



Roj: **SAP M 1010/2021 - ECLI:ES:APM:2021:1010**

Id Cendoj: **28079370142021100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **25/01/2021**

Nº de Recurso: **263/2020**

Nº de Resolución: **19/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PALOMA MARTA GARCIA DE CECA BENITO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.106.00.2-2018/0000555

Recurso de Apelación 263/2020

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 04 de Parla

Autos de Procedimiento Ordinario 304/2018

APELANTE: D. Felix

PROCURADOR Dña. IRENE ARANDA VARELA

APELADO: EOS SPAIN, SL

PROCURADOR Dña. ELENA MARIA MEDINA CUADROS

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA

En Madrid, a veinticinco de enero de dos mil veintiuno.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 304/2018 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 04 de Parla, en los que aparece como parte apelante D. Felix representado en esta alzada por la Procuradora Dña. IRENE ARANDA VARELA y defendido por la Letrada Dña. LETICIA VIDORRETA GIL, y como parte apelada EOS SPAIN, SL, representado en esta alzada por la Procuradora Dña. ELENA MARIA MEDINA CUADROS y defendido por la Letrada Dña. TERESA MORENO ZÚÑIGA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18/06/2019 .

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 04 de Parla se dictó Sentencia de fecha 18/06/2019, cuyo fallo es del tenor siguiente: "ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por EOS SPAIN, S.L., representada por la Procuradora Dña. Elena Medina Cuadros, frente a D. Felix , representado por el Procurador D. Raúl SanguinO Medina, y, en consecuencia, CONDENAR a D. Felix a que pague a EOS SPAIN, S.L. la cantidad de SEIS MIL NOVENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y TRES CÉNTIMOS (6.091,83 €), con aplicación del interés legal del dinero desde la fecha de la petición inicial de procedimiento monitorio y costas."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada D. Felix al que se opuso la parte apelada EOS SPAIN, SL y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 19 de enero de 2021.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

La demanda presentada por Eos Spain, S.L., contra don Felix pretendía la condena del demandado al pago de 6.091'83 €.

Relataba la demanda que el demandado formalizó con Bankinter, S.A., un contrato de tarjeta de crédito, que motivó la apertura de la cuenta de tarjeta * NUM000 , para asentar los movimientos de las disposiciones realizadas. En el contrato inicial se pactó la modalidad de pago aplazado, dando lugar a cuotas mensuales cuyo abono se domicilió en la cuenta indicada.

Que la acreedora traspasó el contrato de tarjeta de crédito a Bankinter Consumer Finance, S.A. mediante escritura notarial de 29 de mayo de 2008, mediante la cual se realizó el traspaso en bloque a dicha filial de " toda la línea de negocio de financiación al consumo a través de préstamos personales y tarjetas de crédito comercializados inicialmente bajo la marca Capital One". El 27 de noviembre de 2015, Eos Spain, S.L., adquirió el crédito representado en dicho contrato según se acredita mediante el testimonio notarial individualizado.

Ante el incumplimiento por el demandado de su obligación de devolución de las disposiciones realizadas, se generó un descubierto que a Noviembre de 2015 ascendía a 8.398,53 €, desglosados en 5.805,16 € por principal, 2.233,37 € por intereses y 360 € por comisiones, según certificado emitido por la entidad cedente, y de cuyos conceptos sólo se reclama en la demanda el importe correspondiente al principal, más los intereses legales que se cuantifican en 286'67 €. Se aporta certificado emitido por la entidad cedente, así como histórico de impagos.

Tramitada anteriormente solicitud de juicio monitorio, el demandado opuso que no se aportaba información sobre los movimientos de la cuenta, pese a que en su condición de usuario podía conocer igualmente la operativa derivada del uso de la tarjeta y la deuda resultante de ello. Máxime cuando durante toda la vida de la relación se entiende recibido en su domicilio el extracto de las operaciones de cargo efectuadas mediante la tarjeta.

