

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia N^o: 792/2009

Fecha Sentencia: 16/12/2009

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso N^o: 2114/2005

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 17/11/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Jesús Corbal Fernández

Procedencia: AUD. MADRID

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por: RSJ

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Acción de cesación. Nulidad de cláusulas-tipo de contratos bancarios que resultan abusivas para los usuarios de los servicios.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2114/2005
Ponente Excmo. Sr. D.: Jesús Corbal Fernández
Votación y Fallo: 17/11/2009
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 792/2009

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos
D. Xavier O'Callaghan Muñoz
D. Jesús Corbal Fernández
D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. Antonio Salas Carceller

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil nueve Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, como consecuencia de autos de juicio verbal en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y cuatro de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos por la entidad CAJA MADRID, representada por la Procurador D^a. Lucila Torres Ríos; la ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, representada por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero; siendo parte recurrida el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por el Procurador D. Emilio García Guillén; la entidad BANKINTER, S.A., representada por el Procurador D^a.

Rocío Sampere Meneses; y la entidad BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios, interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuarenta y cuatro de Madrid, siendo parte demandada las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Bankinter, S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Banco Santander Central Hispano, S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "estimatoria por la que: 1) Se declare el carácter abusivo y la consiguiente nulidad absoluta de las cláusulas bancarias aquí impugnadas; 2) Se prohíba a las demandadas el poder volver a utilizar en el futuro dichas cláusulas; 3) Se ordene la publicación del Fallo de la Sentencia en al menos los dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el art. 21 de la Ley 7/1998 Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (precepto este último adicionado por el artículo primero de la Ley 39/2002, de 28 de octubre); 4) Se acuerde dirigir mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia (artículo 22 de la Ley 7/1998 LCGC); 5) Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales."

2.- Convocadas las partes para la celebración del juicio verbal, comparecieron, ratificándose la parte actora en su escrito de demanda y solicitando el recibimiento del pleito a prueba; las codemandadas (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representado por el Procurador Sr. García Guillén;

Bankinter S.A., representado por la Procurador Sra. Sampere Meneses; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, representada por la Procurador Sra. Torres Rius y el Banco Santander Central Hispano, S.A., representado por el Procurador Sr. Lanchares Perlado) se opusieron a la demanda y plantearon la excepción por incorrecta acumulación de acciones.

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba, en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuarenta y Cuatro de Madrid, dictó Sentencia con fecha 24 de septiembre de 2.003, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta en nombre de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Banco Santander Central Hispano, S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Bankinter S.A., y declaro: Primero, el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refiere el fundamento octavo de esta sentencia y por consiguiente su nulidad radical. Segundo, se prohíbe a las demandadas la utilización en el futuro de dichas cláusulas. Tercero, se condena a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a publicar a su costa, por cuartas partes, en el plazo de quince días esta sentencia en un diario de máxima circulación en la provincia de Madrid. Cuarto, se ordena la inscripción de esta sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin líbrese mandamiento en forma al señor Registrador. No se hace especial condena en costas."

4.- Por la representación de la Organización de Consumidores y Usuarios, se solicitó la aclaración de la sentencia anterior, dictándose por el Juzgado de Primera Instancia Número 44 de Madrid, auto de fecha 13 de octubre de 2.003, cuya parte dispositiva es como sigue: "Ha lugar a la aclaración solicitada por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en representación de Organización de Consumidores y Usuarios, por lo cual la sentencia de 24 de septiembre de 2003 debe modificarse en los términos que se expresan en el Fundamento segundo de esta resolución y en consecuencia se declara también la nulidad de la expresada cláusula."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de la Organización de

Consumidores y Usuarios y las entidades Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Bankinter S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Banco Santander Central Hispano; la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, dictó Sentencia con fecha 11 de mayo de 2.005, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que ESTIMANDO EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), contra la sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2003 -aclarada mediante auto de 13 de octubre de 2003- por el Juzgado de Primera Instancia número 44, en los autos de juicio verbal civil seguidos ante dicho Organo Judicial con el número 40/2003; ESTIMANDO TAMBIEN PARCIALMENTE los recursos interpuestos contra las mismas resoluciones por la Procuradora D^a. Lucila Torres Rius, representando a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; la Procuradora D^a. Rocío Sampere Meneses, representando a Bankinter, S.A.; y el Procurador D. Emilio García Guillén, representando a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.; y DESESTIMANDO EL RECURSO interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, representando a Banco de Santander Central Hispano, S.A., contra las referidas resoluciones, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS las mismas únicamente en el sentido de declarar válidas: la segunda parte de la cláusula tercera, la cláusula undécima y la cláusula decimosexta, en los términos que igualmente exponemos en esta sentencia, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia contra la que se ha apelado y del auto aclaratorio de la misma; todo ello con expresa imposición a Banco Santander Central Hispano S.A. de las costas causadas en esta alzada con motivo del recurso de apelación por ella interpuesto, y sin especial imposición a los demás litigantes de las costas causadas en esta alzada con ocasión de su respectivo recurso de apelación. Lo declarado en esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declarada nulas."

TERCERO.- 1.- La Procurador D^a. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad Bankinter, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, respecto la Sentencia dictada en apelación de fecha 11 de mayo de 2.005, que posteriormente fue inadmitido por Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2.008.

2.- Por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación al Organización de Consumidores y Usuarios, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, respecto la Sentencia dictada en apelación de fecha 11 de mayo de 2.005, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL: UNICO.-** Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC se alega infracción del art. 24.2 de la CE. **RECURSO DE CASACION: PRIMERO.-** Se impugna la cláusula identificada como Tercera, Dos en su escrito de demanda. **SEGUNDO.-** Se impugna la cláusula identificada como Cuarta en su escrito de demanda. **TERCERO.-** Se impugna la cláusula identificada como Quinta en su escrito de demanda. **CUARTO.-** Se impugna la cláusula identificada como Séptima en su escrito de demanda. **QUINTO.-** Se impugna la cláusula identificada como Octava en su escrito de demanda. **SEXTO.-** Se impugna la cláusula identificada como Undécima en su escrito de demanda. **SEPTIMO.-** Se impugna la cláusula identificada como Duodécima en su escrito de demanda. **OCTAVO.-** Se impugna la cláusula identificada como Decimocuarta en su escrito de demanda. **NOVENO.-** Se impugna la cláusula identificada como Decimoquinta en su escrito de demanda. **DECIMO.-** Se impugna la cláusula identificada como Decimosexta en su escrito de demanda.

3.- Por el Procurador D. Emilio García Guillén, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, respecto la Sentencia dictada en apelación de fecha 11 de mayo de 2.005, que posteriormente fue inadmitido por Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2.008.

4.- Por la Procurador D^a. Lucila Torres Ríus, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trece, respecto la Sentencia dictada en apelación de fecha 11 de mayo de 2.005, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.-** Se alega infracción del art. 221.1.2º de la LEC. **SEGUNDO.-** Se alega infracción del art. 10.1 a) de la LGDCU en relación con la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circulas 8/90

del Banco de España. TERCERO.- Se alega infracción de los arts. 54 y 56 de la Ley 1/2000 de 7 de enero. CUARTO.- Se alega infracción del art. 394 y ss. de la LEC. QUINTO.- Se alega infracción del art. 10 LGDCU en relación con los artículos 1124, 1255 y 1256 del Código Civil. SEXTO.- Se alega infracción del art. 2.1 y 145 de la Ley Hipotecaria y del art. 1875 del Código Civil. SEPTIMO.- Se alega infracción del art. 1.255 del Código Civil en relación con los arts. 10 bis y 10 ter de la LGDCU.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 6 de octubre de 2.005 se tuvieron por interpuestos los recursos de casación anteriores y se acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente, la entidad CAJA MADRID, representada por la Procurador D. Lucila Torres Ríos; la ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, representada por el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero; el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por el Procurador D. Emilio García Guillén; y la entidad BANKINTER, S.A., representada por el Procurador D^a. Rocío Sampere Meneses; y como parte recurrida, la entidad BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 4 de noviembre de 2.008, cuya parte dispositiva es como sigue: "1º) INADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 15/2004, dimanante de los autos de juicio verbal sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas nº 40/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, en cuanto a las infracciones basadas en interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años. 2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 15/2004, dimanante de los autos de juicio verbal

sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas nº 40/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, en cuanto a la infracción basada en interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3º) INADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 15/2004, dimanante de los autos de juicio verbal sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas nº 40/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid. 4º) INADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "BANKINTER, S.A.", contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 15/2004, dimanante de los autos de juicio verbal sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas nº 40/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid. 5º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, contra la Sentencia dictada, con fecha 11 de mayo de 2005, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 15/2004, dimanante de los autos de juicio verbal sobre cesación de cláusulas contractuales por abusivas nº 40/2003 del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid."

