ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3
AVILES

SENTENCIA: 00033/2023

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 DE AVILES

C/MARCOS DEL TORNIELLO Nº 27 4º IZDA.
Teléfono: 985127821 /22/ 23, Fax: 985 12 78 24
Correo electrónico: juzgado3.aviles@asturias.org

Equipo/usuario: VML
Modelo: 0030K0

N.I.G.: 33004 41 1 2022 0005171
JVB JUICIO VERBAL 0000[redacted]/2022
Procedimiento origen: /
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE D/ña. [redacted]
Procurador/a Sr/a. JOAQUIN IGNACIO ALVAREZ GARCIA
Abogado/a Sr/a. DANIEL CALZON VAZQUEZ
DEMANDADO D/ña. UNICAJA BANCO S.A.
Procurador/a Sr/a. [redacted]
Abogado/a Sr/a. [redacted]

SENTENCIA Nº 33/2023

En Avilés a 21 defebrero de 2023.

Vistos por mí, don Víctor Luis Martín Llera, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Avilés y de su partido judicial los presentes autos de juicio verbal [redacted]/2022 a instancia de doña [redacted] representada por el Procurador de los Tribunales el Sr. Álvarez García, asistida del Letrado Sr. Calzón Vázquez frente a la entidad UNICAJA BANCO S.A. representada por el Procurador de los Tribunales el Sr. [redacted] y con la asistencia Letrada del Sr. [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 17 de octubre de 2022 se presentó a instancia de a instancia de doña [redacted] demanda de juicio verbal frente a la entidad UNICAJA BANCO S.A., en

PRINCIPADO DE ASTURIAS

Firmado por: VICTOR LUIS MARTIN LLERA
21/02/2023 11:48

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la que previa manifestación de los hechos y derechos que consideraba de aplicación, terminaba suplicando un pronunciamiento estimatorio de sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado a la demandada, quien se opuso a la pretensión deducida mediante escrito de 30 de noviembre de 2022.

TERCERO.- Citadas las partes, se procedió a la celebración de la vista, que tuvo lugar el 23 de enero de 2023 en la que no siendo posible un acuerdo, se procedió a la proposición y práctica de la prueba conforme consta en el soporte videográfico del acto, procediendo a continuación tras formular conclusiones a quedar los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora formula demanda frente a UNICAJA BANCO S.A. en reclamación de cantidad por importe de 2.000 euros, más intereses legales y costas. Y ello por cuanto habiendo recibido un mensaje SMS en el teléfono se realizó, tras hacerle un tercero varias llamadas, un cargo en la cuenta que no deseaba, produciéndose lo que se refiere una estafa por pishing, donde ese tercero se hace pasar por la propia entidad bancaria de la accionante y se logra obtener unos códigos con los que se autoriza una transferencia a una cuenta desconocida por el demandante con el consiguiente perjuicio económico.

La entidad demandada ha comparecido en el procedimiento y ha contestado a la demanda oponiéndose a su contenido, solicitando su desestimación, imputando la responsabilidad de la referida operacion a la actora.

SEGUNDO.- Cuando tuvieron lugar las operaciones que han dado lugar a la reclamación que se realiza en la demanda, en el mes de agosto de 2022, ya se encontraba en vigor el Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre (EDL 2018/127163), de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (que viene a consolidar y refundir la antigua Ley 16/2009 de 13 de noviembre de Servicios de Pago). La primera cuestión que se plantea es la de determinar la carga de la prueba.

Resulta aplicable el contenido del artículo 44 del Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre (EDL 2018/127163), de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia

PRINCIPADO DE ASTURIAS

financiera, precepto que establece en cuanto a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago que:
"1. *Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago.*
Si el usuario de servicios de pago inicia la operación de pago a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, corresponderá a éste demostrar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación de pago fue autenticada y registrada con exactitud y no se vio afectada por un fallo técnico u otras deficiencias vinculadas al servicio de pago del que es responsable.
2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 41.
3. Corresponderá al proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario del servicio de pago cometió fraude o negligencia grave.
4. El proveedor de servicios de pago conservará la documentación y los registros que le permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Título y sus disposiciones de desarrollo y las facilitará al usuario en el caso de que así le sea solicitado, durante, al menos, seis años. No obstante, el proveedor de servicios de pago conservará la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la Unión Europea aplicables."