El demandado, don Felix se opuso a la pretensión, negando la legitimación activa *ad causam* de la demandante por no haber acreditado documentalmente la adquisición del crédito controvertido. De otro lado, reconociendo la firma del documento de solicitud de tarjeta de crédito, niega que el documento aportado se corresponda con el clausulado adjunto a dicha tarjeta, que carece de firma del deudor. Asimismo, rechaza la eficacia probatoria del certificado de deuda emitido por la primitiva acreedora, y opone no haberse acreditado las partidas o conceptos integrantes de la deuda que se reclama. Se impugna por falta de transparencia el clausulado anejo al documento por su redacción mediante un texto de tamaño ilegible.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

La sentencia, tras exponer la pretensión de la demanda, comienza por analizar la alegación sobre falta de legitimación pasiva planteada por el demandado por no acreditarse la cesión del crédito que se dice operada en favor de la demandante. A cuyo respecto destaca que dicha causa de oposición no fue incluida en el trámite de oposición a la petición inicial de juicio monitorio, resultando que en la actual fase de juicio ordinario introduce motivos no alegados inicialmente.

Sobre la posibilidad de introducir en el juicio ordinario posterior al procedimiento monitorio motivos de oposición inicialmente no planteados por el deudor, se cita la doctrina reflejada en S. Audiencia Provincial



de Madrid, de 5 de octubre de 2012, razonando que entre la oposición a la petición monitoria y el objeto del procedimiento declarativo hay una cierta vinculación, derivada de la exigencia de buena fe impuesta por el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la redacción del 818.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que no cabe es contradecir posteriormente lo anteriormente reconocido (por ejemplo, negar en la contestación la legitimación reconocida en la oposición), de donde resulta que la ampliación de los motivos de oposición, como la acaecida en este procedimiento, no estaría vedada, con tal de que tales motivos no contradigan los inicialmente alegados (cosa que no sucede en el caso de autos). Y, reconocida la legitimación activa de la actora en la oposición a la inicial reclamación monitoria, no cabe admitir su negación en sede de procedimiento ordinario. Sin perjuicio de añadir que la documentación notarial acompañada a la demanda acredita la sucesión en la titularidad del crédito y la consiguiente legitimación activa de la actora.

Admitida por el demandado la suscripción del contrato de tarjeta de crédito y reconocida su firma en tal contrato, no cabe sino la estimación íntegra de la demanda, pues consta aportado el certificado de saldo deudor, emitido no por la actora sino por la acreedora inicial con la que se concertó el contrato, junto con el extracto en que aparecen las fechas de los cargos, cargos que no niega el demandado, tras reconocer la contratación, sino que se limita a negar genéricamente el saldo deudor, impugnando el certificado emitido.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 30 de mayo de 2011, indica lo siguiente:

