



NUEVAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS BANCARIOS

Dr. Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de D. Civil
UCLM-CESCO

El juzgado de lo mercantil n. 9 de Madrid declara abusivas 22 cláusulas de BBVA y Banco Popular en hipotecas, tarjetas, cuentas e Internet

1.- INTRODUCCIÓN.

La parte actora ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU) ejercita acción colectiva de nulidad de determinadas cláusulas insertas en cinco contratos distintas de dos entidades financieras, A) BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA los siguientes contratos, Contrato de préstamo hipotecario, Contrato de banca multicanal, Contrato de cuenta corriente, Contrato de tarjeta 4B Mastercard y B) Contrato de tarjeta VISA HOP! del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA Contratos de préstamo hipotecario, Contrato de servicios telemáticos y banca por internet, Contrato de cuenta corriente y Contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA.

Entiende la actora que las citadas cláusulas infringen lo dispuesto en el art 8 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación, todo ello en relación con lo dispuesto en el art 82 y siguientes del Real Decreto legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuanto considera que dichas cláusulas resultarían abusivas en su contenido.

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid ha declarado nulas por abusivas 22 cláusulas incluidas por BBVA (12) y Banco Popular (10) en sus contratos de préstamos hipotecarios, tarjetas de crédito, cuentas corrientes y servicios de banca telefónica e Internet, según la sentencia dictada el pasado 8 de septiembre recaída en Autos Civiles de Juicio Verbal N° 177/2011.

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

Contra la sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de cinco días.

2.- LAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS.

2.1.- La pretensión de la demandante.

La demanda pretende la nulidad de las siguientes cláusulas:

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las condiciones mencionadas a continuación:

- a) Límites a la variación del tipo de interés.
- b) Gastos.
- c) Interés de demora.
- d) Vencimiento anticipado del préstamo.
- e) Finalidad del préstamo.
- f) Compensación.
- g) Fuero.
- h) Conservación de la garantía.
- i) Subrogación de los adquirentes.
- j) Apoderamiento.
- k) Tratamiento de Datos Personales.

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

Las condiciones generales impugnadas se hallan identificadas bajo la siguiente denominación:

- a) Verificación.
- b) Tratamiento de Datos Personales.
- c) Modificación de condiciones.
- d) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. I. Servicio de Banca por Internet.
- e) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. VII. Servicio de Contratación canal móvil.
- f) Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de Banca por Internet. X. Servicio Contratación canal telefónico.

- Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones bajo la siguiente denominación:

- a) Disponibilidad del saldo de la cuenta.
- b) Disponibilidad del saldo de la cuenta.
- c) Intereses y valoraciones.
- d) Imputación de pagos y compensación.
- e) Modificación de las condiciones.
- f) Gastos y tributos.
- g) Tratamiento de datos personales.

- Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., las condiciones bajo la siguiente denominación:
 - a) Emisión y formalización.
 - b) Emisión y formalización.
 - c) Responsabilidad.
 - d) Cuenta de domiciliación de pagos y reintegros.
 - e) Importe de las operaciones.
 - f) Duración.
 - g) Imputación de pagos y compensación.
 - h) Modificación de condiciones. Comunicaciones.
 - i) Otras condiciones.
 - j) Tratamiento de datos personales.

- Del contrato de préstamo hipotecario del Banco Popular Español, S.A. las condiciones denominadas:
 - a) Límites a la variación del tipo de interés aplicable.
 - b) Redondeos del tipo de interés aplicable.
 - c) Revisión del interés pactado.
 - d) Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía.
 - e) Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía.
 - f) Fuero judicial.
 - g) Pactos complementarios.

- Del contrato de banca multicanal del Banco Popular Español, S.A. la condición denominada especial de los servicios de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por móvil, bajo la siguiente denominación:
 - a) Responsabilidad por el uso de claves

- Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A., las condiciones bajo la siguiente denominación:
 - a) Condición general Tercera.
 - b) Condición general Duodécima.
 - c) Condición general Decimotercera.

- Del contrato de tarjeta 4B Mastercard del Banco Popular Español, S.A., las condiciones bajo la siguiente denominación:
 - a) Condición general Quinta. Arts. 80.1.c); Art. 86.1; 86.7 87; TRLGDCU.
 - b) Condición general Decimotercera, Arts. 80.1.c); 87; 88.2. TRLGDCU.
 - c) Condición general Vigésima. Arts. 90.2 y 54.2 TRLGDCU.

- Del contrato de tarjeta VISA HOP! del Banco Popular Español, S.A., las siguientes:

- a) Condición general Segunda.
- b) Condición general Séptima.
- c) Condición general Vigésimo tercera.]

2.2.- El fallo de la sentencia.

La sentencia declara:

A) la nulidad de las siguientes cláusulas:

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

- Revisión del interés pactado (Condición Primera. 3.5.c)).
- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera 5.2.1).
- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía (Condición Primera. 5.2.3).
- Fuero judicial (Condición Tercera. 1).

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

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

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

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

- Del contrato de cuenta corriente del Banco Popular Español, S.A.,
- Condición general Duodécima.
- Condición general Decimotercera.]

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

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

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

- Condición general Quinta. Arts. 80.1.c); Art. 86.1; 86.7 87;TRLGDCU.
- Condición general Decimotercera, Arts. 80.1.c); 87; 88.2. TRLGDCU.
- Condición general Vigésima. Arts. 90.2 y 54.2 TRLGDCU.

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

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

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

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

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

- Del contrato de cuenta corriente del Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.:

- Disponibilidad del saldo de la cuenta (Condición general Segunda) y custodia de tarjetas (cláusula 2.3)

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

- Del contrato de tarjetas Paga Ahora/Paga Ahora Blue BBVA del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.,
- Emisión y formalización (Condición general 1.2).
- Emisión y formalización (Condición general 1.6).
- Importe de las operaciones (Condición general 7).

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

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

B) Se declara no haber lugar a LA NULIDAD RESTO DE CLAUSULAS IMPUGNADAS.

3.- LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Procedamos a su análisis.

3.1.- Préstamo hipotecario BBVA.

3.1.1.- Gastos.

La citada cláusula tiene el siguiente tenor:

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

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas

y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

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

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

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

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

- a) la entrega al cliente de la documentación justificativa de la extinción de la obligación contractual frente a la entidad (el mero otorgamiento de la carta notarial de pago o la emisión de un certificado de deuda cero), o
- b) el simple desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaria que a esos efectos indique el cliente, ya que, en estos supuestos, la actividad desarrollada no es otra cosa que el consentimiento otorgado por el acreedor hipotecario (exigido por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria) para la cancelación de una inscripción hecha a su favor en virtud de escritura pública.