La Sentencia de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Navarra de 25 de julio de 2019, se refiere a esta cuestión indicando que " *la carga de la prueba de la correcta autentificación, registro y contabilización de la operación de pago corresponde a la entidad proveedora de servicios de pago y no al usuario titular de dicho medio de pago, tal como se establece en su artículo 30.1 LSP* (actual artículo 44) *, con el efecto de la inmediata devolución de las cantidades no autorizadas al usuario* ".

Es el proveedor de los servicios, la entidad bancaria, quien tiene por tanto la carga de la prueba de demostrar que la operación de pago fue debidamente autenticada, y que en el supuesto de litis la demandante actuó de forma indebida y sn la debida cautela en la protección de sus datos.

No obstante lo anterior debemos de acudir igualmente a la previsión contenida en el artículo 45 del Real Decreto Ley 19/2018 precisa que "Sin perjuicio del artículo 43 de este real decreto-ley, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, salvo cuando el proveedor de servicios de pago del ordenante tenga motivos razonables para sospechar la existencia de fraude y comunique dichos motivos por escrito al Banco de España, en la forma y con el contenido y plazos que éste determine. En su caso, el proveedor de servicios de pago del ordenante restituirá la cuenta de pago en la cual se haya efectuado el adeudo al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada.
La fecha de valor del abono en la cuenta de pago del ordenante no será posterior a la fecha de adeudo del importe devuelto.
2. Cuando la operación de pago se inicie a través de un proveedor de servicios de iniciación de pagos, el proveedor de servicios de pago gestor de cuenta devolverá inmediatamente y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente, el importe de la operación de pago no autorizada y, en su caso, restituirá la cuenta de pago en la cual se haya efectuado el adeudo al estado en el que se habría encontrado de no haberse efectuado la operación no autorizada.
Si el responsable de la operación de pago no autorizada es el proveedor de servicios de iniciación de pagos, deberá resarcir de inmediato al proveedor de servicios de pago

gestor de cuenta, a petición de este, por las pérdidas sufridas o las sumas abonadas para efectuar la devolución al ordenante, incluido el importe de la operación de pago no autorizada. De conformidad con el artículo 44.1, corresponderá al proveedor de servicios de iniciación de pagos demostrar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación de pago fue autenticada y registrada con exactitud y no se vio afectada por un fallo técnico u otras deficiencias vinculadas al servicio de pago del que es responsable."

Es decir, a pesar del requisito fijado en el artículo 44 de la realización del cargo y su autenticación es preciso ex artículo 45, que la entidad bancaria acredite que se obró bien con negligencia grave o fraude. Dicho lo que antecede la operacion referida y datada el 7 de agosto de 2022, se enmarcan en un conjunto de actuaciones que salieron incluso en medios de comunicación, donde se evidenció que de forma generalizada se remitían esta clase de mensajes SMS y donde los clientes de la meritada entidad hoy demandada eran objeto de fraude por un tercero o terceros. Así las cosas conviene poner de relieve que la hoy actora recibió el primer mensaje de texto a las 15:27 del 7 de agosto de 2022, tras ese mensaje y recibiendo una llamada de teléfono, y teniendo dudas acerca de la situación, procede a llamar en repetidas ocasiones al servicio de atención al público de la demandada, sin obtener respuesta por parte de ésta. Tras esa llamada se recibe una nueva llamada por la hoy demandante y se le da un código de los suministrados en ese momento, más no se da ninguna clave personal de las facilitadas en banca a distancia, empleándose una apariencia por los terceros de actuar como la propia entidad bancaria. Tras facilitar dicho código se produce inmediatamente la transferencia por importe de 2.000 euros y no autorizada por la actora. Tras comprobar dicha transferencia se vuelve a poner en contacto con el servicio de atención al público de la hoy demandada con carácter inmediato, acudiendoa posteriori a la Policía para presentar la correspondiente denuncia.

