

Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 290/2004 (Sección 21ª), de 22 junio (JUR 2004\268324)

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 776/2002.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Rosa María Carrasco López.

: contrato de afiliación al sistema de tarjetas de crédito con terminal: reclamación de descubierto e intereses: operaciones de compra de tabaco desde Estados Unidos a través de internet de forma indebida: desestimación: incumplimiento del contrato de afiliación previo por parte de la actora: uso indebido del terminal de punto de venta.CONSUMIDORES Y USUARIOS: cláusulas abusivas: desestimación.

La Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha 15-03-2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid.

Texto:

En Madrid, a 22 de junio de 2004. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante-demandante Premiun Cigars, S.L, y de otra, como apelados-demandados Sistema 4 B, SA y BSCH, SA.

VISTO, siendo Magistrado Ponente Ilma. Dª. Rosa María Carrasco López.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

PRIMERO Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Madrid, en fecha 15 de marzo de 2002, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora Gloria Rincon Mayoral, en nombre y representación de Premium Cigars, S.C. contra Sistema 4B, SA a quien representa Rafael Reig Pascual, y Banco de Santander Central Hispano, SA representado por la Procuradora Ana Alarcon Martinez, debo absolver y absuelvo a las

demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas, condenando a la actora al pago de las costas causadas».

SEGUNDO Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO Por providencia de esta Sección, de 19 de febrero de 2004, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21 de junio de 2004.

CUARTO En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La entidad Premium Cigars S.C interpuso demanda inicialmente dirigida contra Sistema 4B, y ampliada después contra Banco Santander Central Hispanoamericano S.A, en reclamación de «cuatro millones cincuenta y cuatro mil ochocientos noventa pesetas 4.054.890ptas) de principal y trescientas cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y cuatro pesetas (348.144 ptas) en concepto de intereses por descubierto retroactivamente aplicados... más la cantidad que por intereses legalmente devengados se liquide en ejecución de la misma,... la condena en costas de la demandada». Petición que fundamentó en los artículos 1101 y 1104 y 1902 y 1903 todos ellos del Código Civil (LEG 1889, 27) , porque consideró que las demandadas habían procedido ante la existencia de varias operaciones de venta de tabaco a residentes en Estados Unidos realizadas a través de Internet de forma indebida a retroceder las operaciones previamente admitidas, sin haber comprobado la realidad de las ventas realizadas; causándole ello perjuicios por el importe que reclamaba.

SEGUNDO La actora expuso en su demanda que su objeto social era la venta de mercancías a través de Internet a escala internacional, la cual tenía lugar tras ponerse en contacto con ella el cliente que había tenido conocimiento de su oferta a través de Internet, solicitándole antes de hacer el encargo el importe del pedido, el cuál le era enviado con inclusión de la cuantía de los gastos y del seguro de transporte, una vez recibida esta información el cliente si estaba interesado hacía el encargo informándole de la dirección a la que tenía que enviar la mercancía y su número de tarjeta a la que debía cargar el importe de la compra; ella introducía en el terminal de punto de venta (TPV) el número de la tarjeta que se le había indicado más el importe de la operación, y si ello era aceptado por el Sistema DE 4B que era el contratado, procedía a enviar la mercancía a la dirección indicada por el cliente, el cual le mandaba un e-mail confirmándole la llegada del paquete, presentando a continuación la factura de venta a la sucursal bancaria en este caso del Banco Santander Central Hispanoamericano, que le abonaba en su cuenta el importe de la operación tras deducirle las cantidades pactadas.

Alegó la actora en su demanda que ella tenía cuenta abierta en el Banco Central Hispano, sucursal de Sotogrande en Cádiz, a quien solicitó para desarrollar su actividad comercial que era perfectamente conocida por la entidad bancaria el Sistema 4B, sin que

le informara de la existencia de otro sistema alternativo o más seguro para desarrollar su comercio por Internet; suscribió contrato de afiliación al programa de tarjetas Sistema 4B miembro de Visa Internacional y Mastercard Internacional, el 15 de septiembre de 1997, para instrumentar el cobro de las ventas mediante tarjeta de créditos, utilizando el terminal de punto de venta que el banco demandado le instaló en sus oficinas; entidad que le abonaba el importe de las ventas una vez presentadas las facturas y después de descontar la cantidad pactada. Siguiendo este sistema comenzó a operar sin problemas, hasta julio de 1998 en el que el Banco demandado comenzó a pedirle información a requerimiento de Sistema 4B sobre una serie de ventas realizadas en los meses de mayo, junio y julio de ese año con unos clientes habituales de Estados Unidos, clientes con los que había realizado numerosas ventas sin problemas.

El problema surgió cuando los titulares de las cuentas a cuyo cargo se habían abonado las ventas reclamaron a sus bancos alegando que no habían realizado las compras por Internet, ni ellos ni personas con su autorización. Al pedirle información sobre esas ventas remitió un dossier a la demandada, Banco Central para que informara a Sistema 4B, en aquél se reflejaban las ventas, con las facturas emitidas por TPV, la carta de porte acreditativa del envío e incluso los e-mail habidos entre ellos. A pesar de su información y documentación enviada, Sistema 4B ante las protestas de los clientes estadounidenses a cuyas cuentas se les había cargado las compras, y cuyos bancos habían anulado los adeudos, procedió sin justificación alguna ya que no había indagado el cumplimiento de los titulares de las tarjetas de sus deberes de custodia o la existencia de estafadores que emplearan tarjetas ajenas, y para evitar la asunción de responsabilidad económica alguna, procedió a la retrocesión de las operaciones puestas en duda, lo que provocó que el Banco realizara durante los meses de julio a diciembre de 1998 cargos en su cuenta, por importe de 4.054.890ptas. más 348.144ptas. en concepto de intereses por descubierto retroactivamente aplicados, en total le cargó la cantidad de 4.403.034ptas..