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D^a. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad Bankinter, S.A.; el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de la Organización de Consumidores y Usuarios; el Procurador D. Emilio García Guillén en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; la Procurador D^a. Lucila Torres Ríus en representación de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, presentaron respectivos escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2.009, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Por la Organización de Consumidores y Usuarios - OCU- se interpuso demanda frente a las entidades mercantiles Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Bankinter, S.A., Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid) y Banco Santander Central Hispano, S.A. (BSCH) en la que solicita: 1) Se declare el carácter abusivo y la consiguiente nulidad absoluta de las diecisiete cláusulas bancarias que en concreto se impugnan. 2) Se prohíba a las demandadas el poder volver a utilizar en el futuro dichas cláusulas. 3) Se ordene la publicación del fallo de la sentencia en al menos dos diarios de circulación nacional de mayor tirada, con arreglo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 7/1998, Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 221.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (precepto este último adicionado por el artículo primero de la Ley 39/2002 de 28 de octubre). 4) Se acuerde dirigir mandamiento al registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia (artículo 22 de la Ley 7/1998 LCGC).

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Madrid el 24 de septiembre de 2.003, en los autos de juicio verbal número 40 de 2.003,

estimó parcialmente la demanda y declaró: Primero, el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refiere el fundamento octavo de esta sentencia y por consiguiente su nulidad radical. Segundo, se prohíbe a las demandadas la utilización en el futuro de dichas cláusulas. Tercero, se condena a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a publicar a su costa, por cuartas partes, en el plazo de quince días esta sentencia en un diario de máxima circulación en la provincia de Madrid. Cuarto, se ordena la inscripción de esta sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cuyo fin líbrese mandamiento en forma al señor Registrador.

La Sentencia anterior fue aclarada por Auto de 13 de octubre de 2.003 con el siguiente particular: «Se añade el apartado letra "I)" del Fundamento de Derecho octavo el siguiente párrafo. "Por iguales consideraciones se declara la nulidad de la "Cláusula novena", pues no puede el Banco eximirse de responsabilidad por el mal funcionamiento en su sistema operativo que afecte a los cajeros automáticos o terminales de capturas, sea cualquiera la causa, cuando el usuario o cliente no tiene ninguna intervención en los mismos».

La Sentencia dictada por la Sección Décimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de mayo de 2.005, en el Rollo número 15 de 2.004, estima en parte el recurso de apelación de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) y también parcialmente los recursos de apelación de BBVA, S.A., Bankinter, S.A., y Caja Madrid, y desestima el del BSCH, S.A., y acuerda revocar la resolución recurrida -sentencia dictada en fecha 24 de septiembre de 2.003, aclarada mediante auto de 13 de octubre siguiente, del Juzgado de 1ª Instancia número 44 en los autos de juicio verbal civil número 40/2.003-únicamente en el sentido de declarar válidas: la segunda parte de la cláusula tercera, la cláusula undécima y la cláusula decimosexta, en los términos que igualmente exponemos en esta sentencia, manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia contra la que se ha apelado y del auto aclaratorio de la misma; todo ello con expresa imposición a Banco Santander Central Hispano S.A. de las costas causadas en esta alzada con motivo del recurso de apelación por ella interpuesto, y sin especial imposición a los demás litigantes de las costas causadas en esta alzada con ocasión de su respectivo recurso de apelación. Lo declarado en esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declarada nulas.

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron varios recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El Auto de esta Sala de 4 de noviembre de 2.008 acordó: 1º. Inadmitir el recurso de casación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en cuanto a las infracciones basadas en interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años; 2º. Admitir el recurso de casación interpuesto por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en cuanto a la infracción basada en interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; 3º. Inadmitir el recurso de casación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; 4º. Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación de Bankinter, S.A.; y, 5º. Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación de la Organización de Consumidores y Usuarios.

1º. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LA ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS -OCU-

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso se denuncia, al amparo del art. 469.1, 4º LEC, la vulneración del derecho constitucional a la prueba con infracción del art. 24.2 CE por inadmisión por el Tribunal de apelación de la documental pública (sentencia) pedida por la parte aquí recurrente y que resultaba condicionante y decisiva del fallo.

Se hace referencia a la documental solicitada en apelación consistente en que se librara exhorto a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, para su remisión y aportación a las actuaciones, de la Sentencia 22/2005, de 31 de enero de 2.005 de dicha Sección Sexta, estimatoria en apelación de la acción de cesación instada por la entidad Ausbanc Consumo contra Banco Santander Central Hispano, declarando la nulidad por abusiva de la misma Cláusula Octava de las impugnadas aquí por OCU (siendo el BSCH, además, una de las codemandadas).

El motivo se desestima porque la posibilidad de aportar como prueba las sentencias o resoluciones judiciales en cualquier recurso, incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, requiere que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver el mismo (art. 271.2 LEC), cuya exigencia de relevancia para la decisión final es igual a vigor potencial para cambiar el sentido del fallo

(SSTC 21 de diciembre de 2.006, 4 de junio de 2.008, 8 de julio de 2.009, entre otras), lo que en el caso no consta en absoluto, porque si bien se alude a que una hipotética firmeza de la Sentencia, que se pretende aportar mediante auxilio judicial, podría tener eficacia de cosa juzgada material del art. 221.1,2ª en relación con el 222.4, ambos de la LEC, sucede que ni consta la firmeza, ni tampoco que se haya declarado en dicha resolución el efecto correspondiente, el cual no se produce "ipso iure", sino que requiere apreciación "ad hoc". Frente a ello no cabe invocar indefensión material, pues la recurrente tuvo oportunidad procesal para acreditar la exigencia de conformidad con el art. 471, párrafo segundo, LEC. Por otra parte, los defectos procesales alegados consistentes en la desigualdad de trato, porque se había admitido la incorporación de la Sentencia de primera instancia, y que la prueba se denegó por providencia en lugar de auto, son irrelevantes dado que, ni existe indefensión, puesto que la resolución referida del Juzgado revocada por la Audiencia (en la sentencia que se pretendía incorporar en apelación) no fue valorada en medida alguna en este proceso, ni el defecto de forma de la resolución judicial denegatoria tiene trascendencia por cuanto la misma contiene motivación suficiente.

TERCERO.- La desestimación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la de éste, con imposición de las costas a la parte recurrente (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC), y que proceda examinar el recurso de casación, de conformidad con la Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 6ª, LEC.

2º. RECURSO DE CASACIÓN DE LA OCU.

CUARTO.- Las alegaciones expuestas en los escritos de oposición al recurso de casación en las que se sostiene la inadmisibilidad de los motivos con base en que, o no se cita doctrina jurisprudencial, o la citada no se opone, ni contradice por la sentencia recurrida en relación con las cláusulas examinadas, o no existe la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, no se acoge con el carácter general formulado, sin perjuicio del examen concreto en cada caso -respectivo motivo-, de resultar procedente, porque, aparte de que ello redundaría en la mayor claridad y precisión de la respuesta judicial, evitando en ocasiones la reiteración argumentativa, en cualquier caso, el requisito se ha

cumplido en el plano formal, sin que se observe artificialidad, y, por lo demás, en materias como la presente la doctrina jurisprudencial genérica precisa de una respuesta específica a las singulares cuestiones planteadas.

QUINTO.- En el primer motivo del recurso se impugna la cláusula que se identifica como TERCERA, DOS.