Dicho lo que antecede y en cuanto a las obligaciones que competen al usuario de estos servicios de pago en relación a los instrumentos de pago vienen contempladas en el actual artículo 41 del Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre (EDL 2018/127163), de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera:
"*El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago:*
a) utilizará el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y utilización del

instrumento de pago que deberán ser objetivas, no discriminatorias y proporcionadas y, en particular, en cuanto reciba un instrumento de pago, tomará todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas;
b) en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada, lo notificará al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe, sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello".

Debe, por tanto, en supuestos como el de litis, donde se produjo esa actuación fraudulente debe notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago, que es lo que aquí consta que se ha hecho, mediante reclamaciones a la entidad bancaria y después comparecencia ante la policía a efectuar la correspondiente denuncia, presentando más tarde ante la entidad bancaria reclamación del saldo dispuesto indebidamente.

Cabe de nuevo hacer mención a la Sentencia antes en parte transcrita de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 411/2019 de 25 de julio, cuando con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de febrero de 2009 se refiere a que " *En el mismo sentido, esta Sala en su sentencia 111/07 de 30 de marzo dijo que "la doctrina ha venido recogiendo con carácter general, el criterio de establecer como de cargo de la Entidad emisora de la tarjeta, la prueba de la culpa grave del usuario o titular, así se recoge por la SAP de Asturias de 15 de febrero de 2005 , a la que expresamente se refiere la SAP de Madrid de 25 de abril de 2006: "La Recomendación 87/598 de 8 de diciembre de 1987 de la Unión Europea sobre el Código de buena conducta en materia de pago electrónico y la 97/489 de 30 de julio de 1997 que la revisa y actualiza, contemplan la responsabilidad del titular de la tarjeta durante el tiempo que media entre su pérdida o sustracción ilegítima hasta la notificación de este hecho al emisor en solo 150 euros, excepto cuando haya actuado de forma fraudulenta o negligentemente grave, (en cuyo caso no se aplicará dicho límite), en el cumplimiento de sus obligaciones de uso y cuidado adecuados del instrumento electrónico, mantenimiento del secreto sobre su PIN o demora en la notificación al emisor de la pérdida, sustracción o falsificación del instrumento electrónico (artículo 8.3 de la primera y 6 de la segunda). El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, a partir de 1991, comienza a informar como no ajustado a las buenas prácticas bancarias no aplicar al titular de la tarjeta el límite de responsabilidad referido*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(informes relativos a las reclamaciones NUM000, NUM001 y NUM002) y así es que, desde entonces, ha venido incorporándose a los contratos bancarios de tarjeta. La razón, al decir de la doctrina, descansa sobre estas premisas: el sistema para funcionamiento de las tarjetas lo dispone el emisor o un tercero con el que el emisor contrata su uso en beneficio propio y el sistema operativo de las tarjetas electrónicas no es completamente seguro; en el estado actual no se puede garantizar una seguridad absoluta y quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es el emisor que ha puesto en marcha el sistema y de ahí su responsabilidad por circunstancias relativas al funcionamiento del sistema cuyos riesgos y limitaciones él conoce y que no deben ser imputados al usuario, y, de ahí, también que sea de su cargo la prueba de la mala fe o negligencia grave del usuario o titular de la tarjeta. Nuestros Tribunales han recogido este criterio de establecer como de cargo del emisor la prueba de la culpa grave del usuario o titular (en este sentido, sentencias de las Audiencias Provinciales de Toledo, de 1 de julio de 1999 , o Madrid, de 6 de octubre de 2004). De otro lado, también se ha entendido que esa diligencia exigible es aquella que contempla el artículo 1.104 del Código civil (sentencias de las Audiencias Provinciales de Baleares de 25 de junio de 1999; Salamanca de 1 de junio de 2004; y Castellón de 5 de noviembre de 2004)". Igualmente señala la referida SAP de Madrid de 25.4.06 que además en esta materia cabe citar la Recomendación de la Comisión 590/1988, de 17 noviembre, sobre " sistema de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas " que recomienda a los suministradores de tarjetas la acomodación de su actividad a las disposiciones que contiene. El párrafo 8.2 de su anexo establece, para el caso de sustracción o pérdida, un sistema de responsabilidad objetiva del titular pero limitado en la cuantía hasta que notifique la desaparición, salvo que concurra negligencia por su parte. El titular de la tarjeta no asume el riesgo en casos de pérdida sustracción o extravío, y la propia legislación, tanto a nivel europeo, como nacional, contempla la exención de su responsabilidad, salvo en la cuantía de 150 euros, siempre y cuando cumpla unos mínimos deberes de diligencia" .