Ella siempre se mostró contraria a la actuación del Banco demandado, reclamándole a través de Ausbanc de la que es asociada, el reintegro de las cantidades cargadas por considerar que no era procedente la retrocesión que le había sido hecha; y al no poder lograr un acuerdo extrajudicial con Sistema 4B interpuso la demanda contra esta última inicialmente y ante lo acordado judicialmente en la comparecencia, dado que esa demandada opuso la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, la dirigió también contra el Banco Santander Central Hispanoamericano para que fueran ambas condenadas solidariamente a indemnizarle en las cantidades indicadas, por haber actuado negligente al cargarle el importe de las ventas discutidas, y ella haber llevado a cabo su actividad correctamente no siendo de recibo la tesis de las demandadas de que incumplió el contrato de afiliación, concretamente la cláusula tercera del mismo referido a la forma de utilización de la tarjeta de crédito, porque frente a lo pactado, ha de estarse al sistema instalado, punto terminal de venta, que la facultaba a vender sin la presencia física del cliente, y sin pasar la tarjeta, punto terminal de venta instalado por la entidad bancaria, quien primero no la había informado de otras formas de venta por Internet más seguras, y segundo, le había instalado el sistema, admitiendo durante tiempo este sistema sin problema, ya que nunca le exigió en las facturas la firma del cliente.

Según la actora son las demandadas las que deben asumir la repercusión económica derivada de la anulación de los cargos a los titulares de las tarjetas, primero

por su escaso interés a la hora de contrastar si los titulares de aquéllas cuidaron de las mismas con la diligencia debida o engañaron a sus bancos valiéndose como ardid de la operación comercial empleada, pues en tales supuestos la anulación de los cargos habría de ser calificada como improcedente y precipitada, más aun cuando resulta sospechoso el tratamiento dado por un lado a los titulares de las tarjetas, cuyos cargos sin investigación alguna se anularon, y el dado por otra parte a ella, en el que pese a los informes se le hizo la retrocesión si más, ignorando Sistema 4 B SA que siendo los titulares de tarjetas de crédito usuarios de sus servicios debían sus derechos ser respetados en cuanto consumidores, siendo usuarios tanto aquéllos como los establecimientos comerciales adheridos al sistema de pago mediante tarjetas, según lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 26/84 (RCL 1984, 1906) General para la Defensa de Consumidores y usuarios, que dice «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes mueble so inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden», siendo precisamente su operativa la que permite dotar de gran rentabilidad al sistema de emisión y empleo de tarjetas. Incluso aun en el supuesto de que la actividad origen de los cargos fuera fraudulenta, porque el Sistema 4B se configura como una entidad inserta en un complejo mundial a través de Visa Internacional y Mastercard Internacional, recayendo sobre ella la carga de emplear, por razón del principio de la buena fe contractual, los medios técnicos a su alcance para intentar esclarecer los hechos controvertidos y obrar en consecuencia, y segundo por no haberla informado correctamente de los riesgos de la venta a través del TPV, y de que existían otros más seguros.

Rechaza la actora que sea ella quien tenga que soportar las anulaciones de los cargos realizados por las entidades bancarias americanas, dado que ello supondría el quebranto del «justo equilibrio de las contraprestaciones», infringiéndose lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) al contradecir la Ley 7/98 (RCL 1998, 960) sobre Condiciones General de la Contratación y la Ley 24/84 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, concretamente el artículo 10.1 apartado c; además de ser la práctica de las demandadas contraria a lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil.

TERCERO La demandada Sistema 4B se opuso a la pretensión ejercitada contra ella en base a las excepciones de falta de legitimación pasiva por ser ajena a las relaciones que pudieran existir entre el establecimiento y la entidad bancaria y clientes, y falta de litis consorcio pasivo necesario.

A consecuencia de esta segunda excepción la parte actora, y ante lo resuelto por el Juez en la comparecencia, dirigió también la demanda contra el Banco Santander Central Hispanoamericano S.A, quien se personó en los autos, oponiéndose a la reclamación efectuada contra ella, por concurrir la excepción de falta de litis consorcio pasivo por entender que deberían haber sido también traídos al proceso los compradores de las mercancías cuyos cargos habían sido anulados.

En relación con el fondo tanto una demandada como otra sostuvieron la improcedencia de la pretensión de la actora solicitando su absolución, porque era incierto que los hechos hubieran acontecido en la forma relatada por la actora a quien

reprocharon haber actuado en contra de lo pactado en el contrato de afiliación al sistema de tarjetas de crédito.

Negaron ambas demandadas las afirmaciones contenidas en la demanda, así: 1º.- Que supieran que la actora se dedicara a la venta por Internet lo que calificaron de afirmación gratuita por su parte ya que la misma no se probaba a través de los documentos aportados junto con la demanda; 2º.-Que no era cierto que la actora tuviera que presentar las facturas de venta emitidas por el terminal de punto de venta a la sucursal bancaria con la que trabajaba para que se le abonara el importe de la operación, porque el abono se realizaba desde el instante que se hacía la venta a través de la terminal instalada en su establecimiento, exigiendo solo la aportación de las facturas en las que se debía recoger la firma del cliente si había alguna incidencia, que fue lo acontecido con los retrocesos que le fueron realizados por la entidad bancaria; y 4º.-Que era incierto que supieran cómo estaba operando la actora, creyendo que estaba actuando conforme a lo pactado en el contrato de afiliación, ya que nunca les fue advertido por la demandante que iba a utilizar el «TPV» de forma distinta a la contemplada en el contrato.

Ambas demandadas reprocharon a la actora haber actuado en contra de lo pactado en el contrato de afiliación, porque no actuó en la forma pactada en la cláusula tercera en la que se dice que «Cuando le sea presentada una tarjeta de las reguladas en este contrato, el Establecimiento adherido deberá efectuar los siguientes controles: verificar que la tarjeta está vigente y no alterada; verificar que el número de la tarjeta no está incluido en los avisos de supresión de tarjetas de crédito; recoger la firma del titular en la factura de venta; comprobar que esta firma es la misma que la estampada sobre la tarjeta, en caso de duda, podrá exigir al titular de la tarjeta que exhiba documento que acredite su personalidad». Que incumplió la actora en las operaciones cuya devolución exige, la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato afirman que quedó probado ya que no hizo ninguna verificación, no recogió la firma del titular en las facturas de venta, ni comprobó la firma del mismo, utilizando el «TPV» para vender a través de Internet, sin la presencia física del titular de la tarjeta, ni de la tarjeta misma, es decir, la actora actuó sabiendo que incumplía el contrato, por lo que debe soportar las consecuencias derivadas de ello.