A la misma se refiere el fundamento de derecho octavo de la Sentencia recurrida, que la recoge con el siguiente contenido: «2. Repercusión en el importe total de la operación: "Constitución de Hipoteca: [...] Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo a la devolución del capital del préstamo [...] y además [...] del pago de las costas procesales, [correspondiendo por este concepto la suma de XX] MILLONES DE PESETAS, equivalente a [...] MILLONES DE EUROS..."».

La Sentencia recurrida fundamenta la validez de la cláusula en que no se trata de un pacto sobre costas sino de extender la garantía de la hipoteca al pago de las costas judiciales impuestas conforme a la legislación vigente y al margen de todo pacto. Cita en apoyo los arts. 1.861 CC, 105 LH, 219.3º RH e incluso 539 LEC a cuyo tenor se han de imponer al ejecutado con carácter general las costas de la ejecución, y argumenta también que "lo contrario podría conducir al absurdo de privar a la entidad acreedora de la garantía constituida sobre el bien hipotecado obligándola a acudir a otra ejecución para perseguir distintos bienes del deudor ejecutado con los graves inconvenientes que ello comportaría".

La OCU recurrente fundamenta su recurso en que la cláusula deviene desproporcionada y produce una ruptura del equilibrio entre las partes por lo que es abusiva conforme a la doctrina jurisprudencial (SS. 15 de septiembre de 1.999, 14 de abril de 2.000, 29 de noviembre de 2.000). Asimismo señala que contradice la jurisprudencia (SS. 17 de mayo de 1.993, 1 de marzo de 1.994, 22 de enero de 1.997, 12 de mayo de 1.998) sobre la improcedencia o ilegalidad de los pactos sobre costas, y afirma que no son aplicables los preceptos legales invocados por la sentencia recurrida porque: los arts. 1.861 CC y 105 LH se refieren a la obligación del contrato que garantiza que en el caso del préstamo lo sería el capital, interés y comisiones bancarias; el art. 219.3 RH no impone la partida de costas, y de entenderse en otro sentido sería contrario a los arts. 51.1 y 53.3 de la CE, carecería de cobertura legal, y, en todo caso, debería ser reinterpretado conforme a la realidad actual (art. 3.1 CC) con el resultado de su

inaplicación (art. 6 LOPJ); y en cuanto al art. 539 LEC no dice lo que se le atribuye en la resolución recurrida.

Por las partes recurridas en sus respectivos escritos de oposición destacan que no se trata de un pacto sobre costas sino de extender la garantía de la hipoteca al pago de las costas judiciales que impongan los Tribunales a los propios consumidores conforme a la legislación vigente y que la cláusula no exonera al predisponente de las costas, pues no dice que en todo caso las costas de un litigio serán de cargo del cliente, sino que se limita a decir que, declarado judicialmente el incumplimiento del cliente, las costas corren de cuenta de éste, y afirmar lo contrario conduciría a la absurda conclusión de privar a la entidad acreedora de la efectividad de la garantía constituida sobre el propio bien hipotecado privando de toda virtualidad la propia ejecución derivada de la hipoteca (BANKINTER); y que no se imponen previamente al prestatario, en ningún caso, las costas de un eventual procedimiento judicial; se trata de una estipulación que solo entra en juego si previamente existe incumplimiento por parte del prestatario; y que no se pone en duda que las costas las abonará aquella parte a quien un Tribunal se las imponga (CAJA MADRID).

El motivo se desestima porque carece de fundamento.

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

SEXTO.- En el motivo segundo del recurso de casación de la OCU se impugna la cláusula identificada como CUARTA.

A la misma se refiere el fundamento noveno de la Sentencia recurrida, que la recoge con el siguiente texto: «Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad».

La pretensión de declaración de nulidad por abusiva formulada por la OCU se resume en que la cláusula contempla que, en caso de reclamación judicial, valga como prueba suficiente de la deuda la certificación liquidatoria presentada por la entidad bancaria, sin dar posibilidad al cliente de presentar prueba en contrario.

La Sentencia recurrida razona, en sentido contrario, que no se limita el derecho del usuario a valerse de cuantos medios de prueba legales tenga por conveniente para desvirtuar el contenido de la certificación y que no obsta no se informe por el Banco o Caja a los clientes del derecho que les asiste. Añade que el pacto de liquidez está admitido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo (SS.TC 10 de febrero de 1.992 y TS 7 de mayo de 2.003 y 3 de febrero de 2.005) y recogido en el art. 572.2 LEC, y que, respecto de la [supuesta] falta de información, no se infringen los arts. 2.1,d) y 10.1,a) de la LGDC y U. Finalmente señala que la cláusula no supone la imposición de una renuncia o limitación de los derechos del consumidor a los efectos prevenidos en el apartado 14 de la Disposición Adicional Primera de la LGDC y U, ni impone la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los términos previstos en el apartado 19 de la citada Disposición Adicional.

En el cuerpo del motivo del recurso la OCU impugna la Sentencia recurrida con base en que la cláusula no envuelve únicamente un pacto de liquidez, sino, y "he aquí el abuso" -dice-, un pacto de no oponerse a esa liquidez, unilateralmente fijado por la entidad, y más adelante añade que no informa al cliente del carácter no decisorio de esa certificación, ni por tanto de la posibilidad de defenderse de ella. En resumen, la discrepancia de la OCU no reside en el pacto de liquidez, sino que lo que cuestiona "son los términos en que está redactado ese pacto de liquidez".

En el escrito de oposición al recurso formulado por CAJA MADRID se argumenta que la certificación de saldo es imperativamente exigida por el art. 573 LEC como requisito para interponer la demanda ejecutiva, que la propia LEC en el art. 557 permite al ejecutado articular amplia prueba en contra para fundamentar su oposición, y que el resultado de esa liquidación siempre va precedido del pacto entre las partes, según se deduce del art. 572.2 LEC. Por BANKINTER, en su escrito de oposición, se aduce que la cláusula no limita en modo alguno el derecho del usuario de los servicios bancarios a valerse de cuantos medios de prueba tenga por conveniente para desvirtuar el contenido de la certificación presentada por la entidad bancaria, y, se añade, que apoyan la

validez las SS. del TC y el TS, sin que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y los artículos 550.1.1º, en cuanto la certificación permite despachar ejecución, y 572.2 LEC.

El motivo se desestima porque carece de consistencia, tanto más si se tiene en cuenta que no se fundamenta adecuadamente el interés casacional (art. 477.2,3º y 3 LEC).

El denominado "pacto de liquidez" -o "de liquidación"- es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º LEC-. Esta es la finalidad del pacto -despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo vienen entendiendo los Tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1,d), y 10.1,a) de la LGDC y U, ni su DA 1ª, apartado 14ª.

SEPTIMO.- En el motivo tercero la OCU impugna la declaración de validez de la cláusula QUINTA de las impugnadas en la demanda.

Las cláusulas recogidas en el fundamento de derecho décimo de la sentencia recurrida son del siguiente tenor literal: «1. "La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares" (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria). 2. "Las posiciones acreedores que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros" (Bankinter). 3. "Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure

como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos" (Santander Central Hispano)».

La sentencia recurrida razona la validez de las cláusulas partiendo de la doctrina jurisprudencial que diferencia, por un lado, la titularidad indistinta de la cuenta encaminada a determinar el origen de la masa patrimonial que ha de responder de las deudas de alguno de los cotitulares frente a los demás, lo que es ajeno al tema que se debate pues afecta únicamente a la disponibilidad, que no propiedad, del saldo existente, y, por otro lado, la relación de la entidad bancaria frente a alguno de ellos. En este supuesto habría lugar a la objeción de la OCU -sigue diciendo, en síntesis, la resolución recurrida-, si la deuda correspondiese a alguno de los titulares y que no se hayan comprometido todos a responder, cuya autorización deberá ser conocida y expresamente aceptada por los usuarios, pues, en otro caso, se vulnerarían los arts. 1.198 CC, 7.a) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 8, en relación con la DA 1ª LGDC y U, en la medida que implicaría un desequilibrio entre las posiciones de las partes. Y concluye el juzgador "a quo" que «no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que impida a un tercero, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad del cotitular deudor».