La conclusión que obtiene la referida Sentencia, es la de la responsabilidad de la entidad bancaria frente a su cliente, citando por último *la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2011* , cuando se refiere a que *"dado que, no puede olvidarse que el sistema de pago y reintegro mediante la utilización de un sistema electrónico*

PRINCIPADO DE ASTURIAS

como es de las tarjetas de crédito y débito entraña un riesgo (utilización de microcámaras y reproductores de tarjetas instalados en los cajeros), y la experiencia diaria confirma como son utilizadas fraudulentamente tarjetas que han sido sustraídas o extraviadas, sin que pueda garantizarse una seguridad absoluta en la utilización de tales instrumentos, doctrina que trae como consecuencia que corresponda a la entidad financiera la carga de acreditar que el sistema utilizado es completamente seguro e infalible y que el acceso a sus servicios sólo puede verificarse con el marcado de un número PIN, número que es en sí mismo indescifrable, o dicho de otro modo, que la única forma que tiene el tercero de acceder a tales servicios es visionando previamente el PIN en cualquier forma, y, tal circunstancia no ha sido probada, como tampoco lo ha sido que la posibilidad de conocimiento del número secreto por parte de terceros no autorizados por causas ajenas a la voluntad del titular de la tarjeta es un hecho insólito o extraordinario ni ajeno a la propia dinámica de funcionamiento del sistema; Por tanto, a la entidad bancaria le corresponde asumir los riesgos que conlleva la tarjeta en sí porque ella se lleva los beneficios: comisiones de uso, mantenimiento, recargos, intereses."

No obstante lo anterior, conviene llamar la atención acerca del hecho de que la LSP establece un sistema de responsabilidad cuasi objetiva de la entidad proveedora del servicio de pago. Así, en caso de ejecutarse una operación de pago no autorizada como acontece en el supuesto de litis, el artículo 45 LSP señala que, *"el proveedor de servicios de pago del ordenante devolverá a éste el importe de la operación no autorizada de inmediato y, en cualquier caso, a más tardar al final del día hábil siguiente a aquel en el que haya observado o se le haya notificado la operación, ..."*

Este sistema de responsabilidad civil tan solo cesa cuando, conforme a lo establecido en el artículo 46, el ordenante ha actuado de manera fraudulenta o ha *"incumplido, deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que establece el artículo 41. ..."*, precepto este que impone al usuario la obligación de utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen la emisión y de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas, y en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida, notificarlos al proveedor de servicios de pago sin demora. Dicho precepto puntualiza que *"el ordenante quedará exento de toda responsabilidad en caso de*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

sustracción, extravío o apropiación indebida de un instrumento de pago cuando las operaciones se hayan efectuado de forma no presencial utilizando únicamente los datos de pago impresos en el propio instrumento, siempre que no se haya producido fraude o negligencia grave por su parte en el cumplimiento de sus obligaciones de custodia del instrumento de pago y las credenciales de seguridad y haya notificado dicha circunstancia sin demora." Ahora bien, dicha norma, en el apartado 2 previene que, *"Si el proveedor de servicios de pago del ordenante no exige autenticación reforzada de cliente, el ordenante solo soportará las posibles consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta. En el supuesto de que el beneficiario o el proveedor de servicios de pago del beneficiario no acepten la autenticación reforzada del cliente, deberán reembolsar el importe del perjuicio financiero causado al proveedor de servicios de pago del ordenante."*