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

La cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción del art 5.5 de la LGCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del art 7.7 del mismo texto.

3.1.2.- Vencimiento anticipado del préstamo.

En este caso el tenor de la cláusula es el siguiente:

“No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos:

- a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.
- b) ...
- c) ...
- d) ...
- e) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2009, al analizar la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola de las cuotas, así señala la resolución que, al respecto, la doctrina jurisprudencial es clara en el sentido de admitir su validez.

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

3.1.3.- Finalidad del préstamo.

El tenor literal de la cláusula sería el siguiente:

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

Observamos como la misma reserva a la entidad bancaria una facultad de autorización de cualquier afección de inmueble hipotecado a una actividad profesional, sin distinguir cual esa actividad y la incidencia que la misma pueda tener en la conservación del valor del inmueble, el tiempo de amortización transcurrido cuando se realice un cambio del destino del inmueble, elementos estos de esencial importancia y cuya omisión atribuyen al banco una facultad absoluta de controlar el destino que haya de darse a la vivienda arrendada durante toda la vida del préstamo, sin otro

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

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

3.1.4.- Cláusula relativa al fuero.

La cláusula dice:

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

La cláusula con idéntico contenido fue objeto de procedimiento anterior (Sec 13 de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2005), en el que se interesaba cesación en utilización de la cláusula y abstención de utilizarla en el futuro, por lo que habiendo recaído sentencia firme declarando la nulidad de la cláusula no es necesario ejercitar nueva acción de cesación respecto de contratos posteriores al inicio del procedimiento, sino que de estimar que se sigue utilizando, no obstante el contenido del documento 3 de la contestación, se trata más bien de un problema de ejecución de la sentencia que condena a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

3.1.5.- Conservación de la garantía.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada:

A)

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

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

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

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

préstamo hipotecario, por el prestatario no se tuviera contratado ningún seguro y previa intimación para que así lo verificara, en tal caso si podría entender que constituye un medio tendente a asegurar esa conservación económica de la garantía. Por el contrario en los términos que está redactada la cláusula supone una exclusión de los derechos reconocidos al usuario en la elección del seguro a contratar (art 86.1 TRLCU).

En segundo término y respecto de la previsión contractual que permite aplicar las indemnizaciones derivadas al pago de las deudas vencidas y no vencidas, hemos de recordar que la previsión del art 110, no supone en modo alguno, que producido el siniestro se genere el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y resulten exigibles la totalidad del capital, sino que como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Julio 1999 , establece una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real , sistema este que es el seguido por nuestro Derecho positivo en los artículos 1877 del Código Civil, 110.2 de la Ley Hipotecaria. Es por ello que este último precepto prevé a fin de no perjudicar la posición de acreedor garantizado, en cuanto a la posibilidad de satisfacción de su crédito, que notificada la existencia de la hipoteca a quien deba satisfacer la indemnización este deposite las cantidades debidas, ello en el caso en que no haya vencido la obligación garantizada. Por el contrario la condición ahora atacada lo que hace es equiparar los daños sufridos por la cosa asegurada, independientemente de la afección negativa que puedan suponer dichos daños en cuanto al valor del bien objeto de garantía, a un supuesto de vencimiento anticipado del préstamo al menos en lo correspondiente a las cantidades cubiertas por la indemnización, procediendo a hacer pago directamente del crédito garantizado con las cantidades recibidas en virtud del seguro contratado. Esta previsión no puede considerarse que tenga anclaje en el art 110 de la LH, ni suponga un mero desarrollo de cuestiones no previstas en el mismo, sino que supone un paso más allá, pues por un lado permite a la entidad bancaria percibir el importe del crédito garantizado o parte del mismo antes de la fecha de vencimiento, sin que concurriese un supuesto de vencimiento anticipado de los previstos en el contrato, alterando en beneficio del predisponente la naturaleza de la garantía, pues en lugar de responder de la satisfacción del crédito en supuesto de incumplimiento, pasa a utilizarse como medio de pago del crédito y con ello aún cuando se sostiene lo contrario por la demandada, se priva al consumidor de oponer la compensación, retención o consignación respecto de esas cantidades, resultando igualmente abusiva la cláusula por aplicación de la regla general del art 82.1, en relación al art 85.3 y 86.4. todos ellos del TRLGDCU.

3.1.6.- Subrogación de los adquirentes.

La cláusula impugnada tiene el siguiente tenor:

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

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

3.2.- Préstamo hipotecario BANCO POPULAR

3.2.1.- Cláusula de limitación de interés variable.

El tenor literal de la cláusula sería el siguiente:

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

Dado que son en gran parte coincidentes los argumentos utilizados por la demandada con los ya analizados al analizar la clausula de acotación del tipo de interés existente en el contrato de préstamo hipotecario de BBVA, debe darse aquí por reproducidos los argumentos expuestos. Del mismo modo en cuanto referidos a la noción de reciprocidad utilizada por el art 87 del TRLCU deben darse por reproducido los argumentos anteriores.

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

3.2.2.- Redondeo del tipo de interés aplicable.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

El carácter abusivo de la cláusula tal como aparece redactada en los contratos objeto de autos no requiere un mayor esfuerzo interpretativo al haber sido examinada una cláusula del mismo contenido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Noviembre de 2010, 29 diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, que confirmando las dictadas en instancia declaro el carácter abusivo de las cláusulas del redondeo alza de

contenido idéntico a la aquí examinada, refiriéndonos por supuesto a la contenida en el contrato aportado junto con la demanda no a la que utiliza la entidad bancaria en la actualidad respecto de la que por otro lado no se ha instado acción de cesación.

3.2.3.- Revisión del interés pactado.

El tenor de la cláusula examinada es el siguiente:

“Serán de aplicación las siguientes reglas en orden a la fijación del tipo de referencia y del tipo de interés aplicable al segundo y posteriores periodos de interés:

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

La abusividad de la cláusula parece clara al imponer al consumidor la carga de estar al tanto de la variación de los tipos de interés y efectuar una comunicación a tal efecto a la entidad bancaria a efectos de producirse la actualización, lo que puede y debe considerarse como un obstáculo desproporcionado para el ejercicio de los legítimos derechos del consumidor abusiva al amparo del art 85.5 del TRLCU.

3.2.4.- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía.