El razonamiento jurídico de la sentencia recurrida es plenamente asumible en la perspectiva de que nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto.

La OCU aduce que con tal apreciación se crea una situación material de indefensión, con perjuicio económico para aquellos cotitulares de la cuenta que no son deudores del Banco, pero que ven afectados los fondos de su propiedad al pago de una deuda ajena, en muchos casos sin constar su interés en ese pago, y hasta en contra de su voluntad, y añade que debería exigirse al Banco alguna gestión previa en orden a determinar la propiedad de los fondos de la cuenta, o conceder un trámite de comunicación a todos los titulares al mismo fin.

La respuesta al motivo cabe resumirla diciendo, que, con independencia de que no todas las Sentencias de las Audiencias Provinciales que cita sientan una conclusión al respecto del tema en el sentido en que lo entienda la parte recurrente, en cualquier caso, no cabe negar que cualquier persona puede

asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "ad intra" con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a "indistinto". Por ello, se desestima el motivo en cuanto a las dos primeras cláusulas, y se estima en cuanto a la número 3.

OCTAVO.- En el motivo cuarto se denuncia la declaración de validez de la cláusula SEPTIMA de las impugnadas en la demanda.

En el fundamento de derecho duodécimo de la Sentencia recurrida se examina el contenido de esta cláusula que tiene el siguiente texto: «El Banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que pueden derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta».

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

Para excluir la aplicabilidad de los apartados 3ª y 9ª de la DA 1ª LGDCU basta con apreciar que la operación comercial es ajena al profesional emisor de la tarjeta (que es un tercero ex art. 1.257 CC) por lo que no cabe atribuirle responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones. Por ello, este Tribunal comparte plenamente el criterio de la resolución recurrida, la que, con buen sentido, separa la operación comercial -relación

contractual entre el establecimiento y el cliente-, que es ajena al Banco, de las incidencias derivadas de la tarjeta misma, que puedan suscitarse en las relaciones entre el Banco y el establecimiento, y el predisponerte y el adherente.

Por todo ello, el motivo decae.

NOVENO.- En el motivo quinto se impugna por la OCU la declaración de validez de la cláusula OCTAVA de las impugnadas en la demanda.

La Sentencia recurrida examina la materia en el fundamento décimo-tercero en el que titula la cláusula con la fórmula "Exención de toda responsabilidad de la entidad, por extravío o sustracción de la tarjeta (de crédito o de débito), o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida".

Según expresa dicha resolución el tema abarca tres aspectos diferentes aunque íntimamente en conexión:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- "En caso de hurto o extravío de [la libreta, el titular de ésta] se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito [...] quedando [la

entidad] relevada de toda responsabilidad si atendiera operaciones con cargo a la misma antes de recibir dicho aviso" (Caja Madrid).

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

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

3. Inversión de la carga de la prueba en caso de uso fraudulento de número secreto de la tarjeta:

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

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

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

La sentencia recurrida rebate las alegaciones efectuadas en el recurso de apelación por la OCU con los siguientes argumentos:

a) La resolución del Juzgado rechazó la nulidad de la cláusula con base en que de admitirla se desplazaría la obligación de custodia que tiene el propietario sobre dichos instrumentos. Frente a ello, aduce la actora-apelante que no existe tal desplazamiento de la obligación de custodia, ni se invierte la carga de la prueba, distinguiendo entre la obligación que tiene el titular de la tarjeta o libreta de custodiarlas, y las consecuencias de que se efectúen cargos tras su extravío o sustracción. La sentencia recurrida responde que, incontrovertida la obligación del usuario de custodiar la tarjeta de crédito o de débito, así como de la libreta, "cualquier cargo que se hiciese en la cuenta del cliente tras la sustracción o extravío de aquéllas es ajena a la responsabilidad de la entidad emisora de la misma en cuanto no se le haya comunicado por el interesado ni haya podido conocer por otro medio el hecho de su ilícita utilización".

b) Resalta la actora-apelante que la resolución de primera instancia no reflexiona sobre la proporcionalidad o desequilibrio de una estipulación que deja en manos de una sola de las partes el poder de interpretar cuando una conducta está bien cumplida, esto es, cuando se ha comunicado urgentemente su sustracción o extravío. La resolución recurrida rechaza que pueda apreciarse la falta de proporcionalidad o desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes cuando, normalmente, la entidad emisora de la tarjeta o libreta carecerá de otro medio de conocimiento de la sustracción o extravío que la propia comunicación de su cliente; ello sin cerrar la posibilidad a que, excepcionalmente, se pruebe que la entidad bancaria pudo conocer la sustracción o extravío antedicho, así como evitar los cargos que se intentasen realizar en la cuenta del consumidor antes de que su titular le comunicase que le había sido sustraída o la había extraviado. El hecho de que las entidades no respondan del uso de la tarjeta no se debe solo a la presunción de negligencia en la custodia, sino también a la indebida imputación del mismo a las entidades demandadas mientras no hayan tenido posibilidad de conocer su pérdida o sustracción.

c) Respecto al número secreto señala la resolución recurrida, que, ciertamente la "coacción" y la "fuerza mayor" no agotan los supuestos imputables al titular de la tarjeta, siendo posible, entre otras posibilidades, la apuntada por la actora en el sentido de que, disponiendo de equipo técnico adecuado, resulta innecesario conocer el número secreto, si bien ello tampoco permite imputar genéricamente al Banco o Caja el cargo indebido que se haya podido efectuar, debiendo examinarse cada caso concreto para determinar su posible responsabilidad.

d) Finalmente, resalta la resolución recurrida, que, la obligación de comunicación inmediata o urgente tampoco comporta una obligación desproporcionada o abusiva, siendo además el propio titular el mayor interesado en efectuar esa comunicación con la mayor celeridad posible, a cuyo efecto, al margen del art. 1.104 CC, la Recomendación 88/590/CEE refleja la necesidad de que se efectúe rápidamente cuando dispone que se realice "sin excesiva demora". Todo ello no obsta a que al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1 CC, la interpretación de dicha norma se realice ponderando las circunstancias concretas de cada supuesto, lo que, en cualquier caso, es insuficiente para desvirtuar los pronunciamientos de la resolución apelada.

El motivo del recurso de la OCU plantea la impugnación de la sentencia recurrida desde una triple perspectiva:

La primera faceta se refiere a la infracción del art. 1.104 CC y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, si bien la corriente mayoritaria es partidaria de la nulidad de la cláusula. Se diverge de la cláusula que establezca la exención total de responsabilidad del banco por el uso indebido de la tarjeta (o libreta) antes de la comunicación, y que se prevean unos tiempos de comunicación "urgente", "a la mayor brevedad", "dentro de las 24 horas siguientes a la pérdida o extravío", que, además de reservar en cuanto a los dos primeros la interpretación a la entidad, en cualquier caso se trata de plazos inmediatos y perentorios que en la práctica no pueden satisfacerse y no por ello media mala fe del usuario. Y también se discrepa en cuanto que se impone al consumidor la carga de probar que el uso del número secreto de la tarjeta (o pin), cuando éste es necesario para que funcione la tarjeta, ha sido revelado al tercero bajo fuerza o coacción del titular, pues de lo contrario la entidad bancaria tampoco responde.

Con base en ello se solicita que se fije doctrina en el sentido de que "la responsabilidad del usuario de la tarjeta o libreta, en caso de uso indebido de las mismas antes de la comunicación del suceso de la pérdida o extravío, deberán ponderarse valorando las circunstancias del caso, sin que por tanto «a priori» quepa eximir a la entidad bancaria de toda responsabilidad".

El segundo aspecto del motivo se refiere a que, si bien la sentencia recurrida reconoce que hay ocasiones en que el cliente no resulta responsable de los hechos, sin embargo entiende que ello no es causa suficiente para anular la cláusula, lo que supone infringir el art. 1.288 CC y la doctrina jurisprudencial que cita. El problema, insiste la parte recurrente, radica en que la redacción de la cláusula no admite matización ni modulación alguna, y la sentencia recurrida incurre en una duda interpretativa que resuelve no a favor del adherente del contrato, sino de la parte predisponente.