Por su parte Sistema 4B sostuvo que ella era totalmente ajena a las relaciones entre la entidad bancaria, la actora y el cliente, y que por tanto todas las incidencias que pudieran derivarse de aquéllas no podían repercutirse sobre la misma, porque ella solo había actuado como mera intermediaria, por lo que no es responsable de ninguna consecuencia dañosa menos aún cuando todas las operaciones de venta cuyo importe reclamaba la actora se realizaron sin la presencia física del titular de la tarjeta ni de la tarjeta misma, contraviniendo el contrato de afiliación, porque todas las operaciones cuyo importe se reclamaba lo fueron con cinco clientes, todos ellos relacionados entre sí, tal y como se desprendía de la documentación de la actora, y porque el volumen de las operaciones de compra por esos clientes llegó a levantar sospechas de la propia actora quien siguió no obstante vendiéndoles, compradores que cambiaban constantemente de domicilio y de tarjeta, lo que debió hacer sospechar a la actora de que podría estarse utilizando aquéllas de forma fraudulenta. y a su vez sostuvo que no se le podía hacer responder o asumir el riesgo de una actividad ilícita, según se evidenciaba de la propia actividad desarrollada por la actora, hasta tal punto que de la documentación aportada ni

siquiera se había probado que lo vendido fuera tabaco ya que en los albaranes de entrega, y facturas lo que constaba remitido por valor inferior al ahora reclamado son figuras «de porcelana».

En resumen la entidad Sistema 4 B solicitó su absolución porque las operaciones de venta cuyo importe le reclamaba la actora fueron realizadas contraviniendo el contrato de afiliación, porque se habían realizado contraviniendo la legislación aduanera y tributaria española y la norteamericana, porque no se había probado que esas operaciones obedecieran al envío efectivo de puros, porque lo que constaba en que se mandaron «figuras de porcelana», y porque el valor de «las figuritas» difiere claramente del que hace constar la actora en las facturas correspondientes a las operaciones cuya devolución solicitaba.

La codemandada Banco Santander Central Hispanoamericano solicitó su absolución en base a argumentos similares a los de la otra demandada, así tal y como se ha indicado, alegó que no procedía su condena porque había habido un incumplimiento del contrato de afiliación previo por parte de la actora ya que no había usado el terminal de punto de venta en la forma estipulada, que exigía que se pasara la tarjeta de manera material, ante la presencia del comprador, además de rechazar que supiera que la actora fuera a operar a través de Internet, lo que han sabido a través de la documentación que les aportó ante lo manifestado por los titulares de las tarjetas de que las mismas, concretamente sus números, habían sido utilizadas fraudulentamente; estando justificada la retrocesión de los abonos que ahora le reclaman, primero porque las operaciones de venta se hicieron contraviniendo el contrato de afiliación, concretamente la cláusula tercera en la que se estipuló como se debía hacer uso del TPV, y segundo porque según la condición undécima del contrato «En el supuesto de devolución de género adquirido, a la recepción por la sucursal bancaria de la correspondiente Nota de Abono, esta procederá a abonar al Cliente y cargar al establecimiento dicho importe». y como había reconocido la actora los compradores y verdaderos titulares de las tarjetas manifestaron que no habían comprado a la actora, por tanto se procedió a adeudar a la actora el importe de dichas operaciones, y a los reclamantes a abonarles lo indebidamente cobrado, tal y como está pactado en el contrato, porque la actora en ningún momento pudo probar que la mercancía que se decía vendida llegara a su destino ya que en las facturas y albaranes de entrega lo que consta enviado y recibido fueron «figuras de porcelana», y no tabaco.

CUARTO Concluida la práctica de la prueba fue dictada sentencia desestimatoria de la demanda en base a dos motivos, el primero y esencial porque no constaba que el contrato de afiliación al programa de tarjetas de crédito suscrito el 15 de septiembre de 1997 por Octavio lo hubiera sido «por la sociedad civil hoy demandante, entre otras por la evidente razón de que ésta fue constituida en Sevilla el día 31 de enero de 1998, es decir, con posterioridad, sin que en aquel contrato exista ni se hiciese mención alguna a cláusula a favor de un tercero», y en segundo lugar, por razón de lo dispuesto en la cláusula undécima del contrato de afiliación, en el que se pactó que tanto Sistema 4B S.A como la entidad receptora, es decir, el Banco, «serán ajenos a las incidencias que puedan derivarse de la relación cliente-establecimiento, que deberá solventarse entre ellos, sin responsabilidad alguna para aquellos», por lo que consideró que era normal que primero la sociedad titular del sistema de tarjetas de crédito y después el Banco efectuasen «retrocesión de las operaciones de venta a clientes en U.S.A, cuando estos

rechazaron las supuestas compras, algo similar a lo que por otra parte sucede en el descuento bancario, siendo vendedor y comprador los que tendrán que solventar sus diferencias, sin inmiscuirse a los medios de pago». y por último impuso las costas a la parte actora al haber rechazado íntegramente sus peticiones.

Notificada la sentencia fue recurrida por la actora quien alegó como motivos haber incurrido el Juzgador en error tanto al delimitar o definir la acción ejercitada como al valorar la prueba, y aplicar el Derecho. lo primero que concretó la actora fue la acción que había ejercitado, que era la indemnizatoria de daños y perjuicios por la cuantía de 4.403.034 ptas., consecuencia de la negligente actuación de las demandadas, considerando por tanto que la comparación contenida en la sentencia entre el pago mediante tarjeta de crédito y el descuento bancario era totalmente inadecuado porque ella no estaba reclamando los importes por compras fallidas, sino la indemnización por la misma cuantía al haber actuado negligentemente las demandadas, pero que en todo caso si se admitiera la comparación hecha por el Juez en la sentencia, el supuesto equiparable a lo acontecido es cuando las letras descontadas se perjudican por la actuación del Banco, supuesto en el que el mismo ha de responder. Partiendo de la concreción de su acción sostuvo la actora que el hecho origen de su reclamación era la retrocesión de los abonos en su cuenta, realizados por haber varios de sus clientes protestado ante los cargos en sus cuentas, protestas que dieron lugar a que los cargos se anularan, pero sin causa que lo justificara, por lo que el cargo en su cuenta constituye una actuación negligente de las demandadas, quienes han pretendido justificar su actuación reprochándole una actuación incumplidora previa del contrato, lo que no es de recibo.

