



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

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).

El TS expone las siguientes conclusiones:

a) Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda ex art. 13 LAU de 1994, por lo que, al generalizar, el art. 219 RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente.

b) Que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravoso o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en las perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.

c) Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso.

En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse “per se” desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente.

En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo -coeficiente- que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar.

La declaración de abusividad se basa en los apartados 14 y 18, inciso primero, DA 1ª LGDCyU, y normativa general del art. 10 bis LGDC y U en relación con doctrina jurisprudencial en la materia.

10ª. Cláusula que permite la enajenación condicionada de la finca hipoteca.

Se declara la nulidad de la cláusula con el siguiente tenor literal: «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 Bankinter...».

de la lectura de la cláusula cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no

podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas. Cuando menos la cláusula es oscura en tal sentido y con el evidente riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del usuario o consumidor, por lo que le es aplicable la doctrina de la interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC) y lo dispuesto en los apartados 2ª y 18ª DA 1ª LGDCyU.

El argumento expuesto debe ser complementado con los razonamientos siguientes. En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales). Por otro lado, la transmisión de la deuda por el deudor (que no es en puridad “subrogación”, pues esta expresión se refiere al aspecto activo de la relación jurídica obligacional o crédito, aunque también se utiliza para designar la subrogación en la carga hipotecaria –responsabilidad, que no deuda-), que constituye una modalidad de novación, requiere, para que produzca el efecto de liberar al deudor transmitente, dando lugar a la denominada asunción de deuda liberatoria, el consentimiento del acreedor (SS. entre otras, 21 de marzo, 31 de mayo y 12 de julio de 2.002; 10 de junio, 23 de julio y 22 de diciembre de 2.003; 8 de febrero de 2.007; 13 de febrero de 2.009).

De lo expuesto se deduce que no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor –prestatario-. Solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero –que la asume- sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda –se insiste-, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente transcendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens”.

La amalgama de las dos partes de la cláusula crea confusión, en detrimento de la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa” que se exige en la materia (art. 10.1, a LGDCyU).

11ª. Cláusula sobre cesión del contrato y del crédito hipotecario.

La cláusula declarada abusiva tiene el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».

Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja

Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008, 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª –reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 –imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198, 1.527 y 1.887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001, 15 de julio de 2.002, 26 de marzo y 13 de julio de 2.004, 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley” (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso).

12ª. Cláusula de exención de responsabilidad por extravío o sustracción de la tarjeta o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida.

Se cuestiona la validez de la cláusula con la "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".

Según expresa dicha resolución el tema abarca tres aspectos diferentes 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)



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

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 marcaje 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).

La pluralidad y diversidad de cláusulas y de supuestos (relativos a tarjetas de crédito y débito y libretas, de varios contratos de distintas entidades bancarias), de cuestiones (sustracción, extravío, revelación del número secreto de las tarjetas -PIN-) y de alegaciones acerca del carácter abusivo o no de las cláusulas, las cuales se han resumido con anterioridad, exige, para poder dar una respuesta casacional, adoptar como método el de, primero, centrar las cuestiones realmente controvertidas, lo que supone dejar al margen numerosos temas y aspectos que incidiendo en la utilización de las tarjetas y libretas no son propiamente objeto de debate, para, posteriormente, expresar las que consideramos reglas de equilibrio contractual, en cuanto evitan el desequilibrio de



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, que es la materia a que se refiere el proceso, y finalmente compulsar el ajuste o acomodo de las cláusulas expresadas al comienzo del fundamento con las reglas expuestas.

Las cuestiones genéricas se pueden resumir en los siguientes puntos: a) Si es o no abusiva la cláusula que establece la responsabilidad sin limitación a cargo del usuario (titular de la tarjeta) antes de la notificación de la pérdida o sustracción (u otro evento similar que posibilite la utilización indebida) de la tarjeta o libreta; b) Cual es el tiempo en el que el titular de la tarjeta debe comunicar a la entidad bancaria el acontecimiento anterior (robo, hurto, extravío, pérdida, etc.) dado que no hay duda que a partir de la comunicación la entidad bancaria debe bloquear la posibilidad de utilización del instrumento mecánico; y, c) Siendo incuestionable que el titular de la tarjeta con banda magnética (y lo mismo sucede con el chip electrónico) debe evitar revelar el número del PIN ("adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizado de que vaya provisto", como dice actualmente el art. 27.b de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que transpone al Derecho español la Directiva Comunitaria 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, modificando las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y derogando la Directiva 97/5/CE), a quien le corresponde la carga de la prueba de haberse producido la revelación por fuerza mayor o coacción, y si cabe limitar la responsabilidad de las entidades bancarias a estos supuestos.