En la tercera perspectiva se alude a la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de cláusula abusiva, y se reitera que el abuso de la cláusula octava dimana de su carácter indiscriminado, absoluto, en cuanto a eximir a la entidad financiera de toda responsabilidad antes de la comunicación del robo o extravío, sin admitir la ponderación de las circunstancias particulares.

Las partes recurridas Bankinter y Caja Madrid sostienen la validez de las respectivas cláusulas, expuestas en el encabezamiento del presente fundamento de derecho.

La postura de Bankinter se puede resumir en tres puntos: (i) La indefensión que supondría para el banco tener que responder de las consecuencias de un extravío o robo antes de tener conocimiento del mismo; (i') La cláusula no exime de responsabilidad alguna al banco, sino que evita una indebida imputación de responsabilidad sobre la tarjeta hasta su conocimiento de la pérdida o robo; y, (i''), que la obligación de comunicación inmediata al banco no es desproporcionada ni abusiva teniendo en cuenta la obligación de custodia que recae sobre el consumidor con la diligencia que ello conlleva; y, en este sentido, la Recomendación 88/590/CEE refleja la necesidad de que dicha comunicación se lleva a cabo "sin excesiva demora", esto es, tan pronto como se pueda.

Por su parte la oposición de Caja Madrid se sintetiza en los siguientes puntos: (i) La cláusula de la Caja cumple con la Recomendación Europea pues asume todas las cantidades superiores a 150 euros, y como, por otra parte, se asumen sin limitación todos los cargos que se produzcan con posterioridad al momento de comunicar el extravío, no hay ninguna exención total de responsabilidad como se postula de contrario; (i') El plazo de 24 horas establecido en la cláusula es más que razonable para que el titular pueda, con la debida diligencia, comprobar si obra en su poder la tarjeta que utiliza como medio de pago. La entidad financiera no puede evitar el fraude y solo lo descubre cuando lo denuncia el cliente, el cual debe denunciar a la máxima brevedad posible el robo o extravío, siendo 24 horas un plazo suficiente para delimitar las responsabilidades de cada parte; (i'') El plazo breve no persigue atribuir a uno u otro responsabilidad, sino involucrar a todos (entidad y clientes) en la obligación de ser lo más diligente posibles para evitar situaciones de fraude, porque el bien jurídico protegido aquí no es la responsabilidad de uno u otro, sino la evitación del fraude; (i''') Por lo que respecta a la atribución al usuario de la carga de la prueba de las circunstancias del extravío y la forma en que un tercero puede tener acceso al número secreto, la cláusula de Caja Madrid solo establece la presunción de negligencia del titular cuando el pin va unido a la tarjeta, supuesto reconocido por la OCU como de conducta negligente del titular, por lo que, en tal aspecto, el recurso de casación no afecta a Caja Madrid; y, finalmente, (iV) la cláusula no puede considerarse contraria a la buena fe, ni causa perjuicio al consumidor, ni causa desequilibrio entre los derechos y obligaciones asumidos por cada parte, por las razones que expone, y porque es conforme a la Recomendación de la Comisión Europea 88/590, regulación que en buena medida está prevista para garantizar la seguridad del tráfico mercantil y para

adoptar medidas de protección de los consumidores que hacen uso de medios de pago distintos del dinero en efectivo.

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

Las cuestiones genéricas se pueden resumir en los siguientes puntos: a) Si es o no abusiva la cláusula que establece la responsabilidad sin limitación a cargo del usuario (titular de la tarjeta) antes de la notificación de la pérdida o sustracción (u otro evento similar que posibilite la utilización indebida) de la tarjeta o libreta; b) Cual es el tiempo en el que el titular de la tarjeta debe comunicar a la entidad bancaria el acontecimiento anterior (robo, hurto, extravío, pérdida, etc.) dado que no hay duda que a partir de la comunicación la entidad bancaria debe bloquear la posibilidad de utilización del instrumento mecánico; y, c) Siendo incuestionable que el titular de la tarjeta con banda magnética (y lo mismo sucede con el chip electrónico) debe evitar revelar el número del PIN ("adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizado de que vaya provisto", como dice actualmente el art. 27.b de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que transpone al Derecho español la Directiva Comunitaria 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2.007, sobre servicios de pago en el mercado interior, modificando las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y derogando la Directiva 97/5/CE), a quien le corresponde la carga de la prueba de haberse producido la revelación por fuerza mayor o coacción, y si cabe limitar la responsabilidad de las entidades bancarias a estos supuestos.

Como reglas genéricas, a los efectos que interesan al litigio, pues son otras muchas las cuestiones y perspectivas que pueden presentarse, debe

sentarse que la existencia de un extravío o sustracción o similar debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición. Es la fórmula utilizada en el ámbito comunitario y que actualmente recoge el art. 27.b) de la Ley 16/2.009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que dispone: "el usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá... en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello". Ha de añadirse al respecto que entre las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago tiene las de "garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el art. 27.b) o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma" (art. 28.c Ley 16/2009), de modo que "si el proveedor de servicios no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c) el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta" (art. 32.4 Ley 16/2009); y de "impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 27.b" (art. 28 d, Ley 16/2009). Por consiguiente se estima como fórmula adecuada de equilibrio contractual, y que permitirá, en cada caso, dar adecuada respuesta, sin perjuicio del consumidor, la de que la comunicación del extravío o sustracción debe efectuarse "sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello".

La segunda cuestión se refiere a quien debe responder, en el sentido de quien debe soportar el daño o cargar con el importe de la operación, por la utilización indebida de la tarjeta antes de la comunicación de la sustracción o extravío (debe advertirse que no se está contemplando el caso de operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente ex art. 29 de la nueva Ley citada). Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, como pone de relieve la OCU, porque contradicen la buena fe objetiva con

desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Efectivamente, son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían, del intento de utilización. Por ello, es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío.

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

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

dicción legal, a "los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante", lo que aquí no sucede.

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

Sentados los criterios anteriores, y en tarea de enjuiciar el acomodo de las diversas cláusulas, embebidas en la denominada cláusula octava, y previa advertencia que no corresponde a la Casación, ni a los Tribunales en general, redactar la cláusula procedente, sino simplemente decir de que modo o en que medida las estipulaciones enjuiciadas son abusivas, procede señalar: 1. Que las fórmulas "de forma inmediata", "urgentemente", "de inmediato", "a la mayor brevedad", son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de "sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho". La fórmula de los contratos-tipo de Caja Madrid es también abusiva, no tanto por la expresión "antes de transcurridos veinticuatro horas" sino porque añade "de su acaecimiento", lo que puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío, sin existir mala fe, ni falta de diligencia.

2. La exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria por las utilizaciones de tarjeta o de libreta -consistentes en extracciones en efectivo u otras operaciones con cargo a la cuenta bancaria-, con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío (o evento similar) es desproporcionada, y abusiva.

3. Es igualmente abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso de uso del número de identificación personal limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción.

DECIMO.- En el motivo sexto del recurso se impugna la cláusula que se identifica como UNDECIMA.

A la misma se refiere el fundamento décimosexto de la Sentencia de la Audiencia, que la recoge con el siguiente tenor literal: «(vencimiento anticipado por:) “cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo”».

La parte recurrente entiende que la cláusula se subsume en las hipótesis de cláusula abusiva de los Apartados 2, inciso segundo, 3, inciso segundo, y 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, por falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (la resolución del contrato).

El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.

Por lo tanto, no hay conculcación de la doctrina jurisprudencial actual, y el motivo decae.

UNDECIMO.- En el séptimo motivo se impugna por la OCU la declaración de validez de la cláusula que identifica con el ordinal de DUODECIMA.

A la misma se refiere el fundamento de derecho decimoséptimo de la sentencia recurrida, que la recoge con el siguiente tenor: «(vencimiento anticipado:) “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”».