"[...] desde lo hasta aquí indicado que la cuestión a resolver queda contraída a determinar sobre qué parte pesa la carga de la prueba, en supuestos como el de autos, de la realidad de las disposiciones realizadas con la tarjeta de que se trate, y al respecto es de señalar no existe doctrina pacífica en las AAPP o mejor dicho resuelven la cuestión con matizaciones en atención a la postura adoptadas por las partes, ello en atención a que el tipo de tarjeta existentes en el mercado es variado y múltiple, pareciendo indicarse en la demanda que nos encontramos en presencia de una tarjeta de crédito, que a su vez lo es de pago, esto es, que la entidad concedente permite al titular de la tarjeta la adquisición de un bien o servicio con la presentación de la misma, cargándose su importe en la cuenta de la entidad emisora, tarjeta de carácter multilateral, en función de que la emisora proporciona la tarjeta y además varios establecimientos adheridos, en virtud de un contrato, por lo general, denominado de afiliación al concreto sistema de tarjeta, pactan la integración en el sistema y se obligan a aceptar en pago de las ventas o servicios la tarjeta del sistema de que se trate y a realizar determinados controles al serle presentada la tarjeta, cediendo la facturación a la entidad emisora, obteniendo la tarjeta el carácter de título de legitimación que tiene como soporte un contrato dotado de atipicidad, pero con la característica de que el pago realizado al establecimiento adherido con la presentación de la tarjeta produce efectos liberatorios para el deudor titular de la tarjeta, aun cuando definitivamente se extinga cuando la entidad emisora pague al establecimiento adherido, surgiendo la obligación del titular de la tarjeta de abonar a la entidad emisora en el tiempo convenido de las cantidades dispuestas; comprendiendo también a través de la misma la disposición en cajeros bancarios; desde las precedentes consideraciones hemos de examinar qué hechos adquieren el carácter de constitutivos en caso de reclamación del emisor al titular de la tarjeta, y evidente se nos presenta que el uso de la tarjeta por el propio titular, ya que la tarjeta en sí misma no es transferible y existe la obligación de comprobación por parte del establecimiento adherido de la identidad del usuario, para disponer de bienes o servicios en establecimiento adherido, se constituye en hecho constitutivo, pues, en definitiva, la disposición de bienes o servicios a través de la tarjeta, disposición que se habrá de plasmar en el correspondiente documento, es lo que viene a constituir el soporte del débito, ya que sin disposición éste no se da, por lo que la reclamación de cantidad derivada del uso de la tarjeta debe venir acompañada del oportuno soporte, cual los documentos que justifiquen cada partida de las que integren la reclamación que obviamente habrá de tener la entidad emisora para aceptar el pago con cargo a la tarjeta, cuando lo reclamado sea controvertidas, y no basta como soporte la mera certificación expedida por la entidad emisora, obviamente de confección unilateral, así como tampoco el mero extracto de la cuenta, también emitido de forma unilateral por la entidad emisora, en el precedente sentido se han pronunciado, entre otras, AP de Alicante en Ss. de 18-1-1993 y 12-7-1994; AP de La Coruña S. de 9-7-1996 y esta misma Sección en S. de 4-11-1994, y como más próxima en el tiempo la de Asturias de 3 de Noviembre de 2009, en sentido diferente se manifiestan, entre otras, la SAP de Madrid de 8-4-2010, que recoge que aunque la norma sobre la carga de la prueba contenida en el art. 217 de la L.E.C impone que la demandante se procure y aporte con su demanda o en fase probatoria aquellos documentos emitidos por los establecimientos adheridos a su sistema de tarjetas, que han de calificarse como imprescindible soporte de los simples listados de cargo de la misma que se han acompañado a la demanda, ha de tenerse presente, que según reiterado criterio jurisprudencial, la propia dificultad de acreditar documentalmente cada una de las disposiciones efectuadas mediante tarjeta de crédito (como son las disposiciones por cajero automático, los pagos de peajes, el pago de servicios en los que el cliente no firma), debiendo tenerse además en cuenta que los resguardos quedan en poder del comerciante, determina que una impugnación indiscriminada e inmotivada de todos los cargos resulte abusiva y merecedora de escasa credibilidad, sobre todo cuando el titular de la tarjeta, que habitualmente recibe los extractos de las