Como tampoco consideraba que lo era eximir de responsabilidad a las demandadas en base a la cláusula 11ª del contrato, ya que es una cláusula nula por ser abusiva al estar inserta en un contrato de adhesión. Es por tanto una cláusula contraria la Ley General de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , artículo 10.1 A en la redacción dada por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998 (RCL 1998, 960) que establece que son abusivas las cláusulas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; cláusula 11ª que no cumple los requisitos de buena fe ni justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

Reprocha la parte apelante a la sentencia no haber resuelto las cuestiones debatidas entre las partes, al haberse limitado a resolver en base a la cláusula 11ª del contrato, obviando lo que había sido objeto de debate a lo largo del proceso que era si estaba sujeto el uso de las tarjetas por ella a lo previsto en la cláusula tercera del contrato, lo que considera que no porque mediante la prueba practicada, y concretamente la pericial, se había probado que el terminal instalado en su establecimiento, que es una oficina, le permitía hacer ventas con cargo a tarjetas sin necesidad de pasarlas por el terminal, es decir, sin la presencia física del comprador, por tanto al haber sido proporcionado el terminal por la entidad bancaria la misma estaba asumiendo, al igual que al aceptar las facturas sin firma de los compradores, que se hiciera uso del terminal mediante Internet debiendo asumir el riesgo derivado de este tipo de ventas, más aun porque las demandadas sabían que el comercio al que ella se dedicaba era por Internet.

Por último consideró que era improcedente el primer motivo esgrimido por el Juez para desestimar la demanda, consistente en carecer de legitimación por no haber suscrito ella ni en su beneficio el contrato de afiliación, porque tal excepción nunca fue opuesta por las demandadas, quienes en todo momento admitieron que era ella con quien habían tenido las relaciones comerciales, y ser la usuaria del terminal de punto de venta para cuyo uso se suscribió el contrato de afiliación.

QUINTO La entidad bancaria demandada se opuso al recurso de apelación solicitando la confirmación de la sentencia. en primer lugar sostuvo que no podía admitirse en esta alzada un cambio en la causa de pedir tal y como pretendía ahora la actora, al calificar su acción de indemnizatoria cuando la ejercitaba había sido la de reclamación de los cargos, calificando ese cambio de actuación temeraria; y además opuso en segundo lugar, que la cláusula 11ª del contrato era válida, más aun cuando como en este caso las protestas de los compradores estaban fundadas en la no entrega de la mercancía comprada, porque las compraventas eran inexistentes, siendo lógico que se anularan los cargos, y a la actora se le cargaran los abonos antes realizados, más aun cuando quien había sido negligente en su actuación había sido la actora que se estaba dedicando a un negocio de alto riesgo y de alta rentabilidad, debiendo ahora soportar las consecuencia no ella ni la codemandada, porque la diligencia de un buen comerciante exige que compruebe la identidad de sus compradores, lo que en este caso no hizo, sino que debería, ante los sucesos acontecidos haber sospechado de la titularidad de quienes utilizaban las tarjetas, pero la actora no comprobaba nada, por lo que fue ella quien con su conducta negligente había provocado la situación origen de este proceso por lo que la estipulación 11º del contrato de afiliación era perfectamente válida al garantizar el tráfico mercantil, no siendo por tanto contraria a la buena fe, ni a las normas contenidas en la Ley General de Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) .

Se opuso al tercer motivo de apelación referido a la cláusula tercera del contrato de afiliación; cláusula que delimitaba el uso del terminal de punto venta, de tal forma que las ventas con tarjetas se debían hacer en la forma contenida en la cláusula tercera, siendo irrelevante, que el TPV se pudiera utilizar o no sin la tarjeta, hecho que por otra parte nunca se negó, por lo que la prueba pericial era totalmente innecesaria, porque lo esencial no es como se podía o no usar sino qué uso se había pactado entre las partes, más aun cuando ella desconocía el tipo de comercio desarrollado por la actora, ya que nada se indicaba en el contrato ni siquiera consta en la escritura de constitución de la sociedad.

Y por último sostuvo esta demandada-apelada, que era correcto el primer motivo de desestimación de la demanda contenido en la sentencia, porque el Juez podía de oficio estimar la concurrencia de falta de legitimación activa, la cual concurría en este caso concreto, según lo razonado en la sentencia.

SEXTO Sistema 4B SA también se opuso al recurso de apelación, en primer lugar porque consideró que era improcedente su nueva argumentación sobre cuál había sido la acción ejercitada, negando que hubiera sido una acción indemnizatoria sino una de reclamación, concretamente de la cantidad objeto de retrocesión por parte de la entidad

bancaria codemandada, por tanto debía rechazarse los motivos fundados en este cambio de causa de pedir.

A continuación lo que sostuvo esta apelada fue que debía confirmarse la sentencia porque había quedado demostrado que a través «del TPV» la actora realizaba operaciones de venta de puros (según manifiesta) sin comprobar en forma alguna la verdadera identidad de quienes compraban ni si esas personas eran o no los verdaderos titulares de las tarjetas cuya numeración le suministraban para realizar las operaciones de compra; y ello, afirma, había quedado probado mediante los e-mail (correos electrónicos mantenidos con sus supuestos clientes a los que pedía un número y otro de tarjeta), que evidenciaban que la actora no comprobaba quién eran los compradores. Esta actuación era la negligente no la suya al permitirle operar a través de Internet con un TPV porque la recurrente no es «un menor edad al que debería vigilarse para comprobar que utiliza correctamente "sus juguetes"», por tanto si utilizó inadecuadamente el TPV, y si no comprobó la identidad de los titulares de las tarjetas, permitiendo compras indiscriminadas con varias tarjetas a unas mismas personas, solo ella es negligente, y debe soportar las consecuencias de su actuación falta de cuidado.

Rechaza que fuera ella quien actuara de forma negligente, negligencia que no ha concretado en ningún momento, ignorando que conducta culposa le reprochaba la actora. Menos aun cuando Sistema 4B es totalmente ajeno a las relaciones que puedan existir entre el establecimiento, el Banco y los titulares de las tarjetas. Ninguna negligencia ella ha cometido limitándose ante una devolución de los cargos realizada por los titulares reales de las tarjetas a comunicarlo al banco para que éste una vez comprobada la imposibilidad de la recurrente de justificar el origen de aquellos, adeudar en su cuenta las cantidades previamente abonadas.