El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido

aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

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

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

DUODECIMO.- En el motivo octavo se impugna por la OCU la declaración de validez de la cláusula DECIMOCUARTA de las impugnadas en la demanda.

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

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

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

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

La sentencia recurrida sostiene que las cláusulas no conculcan los arts. 33 CE y 348 CC sobre el derecho de propiedad, ni se oponen al ap. 18 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva la cláusula o estipulación que imponga garantías desproporcionadas al riesgo asumido; y añade que tienen un fundamento sólido en el art. 219 RH, y también en los arts. 1.129 CC y 693.2 LEC en cuanto a la pérdida del beneficio del plazo y la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado del contrato cuando concorra justa causa, como es, la disminución –posible o consumada- del patrimonio del deudor sobre el que se constituye la garantía oportuna para la concesión del préstamo. Finalmente, en cuanto a la merma de la garantía hipotecaria, señala que basta la remisión a la razón de ser de la comunicación de la situación posesoria de los inmuebles a efectos de su ejecución por vía de apremio, o a la notoria diferencia existente entre adquirir una finca libre o no de arrendamientos con lo que ello afecta a su valor de adjudicación.

La parte recurrente alega en síntesis: la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita; que la cláusula configura una auténtica prohibición de disponer; que ignora la recurrente por qué ha de entenderse por una “pérdida” o “no pérdida” el que el bien, no ya que se arriende, sino que se arriende a partir de un determinado importe, que es lo que viene a fijar la cláusula, y que no se ha probado que las imposiciones de las cláusulas resulten imprescindibles para evitar una disminución de la garantía, o, por qué con el actual marco legislativo, el cobro de rentas anticipadas constituye una merma de garantía; o por qué un arrendamiento en cuantía anual de 2, 3 ó 4% del valor del tipo de subasta del bien, deviene insuficiente para asegurar el cumplimiento del préstamo, y el propio valor del bien inmueble; que el parámetro del 6% del valor garantizado según el art. 219.2 es actualmente irreal; que hay una clara constricción del derecho de propiedad (arts. 33 CE y 348 CC) y exigencia desproporcionada de la garantía del contrato que se considera doblemente abusiva a tenor del Apartado 18 de la Disposición Adicional Primera LGDCU; y que el art. 219 RH es actualmente inaplicable, y que, además, en su conjunto va dirigido a asegurar que no se produzca una disminución apreciable del valor del bien hipotecado, en cuyo caso es la autoridad judicial la que debe acordar la solución más adecuada a las circunstancias sin que la decisión tenga por qué ser, como aclara el tercer párrafo del precepto, la resolución del crédito (sic).

Por Caja Madrid se alega, en síntesis, que: el arrendamiento supone una disminución de la garantía y en la misma cláusula se contempla la posibilidad de

arrendar en determinadas condiciones que sirven para paliar la disminución indicada, y para impedir el arrendamiento fraudulento en perjuicio del prestamista; la cláusula de la recurrida no prohíbe el arrendamiento sino que se prohíba al prestatario percibir rentas anticipadas, cuyo objetivo es evitar que se simulen ocupaciones y arrendamientos inexistentes, para con ello eludir eventuales lanzamientos en caso de impago; y que la cláusula no es contraria a la buena fe, ni causa perjuicio al consumidor, ni genera desequilibrio entre las partes.

Por Bankinter se alega, en su escrito de oposición, el art. 219 RH y que el tipo de cláusulas con arreglo al mismo son válidas e inscribibles según las RR de la DGRyN que cita. Y resume sus consideraciones en que se trata de una garantía proporcionada, según los baremos y las circunstancias del mercado, y el riesgo que asume el Banco en los casos referidos en la cláusula, no se puede considerar una infracción del apartado 18 de la disposición adicional 1ª de la Ley 26/1.984.

Para dar respuesta al motivo es preciso tener en cuenta diversas apreciaciones previas.

La primera es que el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca –realización de la finca hipotecada-.

Sucedo, sin embargo, que en el art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al

reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta.

Esta minusvaloración del bien derivada del arrendamiento de vivienda disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU –imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido-.

El art. 219.2º del Reglamento Hipotecario, redactado por D. de 17 de marzo de 1.959 dispone: “El valor de la finca hipotecada, a los efectos del art. 117 de la ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente”.

El precepto recoge una modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria.

Las Resoluciones de la DGR y N han venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema, entre las que cabe citar las de 28 de enero de 1.998 (hay otras varias en el mismo sentido) que dice «Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta», y 22 de marzo de 2.001 que, reproduciendo doctrina de la de 22 de julio de 1.996, declara que es inscribible el párrafo que se refiere a

la obligación de no arrendar el inmueble por renta inferior al quince por ciento del valor fijado para subasta con el pacto de vencimiento anticipado de la deuda garantizada en el caso de incumplimiento de dicha obligación.

La aplicación de lo expuesto al caso conduce a las siguientes conclusiones:

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

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

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

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

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

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

DECIMOTERCERO.- En el motivo noveno se impugna la cláusula identificada con el número DECIMOQUINTA.

La cláusula se recoge en el contrato de préstamo hipotecario de BANKINTER, y se transcribe en el fundamento de derecho vigésimo de la sentencia recurrida y en el motivo, con el siguiente tenor literal: «La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter...».

La OCU alegó que la cláusula infringe los arts. 33 CE, 348 y 1.205 CC, 107 LH y apartados 2, inciso segundo, y 18 de la DA 1ª LGDCyU.

Para la sentencia recurrida, como lo que se somete a la autorización del Banco es la novación de la obligación por sustitución del deudor, que requiere según el art. 1.205 CC el consentimiento del acreedor, y no la autorización para la enajenación de la finca, la cláusula es válida, y no supone la imposición de una garantía desproporcionada con el riesgo asumido, por lo que no se conculca lo dispuesto en el apartado 18 de la DA 1ª LGDCyU.

Para la recurrente OCU (motivo noveno) la sentencia recurrida lee otra cosa distinta de lo que dice la cláusula, que sí envuelve una prohibición de enajenar, y en cualquier caso no ofrece una lectura unívoca en cuanto a que la autorización de la entidad bancaria lo es solo sobre la subrogación permitiendo así a ésta aplicarla a su antojo cuando cree que debe parar la venta del bien.

En su escrito de oposición BANKINTER insiste, en lo sustancial, en el mismo razonamiento de la resolución recurrida.

El motivo se estima porque de la lectura de la cláusula cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas. Cuando menos la cláusula es oscura en tal sentido y con el evidente riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del usuario o consumidor, por lo que le es aplicable la doctrina de la interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC) y lo dispuesto en los apartados 2ª y 18ª DA 1ª LGDCyU.

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

acreedor (SS. entre otras, 21 de marzo, 31 de mayo y 12 de julio de 2.002; 10 de junio, 23 de julio y 22 de diciembre de 2.003; 8 de febrero de 2.007; 13 de febrero de 2.009).

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

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

DECIMOCUARTO.- En el motivo décimo del recurso de la OCU se impugna la cláusula identificada como DECIMOSEXTA.

A la misma se refiere el fundamento de derecho vigesimoprimeros de la sentencia recurrida que la recoge con el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».

La sentencia recurrida acoge los argumentos de las entidades BBVA y CAJA MADRID en orden a estimar que la cláusula controvertida no es incardinable en el Apartado 10^a de la DA 1^a LGDCyU que se refiere a “la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste”. Argumenta, en síntesis, que no se trata de cesión de contrato sino de crédito y que no hay merma de garantías del consumidor, ni siquiera en el caso de que haya transmisión de la hipoteca, además de que el art. 242 RH expresamente autoriza la renuncia del deudor, precepto que no es incompatible con la DA 1^a LGDCU. Asimismo hace referencia a la aplicabilidad, pese a la cláusula, de los arts. 1.198, 1.527 y 1.887 CC, según la alegación efectuada por Caja Madrid.