El tenor literal de la cláusula sería el que sigue:

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

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

El contenido de esta cláusula es sustancialmente idéntico a la contenida en el préstamo hipotecario del BBVA examinada, con alguna matización:

Una de esas diferencias vienen dadas por las posibilidades atribuidas a la entidad financiera de contratar el seguro por cuenta del prestatario, toda vez que en este caso se supedita esa posibilidad a que el prestatario no cumple con la obligación que por otra parte no sólo está recogida en el contrato sino que tiene el respaldo legal antes dicho. Por lo tanto sólo en la medida que la facultad cedida a la entidad financiera es subordinada al incumplimiento voluntario por el deudor, no puede considerarse abusiva ni menos aún puede hablarse de garantía desproporcionada por la mera contratación del seguro sobre el bien objeto de la garantía, pues en este punto si se coincide con el

demanda, dicho seguro opera como sustitutivo de la bien sobre el que recae la garantía y para el caso en que el mismo pierda su valor. Resultando indiscutible la exigencia de aseguramiento, pues considerarse incluso que la previsión contenida en la condición general, relativa a la facultad del banco, es un medio para asegurar el cumplimiento y el mantenimiento del contrato, resulta expresión por tanto principio de conservación del negocio jurídico. Si no admitiera dicha facultad a favor de la entidad financiera, debería configurarse el incumplimiento de la obligación de concertar el seguro por parte del prestatario como esencial a efectos de instar la resolución, de esta forma y ante la pasividad del prestatario en el cumplimiento de sus obligaciones se arbitraría una fórmula que permite el desenvolvimiento del negocio jurídico. Sentado cuanto antecede existe igualmente una importante diferencia con el contenido de la cláusula examinada en el fundamento noveno y es en lo relativo al valor asegurado, toda vez que exige que la misma coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la finca siniestrada, ello sin hacer distinción en cuanto al importe del crédito garantizado, estado de la finca al momento de constituir de la hipoteca y sobre todo el valor de tasación de la finca, al que se refiere el propio art 8 de la LMH. Atendida esa desconexión entre el valor de la garantía y la suma asegurada y resultando que ello tiene un efecto negativo en el prestatario como es el encarecimiento de la prima, en este caso, observamos cómo se estaría imponiendo una garantía desproporcionada al consumidor gravando su patrimonio mediante el encarecimiento del seguro, a efectos no de mantener el valor de la garantía sino incluso de incrementar el valor de la misma, lo que sí merece el reproche de abusividad al amparo del art 88.1 TRLCU.

Respecto de la atribución de beneficiario del seguro a la propia entidad bancaria para hacerse pago del importe del préstamo tanto intereses como capital, sin distinción entre capital vencido o pendiente de vencimiento, nos remitimos a lo que diremos para concluir la abusividad de la cláusula.

3.2.5.- Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

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

La previsión por la que se autoriza directamente a la entidad bancaria a percibir el justiprecio resultaría abusiva por los mismos razonamientos expuestos, en relación a

la facultad de percibir directamente el importe de la indemnización debida por el asegurador.

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

3.2.6.- Fuero judicial.

El tenor literal de la cláusula sería el siguiente:

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

Tradicionalmente nuestra jurisprudencia de las que son exponentes S.T.S. de 14 de abril y 29 de noviembre de 2000; 27 de diciembre de 2001; y 14 de octubre y 22 de noviembre de 2002 -así como las que en ellas se citan- considera nulas por abusivas, dado el desequilibrio que crean entre las partes contratantes, las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión - como los que nos ocupan- tanto al amparo de lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, como de la posterior Directiva comunitaria de 5 de abril de 1993 y, finalmente, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 y art. 90 del TRLCU, y así el art 54 de la LEC señala que no son válidos los pactos de sumisión expresa en los contratos de adhesión. Bien es cierto que el art 90 admite el sometimiento a los tribunales del lugar donde se encuentre la finca, como es el

caso y el art 684 de la LEC fija la competencia para conocer de la ejecución hipotecaria a favor del juzgado donde radique la finca hipotecada, sin embargo es igualmente cierto que de dicho contrato no se refiere exclusivamente a la ejecución de la hipoteca, pues entre otras cosas existe una norma de rango legal que imperativamente fija ese fuero territorial, por tanto comprende todo el elenco de acciones personales relativas a la interpretación y aplicación del contrato de préstamo, acciones desvinculadas de la garantía real y respecto de las que no tiene sentido la referencia al bien inmueble, pues obviamente el art 90 del TRLCU está pensando en las acciones reales en los mismos términos del art 52.1 de la LEC. Bien es cierto que en un amplia mayoría de supuestos la finca hipotecada coincidirá con el domicilio del consumidor, sin embargo también existe un mercado de segunda vivienda en lugares de vacaciones, cuya adquisición se financia habitualmente con préstamos hipotecarios. En este segundo supuesto la ejecución de la hipoteca por disposición legal corresponderá a los tribunales donde radica la finca, pero el resto de acciones personales derivadas del contrato de préstamo, respecto de las cuales cobra plena vigencia lo razonado por la Sala I del Tribunal Supremo en las citadas sentencias, sirva de ejemplo la de 20 de Julio de 1998 en la que recuerda “El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición... etc. artículo 6.º Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional... etc.». La transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión, ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las Sentencias de fecha 23 julio 1993 (RJ 1993\6476), de 20 julio 1994 (RJ 1994\6518), 12 julio 1996 (RJ 1996\5580) y 14 septiembre 1996 (RJ 1996\6715)”. A mayor abundamiento ya la SAP Madrid (Sec 13) de 11 de mayo 2005, afirmó la nulidad de una cláusula de tenor semejante al examinado en este supuesto. Bien es cierto que la cláusula refiere a los procedimientos en que legalmente este permitido, sin embargo esa indeterminación no puede entenderse con referencia exclusivamente a las acciones reales derivadas del contrato, que ya tiene un fuero imperativo por disposición legal, recordando en este punto lo razonado entre otros en el apartado 33 de esta sentencia con cita de la STJUE de 9 de Septiembre de 2004.

3.3.- Contrato de servicios telemáticos y Banca por Internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

3.3.1.- Verificación.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“El Banco se reserva un plazo de verificación o estudio de las órdenes e instrucciones recibidas, pudiendo denegar la admisión de aquellas si el Titular incumple cualquiera de las obligaciones derivadas de las presentes Condiciones”.

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

3.3.2.- Cláusula 1ª de las condiciones específicas del servicio de contratación de canal telefónico: contratación mediante comunicaciones a través de teléfono (contrato de servicios telemáticos y de banca por internet).

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

[...]

