

## Texto Integro

Rollo: RECURSO DE APELACION 503 /2005  
Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 443 /2004  
Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 de MADRID  
Ponente:ILMA. SRª. Dª MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

### SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:  
D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL  
Dª Mª ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL  
Dª MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid a dieciocho de julio de dos mil siete.

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 ordinario núm. 443/2004, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante-demandada Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, y de otra, como apelado-demandante D. Roberto.

VISTO, siendo Magistrado Ponente La ILMA. SRª. Dª MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.

### 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. 17 de Madrid, en fecha 18 de marzo de 2005, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Valles Rodríguez en nombre y representación de Roberto frente a Caja España representada por el Procurador Sr. Marina y Grimau debo:

- 1.- Condenar y condeno a la demandada a no reclamar al actor el pago de 3.140,28 (principal menos 150,25 euros), exonerando al actor de la obligación de pago de la mencionada cantidad derivada del uso fraudulento de su tarjeta de crédito.
- 2.- Declarar abusivo y nulo el plazo establecido para aplicar la limitación de responsabilidad establecida a favor del consumidor en la cláusula 5ª del contrato y en consecuencia no aplicable.
- 3.- Declarar indebida la inclusión en el registro de solvencia patrimonial del actor, con la consiguiente obligación de acordar su cancelación
- 4.- Condenar y condeno a la demandada al abono de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, 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 17 de mayo de 2007, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 28 de mayo de 2007.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso trae causa del juicio ordinario núm. 443/2004, tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de Madrid, entre D. Roberto, como demandante-apelado y Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, como demandada-apelante, en el que se solicita: a) la condena de la demandada a que se abstenga de reclamar la cantidad de 3.290,53 €, declarando la no obligación de pago del demandante, por uso fraudulento de tarjeta de crédito; b) que se declare la nulidad de la cláusula 5ª por ser contraria a derecho y suponer un grave desequilibrio para el actor; c) que se declare indebida la inclusión en el registro de morosos y se ordene la inmediata cancelación en dicho registro y d) que se declare la inexistencia de la obligación del demandante de responder ante la entidad demandada de 150 €. Subsidiariamente solicita que se condene a la demandada a no reclamar 3.140,53 € (esto es 3.290,53 menos 150 €). La sentencia estima la demanda en su petición subsidiaria, esto es: 1.- condena a la demandada a no reclamar al actor la suma de 3.140,28 €, derivada del uso fraudulento de la tarjeta, 2.- declara abusivo y nulo el plazo de 24 horas para aplicar la limitación de responsabilidad establecida a favor del consumidor en la cláusula 5ª del contrato y en consecuencia no aplicable, 3.- declara indebida la inclusión en el registro de morosos del actor, con la consiguiente obligación de acordar su cancelación y condena a la demandada al pago de las costas.

Contra dicha sentencia interpone de Caja España recurso de apelación, alegando básicamente que:

--La sentencia dice que la cláusula 4ª es válida y equitativa, y sin embargo declara nula la 5ª, en cuanto al plazo de 24 horas, lo cual trastoca de plano el régimen de reparto de responsabilidades establecido por las partes, pues si ese plazo se considera nulo y no se fija otro acorde con las circunstancias del caso, al final resultaría indiferente que el titular de la tarjeta denunciase su pérdida con diligencia o no, porque siempre estaría limitada su responsabilidad a 150,25 €. Interpretación que hace la sentencia y que vulnera el deber que el art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 (en adelante LGDCU EDL 1984/8937 ) impone al Juzgador de integrar el contrato con arreglo al art. 1258 CC EDL 1889/1 , esto es contemplando todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y al ley.

-- El plazo de 24 h no es abusivo, ni causa desequilibrio ni es nulo, ya que ha de ponerse en relación con la cláusula 4ª del contrato, en cuanto concreta las consecuencias derivadas del retraso en la aludida "inmediatez". Otra cosa es que se considerase que dicho plazo, en este caso, es insuficiente atendidas las circunstancias concurrentes. Pero nada consta al respecto en la sentencia recurrida, que está falta de un necesario esfuerzo integrador, pues no razona si el plazo de 10 días en que tardó el demandante en comunicar a la Caja la pérdida de la tarjeta, ha de tenerse o no por conducta diligente. Ya que ha de valorarse esa cuestión siempre en orden a la pertinente compensación de culpas.