Y por último considera que correctamente el Juez ha estimado la falta de legitimación activa de la actora, excepción que puede ser estimada de oficio, como en este caso en el que el contrato de afiliación fue suscrito por D. Octavio y no por la recurrente, ya que esta última se constituyó el 31 de enero de 1998 cuando el contrato está fechado el 17 de septiembre de 1997.

SÉPTIMO Lo primero que debe ser resuelto es si correctamente se ha estimado por el Juez de oficio la excepción de falta de legitimación activa de la entidad demandante.

El primer motivo por el que el Juez ha desestimado la demanda es carecer de legitimación activa la actora, al no haber sido ella quien suscribió el contrato de afiliación al programa de tarjetas de crédito. por tanto es lo primero que se debe resolver aunque lo articule la parte apelante en último lugar.

Es cierto, tal y como recoge la sentencia, que el contrato de afiliación, folio 17, fue suscrito el 15 de septiembre de 1997, antes de ser constituida la sociedad actora, siendo firmado por D. Octavio, y en el mismo no se hizo referencia a la actora; y asimismo queda constancia en autos que las demandadas en ningún momento negaron que la titular del contrato fuera la actora, razón por la que no opusieron la excepción de falta de legitimación activa de aquélla. No obstante al oponerse al recurso de forma claramente contradictoria y no justificada con su actuación en autos, sostienen que el Juez correctamente ha estimado de oficio la referida excepción. Pues bien, tal afirmación, no

es admisible en ningún momento, sin que ello suponga no admitir que dicha excepción es apreciable de oficio, pero eso sí, cuando la misma concurre, que no es el caso, porque las demandadas en todo momento, no solo judicialmente, sino extrajudicialmente han admitido que quien era titular del contrato de afiliación para uso de las tarjetas de crédito era la actora, y no el Sr. Octavio, tanto es así, que a quien le hacían los abonos, y después los cargos era la actora, no al Sr. Octavio; pero es más, si se admitiera su tesis, de que la actora no era quien había suscrito el contrato de afiliación, difícilmente no procedería estimar la acción indemnizatoria de daños y perjuicios ejercitada por quien sin ser parte contratante se habría visto afectada por una retrocesión que no sería en sus cuentas sino en las del Sr. Octavio.

La simple apariencia de una falta de legitimación no puede ser esgrimida ni por el tribunal ni por las demandadas para justificar una desestimación por falta de legitimación activa, cuando consta probado en autos, y admitido a través de lo alegado en las contestaciones y declarado por sus representantes, que quien es parte en el contrato de afiliación al programa de tarjetas de crédito es la actora, legitimación que en todo momento extrajudicial y judicialmente se le ha reconocido no pudiendo ir las apeladas en contra de sus propios actos.

En consecuencia, este motivo de apelación debe ser estimado, no siendo admisible el primer argumento recogido en la sentencia para desestimar la demanda, debiendo a continuación entrar a resolver el resto de motivos de apelación.

OCTAVO La apelante antes de articular los motivos de su recurso, lo primero que hizo fue concretar qué acción era la que había ejercitado a través de su demanda; y a ello se opusieron las demandadas afirmando, eso sí erróneamente, que a través de esa primera alegación pretendía introducir hechos nuevos la actora.

Que la acción ejercitada por la actora era indemnizatoria de daños y perjuicios, se evidencia de la sola lectura de la demanda, sin necesidad de llevar a cabo ninguna interpretación, porque esa acción es la que está regulada en los artículos 1.101, 1104, 1902 y 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) . Cuestión distinta es que haya probado la existencia de una conducta culposa reprochable a las demandadas, y que haya probado o no la relación de causalidad entre aquélla y los daños y perjuicios cuya indemnización pretende.

Las demandadas al negar la naturaleza de la acción primero olvidan el contenido de la demanda, y concretamente la fundamentación de aquélla, y segundo, confunden la cuantificación de los daños y perjuicios con la calificación de la acción, siendo ambos conceptos distintos y que no se pueden confundir. la actora solicitó que se condenara a ambas demandadas a indemnizarle en la cantidad que había sido cargada en su cuenta, tras la retrocesión de los abonos realizados iniciales, porque consideraba que ello era negligente, por dos motivos, primero porque habían dado validez a las reclamaciones de los compradores sin comprobar si eran o no titulares de las tarjetas utilizadas para las compras, que afirmaba había realizado con ellos, y segundo, porque debían las demandadas soportar las consecuencias derivadas de las ventas por Internet, aun en el caso de que los supuestos compradores no fueran titulares de las tarjetas, siendo el motivo no haberle informado suficientemente de los riesgos que se podían derivar de vender por Internet con este sistema de ventas. Precisamente lo que debe ser resuelto

en esta alzada es si la actuación de las demandadas fue o no negligente, o por el contrario la actora actuó en contra de lo estipulado en el contrato, dejando al margen eso sí la comparación entre las ventas con tarjeta de crédito y el contrato de descuento bancario, no solo porque son contratos de naturaleza jurídica distinta, sino porque el símil pretendido también por la parte recurrente no es de recibo, dado que no cabe como sostiene la más reciente jurisprudencia pretender reclamar a la entidad bancaria descontentes por haberse perjudicado las letras, cuando el descontante ante su impago no cumple su obligación de abonar el importe descontado, porque en ese supuesto, deberá soportar que las letras se perjudiquen, es decir, el ejemplo puesto por la parte recurrente no es precisamente el más acertado para tratar de justificar la procedencia de la revocación de la sentencia.

NOVENO Son hechos probados en autos, y que deben ser tenidos en cuenta para resolver los motivos de apelación, que la actora Premium Cigar S.C constituida el 31 de enero de 1998, siendo socios D^a Octavio, su esposa D^a Soledad, D^a Guadalupe, y D^a Beatriz, tiene como objeto social el comercio «al por menor por correo o por catálogo de productos diversos», constándole a las demandadas únicamente que su actividad era «comercio al por menor de productos de tabaco», según se indicó en el contrato de apertura de cuenta corriente suscrito con el Banco Central Hispano, folio 450, y siguientes, no constando la actividad que se iba a desarrollar con el Terminal de Punto de Venta, al firmarse el contrato de afiliación.