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

En este caso el contenido de la cláusula examinada difiere en elementos esenciales respecto de la que la propia sentencia declara como válida. Basta comparar las dos

cláusulas para observar cómo mientras en el primer caso la oferta contractual iba precedida del ofrecimiento de las condiciones y la aceptación implicaba simplemente que se aceptaban las condiciones previamente remitidas. En el presente caso observamos como con infracción de lo dispuesto en el art 7 de la Ley 22/2007 no se prevé la remisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales por la que se rija el producto ofrecido y de otro lado y en sospechosa coincidencia, la aceptación este caso presume la recepción de las condiciones generales y su aceptación. No se puede realizar la interpretación integradora que pretende el demandado sustentada en un supuesto olvido en la redacción de la cláusula, pues no existe ningún elemento que así nos permita afirmarlo, más aún se introducen modificaciones igualmente en los efectos de la aceptación, que hacen pensar lo contrario. Atendido lo anterior si debe afirmarse en este caso el carácter abusivo de la cláusula, toda vez que permite la contratación de productos o servicios, sin que conste por escrito o soporte duradero las condiciones que hayan de regir dicha contratación, infringiendo el contenido de los art 6 a 9 de la Ley 22/2007. En segundo término la cláusula resulta abusiva pues mediante la contratación del servicio impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa a diferencia de lo previsto en el caso anterior no se establece lo que resulta igualmente abusivo al amparo del art 89.1, invirtiendo la carga de la prueba que corresponde a la entidad bancaria en torno al cumplimiento del deber de información previsto en el art 17 de la misma Ley 22/2007, lo que igualmente resultaría abusivo al amparo del art 88.2 del TRLCU.

3.4.- Condiciones generales de la contratación de los servicios de banca multicanal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

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

(...)

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

Tal como resulta del tenor de la cláusula ahora examinada se descarga de toda responsabilidad a la entidad bancaria por la contratación de servicios a través de la Banca Multicanal y mediante la utilización de las claves asignadas, tanto la que pudiera derivarse de un indebida incorrecta o negligente utilización de las claves por el usuario,

lo que se muestra coherente con el deber de utilización diligente impuesto al usuario, como en otros supuestos donde no concurre una actuación negligente del usuario, como puede ser utilización por tercero mediante fraude como la pérdida robo o sustracción de las claves, descargando en todos esos supuestos la responsabilidad en el usuario. Bien es cierto que en relación con las tarjetas de crédito y la responsabilidad derivada de su utilización, existe una nutrida jurisprudencia y doctrina de la que en algunos puntos se hace eco la demanda. En relación igualmente con la responsabilidad derivada de las tarjetas de crédito debe necesariamente traerse a colación la STS de 16 de Diciembre de 2009, tantas veces citada, que siguiendo los parámetros que resultan los art 32 y 31 de la LSP ya consideró que las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor, a ello se debe añadir que esa exoneración en todos los supuestos de la entidad bancaria resulta abusiva en cuanto supone una exclusión total de la responsabilidad del empresario, que debería estar condicionada en el caso del robo sustracción o pérdida a la ausencia de diligencia en la custodia y utilización de las claves por el usuario, pues no existiendo no esa negligencia no puede trasladarse esa responsabilidad al usuario.

3.5.- Condiciones generales de la contratación del contrato de cuenta corriente del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

3.5.1.- Disponibilidad del saldo de la cuenta.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

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

pretexto se preaviso insuficiente. Es por ello que la cláusula resulta abusiva por aplicación del art 85 al vincular el contrato a la voluntad del empresario y del art 86 al limitar los derechos del consumidor.

En torno a la facultad de sustitución del metálico por cheques u otros medios de pago, no podemos considerar que como sostiene la demandada sirva para delimitar el objeto de la prestación a cargo de la entidad bancaria, pues elemento esencial del contrato de cuenta corriente junto con el servicio de caja, consiste en la facultad del cliente de recuperar todo o parte del dinero ingresado en la cuenta (STS 15 de julio de 1993), sin que pueda alterarse la naturaleza de la prestación debida, mediante la sustitución del metálico por otros medios de pago, que pueden en muchos supuestos no satisfacer el interés del cliente o incluso generarle nuevos gastos. En este sentido la STS de 25 de julio de 1991 señala en relación a la entidad bancaria demandada en aquel supuesto: «estaba obligado a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia; valoración negativa de la conducta del banco recurrente, que extensamente se describe en los cuatro apartados que recoge el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y que aquí se dan por reproducidos. La obligación de conservación y devolución que, tanto el CCom como el civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable». Destaca en este caso que la facultad atribuida al Banco para sustituir el abono de metálico por cheques u otros medios de pago, no se reconduce a los supuestos en que se pretendiera realizar un reintegro sin haber verificado el preaviso, sino que se la conserva en todos los supuestos en que el cliente pretenda realizar una disposición superior a 3.000 euros. El hecho de que introduzca contractualmente en el condicionado esa facultad del Banco no exonera la tacha realizada, sino que atendiendo precisamente a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato suponen un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato (art 82.1 TRLCU) vinculando el contrato a la voluntad del empresario (art 85 TRLCU).

3.5.2.- Custodia diligente de tarjetas y documentos de disposición.

La cláusula tiene el siguiente tenor:

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

En relación a la inclusión de la expresión “máxima urgencia” efectivamente dicha expresión fue objeto de examen y declaración de nulidad en el fundamento noveno de la STS de 16/12/2009, debiendo en este punto dar por reproducido lo razonado en el apartado 31 de esta resolución, en torno al eficacia formal de la cosa juzgada.

La cláusula impone al consumidor un carga no prevista en la normativa específica para que este quede a salvo de las consecuencias económicas de la utilización indebida de la tarjeta por tercero y ello en beneficio de la entidad bancaria que se esa forma dilata la asunción de responsabilidad contemplada en la propia LP, por tanto la cláusula resulta abusiva toda vez que por un lado limita los derechos reconocidos al consumidor una disposición legal conforme al art 86 del TRLCU.

3.6.- Condiciones generales de la contratación del contrato de cuenta corriente del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

3.6.1.- Modificación de las condiciones.

El tenor de la cláusula es el que sigue:

“9.1. El Banco podrá modificar los intereses, cuotas, comisiones, gastos y demás condiciones previstas en este contrato mediante su comunicación al/a los Titular/es quince días antes de su aplicación.

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

En este caso y a diferencia de lo que ocurría en supuestos anteriores, en los que se alegaba que la cláusula ya no era utilizada en la contratación por parte de la entidad financiera, no sólo se alega y acredita que no se utiliza en los nuevos contratos celebrados, sino que habría sido sustituida en los contratos celebrados con anterioridad, faltando ahora sí el presupuesto material para el ejercicio de la acción de cesación, cual es la utilización de las cláusulas que se reputan nulas, tanto en contratos ya celebrados como ad futurum.