operaciones realizadas con ella no comunica de forma inmediata a la entidad financiera en la que domicilió los cargos su disconformidad, porque de esta manera tal entidad tiene la posibilidad de efectuar la correspondiente comprobación, y sigue, añadiendo, que por último no debemos olvidar que la O.M. de 12 diciembre 1989, obliga a las entidades bancarias a facilitar a los clientes la información adecuada, a través de los extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas así como los cargos de gastos por intereses devengados, y que además, una vez al mes, por lo menos, se recibe en el domicilio un extracto de la cuenta con las operaciones realizadas, sin que el apelante hubiera efectuado reclamación alguna por disconformidad con los mismos. Todo ello evidencia que se ha acreditado la realidad de las operaciones concluidas por medio de tarjeta y se ha justificado el saldo deudor, resultando ambos extremos probados por la entidad emisora de la tarjeta (SS. T.S. 21 diciembre 2001 , 8 marzo 2002); en el mismo sentido SAP de Alicante de 23 de Marzo de 2010 y de Madrid de 27 de Abril de 2007 , en supuesto en que la demandada se limitó a negar genéricamente la cuantía de la deuda; aludimos ciertamente a doctrina disparar [sic] aunque hemos de entender referida a la valoración de la carga de la prueba y al respecto es de indicar que la regla de la carga de la prueba ha de interpretarse teniendo en cuenta la doctrina de la flexibilidad, SSTs de 20-3-87 y 18- 5-88 , entre otras, y para esta interpretación no debemos prescindir, cual señala la citada SAP de 27-4- 2007 que las concretas disposiciones y cargos se cargan en cuenta a través de sistemas informáticos remitidos por los operadores de las tarjetas, de otras relaciones contractuales como son las que vinculan al titular de la tarjeta con el establecimiento público en que se usan o la de éste último con el banco emisor, de suerte que sólo el titular de la tarjeta y el establecimiento público en el que se usan guardan el ticket o recibo de la concreta operación realizada con la tarjeta (el original firmado se lo queda el establecimiento y la copia el titular de la tarjeta). De este modo, ni los operadores de las tarjetas ni el banco o entidad emisora de las mismas tienen acceso directo a estos tickets o recibos de pago; desde todo lo precedente y descendiendo al concreto supuesto de autos, ya indicábamos como a la solicitud de juicio monitorio, luego incorporada al juicio verbal, se acompaña contrato de tarjeta, extracto de los movimientos realizados con la misma, en su mayoría disposiciones por cajero automático, certificado de saldo y comunicación del mismo al luego demandado, siendo importante resaltar la oposición formalizada por éste en el juicio monitorio, ratificada al contestar en juicio verbal, así cuando señala referido a la cantidad que se le reclama que "si bien pudo quedar alguna cantidad en descubierto por el uso de la tarjeta, nunca sobrepasó la cantidad de 500 euros", desde dicha expresión en su literalidad entendida, no se está cuestionando las cantidades por uso de la tarjeta, sino las cantidades en descubierto, esto es, en relación con lo abonado, abono o abonos que sí ciertamente debe probar el demandado, como hecho extintivo, a ello unimos que tampoco el demandado niega haber recibido el requerimiento de pago, con expresión de la misma cantidad, y ante ello guarde silencio, como también frente a la remisión de los extractos que no niega le haya sido realizada, razones las precedentes que nos llevan en atención a las circunstancias del presente caso, a confirmar la sentencia recurrida".

En el caso de autos no se afirman pagos no computados, movimientos no realizados, etc., sino que se hace una negación genérica del valor del certificado, lo que, de acuerdo con lo expuesto, no se puede admitir, debiendo darse al certificado el valor probatorio pretendido por la actora, máxime cuando esta no lo ha emitido y ninguna de las pruebas propuestas en la audiencia previa podía considerarse útil, pues nada podían añadir a lo que ya constaba en el documento, tal y como se motivó en el acto al decidir su inadmisión.

Finalmente, la copia del contrato unida a la petición inicial de juicio monitorio resulta perfectamente legible. Añadiendo que en todo caso confunde la demandada el control de transparencia con el control de incorporación. Respecto de las condiciones particulares, consta en el anverso que el deudor ha leído y dado su conformidad a las condiciones generales y particulares, no pudiendo admitirse una oposición genérica como la que se articula en la contestación a la demanda sobre este punto, sin que el demandado haya indicado qué condición general tiene incidencia en la pretensión actora cuando ésta solo reclama la devolución del principal, no habiendo aducido siquiera que fueran otras las condiciones generales que firmó o suscribió o que le fueron entregadas.

Por todo lo cual se estima íntegramente la demanda, condenando al demandado al pago de 6.091'83 €, con los intereses devengados desde la interposición del juicio monitorio.

TERCERO.- Primer motivo de recurso: partidas o conceptos integrantes del principal reclamado. Insuficiencia del extracto unido a la demanda.

Vistas las alegaciones del recurso, procede su íntegra estimación.

La sentencia apelada, citando ampliamente una Sentencia de 30.May.2011 dictada por la Sección Decimonovena de esta Sala Civil, razona que las reclamaciones por principal de deudas derivadas del uso de una tarjeta de crédito, quedan justificadas con la presentación de extracto de movimientos de cargos o pagos realizados por el deudor mediante el uso de dicha tarjeta de crédito.