-- Debe revocarse la sentencia en cuanto a las costas, porque se estimó la pretensión subsidiaria y no la principal, como por existir serias dudas de derecho (art. 394.1 LEC EDL 2000/77463 ), ya que existen sólidos y abundantes pronunciamientos en sentido distinto al de la sentencia.

El demandante se opone al recurso, manifestando que la parte apelante pone en relación la cláusula 5ª con la 4ª, cuando son diferentes.

No es cierto que la 5ª concrete lo indeterminado de la 4ª, pues están en distintos epígrafes. Y que el actor actuó con diligencia al comunicarlo tan pronto como se percató de su desaparición.

**SEGUNDO.-** Para resolver el recurso hay que partir de lo siguiente:

1.-El demandante era titular de una tarjeta de crédito emitida por Caja España, asociada a una cuenta corriente de la que él era único titular. Se aporta el contrato de apertura de tarjeta de crédito de fecha 19-2-2001, cuya cláusula 4ª versa sobre "derechos y obligaciones de su titular", estableciendo entre las obligaciones (b.2) la de aceptar el cargo en la cuenta de todas las operaciones realizadas con la tarjeta, con independencia de que hayan sido efectuadas por su titular o por terceras personas, con o sin su conocimiento o autorización, sin perjuicio de los supuestos de exoneración de responsabilidad; así como (b.3) la de "notificar a la Caja inmediatamente la pérdida, hurto, robo, uso indebido o falsificación de la tarjeta o de los medios que permitan su utilización, especialmente el conocimiento por parte de terceras personas de la clave secreta". La cláusula 5ª sobre "Limitación de responsabilidad dice: el titular asume las responsabilidades derivadas de la utilización fraudulenta por terceras personas antes de la notificación prevista en el apartado b).3 de la cláusula 4ª. Esta responsabilidad queda limitada a un máximo de 25.000 Ptas. (150,25 €), siempre que la citada notificación se hubiera realizado antes de transcurridas las 24 horas del hecho que la motivó y siempre que no hubiera incurrido en dolo o negligencia grave. Sin perjuicio de otros supuestos, se entiende que concurre negligencia grave cuando la clave secreta está de tal modo unida a la Tarjeta que el robo o extravío de ésta conlleva el conocimiento de la misma".

2.- El 26-12-2003 el actor detecta la desaparición de la tarjeta, notificando tal hecho a la Caja ese día, como esta reconoce en su escrito de contestación a la demanda, y presentando la correspondiente denuncia en comisaría el día 29 de ese mes. La Caja le entrega extracto de operaciones el 29 de diciembre, por importe total de 3.290,53 €, con diversas operaciones de los días comprendidos entre el 16-12-03 al 22-12-03.

3.- No se discute por las partes que se ha falsificado la firma del demandante en las disposiciones realizadas desde el día 16 de diciembre del 2003.