3.6.2.- Gastos y tributos

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

Tras la sentencia de la AP de 11 de mayo de 2005 se sustituyó la cláusula conforme al documento 4. Aún cuando el citado documento a diferencia de lo que ocurría en la cláusula anterior, no explicita claramente que se haya sustituido la cláusula. En todo caso se daría la misma situación de cosa juzgada.

3.6.3.- Tratamiento de datos personales

Al ser idéntico su contenido a las cláusulas correspondientes del contrato multicanal y préstamo hipotecario, se dan por reproducidos en este punto los argumentos expuestos.

3.7.- Condiciones generales de la contratación del contrato de cuenta corriente del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

3.7.1.- Modificación de las condiciones generales

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

“El tipo de interés aplicable a los saldos acreedores de la cuenta, el importe de las distintas comisiones, así como las fechas de liquidación y devengo, serán los específicamente señalados en cada caso.

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

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

El nuevo contrato marco no sólo integra la nueva práctica contractual de Banco Popular, sino que sustituye a las condiciones integradas en los contratos anteriores, estando ausente el presupuesto material de la acción de cesación. En este caso por tanto a diferencia de lo que ocurría en los préstamos hipotecarios si se acredita la efectiva sustitución de la cláusula.

3.7.2.- Cancelación.

El tenor de la cláusula es el que sigue:

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

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

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

La cláusula ahora examinada ha sido sustituida por otra del contrato de cuenta de pago. En la nueva cláusula se corrigen dos de los defectos denunciados, se amplía el plazo de preaviso a 2 meses en consonancia con la regulación de la LSP, bien es cierto que el plazo es idéntico para ambas partes a diferencia de lo que ocurre en las condiciones del contrato marco (condición 12), sin embargo vista la amplitud del plazo concedido, no puede considerarse que el hecho de que se otorgue el mismo plazo a ambas partes, altere la debida reciprocidad originando un desequilibrio entre las partes. Del mismo modo ha sido sustituido la exigencia de justo motivo para que opere la resolución a instancias del banco por una resolución libre sin alegar causa alguna, siendo que esta cláusula ya vigente al momento de interponerse la demanda y cuyo contenido era accesible para la OCU a través del Registro de Condiciones Generales no ha sido atacada. En todo caso tratándose un contrato de duración indefinida, reconociéndose a ambas partes y no estando a un preaviso con la suficiente antelación, tampoco nada cabe decir. El único punto que se mantiene en la nueva cláusula es la facultad del banco de retener el saldo hasta que se practique la liquidación, bien es cierto que en buena lógica el saldo disponible para el usuario es el que resulta una vez anotados en cuenta los gastos o comisiones propias de la cuenta contratada y salvo que se asuma una función crediticia no se puede disponer de más de ese saldo resultante. Sin embargo tal como aparece redactada la cláusula no cabe duda genera un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, ello por dos elementos en primer lugar no tiene en modo alguno en cuenta cual el saldo existente en cuenta y la proporcionalidad del mismo con los gastos que se pudieran cargar en segundo término no fija un plazo máximo para la realización de las operaciones y disposición del saldo, lo que unido a la automatización con la que habitualmente se anotan en cuenta tales gastos, origina un claro desequilibrio de las prestaciones vinculando el contrato a la voluntad del empresario y limitando los derechos del usuario (art 82 85 y 86 del TRLCU), al permitir a la entidad mantener en su poder un dinerario que corresponde al usuario, sobre el que tampoco abona intereses y por un tiempo que no queda predeterminado y que por tanto queda a la voluntad del oferente. Toda vez que la previsión se contiene tanto en la nueva como en la antigua y esta sustituye aquella no existe inconveniente en que la cognición judicial y la consiguiente nulidad parcial se extienda al contenido de la nueva cláusula.

3.7.3.- Fuero.

El tenor de la cláusula es el siguiente:

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

Debe darse por reproducido en este caso lo ya dicho y la jurisprudencia allí citada, para concluir la abusividad de la condición citada, en efecto hemos de considerar que en este caso, la designación de un fuero territorial distinto del domicilio del usuario,

introduce un claro desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, en contra de las exigencias de la buena fe, introduciendo un obstáculo en la vía judicial de los derechos reconocidos al usuario. No puede además considerarse en todo caso que la oficina contratante corresponda con el lugar de cumplimiento de la obligación, pensemos en el supuesto en que el usuario se muda de ciudad, después de aperturar la cuenta, situación esta, que de mantener el fuero territorial contenido en esta cláusula, obstaculizaría claramente el acceso a los tribunales de justicia al usuario, imponiéndole costes adicionales de desplazamiento.

3.8.- Condiciones generales de la contratación del contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA DEL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

3.8.1. Emisión y formalización.

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

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

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

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

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

Como ya se dijo “en esta caso el contenido de la cláusula examinada difiere en elementos esenciales respecto de la anterior. Basta comparar las dos cláusulas para observar cómo mientras en el caso anterior la oferta contractual iba precedida del ofrecimiento de las condiciones y la aceptación implicaba simplemente que se aceptaban las condiciones previamente remitidas. En el presente caso observamos como con infracción de lo dispuesto en el art 7 de la Ley 22/2007 no se prevé la emisión por escrito o en soporte duradero de las condiciones generales por la que se rija el producto ofrecido y de otro lado y en sospechosa coincidencia, la aceptación este caso presume la recepción de las condiciones generales y su aceptación. No se puede realizar la interpretación integradora que pretende el demandado sustentada en un supuesto olvido en la redacción de la cláusula, pues no existe ningún elemento que así nos permita afirmarlo, más aún se introducen modificaciones igualmente en los efectos de la aceptación, que hacen pensar lo contrario. Atendido lo anterior si debe afirmarse en este caso el carácter abusivo de la cláusula, toda vez que permite la contratación de productos o servicios, sin que conste por escrito o soporte duradero las condiciones que hayan de regir dicha contratación, infringiendo el contenido de los art 6 a 9 de la Ley 22/2007. En segundo término la cláusula resulta abusiva pues mediante la contratación del servicio impone al consumidor la declaración de conformidad con la recepción de unas condiciones generales cuya entrega previa a diferencia de lo previsto en el caso anterior no se establece lo que resulta igualmente abusivo al amparo del art 89.1, invirtiendo la carga de la prueba que corresponde a la entidad bancaria en torno al cumplimiento del deber de información previsto en el art 17 de la misma Ley 22/2007, lo que igualmente resultaría abusivo al amparo del art 88.2 del TRLCU.”