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

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

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001, 15 de julio de 2.002, 26 de marzo y 13 de julio de 2.004, 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra

proferentem” (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

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

DECIMOQUINTO.- De lo razonado en los fundamentos anteriores se deduce que procede estimar, en los términos que se expresan en los respectivos fundamentos, los motivos del recurso de casación de la OCU siguientes: el

tercero, relativo a la cláusula quinta, en lo que atañe a la estipulación del Banco Santander Central Hispano (fundamento de derecho séptimo); el quinto, relativo a la cláusula octava, (fundamento de derecho noveno); el séptimo, relativo a la cláusula duodécima, (fundamento de derecho undécimo); el octavo, en relación con la cláusula decimocuarta (fundamento de derecho duodécimo); el noveno, relativo a la cláusula decimoquinta de los contratos de Bankinter (fundamento de derecho decimotercero); y, décimo, en relación con las estipulaciones de los contratos de Caja Madrid y BBVA identificadas como cláusula décimosexta (fundamento de derecho decimocuarto).

Como consecuencia se amplían las declaraciones de abusividad y nulidad y demás efectos previstos para las restantes cláusulas anuladas, en los términos expresados, como se dijo, de esta resolución.

Respecto de las costas no se hace especial pronunciamiento, por no darse razones para alterar lo acordado en la sentencia recurrida, ni proceder condena en cuanto al recurso de casación, dada su estimación, y de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC.

3º RECURSO DE CASACION DE LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID –CAJA MADRID-

DECIMOSEXTO.- En primer lugar debe señalarse que, a pesar de que el recurso adolece en su exposición del defecto de no ajustarse a un esquema formal, que viene impuesto por la exigencia de claridad y precisión a fin de posibilitar la adecuada exposición de la contraparte y la tarea del Tribunal en la respuesta casacional, pues no cabe olvidar que nos hallamos ante un recurso extraordinario sujeto a un rigor formal, sin embargo, en aras a agotar la tutela judicial se va a intentar responder en la medida de lo posible las cuestiones suscitadas, ajustando la identificación de las cláusulas a los términos en que se manifestó la Sentencia recurrida.

A lo anterior debe añadirse que no cabe admitir la alegación de inadmisibilidad de los motivos invocada por la OCU en su escrito de oposición porque refiriéndose la doctrina jurisprudencial alegada por Caja Madrid al principio de autonomía de la voluntad contractual no resulta artificial el planteamiento de interés casacional toda vez que la declaración de abusividad supone una restricción del mismo por desequilibrio injustificado, por lo que es

dable examinar si efectivamente existe éste en detrimento de un principio que es esencial en nuestro Derecho de Obligaciones (SS., entre otras, 19 de septiembre de 1.997; 26 de septiembre de 2.002; 3 de noviembre de 2.004), todo ello, además de que debe aplicarse a Caja Madrid el mismo tratamiento procesal adoptado para la OCU, a propósito del recurso de casación de ésta, en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

DECIMOSEPTIMO.- Alega en primer lugar CAJA MADRID, después de resaltar que ninguna de las cláusulas declaradas abusivas en las sentencias de primera instancia y apelación tiene tal carácter, que algunas de ellas: 1ª. Información al cliente de tarifas y comisiones; 2ª. Sumisión a fuero; 3ª. Imposición al cliente de costas y gastos de un eventual proceso; 4ª. Responsabilidad en el pago de cheques y talones manipulados y falsificados, más allá de su legalidad, en contra de lo que dice la Sentencia –existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato-, no existe en las actuaciones ningún indicio de que vuelvan a ser utilizadas de forma inmediata, por lo que se ha infringido el art. 10, ter, 2 LGDCU.

El motivo (submotivo genérico) se desestima porque se configura en torno a una apreciación fáctica, y además en relación a un juicio discrecional, y, por consiguiente, excluido del ámbito de la "cognitio" casacional.

DECIMOCTAVO.- En el motivo que designamos primero a efectos de individualización se alude a la cláusula de reparto de responsabilidad en los supuestos de pago de cheques manipulados y falsificados.

La cláusula aludida es la que la Sentencia recurrida identifica como SEXTA, y examina en el fundamento de derecho UNDECIMO.

Se alega en el cuerpo del motivo que la Organización demandante no se ajustó a la realidad al redactar el contenido de la cláusula de CAJA MADRID, porque la contenida en el contrato aportado con la demanda reza: "Custodia/extravío de talonario: El/los titular/es de la cuenta corriente se obligan a custodiar debidamente el talonario, asumiendo las responsabilidades por el libramiento indebido de cheques aún por persona no autorizada.

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

la denuncia presentada.”; y sin embargo la redacción utilizada por la OCU en su demanda dice: “El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del extravío, sustracción o manipulación de los cheques”.

La diferencia, -añade el motivo-, es evidente. Caja Madrid exige a sus clientes un mínimo de diligencia en la conservación del talonario, lo que parece bastante lógico, y, además, no existe desequilibrio por cuanto se reparten entre las personas contratantes, de forma equitativa e igualitaria, los perjuicios que puedan derivarse del pago de un cheque falseado o manipulado, en los siguientes términos: si el cheque se paga antes de que el cliente notifique a Caja Madrid el extravío, será él quien asuma el perjuicio; por el contrario, Caja Madrid asumirá todos los perjuicios causados por la presentación de talones con posterioridad a que se la haya notificado su extravío. A poco diligente que sea el cliente sabe que en cuanto comunique el extravío quedará exento de cualquier responsabilidad. Es más, la cláusula no persigue imputar la responsabilidad al cliente, sino conseguir cierta seguridad jurídica en el tráfico e intercambio de estos documentos, en beneficio de todos los intervinientes. La finalidad de la cláusula viene a ser la exigencia de la mayor diligencia posible en el uso de los talonarios y cheques para la evitación del fraude, y no la de asignar responsabilidades a una u otra parte.

Posteriormente señala CAJA MADRID que en el proceso de adaptación de los contratos ha modificado dicha cláusula (como probó con el documento número 1.1) que beneficia aún más al consumidor, y que respondió a la razón de acoger la interpretación de los Tribunales sobre el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y que tiene (la nueva cláusula) el siguiente contenido: “14. Talonario de cheques. El titular de la cuenta se compromete a custodiar y usar debidamente los cheques entregados. En caso de pérdida, extravío, sustracción, robo o destrucción del talonario o alguno de los cheques, el/los titular/es deberán comunicarlo inmediatamente y por escrito a Caja Madrid, acompañando, en su caso, la copia de la denuncia presentada. El/los titular/es será/n responsables de los daños y perjuicios que puedan derivarse de su culpa o negligencia”.

La redacción expresada, señala la recurrente, se ajusta al art. 156 LCCh, y no supera los límites de los arts. 1.255 CC y 10 bis LGDCU; sin que concurra infracción de la DA 1ª, apartado número 21 LGDCU, porque el pago de un cheque falso o manipulado no puede considerarse nunca un error administrativo o de gestión, pues es precisamente la Entidad Financiera la víctima del engaño.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad objetiva establecida en el art. 156 LCCh, matizada por los Tribunales de Justicia.

La OCU –en el escrito de oposición- señala que resulta estéril el debate sobre la cláusula que utiliza la entidad Caja Madrid en la actualidad, y respecto de la examinada [con detenimiento] por la resolución recurrida se remite a lo argumentado razonadamente en ésta en cuanto al carácter ilimitado de la exención que recoge la cláusula. Y asimismo, en respuesta concreta al motivo destaca que la cláusula no dice lo que la entidad recurrente le atribuye – responsabilidad en todo caso una vez hecha comunicación por el cliente-, y que en la misma se contiene una exención exorbitante de toda responsabilidad de la Caja mientras no se le comunique el robo o extravío, por muy burda que sea la firma que se presenta al cobro por tercero sin autorización del cliente, o la falta de identificación de la persona. Por lo que son aplicables –concluye la OCU- el art. 10 bis y la DA 1ª, 21 LGDCU (la entidad ha de asumir los errores en la labor de sus empleados al comprobar la validez de la firma que se presenta en ventanilla), en relación con el art. 156 LCCh.