Procede confirmar la sentencia recurrida en cuanto a la declaración de nulidad del plazo de 24 horas que establece la cláusula 5ª del contrato de tarjeta de crédito, ya referido antes. Efectivamente dicha resolución parte de que no es contrario al equilibrio entre las posiciones de las partes la existencia de un reparto de responsabilidad entre ambas ni la limitación de responsabilidad contenida en la cláusula 5ª. Pero argumenta que sí rompe ese equilibrio el plazo tan breve establecido, de manera que se cumplirá sólo de forma excepcional, perjudicando de manera desproporcionada al consumidor. Valoración que comparte plenamente esta Sala y que es sustentada por la resolución que menciona la Juzgadora "a quo", Sentencia de la AP de Madrid, Sección 8ª, de 28-11-2003 (EDJ 2003/211303) EDJ 2003/211303 , la cual añade que "el desequilibrio en los derechos del consumidor en lo atinente a la condición general que nos ocupa, no negociada individualmente, al haber sido redactada previamente y no haber podido aquél influir en su contenido, emerge desde el momento en que el tan manido plazo de veinticuatro (horas) dificulta enormemente la posibilidad de resarcimiento y comporta un correlativo beneficio para la demandada que se verá exenta de indemnizar más que en las ocasiones en que la notificación se realiza en ese exiguo "lapsus temporal", por lo que tiene carácter abusivo "por no atemperarse a las exigencias de la buena fe, ser desproporcionada, causar un notorio perjuicio al consumidor e implicar un desequilibrio claro en las obligaciones de las partes al respecto (...)", en aplicación del art. 10.1 c),3 y art. 10 bis de la LGDCU EDL 1984/8937 , según la redacción dada por la D. Adicional Primera de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Se mantiene por la parte apelante que dicho plazo debe considerarse suficiente, y que, en todo caso, de declararlo nulo, debe el Juzgador "integrar el contrato" con arreglo al art. 1258 CC EDL 1889/1 , esto es contemplando todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y al ley, por lo que debió fijarse otro plazo en sustitución de aquél. Sin embargo, no es labor de ésta Sala la de integrar el contrato, sino la de examinar a raíz de los motivos del recurso de apelación, si la sentencia es o no ajustada a derecho, entendiéndose que lo es plenamente al aplicar de forma correcta las consecuencias jurídicas al supuesto de hecho contemplado.

Como se razona en el Fundamento de Derecho Cuarto de la resolución recurrida, no se considera acreditado que el demandante y titular de la tarjeta de crédito actuara con falta de diligencia en la custodia de la misma. En este sentido la Sentencia de la Sección 12ª de la AP de Madrid, de fecha 6-10-2004 (EDJ 2004/ 228375) EDJ 2004/228375 , argumenta que es al demandado (la entidad bancaria) al que corresponde probar la negligencia de la contraria,"según resulta del artículo 217 LEC EDL 2000/77463 y tal y como la doctrina de la Audiencias Provinciales indica (SAP Málaga de 23 julio 2002 EDJ 2002/64283 EDJ 2002/64283 , Baleares de 17 julio 2002 EDJ 2002/46364 EDJ 2002/46364 , Barcelona de 8 julio 2002, entre otras), y así el hecho de no percatarse de la sustracción, que no consta se produjese en términos tales que hubiese de ser apercibida por la actora de forma inmediata, no se puede reputar negligente, ya que el deber de custodia de la tarjeta no puede ir tan lejos como para obligar al titular de la misma a comprobar con periodicidad determinada

si se encuentra o no en su poder la tarjeta, ya que en principio no hay por qué pensar ordinariamente que se ha extraviado una tarjeta de crédito, de tal manera que la tardanza en comunicar la desaparición será reveladora de negligencia cuando se haya omitido hacerlo de forma inmediata una vez conocida la desaparición de la misma. No constando en autos que la actora la conociese antes de la fecha en que anula la tarjeta, es por ello por lo que procede desestimar tal alegación". En el presente caso la Caja recurrente admite que el señor Roberto les comunicó la desposesión de la tarjeta el 26-12-03, el mismo día que este afirma haber tenido conocimiento de su desaparición, sin que se haya probado otra cosa, por lo que tampoco aquí consta la falta de diligencia que se imputa al titular de la tarjeta, que no puede derivarse sin más del hecho de que la primera disposición de dinero fraudulenta se hiciera diez días antes, no procediendo en consecuencia la compensación de culpas esgrimida por la apelante.

**TERCERO.-** En cuanto a las costas procesales y atendiendo en éste punto la alegación de la apelante, se pone de manifiesto que la materia discutida no obtiene las mismas respuestas por los Tribunales, por lo que concurren dudas de derecho suficientes que justifican la no imposición de las de la primera instancia a ninguna de las partes, lo que implica la estimación parcial del recurso y en consecuencia tampoco se imponen a ninguna de ellas las causadas en esta alzada (art. 394.1 y 398.2 de la LEC EDL 2000/77463).

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

### **FALLO**

Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la legal representación de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, de fecha 18 de marzo de 2005, debemos revocar y revocamos la misma en el único extremo relativo a las costas, no imponiendo a ninguna de las partes las causadas en la primera instancia ni las de esta alzada.

Así por ésta 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.