3.8.2.- Emisión y formalización: utilización de la tarjeta.

El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

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

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

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

Queda por último analizar la alegación de la parte de que el contrato de tarjeta se ha ejecutado en su integridad, expresión esta que ha de entenderse como consumación y producción de todos los efectos, tal situación evidentemente no se da en un contrato de

tracto sucesivo como es el que se examina, en el que las obligaciones asumidas por el banco y el usuario, no se agotan por la utilización de la tarjeta en ese periodo inicial, sino que siguen resultando exigibles durante toda del contrato. Colofón de lo expuesto es la consideración de abusividad del último inciso de la condición en cuanto limita en perjuicio del consumidor los derechos legalmente establecidos por norma imperativa (art. 86.1 TRLCU).

3.8.3.- Responsabilidad

El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

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

Se da en este supuesto la misma situación examinada en el préstamo hipotecario del BBVA.

3.8.4.- Cuenta de domiciliación de pagos y reintegros: gastos, tributos y costas.

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

La demandada no niega que se trate de un condición abusiva, entre otras por que ya fue declarado así en sentencia firme en relación a los préstamos hipotecarios (en ese caso la dictada por la AP de Madrid de 11 de Mayo de 2005), pero indica que la citada cláusula habría sido retirada de los contratos de BBVA y que la permanencia en el contrato de tarjetas se debe a un error material.

3.8.5.- Importe de las operaciones: justificantes de las operaciones.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

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

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

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

3.8.6.- Modificación de condiciones.

Tenor literal de la cláusula

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

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

La demandada no niega que se trate de un condición abusiva, si bien manifiesta que por error material aparece formalmente en el contrato de tarjetas, pero en todo caso no se está aplicando ni en los nuevos contrato ni tampoco en los suscritos con anterioridad.

3.8.7.- Condición general decimotercera.

El tenor de la cláusula es el que sigue

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

- A)...
- B) Ingresos en efectivo.

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

- C) Ingreso de cheques.

Esta clase de operaciones también habrán de hacerse obligatoriamente en sobre cerrado, que se depositará en el Cajero Automático y en el que se consignará, en

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

D) Traspaso entre cuentas.

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

E) Depósito de documentos.

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

(...)

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

(...)

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

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

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

3.8.8.- Fuero.

El tenor es el siguiente

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

En cuanto resulta idéntica se da aquí por reproducido lo expuesto en cuanto a la imposibilidad de establecer un cláusula de sumisión expresa en el contrato de adhesión que suponga que un obstáculo para el ejercicio de los derechos del consumidor al obligarle a litigar fuera de su domicilio.

4.- CLÁUSULAS DECLARADAS NO ABUSIVAS.

La sentencia declara no haber lugar a la nulidad del resto de cláusulas impugnada y ha avalado la legalidad de las otras 29 cláusulas impugnadas por la demandante, la asociación de consumidores OCU, entre las que destaca la llamada 'cláusula suelo' de los préstamos hipotecarios, que fija el mínimo del tipo de interés a pagar, limitando las posibles rebajas en la cuota mensual de la hipoteca al actuar como freno ante las bajadas del Euríbor.

Procedemos a su análisis.

4.1.- Préstamo hipotecario BBVA.

4.1.1.- Cláusula relativa a la limitación del interés variable

La citada cláusula tiene el siguiente tenor

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

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

De otro lado, tampoco se da la reciprocidad, entendido en los términos expuestos anteriormente, pues se recogen limitaciones, tanto en el tipo mínimo como máximo, cuya falta de proporcionalidad, no ha quedado debidamente justificada, lo que unido a

la aplicación de condiciones económicas más favorables, en cuanto al diferencial aplicable, excluyen la ausencia de reciprocidad.

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

4.1.2.- Interés de demora.

La citada cláusula tiene el siguiente tenor:

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

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

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

La previsión contenida en el art 19.4 de la Ley de Crédito al consumo, tiene su razón de ser y fundamento exclusivamente en relación con los actos que integran el supuesto fáctico de la norma, sin embargo no puede ser establecido como parámetro exclusivo para juzgar la abusividad de la cláusula que establezca la fijación del interés moratorio. Respecto del interés moratorio fijado en la ley de lucha contra la Morosidad, no es un parámetro idóneo que permita realizar el examen en los términos postulados por la actora, pues a diferencia de la anterior ni siquiera responde en su dictado a una finalidad tuitiva del consumidor.

En relación al pacto de anatocismo contenido en el contrato en modo alguno puede considerarse que la cláusula tal como está redactada no cumpla los requisitos de concreción claridad y sencillez en la redacción, pues basta leer la resolución, para saber

el interés de demora aplicable y que el mismo si no se abona, puede dar lugar a nuevo devengo de intereses moratorios

En cuanto a la validez del pacto de anatocismo La doctrina de la DGRN siempre ha sido contraria a esta clase de pactos, pues considera que los intereses sólo pueden reclamarse como tales y no como principal (RDGRN 20 mayo 1987, RJ 1987, 3926).

No puede considerarse que el citado pacto quebrante la reciprocidad en el contrato ni supone una imposición de una prestación adicional, pues simplemente devengados los intereses y no satisfechos, es lícito que se establezca una consecuencia resarcitorio del impago de tales intereses distinta en si mismo del impago del principal, cuya validez como vemos ha sido ampliamente admitida, precisamente en contratos bancarios, que por su propia naturaleza actúan como contratos de adhesión. La propia Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su más reciente Sentencia de 4 de junio de 2009 (RJ 2009/4747) argumenta de este modo.

4.1.3.- Cláusula de compensación.

El tenor literal de la cláusula pasa a ser el siguiente:

“La deuda que resulte contra la parte prestataria por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra deuda de éste que la prestataria pudiera tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluso el de depósito”.

Se declara la validez de la cláusula atendiendo a que la misma ya habría sido examinado por la STS de 16 de Diciembre de 2009, que habría excluido su abusividad.

4.1.4.- Apoderamiento.

El tenor de la cláusula sería el siguiente:

“Por ser la inscripción de la hipoteca unilateral una condición esencial de este contrato, al garantizar el préstamo ya recibido por la parte prestataria, ésta apodera expresa e irrevocablemente al BANCO, en la forma más amplia y necesaria en derecho, para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca unilateral que en este acto se constituye y, en su caso, de los títulos previos a esta escritura y además, siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del crédito garantizado, para que pueda realizar las subsanaciones o aclaraciones necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma, y aunque ello incurra en la figura jurídica de autocontratación”.