Compartiendo la fundamentación de dicha sentencia, sucede que no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado.

El único extracto de movimientos aportado por la acreedora (f. 52 a 60), no contiene ni una sola operación de disposición, o de pagos o compras, realizadas por el deudor mediante la tarjeta de crédito, desde que comenzó su uso a partir del año 2006.

Por el contrario, el extracto de movimientos presentado, además de iniciarse seis años después, en Mayo de 2012, no incluye operaciones de disposiciones o compras, sino que arrancando de una supuesta deuda preexistente e indeterminada, se limita a asentar conceptos puramente financieros relativos a 13 deudas diferentes (ver numeración de la columna primera " *impago*"), denominadas " *Dev.Ext.por1 liq ext*", que podrían corresponder al impago de cuotas anteriormente generadas. Y, tras asentar esa denominación en las citadas 13 ocasiones, se añaden otros asientos con denominaciones tales como " *reenvío nominal*", " *reenvío intereses*", " *reenvío de gastos*", u otros similares.

De ello se extraen dos conclusiones: el extracto no define ni una sola operación de disposiciones, pagos o compras realizadas por la tarjeta. Y la totalidad de los asientos, en contra de lo afirmado en la demanda, corresponden a la aplicación de las cláusulas financieras obrantes al dorso del contrato.

Sobre la cuestión apuntada, debe recordarse que la parte apelada, en el escrito de oposición al recurso de apelación, solicitó la práctica de prueba documental en la segunda instancia, consistente en librar requerimiento a la primitiva acreedora para que presentase extracto de movimientos realizados mediante la tarjeta de crédito. Sin embargo, dicha prueba fue denegada por la Sala, en resolución no recurrida por la apelada, razonando que la prueba propuesta parece referirse al " *extracto o listado descriptivo de las compras, las disposiciones o los pagos realizados por el deudor mediante la tarjeta de crédito, indicando el lugar o establecimiento en que se realizaran, su fecha y su cuantía*."

Este documento pudo y debió aportarlo la demandante con su escrito de demanda inicial (art. 265 L.E.c.), como documento esencial de fondo constitutivo de su pretensión, considerando el vínculo que mantiene con Bankinter como cesionaria del crédito.

Se entiende que Bankinter no habría podido rehusar la entrega a su cesionaria de tal extracto, pero incluso de ser así, la demandante pudo y debió acreditar, o como mínimo alegar (lo que no hizo), la imposibilidad de obtener el extracto, único supuesto en que resulta válida la designación de archivos (art. 265.2 L.E.c.). En otro caso, la designación de archivos serviría como mero escudo frente a la pasividad e indiligencia procesal de las partes.

La mera negativa del deudor, en la contestación a la demanda, a reconocer la existencia o cuantía de la deuda no puede confundirse con la alegación de nuevos hechos en dicho trámite, que justifique la proposición o presentación extemporánea de documentos por el demandante"

Por cuanto queda expuesto, alegando la demandante reclamar el principal derivado del uso de la tarjeta de crédito emitida en Marzo de 2006, integrado por disposiciones o compras realizadas mediante dicha tarjeta, y no obrando en autos dicho extracto o listado, sino exclusivamente un extracto de cargos financieros iniciado en Mayo de 2012, procede desestimar la demanda.

CUARTO.- Costas.

Estimando el recurso de apelación, con la consiguiente desestimación de la demanda, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 L.E.c., procede condenar a la parte actora al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer expresa condena en las ocasionadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. EL REY

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Sanguino Medina en representación de don Felix , contra la sentencia dictada en autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Parla, bajo el número 304 de 2018, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, dejando sin efecto sus pronunciamientos, y acordando en su lugar desestimar la demanda presentada contra el ahora apelante por Eos Spain, S.L., representada por la Procuradora Sra. Medina Cuadros, absolviendo al demandado de las pretensiones contra él formuladas, y condenando a la parte actora al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer expresa condena en las ocasionadas en esta alzada.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días



y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: "2649-0000-00-0263-20" excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