Está probado que la actora llevó a cabo ventas de tabaco a través de Internet, utilizando como sistema el previo contacto del futuro cliente quien pedía información sobre precios; una vez que se le indicaba, hacía el pedido, que le era servido, haciéndose constar que el contenido del envío a través de la transportista era de «figuras de porcelana», constando así en el albarán y factura; y que tuvo problemas al teclear los números de las tarjetas de crédito que le eran dados por e-mail pidiendo que le fueran dados otros, a los efectos de que fueran aceptados por el TPV.

En definitiva está probado: 1º.-Que la actora vendió tabaco a clientes suyos americanos sin tenerlos presentes; 2º.-Que no pasaba las tarjetas por el TPV, sino que tecleaba los números que le decían, y la fecha de caducidad; 3º.-Que la actora no comprobó que las tarjetas cuyos números se le daban fuera de clientes suyos; 4º.-No consta que los abonos de las compras le fueran hechos a la actora tras presentar facturas sin firmas de los compradores; 5º.-La entidad bancaria a petición de Sistema 4 B al reclamar los titulares de las tarjetas por cargarle importes sin existir previa compraventa, procedió tras comprobar el uso del terminal, a retroceder los abonos previos realizados.

Igualmente está probado que con varios de sus clientes tuvo problemas en relación con la numeración de las tarjetas que le era dadas, solicitando otros números, a los efectos de que fueran aceptadas por el terminal en el que la actora sin pasar la tarjeta de forma física tecleaba el número y caducidad.

DÉCIMO La actora para poder vender sus productos mediante tarjeta de débito o de crédito procedió a suscribir con Sistema 4B SA a través de la entidad Banco Central Hispano, en la actualidad Banco Santander Central Hispanoamericano, SA, a través de su DIRECCION000 el Sr. Octavio contrato de afiliación de tarjetas de crédito, mediante el

que se obligaba a aceptar como pago de las ventas realizadas las tarjetas de Sistema 4B SA siempre que las mismas reunieran «los requisitos necesarios para su validez identificables por las características detalladas en los emblemas y distintos enviados a los establecimientos», y actuando siempre en la forma prevista en la estipulación tercera del mismo, para controlar la autenticidad de la tarjeta y su titularidad; según esta cláusula el establecimiento adherido, en este caso la actora, para aceptar la tarjeta de crédito debía previamente «verificar que la tarjeta está vigente y no alterada; verificar que el número de la tarjeta no está incluido en los avisos de supresión de Tarjetas de Créditos e inutilización de la tarjeta si tal fuera el caso; recoger la firma del titular en la Factura de Venta; comprobar que esta firma es la misma que la estampada sobre la tarjeta. en caso de duda, podrá exigir al titular de la tarjeta que exhiba documento que acredite su personalidad».

A su vez se pactó en la cláusula octava que «El Establecimiento adherido hará entrega, dentro de los tres días siguientes a su fecha, de las Facturas de venta firmadas por los titulares de la tarjeta, junto con el resumen correspondiente en cualquiera de las oficinas de los Bancos integrantes de Sistema 4B SA o de las entidades que pudieran llegar a un acuerdo para ello con dicha Sociedad. el importe de las Facturas de Venta, cuya cumplimentación se haya ajustado a lo establecido en el presente contrato, será abonado en cuenta por la Entidad receptora, previa deducción del descuento estipulado en este contrato, así como de los impuestos y recargos que resulten de aplicación en el caso de que cualquiera de las Facturas de Venta haya sido cumplimentada por el Establecimiento y el titular no pague la totalidad de las mismas, alegando que ésta es inexacta, demuestra que no le corresponde o que es fraudulenta, dicho Establecimiento se obliga a reembolsar a la Entidad receptora en el plazo máximo de 15 días, la cantidad impagada, una vez se haya comprobado la existencia de la anomalía por Sistema 4B, SA A tal efecto el Establecimiento autoriza a debitarle el importe a que ascienden las Facturas de Venta incorrectas, en cualquier cuenta que mantenga con la Sucursal Bancaria en que haya presentado las mismas».

Y por último cabe destacar como cláusula pactada la número 11ª que dice «Sistema 4B S.A y la Entidad receptora serán ajenas a las incidencias que puedan derivarse de la relación cliente- establecimiento, que deberán solventarse entre ellos, sin responsabilidad alguna para aquellos. del mismo modo, Sistema 4B S.A no responderá de las incidencias surgidas entre el Establecimiento y la Entidad receptora. en el supuesto de devolución de género adquirido a la recepción por la sucursal bancaria de la correspondiente Nota de Abono, esta procederá a abonar al Cliente y cargar al establecimiento dicho importe. -El Establecimiento no puede, por tanto, efectuar reembolsos de dinero en efectivo por devoluciones de mercancía comprador con la tarjeta».

UNDÉCIMO La cuestión debatida entre las partes litigantes en la instancia, y que no ha sido resuelta por el Juez de instancia, es si la actora incumplió el contrato de afiliación; éste era el tema esencial a resolver dado que lo planteado por la actora era la existencia de una conducta negligente reprochable a ambas demandadas al haber procedido la entidad bancaria a instancia de Sistema 4B S.A a la retrocesión de los abonos previamente realizados, ante reclamaciones injustificadas por parte de clientes americanos, además de considerar que era de todo punto irrelevante si las ventas eran o no fraudulentas porque si así eran, ello se habría debido al uso de un sistema como el

TPV poco válido o arriesgado, usado por la actora debido a falta de información dada por parte de las demandadas que sabían que ella se dedicaba a la venta por Internet, y debían haberle ofertado otros sistemas alternativos. Frente a esta tesis de la actora lo que ambas demandadas sostuvieron fue que ignoraban si la actora vendía o no por Internet, y que lo pactado con ellas era la utilización de ventas mediante tarjeta de crédito pero con presencia del comprador.

El Juez como bien indicó la parte recurrente no se pronunció sobre el incumplimiento del contrato que le era reprochado por las demandadas, y la razón no era otra que haber estimado como motivo esencial de la desestimación su falta de legitimación, aunque después de forma contradictoria argumentara como segundo motivo la aplicación de la cláusula 11ª, y ello es contradictorio porque si la actora no suscribió el contrato, mal puede desestimarse su pretensión por serle aplicable la cláusula 11ª del mismo. Precisamente este segundo motivo, pone de manifiesto el error de lo razonado en la sentencia para desestimar la demanda. y es por ello que lo primero que debe resolverse, al estar legitimada tal y como ya se ha indicado la actora, es si la recurrente cumplió o no el contrato.