De lo anterior resulta que, tratándose de operaciones no autorizadas como es el caso, salvo actuación fraudulenta, incumplimiento deliberado o negligencia grave del ordenante, la responsabilidad será del proveedor del servicio de pago, lo que supone que a él le corresponde la carga de la prueba de que la orden de pago " *no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago"*

Al hilo de lo anterior y como refirió en su momento la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de noviembre de 2022 "Esta conclusión responde a la lógica aplastante de que, si ha sido la banca la que principalmente se ha beneficiado de las nuevas tecnologías, abaratando costes con el sistema de convertir a los clientes en una especie de empleados suyos sin sueldo, lo que le permite cerrar sucursales y despedir empleados, justo será que se haga cargo de ese margen de riesgo que ha introducido el uso de las nuevas tecnologías y que antes, cuando las operaciones se hacían presencialmente, era inexistente.
Y queremos destacar que, para quedar exento de responsabilidad, el Banco deberá acreditar no sólo que la orden de pago " *no se vio afectada por un fallo técnico",* que es en lo que se centra el recurrente, sino tampoco por *"otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago."* Esto quiere decir que el banco debe actuar con la diligencia exigible, que no es sólo la reglamentariamente prevista sino la adecuada a las circunstancias de personas, lugar y tiempo. Entre estas, cobran especial relevancia datos tales como, el perfil del

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

cliente, los movimientos inusuales, los importes dispuestos, la hora en que se hace la operación, etc.

Claro está, el proveedor de servicios de pago podrá quedar exento de responsabilidad si prueba que el suceso se produjo por la actuación dolosa o gravemente negligente del ordenante. Pero incluso en estos casos la responsabilidad del cliente queda devaluada cuando el banco no exige la autenticación reforzada del cliente. Debe tenerse en cuenta que estos mecanismos de pago, tanto por medio de tarjetas, como a través de la banca a distancia o digital, no solo los articula la entidad financiera a través de las correspondientes aplicaciones y software, sino que potencia su utilización por sus clientes y usuarios bancarios, por lo que tiene -y debe- implementar todas las medidas de seguridad necesaria para evitar fraudes, incluida la suplantación de identidad; y, si el fraude es externo, es decir, a través de estafas informáticas (o " phishing"), lo único que puede exigirse al usuario es que el dispositivo que utilice para la realización de este tipo de operaciones tenga un mantenimiento de seguridad que, en principio, pudiera evitarlo, exigencia que, en el supuesto que examinamos, ha verificado el demandante quien goza -no debe olvidarse- de la condición de "consumidor" y, en consecuencia, de una protección reforzada.

En definitiva, considero que la actuación de la entidad bancaria no fue todo lo diligente que debía, máxime si como se ha advertido, la actuación similar a la descrita en la demanda fue generalizada en su momento, con múltiples estafas a través de idéntico sistema, sin que la entidad hoy demandada haya procedido a una implementación de los mecanismos de protección que eviten situaciones como la descrita y es objeto de litis.

TERCERO.- De conformidad con el principio objetivo del vencimiento que rige en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, - artículo 394.1-, procede imponer las costas a la demandada al ser rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

Debo estimar como estimo la demanda presentada por doña [redacted] frente a la entidad UNICAJA BANCO S.A.doña y se condena a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 2.000 euros, cantidad que se

PRINCIPADO DE ASTURIAS

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

incrementará con el interés legal desde la fecha de 9 de agosto de 2022.

Se declara la expresa imposición de costas a la demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma es firme y no podrá interponerse recurso de apelación.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PRINCIPADO DE ASTURIAS