Como reglas genéricas, a los efectos que interesan al litigio, pues son otras muchas las cuestiones y perspectivas que pueden presentarse, debe sentarse que la existencia de un extravío o sustracción o similar debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición. Es la fórmula utilizada en el ámbito comunitario y que actualmente recoge el art. 27.b) de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que dispone: "el usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá... en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello". Ha de añadirse al respecto que entre las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago tiene las de "garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el art. 27.b) o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma" (art. 28.c Ley 16/2009), de modo que "si el proveedor de servicios no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c) el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta" (art. 32.4 Ley 16/2009); y de "impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 27.b" (art. 28 d, Ley 16/2009). Por consiguiente se estima como fórmula adecuada de equilibrio contractual, y que



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

permitirá, en cada caso, dar adecuada respuesta, sin perjuicio del consumidor, la de que la comunicación del extravío o sustracción debe efectuarse "sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello".

La segunda cuestión se refiere a quien debe responder, en el sentido de quien debe soportar el daño o cargar con el importe de la operación, por la utilización indebida de la tarjeta antes de la comunicación de la sustracción o extravío (debe advertirse que no se está contemplando el caso de operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente ex art. 29 de la nueva Ley citada). Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, como pone de relieve la OCU, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Efectivamente, son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían, del intento de utilización. Por ello, es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío.

En este sentido también se orienta el derecho comunitario (alegado por Caja de Madrid en su escrito de oposición) y la nueva Ley interna de transposición de la Directiva, a la que se viene aludiendo (y cuyas disposiciones no son negociables en sede de consumidores, art. 23.1 Ley 16/2009), y en cuyo art. 32 se dispone: "1. No obstante lo dispuesto en el art. 31 [sobre responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas] el ordenando soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído. 2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27. 3. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 27.b), de un instrumento de pago extraviado o sustraído".

Finalmente, la tercera cuestión se refiere a la utilización indebida de la tarjeta por haberse obtenido el conocimiento del número secreto -PIN-. En primer lugar debe señalarse que la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción que dio lugar a que el titular del instrumento de pago, único que conoce y puede modificar el PIN, corresponde al que la sufrió, porque en otro caso se crea para la entidad una situación de "probatio diabolica" atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo, de práctica imposibilidad probatoria. No cabe invocar en otro sentido la norma del apartado IV. 19 de la Disposición Adicional Primera de la LGDC y U porque el carácter abusivo de "la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" se refiere, según la propia dicción legal, a "los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante", lo que aquí no sucede.



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

Dicho lo anterior, procede, sin embargo, apreciar que no resulta proporcionado en la perspectiva del equilibrio contractual, tratar de reducir, explícita o implícitamente, la responsabilidad bancaria a los casos de revelación del número secreto del PIN por fuerza mayor o coacción. Ciertamente que con la utilización del chip electrónico en lugar de la tarjeta con banda magnética, y el necesario marcaje o tecleo del número secreto por el titular, cabrá reducir (en las operaciones con presencia física; otro tema lo constituyen las realizadas a distancia, como sucede con internet) las utilizaciones indebidas, pero respecto del caso que se examina no cabe desconocer la posibilidad de captaciones subrepticias, con independencia de otras manipulaciones varias a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas, que no permiten sentar una cláusula que exonere de responsabilidad, cuando es notorio que, en ciertas circunstancias, las entidades bancarias pueden advertir utilizaciones indebidas empleando la diligencia que les es exigible en armonía con su experiencia y medios técnicos. Por lo tanto, no se trata de derivar la responsabilidad a la entidad bancaria, sino de estimar abusiva una cláusula que le exonere de responsabilidad en todo caso.

Aplicando los criterios anteriores al caso enjuiciado, el TS concluye:

1. Que las fórmulas "de forma inmediata", "urgentemente", "de inmediato", "a la mayor brevedad", son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de "sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho". La fórmula de los contratos-tipo de Caja Madrid es también abusiva, no tanto por la expresión "antes de transcurridos veinticuatro horas" sino porque añade "de su acaecimiento", lo que puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío, sin existir mala fe, ni falta de diligencia.
2. La exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria por las utilizaciones de tarjeta o de libreta -consistentes en extracciones en efectivo u otras operaciones con cargo a la cuenta bancaria-, con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío (o evento similar) es desproporcionada, y abusiva.
3. Es igualmente abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso de uso del número de identificación personal limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción.

4.- Conclusión:

Entre las cláusulas anuladas por el Tribunal Supremo destacan las que descargaban totalmente en los propietarios de tarjetas de crédito o de débito los perjuicios acarreados por su uso fraudulento, en tanto en cuanto esas circunstancias no fueran comunicadas a las entidades financieras.

La sentencia, establece que "la existencia de un extravío o sustracción debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición". No obstante, cree que "las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas" y "desproporcionadas", ya que "son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las



<http://www.uclm.es/centro/cesco/>

entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían".

En la misma línea sitúa a las cláusulas que excluyen "en todo caso" la responsabilidad de la entidad bancaria cuando el PIN o contraseñade una tarjeta es obtenido por coacción o fuerza mayor.