En este punto se comparten plenamente los razonamiento esgrimidos por la demandada, sobre la falta de abusividad de la cláusula ahora litigiosa. Efectivamente resultando requisitos de validez del derecho real de hipoteca su inscripción registral, está plenamente justificado el apoderamiento, el cual no obstante los términos utilizados queda claramente configurado en su ámbito y contenido a la las gestiones necesarias

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

4.1.5.- Tratamiento de Datos Personales.

El tenor literal de la cláusula sería el siguiente:

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

- a) La gestión de la relación contractual y la prestación de servicios bancarios y/o financieros.
- b) El control y valoración automatizada o no de riesgos, impagos e incidencias derivadas de relaciones contractuales.
- c) La elaboración de perfiles de cliente con fines comerciales, a efectos de ofrecer productos o servicios bancarios, y de análisis de riesgos para futuras operaciones.
- d) La remisión, a través de cualquier medio, incluso por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, de cualesquiera informaciones sobre productos o servicios bancarios o de terceros.
- e) Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores”.

No puede sostenerse que la cláusula ahora examinada infrinja el art 80 del TRLGCU, por razón de que su contenido este viciado de falta de concreción o vaguedad en su redacción, pues su contenido es claro y concreto, cuestión distinta es si el mismo se acomoda a las exigencias del art 4 de la LOPDCP, en cuanto a las finalidades para las que cedén los datos de carácter personal.

4.2.- Préstamo hipotecario BANCO POPULAR.

4.2.1.- Cláusula de limitación de interés variable.

Dado que son en gran parte coincidentes los argumentos utilizados por la demandada con los ya analizados al analizar la cláusula de acotación del tipo de interés existente en el contrato de préstamo hipotecario de BBVA, debe darse aquí por reproducidos los argumentos expuestos. Del mismo modo en cuanto referidos a la

noción de reciprocidad utilizada por el art 87 del TRLCU deben darse por reproducido los argumentos anteriores.

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

4.2.2.- Pactos complementarios.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

El contenido de la citada cláusula coincide de forma sustancial con el de la cláusula 13ª del préstamo hipotecario del BBVA, debiendo descartarse el carácter abusivo de la cláusula.

4.3.- Contrato de servicios telemáticos y banca por internet del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

4.3.1.- Tratamiento de datos personales.

El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

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

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

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

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

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

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



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

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

En este punto y como se razonó debemos remitirnos a lo ya expuesto relativo a la cláusula del mismo tenor incluida en el contrato de préstamo hipotecario, al ser de idéntico contenido, aplicando en este caso las mismas conclusiones alcanzadas en dicho fundamento.

4.3.2.- Modificación de condiciones.

El tenor de la cláusula es del siguiente tenor:

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

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

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

No puede considerarse que el plazo de preaviso de 15 días, resulte excesivamente breve. En esta misma línea no se puede dar esa situación de fidelización forzosa de la clientela por falta de posibilidad de reacción frente a la modificación comunicada, pues en primer término y como se dijo la utilización o no del servicio de banca por internet es independiente de la utilización de los servicios de pago o cuenta corriente que el cliente tenga contratado y que se rigen por su normativa específica, en segundo lugar dispone de un plazo de mes posterior a la entrada en vigor de las condiciones para denunciar el

contrato y finalmente como contrato de duración indefinida puede ser desistido sin coste por el consumidor en cualquier momento con el preaviso de 15 días.

En relación al apartado segundo hemos de tener en cuenta que no resulta debatido o al menos eso parece que la entidad bancaria pueda aprovechar los propios canales de comunicación contratadas por el consumidor para comunicarles la modificación de las condiciones generales, siendo así no puede considerarse que el consumidor no puede tener acceso al contenido de dichas cláusulas, antes al contrario por el normal uso de los servicios contratados tiene acceso directo a dichas condiciones. Decir que las condiciones remitidas al correo electrónico, bandeja de SMS o intraweb de acceso restringido al usuario, no son accesibles al consumidor es pretender desconocer la sociedad de la información en la que vivimos, máxime cuando existe una decisión libre y voluntaria del consumidor de utilizar dichos mecanismos. Tampoco se puede entender que existe una aceptación o conformidad con un hecho ficticio, pues no existe el reconocimiento de un hecho inexistente supuestamente realizado por el predisponente, bien un comportamiento inexistente del consumidor (siguiendo en este punto González Pacanowska citado por la demandada). La cláusula establece la entrada en vigor de las condiciones modificadas, plazo que también se concede al consumidor para desistir, desistimiento por otro lado que tiene durante toda la vida del contrato conforme a la cláusula 15. La previsión contenida en este apartado segundo se relaciona a su vez con la obligación impuesta al consumidor de acceder al menos una vez al mes a los servicios contratados como medio que asegura el efectivo conocimiento de cualquier modificación que se pudiera haber acordado en el condicionado del contrato. Nuevamente hemos de referirnos a la naturaleza de los servicios contratados y la finalidad de la prestación de dichos servicios, no es otra que dotar un medio más ágil rápido y sencillo de comunicación entre consumidor y entidad bancaria, que el tradicional de presencia física o comunicación postal, la contratación de dicho servicio supone que por el consumidor se pretende aprovechar esos cauces de comunicación que se le han contratados, de forma efectiva, aún cuando no exclusiva. Pues bien, la utilización del citado servicio una vez al mes no puede considerarse suponga un obstáculo oneroso (es gratuita) y tampoco es desproporcionado con la finalidad perseguida por las partes al celebrar el contrato.

4.4.- Condiciones específica aplicables a los servicios telemáticos y de banca por internet. i. servicio de banca por internet.

El tenor de la cláusula es el siguiente:

“El Banco ejecutará las órdenes recibidas del Titular a través del Servicio conforme a sus Políticas de Ejecución y de Prevención y Gestión de conflictos de Intereses, que están disponibles para el cliente en www.bbva.es”

La prestación de servicios telemáticos y de banca por internet es complementaria de los servicios de pago u otros servicios bancarios o financieros contratados que se rige por sus condiciones específicas y resultan independiente. En consecuencia para poder

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

4.5.- Cláusula 1ª de las condiciones específicas del servicio de contratación de canal móvil (contrato de servicios telemáticos y de banca por internet.