La Sentencia recurrida contempla en primer lugar la cláusula que dice: “El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del extravío, sustracción o manipulación de los cheques”, respecto de la que ratifica la declaración de abusiva efectuada por el Juzgado, sobre cuya cuestión nada se suscita ahora en casación, aparte de que no existe la mínima sombra de duda acerca del acierto decisorio de los Tribunales que conocieron en instancia.

En segundo lugar examina la resolución de la Audiencia la cláusula [en su versión anterior a la actual según alegación de la apelante Caja Madrid, y que hemos reproducido en primer lugar], y la considera abusiva porque (a) de su lectura no se infiere el pretendido reparto de responsabilidades entre el cliente y Caja Madrid en caso de hurto o extravío de talonario; (b) no se puede generalizar la exención de la responsabilidad de la entidad recurrente en caso de haber atendido el pago de un cheque, toda vez que puede incurrir también en negligencia si no comprueba la firma que lo autorice, o, pudiendo conocer su falsedad por otro medio distinto de la comunicación precitada, omite tal diligencia; (c) ni el pago posterior a la comunicación, según el contenido de la cláusula, relevaría al usuario de toda responsabilidad en tanto no se apreciase la culpa en que hubiese podido incurrir la apelante.

A continuación alude la sentencia recurrida a la cláusula en su nueva versión modificada (que no transcribe) y se limita a una remisión a lo ya expuesto.

Finalmente rechaza la alegación de Caja Madrid de que no procede aplicar el núm. 21 de la DA 1ª LGDCU en razón de que Caja Madrid sería víctima del engaño que supone el cheque falso o manipulado y ello nunca podría entenderse como un error administrativo o de gestión, afirmando frente a ello la doctrina jurisprudencial seguida, entre otras, por la STS de 17 de mayo de 2.000, y las que en ella se citan.

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

La decisión de la Audiencia sobre la cláusula más antigua de Caja Madrid es correcta porque, con independencia de la fórmula genérica de la obligación de custodia del talonario por parte del titular de la cuenta corriente, los textos

restantes no contienen la claridad y precisión requeridas, e inciden en las deficiencias señaladas por la resolución recurrida, no ajustándose al sistema de responsabilidad expuesto, conforme al art. 156 LCCh y doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, en perjuicio del usuario del servicio.

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

Por todo ello, se desestima el motivo.

DECIMONOVENO.- En el que se pasa a identificar como motivo segundo, Caja Madrid denuncia las declaraciones de abusividad respecto de las cláusulas por fallo en cajeros y aparatos de disposición con tarjetas (5ª) y por fallos en canales alternativos (8ª), si bien dice que por esta cláusula no ha sido demandada por lo que el pronunciamiento judicial sobre la misma no le debe obligar, y asimismo se alude a la declaración de abusividad de la cláusula 12.3ª, señalando que lo que se excluye del contrato es la responsabilidad por daños, no por el importe de la operación.

La sentencia recurrida examina las condiciones generales 10.5º y 12.3º de los contratos-tipo de Caja Madrid en el fundamento de derecho decimocuarto, en el que recoge la cláusula que identifica como NOVENA con la rúbrica “Exención de responsabilidad de la entidad, por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con tarjetas (de crédito o de débito)”.

El motivo del recurso se desestima porque no desvirtúa las razones que como “ratio decidendi” determinaron la apreciación del carácter abusivo, que fueron: en cuanto a la cláusula del apartado 5º de la condición general 10 –que impone al titular de la tarjeta la obligación de “aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante”-, porque priva al titular de la tarjeta de la posibilidad de oponerse al resultado de la impresión mecánica, apreciación que no resulta contrarrestada por la mera afirmación de la recurrente de que se establece una presunción de veracidad del

contenido de un documento, pero que no impide ni prohíbe que las partes puedan rebatirlo mediante aquellos otros medios de prueba que estimen idóneos y oportunos; lo que, por lo demás, supone hacer recaer el peso de la prueba – “onus probandi”- prácticamente en su totalidad sobre el usuario; y en cuanto a la cláusula del apartado 3º de la condición general 12, porque la razón determinante de la decisión judicial impugnada fue la utilización de la referencia ambigua a “cualquier otro conocimiento por la que el titular pudiera haber tenido conocimiento de la avería de la máquina” y el hecho de que su apreciación corresponda unilateralmente a la propia Caja, lo que no ha sido objetado adecuadamente en el recurso.

Por lo que respecta a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago es de interés resaltar que la recientísima Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago establece en el art. 30: “1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.”.

Finalmente, debe añadirse en cuanto a la alusión a los fallos informáticos en canales alternativos, que no se ha impugnado la apreciación de la resolución recurrida recogida en el fundamento de derecho vigésimo tercero, por lo demás solo posible mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, ni se han dado argumentos acerca de la hipotética incorrección de lo decidido por el Tribunal de instancia al respecto.

VIGESIMO.- En el motivo que individualizamos como tercero se denuncia la declaración de abusividad de la cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias (5ª) de la que se dice que no vulnera lo dispuesto en el art. 1.255 CC, que consagra el principio de autonomía de la voluntad, ni es contraria al art. 10 bis LGDCU pues no genera desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que cada parte asume, entendidos

dichos derechos y obligaciones desde la perspectiva de que la facultad de resolver se prevé a favor de ambas partes.

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

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

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

VIGESIMOPRIMERO.- En el motivo que a efectos de identificación numeramos como cuarto se pretende por Caja Madrid que se declare la validez de la cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro (6ª). Se argumenta que: no constituye vulneración de lo dispuesto en el art. 1.255 CC; no sólo la efectiva constitución de la garantía constituye un elemento esencial de configuración de la voluntad del prestamista, sino que la correcta inscripción registral del derecho real de hipoteca beneficia tanto al prestamista como al prestatario, ya que éste será el primer interesado en que el Registro refleje el estado de propiedad, cargas y derechos que pueden recaer sobre el inmueble de su propiedad; y no solo no existe perjuicio para el consumidor, sino que es la entidad la que asume el riesgo de desembolsar sin plenas garantías, y si se produce el supuesto de no inscripción de la hipoteca, queda la entidad abocada para la recuperación de lo ya entregado, sin posibilidad de poder acudir a un proceso ejecutivo sumario, a un procedimiento declarativo de menor eficacia y rapidez que aquél.

La Sentencia recurrida examina la cláusula en el fundamento décimotercero donde recoge la estipulación que identifica como DECIMOTERCERA con el

siguiente tenor literal: «(Vencimiento anticipado:) “Cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa”». A continuación examina la cláusula en relación con Bankinter y estima que es abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, porque la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula controvertida. Finalmente analiza la cláusula en relación con Caja Madrid, y se remite a lo anteriormente razonado, añadiendo que al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula, son las entidades prestamistas las que asumen el riesgo de hacer el desembolso que el préstamo conlleva confiando en la posterior inscripción de la hipoteca que garantice su restitución.

El motivo se desestima porque la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que “recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente”, y que no tiene en cuenta que es “suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo” [el préstamo]. En definitiva “lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes”, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.

VIGESIMOSEGUNDO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación de Caja Madrid conlleva la de éste y la condena de la parte recurrente al pago de las costas procesales causadas (arts. 398.2 y 394.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS -OCU- contra la Sentencia dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de mayo de 2005, en el Rollo número 15 de 2.004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo.

SEGUNDO.- Que estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ORGANIZACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS -OCU- respecto de las cláusulas que se examinan en los fundamentos de derecho de esta resolución ordinales séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y decimotercero, y ampliamos la declaración de abusividad y consiguiente nulidad, y demás efectos procesales, a las estipulaciones contractuales en los mismos referidas y en los términos en ellos expresados, en cuyo ámbito casamos la Sentencia dictada por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de mayo de 2.005, en el Rollo número 15 de 2.004, la cual confirmamos en todo lo restante sin hacer especial pronunciamiento en las costas causadas en este recurso de casación.

TERCERO.- Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación procesal de la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID -CAJA MADRID- contra la Sentencia dictada por la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de mayo de 2.005, en el Rollo número 15 de 2.004, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el mismo.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Corbal Fernández**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del

Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.