La actora si bien admite la realidad del contrato, y ser consecuencia del mismo, que se le instalara un terminal de punto de venta, es decir, el aparato a través del cual se materializa la venta mediante tarjeta de crédito, en sus oficinas, no se considera obligada por las cláusulas del mismo, así afirma que el sistema de control de tarjeta pactado no le era aplicable por un motivo que es habersele instalado un TPV que permitía no pasar la tarjeta, es decir, que podía vender sin estar el comprador en su presencia, siendo esto lo esencial, ya que dejaba sin contenido la cláusula tercera del contrato, y porque las demandadas habían admitido en todo momento que hiciera uso de esa forma del TPV, siendo la razón que sabían que ella se dedicaba a la venta por Internet, lo que suponía aceptar la no aplicación de esa cláusula, más aun, porque nunca las facturas presentadas para que se le hicieran los abonos iban firmadas por los compradores. en definitiva, la parte actora lo que oponía frente a la cláusula tercera del contrato, era la actuación de las demandadas, es decir, la aplicación de la teoría de los actos propios, porque, tanto Sistema 4 B S.A como BSCH, le habían permitido utilizar el sistema de compra mediante tarjeta en sus ventas por Internet, debiendo por tanto responder de los daños y perjuicios derivados de la anulación de los cargos realizadas por los bancos americanos, primero porque las ventas eran válidas, porque no constaba que no lo fueran al no haber comprobado que eran fraudulentas, y segundo, que aunque lo fueran, al instalarle este sistema y no informarle de sus riesgos debían responder de los daños porque la causa de ellos era la falta de información.

El razonamiento seguido por la recurrente tanto en la instancia como en esta alzada parte de dos errores, el primero es dar por cierto pese a no haberlo probado que las demandadas sabían que el TPV iba a ser utilizado para ventas por Internet porque ése es el objeto social de la actora, y segundo, considerar que debía ser informada de cómo debía utilizar o moverse en la red, para vender en Internet.

No ha probado la actora que las demandadas supieran que la actividad que desarrollaba era a través de la red, es decir, ventas por Internet. Que era así, no es más que una afirmación gratuita sin base alguna probatoria, ya que primero no consta en el contrato de afiliación, ni siquiera en los contratos celebrados con el Banco, en los que se

recoge como actividad de la actora la del comercio minorista, y segundo, porque ni siquiera acudiendo al Registro mercantil podrían haber sabido las demandadas que el objeto social de la actora era «la venta por Internet» porque no consta que ese fuera el mismo en la escritura de constitución de la sociedad. lo único que podrían haber llegado a saber las demandadas era que de forma residual o incluso esencial la actora iba a vender por correo, es decir, realizar ventas fuera del establecimiento mercantil, pero sin que pueda asimilarse a este tipo de venta la realizada vía Internet, mucho más arriesgada, y que exige la adopción de determinadas cautelas como lo prueba la legislación existente en materia de Derecho comunitario y que ha dado lugar a una legislación posterior a la aplicable en este caso concreto, así la Ley sobre firma electrónica (RCL 2003, 2975) , y la Ley de 11 de julio de 2002 (RCL 2002, 1744, 1987) de Sociedades de Información y de Comercio Electrónico, a fin de lograr una mayor seguridad en el comercio electrónico. Pero en este caso concreto no se puede partir para apreciar la existencia de culpa en las demandadas de que las mismas sabían que el fin o uso del datáfono iba a ser para ventas por Internet, porque ello es una mera suposición sin base probatoria alguna ni directa ni indiciaria.

El segundo error del que parte la actora en su recurso es considerar que las demandadas debían informarle de cómo actuar en el tráfico mercantil, y concretamente en Internet. Alega al recurrir, y lo mismo hizo en la instancia de forma más extensa, que las demandadas debieron informarle de los riesgos derivados de la venta por Internet y concretamente del uso del datáfono para pagar el precio de la compra. Al hacer esta afirmación parte del primer error que es haber comunicado a las demandadas que su objeto social era la venta por Internet, y esto no se ha probado, porque ello no se puede derivar de haberse instalado en su oficina un datáfono que permitía no pasar materialmente la tarjeta para plasmar el pago del precio; y ello primero porque se ha de estar a lo pactado, que es lo prioritario, no a la situación fáctica, pero es más, si lo instalado le permitía un uso distinto al pactado en el contrato, debió la actora advertirlo, a fin de que se le pudiera permitir ese uso, o limitarlo, porque no se puede olvidar que la misma es un comerciante, por tanto un profesional que debe saber como manejarse o desenvolverse en su actividad mercantil, no siendo de recibo el argumento de que ignoraba cómo funcionaba Internet, primero porque era y es un profesional, y segundo, porque es notorio que se sabe de los riesgos derivados del referido sistema, riesgos que son asumidos por quienes utilizan la red, no siendo preciso que ningún perito informe de que las transacciones a través de Internet no son seguras, al cien por cien, menos aun se puede sostener por la actora la creencia de que era segura, y de que se le había ofertado un sistema seguro por las demandadas, cuando a través de la correspondencia, por e-mail, que mantenía con sus «supuestos compradores», en el sentido de ser las personas que decían ser, la propia parte recurrente manifestaba sus dudas sobre la legalidad de las tarjetas cuando le daban varios números de tarjeta porque alguno no era aceptado por el datáfono e insistía en que fueran legales, admitiendo como prueba de fiabilidad de que lo eran las manifestaciones que le hacían aquéllos. Esta actuación lo que prueba es su falta de cuidado en el uso de la red; falta de cuidado que no se puede repercutir sobre las demandadas, que ignoraban el uso que se le estaba dando al datáfono.