El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

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

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

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

La exigencia de documentación escrita o en soporte duradero del contrato financiero celebrado a distancia resulta imperativo e ineludible, pues así lo establecen los art 6 y siguientes de la Ley 22/2007 de comercialización a distancia de productos financieros. Resulta sin embargo que en la cláusula ahora examinada y en aplicación precisamente del art 7 y 8 de la ley antes citada, se distingue por un lado las condiciones generales del contrato que se habrán remitido con carácter previo al consumidor en un

soporte distinto y por otro lado exclusivamente la oferta y subsiguiente aceptación que habrá sido emitida con pleno conocimiento de las citadas condiciones generales, pues así lo establece la propia cláusula ahora atacada, al prever que el banco podrá ofrecer productos y/o servicios cuyas condiciones hayan sido previamente comunicadas al mismo, por lo tanto condiciona la posibilidad ofertar el producto a la remisión previa de esa condiciones. Cuestión distinta es si se produce una mala práctica bancaria que alejándose del tenor de la cláusula ofreciese un determinado producto o servicio sin previamente remitir las condiciones, tal conducta sin perjuicio de las consecuencias desde el punto de vista del control y supervisión de la actividad bancaria, a través de la correspondiente reclamación, no podría ampararse en la citada cláusula, que simplemente regula la prestación del consentimiento a distancia, pero no exime a la entidad de la carga de la prueba sobre el suministro de información que le impone el art 17 de la Ley 22/2007, por lo que tampoco se puede considerar que suponga la conformidad con un hecho ficticio, ni tampoco altere el régimen de la carga de la prueba antes dicho.

4.6.- Condiciones generales de la contratación del contrato de cuenta corriente del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

4.6.1.- Intereses y valoraciones.

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

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

4.6.2.- Imputación de pagos y compensación.

El tenor literal de la cláusula es el que sigue:

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

Se da en este supuesto la misma situación examinada en el fundamento séptimo respecto de la cláusula séptima del préstamo hipotecario del BBVA, por lo que procede confirmar su validez.

4.7.- Condiciones generales de la contratación del contrato de tarjetas PAGA AHORA/PAGA AHORA BLUE BBVA DEL BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

4.7.1.- Duración: terminación del contrato.

Tenor literal de la cláusula

“9. DURACIÓN

(...)

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

(...)

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

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

razón de su utilidad, siendo que tampoco atribuye al banco la facultad de estimar cuando la documentación es o no precisa.

4.7.2.-Imputación de pagos y compensación: compensación.

Tenor literal de la cláusula:

““10. IMPUTACIÓN DE PAGOS Y COMPENSACIÓN

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

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

La STS de 16 de Diciembre de 2009 excluyó su abusividad.

4.7.3.- Programas de fidelidad.

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

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

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

El programa de fidelización por su propia naturaleza es gratuita y pretende incentivar la utilización en este caso de los medios de pago mediante la aplicación

de descuento u otra clase de beneficios o incentivos comerciales, y la cláusula de ese modo asegura que todos los clientes de la entidad puedan beneficiarse del citado programa, por ello no puede considerarse que la cláusula esta falta de concreción en los términos del art 5 de la LCGC y 80 del TRLCU. Tampoco se puede entender la cláusula suponga la conformidad con un hecho ficticio, sino se prestando conformidad para participar en un momento futuro en el programa de fidelización que se pudiera desarrollar.

4.7.4.- Tratamiento de datos de carácter personal.

El tenor de la cláusula es el que sigue:

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

- De la falta de diligencia en orden a la conservación y correcta utilización de la Tarjeta por el Titular.
- De la imposibilidad de uso de la Tarjeta, o de cualquier demora, daño o molestia causada por accidente, avería o fallo mecánico de todos o alguno de los mecanismos del Cajero Automático o Terminal en Punto de Venta, así como de aquéllas otras máquinas con los que estén conectados.
- Del uso que pueda hacerse de las Tarjetas perdidas o sustraídas o del conocimiento por terceras personas del número secreto facilitado al Titular por el Banco. En caso de pérdida o sustracción del número secreto, el Titular deberá ponerlo en inmediato conocimiento del Banco emisor, quien hará todo lo razonablemente posible para tratar de evitar que sea utilizado fraudulentamente.
- De las contingencias ajenas a la voluntad del Banco que afecten al Cajero Automático, a su contenido o al Terminal en Punto de Venta”.

Se mantiene la exención de responsabilidad por las incidencias que puedan derivarse de la operación realizada entre el titular y el establecimiento. Resulta sin embargo que está exención de responsabilidad fue declarada válida por la sentencia de 16 de diciembre de 2009 del Tribunal Supremo en la misma redacción que ahora se contiene (la referencia a “incidencias entre el Titular y Beneficiarios y entre estos y los Comercios, otros Bancos y Cajas, se corresponde con el contrato de tarjeta del BBVA y no del BANCO POPULAR). Finalmente y en cuanto a la distribución de responsabilidad por usos fraudulento de tarjeta la condición 5ª se muestra respetuosa con la LSP y el criterio establecido por el Tribunal Supremo, con sólo un particular referencia al deber de comunicación sin dilación alguna debe entender en los términos del art 27 de la LSP si dilación injustificada alguna, como en términos similares ya se pronuncia la Sala I en la sentencia antes dicha.

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

5.- Efectos de la nulidad.

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

PRESTAMO HIPOTECARIO BBVA

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

PRESTAMO HIPOTECARIO BANCO POPULAR,

a) redondeo al alza y revisión de tipos de interés: se sustituyen las cláusulas litigiosas por las redacción contenida en las cláusulas utilizadas por Popular en los nuevos préstamos hipotecarios b) Conservación: la suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación y se suprime el derecho del banco a percibir la indemnización y en su lugar será de aplicación lo dispuesto en el Art 110 LH se suprime el derecho a la percepción de justiprecio por parte del banco en el expediente de expropiación. C) Fuero judicial se está al domicilio del consumidor, salvo los fueros imperativos contenidos en la LEC, con referencia a la ejecución de hipoteca

CONTRATO SERVICIOS TELEMATICOS BBBVA

a) Supresión del plazo concedido al Banco de verificación y en su lugar el banco habrá de proceder previa verificación del cumplimiento de las condiciones b) condiciones específicas de contratación telefónica la entidad bancaria facilitará



previamente al usuario las condiciones generales y la aceptación de la oferta no supondrá conformidad con que se hayan recibido previamente las Condiciones Generales

BANCA MULTICANAL BANCO POPULAR

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

CUENTA CORRIENTE BBVA

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

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

CUENTA CORRIENTE POPULAR

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

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

CONTRATO TARJETAS BBVA

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

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

CONTRATO TARJETAS BANCO POPULAR

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

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



www.uclm.es/centro/cesco

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