A través de la prueba pericial, y de lo admitido por los demandados, quedó probado en la instancia que el datáfono, o TPV, instalado en su oficina, que no una tienda en el sentido usual de la palabra, permitía pasar la tarjeta, es decir, utilizarlo según lo pactado

en ventas mediante tarjeta con presencia del comprador, y no pasarla. Que esto fuera así, y que la instalación fuera en una oficina, no son datos que permitan excluir la aplicación de la cláusula tercera del contrato. lo que prueba es que instalado un sistema que iba más allá de lo estipulado entre las partes, la actora hizo un uso indebido del mismo, incumpliendo lo acordado que era lo que la vinculaba de conformidad con los artículos 1254 y 1255 CC (LEG 1889, 27) .

DUODÉCIMO Lo que debe resolverse a continuación es si ese uso indebido fue consentido por las demandadas, que es lo que afirma la parte actora cuando alega en la demanda y reitera en la apelación, que los abonos de las ventas por Internet se hacían previa presentación de las facturas emitidas por el sistema del TPV, sin presencia del comprador, por tanto sin la firma del mismo.

La tesis de la actora es la plasmación de lo pactado en el contrato. Ahora bien, lo que no consta es que el sistema seguido entre las partes fuera así, es decir, que la actora previamente a los abonos realizados por ventas por Internet, y solo por estas ventas, al ser su objeto social único /lo que no se ha probado/, presentara facturas que no estaban firmadas por los compradores. Esto no se ha probado, lo que se ha probado es que cuando surgió el problema que fueron las quejas de titulares de tarjetas de nacionalidad norteamericana, que negaban haber comprado por Internet los cargos que se le hacían en sus cuentas, le pidieron a la actora la documentación, y fue entonces cuando se comprobó qué uso se le estaba dando al datáfono; y procedieron las demandadas de conformidad a lo estipulado en el contrato, cláusula 5ª, es decir, a retroceder los cargos, porque no había habido compraventas, según lo alegado y verificado, y porque aparentemente las ventas cuyo abonos tuvieron que anular aparecían como posibles fraudes, dado que eran ventas de tabaco cubano a nacionales norteamericanos, que tiene prohibido el comercio y consumo de tal bien. y según esa cláusula la parte actora está obligada a admitir la retrocesión que se le hizo, no por lo dispuesto en la cláusula 11ª sino conforme a la 5ª, cláusula que no es abusiva, por aplicación de las normas contenidas en la Ley de General para Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , ya que la misma no es aplicable a este contrato, porque se suscribió el 15 de septiembre de 1997, antes de entrar en vigor la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación de 14 de abril de 1998 (RCL 1998, 960) , por tanto no tenía la actora la cualidad de consumidora en esa fecha, según el artículo 1.3 de la Ley 26/84, porque no era «destinataria final» en cuanto ese servicio dado por las demandadas lo era para integrarlo en un proceso de producción «o prestación a terceros», estando solo facultada tras la entrada en vigor de la Ley 7/98 a ejercitar la acción de cesación o declarativa a los fines pertinentes pero no pretender argüir como fundamento de su acción indemnizatoria que alguna de las cláusulas del contrato eran abusivas por ser contrarias a la buena fe, cuando ello no se puede presumir, y no se ha probado, menos aun en este caso, donde su actuación al vender el tabaco no se puede calificar como especialmente diligente, y conforme a la buena fe, ya que de la lectura de su correspondencia electrónica se evidencia una clara asunción del riesgo, no pudiendo ahora, ante su falta de control de quiénes eran los compradores, que usaban las tarjetas, hacer repercutir el riesgo sobre las demandadas, en contra de lo pactado.

DECIMOTERCERO El interrogante último que se plantea en esta alzada es cuál es la conducta negligente que la actora reprocha a las demandadas. Parece ser que es

haber admitido como válidas las manifestaciones de los consumidores norteamericanos, que afirmaban que no habían usado sus tarjetas. Tal actuación no puede ser considerada culposa, y no lo es por tanto el retroceso de los abonos en su cuenta, porque no se les puede exigir a las demandadas más diligencia que la tenida por razón de las normas que rigen el comercio minorista, que obligan al comerciante a hacer el abono; menos aun cuando la actora fue quien con el uso indebido del datáfono originó el hecho causa del retroceso; y estando pactado en la cláusula quinta del contrato que cuando no existe tal compraventa, como sería este caso, o la misma es fraudulenta, en el sentido de mera apariencia, procedía tal retroceso, y el mismo debía ser admitido por el comerciante, y ello porque así lo dispone la legislación a favor del consumidor que es en esencia el titular de la tarjeta y no la actora-apelante.

La retrocesión realizada no es consecuencia de una actuación negligente de ninguna de las demandadas sino consecuencia de lo pactado en el contrato, cláusula octava, por tanto consecuencia de la inexistencia de la venta a favor del titular de la tarjeta, o por ser fraudulenta la misma, sin que ese fraude tenga que ser probado de forma plena por las demandadas como parece pretender la actora, exigencia que no está recogida en el contrato.

DECIMOCUARTO Consecuencia de todo lo anterior es la improcedencia del recurso en cuando a la pretensión de que deba estimarse su acción indemnizatoria; no procede por tanto entrar a resolver si la cláusula 11ª del contrato es o no nula por ser abusiva, aunque sí cabe indicar que de serlo no lo sería por aplicaron de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) , sino por aplicación de las normas generales del Código Civil (LEG 1889, 27) .

El recurso debe ser por lo anteriormente expuesto rechazado debiéndose confirmar la sentencia en su parte dispositiva.

DECIMOQUINTO No obstante confirmarse la sentencia de instancia en su parte dispositiva, no procede imponer a la entidad recurrente las costas de esta alzada, sino que cada uno de los litigantes deberá abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394, número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , al que se remite el artículo 398, número 1 de la misma norma (Ley procesal que es la aplicable conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la vigente Ley procesal), dado la existencia de dudas de hecho y de derecho, generadas por la propia argumentación de la sentencia. Tanto es así que si bien la sentencia se confirma en su pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones formuladas por la actora, no ocurre lo mismo con los fundamentos de derecho, impugnados por la parte recurrente, cuyos argumentos han sido en parte estimados en cuanto a la legitimación de la misma para instar el proceso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En virtud de lo expuesto, procede DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Premiun Cigars S.L contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, en fecha 15 de marzo de 2002 y confirmar la sentencia de instancia en su parte dispositiva.

Y no ha lugar a hacer pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada, debiendo cada parte abonar las costas a su instancia y las comunes por mitad.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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