

Audiencia Provincial

AP de Madrid (Sección 20ª) Sentencia num. 249/2022 de 1 julio

JUR\2022\302591



CONTRATOS MERCANTILES. BANCA: Obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago.

ECLI:ECLI:ES:APM:2022:10054

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 75/2022

Ponente:Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 7 - 28035

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0248348

Recurso de Apelación 75/2022

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 29/2020

APELANTE: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. JULIO CABELLOS ALBERTOS

APELADO: D./Dña. Apolonia

PROCURADOR D./Dña. PEDRO PEREZ MEDINA

SENTENCIA 249/2022

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

D. RAMÓN FERNANDO RODRÍGUEZ JACKSON

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

En Madrid, a uno de julio de dos mil veintidós.

La Sección Vigésima de 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 29/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid a instancia de CAIXABANK S.A. apelante - demandada, representada por el Procurador D. JULIO CABELLOS ALBERTOS contra Dña. Apolonia apelada - demandante, representada por el Procurador D. PEDRO PEREZ MEDINA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13/09/2021.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Por Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 13/09/2021, cuyo fallo es el tenor siguiente:

"ESTIMO la demanda instada por Dª Apolonia, representada por el Procurador don Pedro Pérez Medina frente a CAIXABANK SA, representada por el Procurador don Julio Cabellos Albertos y CONDENO a dicha demandada a abonar a la actora en concepto de principal la cantidad de NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (9.246,36€). Tal suma devengará el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación judicial y, desde la fecha de esta resolución, el previsto en el [art. 576](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) . Todo ello con imposición a la demandada de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.-

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, exponiendo las alegaciones en que basa su impugnación. Admitido el recurso en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la apelada, que presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.-

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los de la resolución apelada debiendo sustituirse por los de la presente en aquello que sea necesario.

PRIMERO.-

En la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones, la demandante ejercita una acción en reclamación de 9.246,36 €, por el incumplimiento contractual y malas prácticas y usos bancarios que atribuye a la entidad bancaria demandada CAIXABANK S.A., como consecuencia de haberse realizado diferentes operaciones en la cuenta corriente de la que es titular la demandante, sin su consentimiento y fruto de una estafa y apropiación de fondos, realizadas, nueve el día 24 de abril y una el 26 también de abril de 2018, a través del servicio de Línea abierta (banca on line) mediante transferencia de envío móvil y traspaso a una tercera cuenta de la que se desconoce su titular.

Sustenta dichas pretensiones resumidamente, en que en fecha 22 de mayo de 2017 fue víctima en un establecimiento público, de la sustracción de su mochila con todas sus pertenencias, entre las que se encontraba la tarjeta de residencia, tres libretas y tres tarjetas bancarias de otras tantas entidades, unas de ellas de la aquí demandada, hecho que fue denunciado ante la Policía el mismo día, realizando con posterioridad las correspondientes gestiones relativas a la documentación bancaria y habiendo transcurrido, lo que entiende un tiempo prudencial, acudió a realizar una consulta rutinaria de sus movimiento bancarios el 25 de abril de 2018, comprando cómo en las tres cuentas corrientes referidas se habían realizado operaciones por un montante aproximado de 100.000 €; en concreto y en lo que afecta a este procedimiento, se le sustrajeron 18.246,36 € de la cuenta corriente abierta en CAIXABANK, de los que ésta le reintegró 9.000 €, negándose a devolverle el resto, no obstante haber apreciado el Banco de España, con motivo de la reclamación formulada por su parte, que la actuación de la entidad aquí demandada fue contraria a la buenas prácticas bancarias y usos financieros, en la medida en que no ha aportado documentación acreditativa del consentimiento de la titular de la cuenta en las operaciones cuestionadas y no ha procedido a devolver el importe de los cargos no reconocidos.

La entidad demandada se opuso a dichas pretensiones. Además de atribuir un comportamiento negligente de la demandante en los hechos que motivaron la sustracción de la mochila, casi un año antes de las disposiciones en la cuenta corriente, niega exista nexo causal directo entre uno y otro suceso, en cuanto cometido el supuesto delito en 2018 a través de banca online, lo determinante para materializarlo no es el robo de la mochila, sino la utilización de las claves de acceso personales, las cuales fueron sustituidas cuando, comunicada la sustracción el 24 de mayo de 2017, se le tramitó el cambio de la tarjeta de credenciales, con nuevas claves de acceso en la nueva tarjeta de coordenadas, lo que pone de manifiesto que tuvo que haber una segunda sustracción, o al menos un nuevo descuido por parte de la actora, que permitiera a los supuestos defraudadores hacerse con las claves de acceso que le habían sido renovadas y éste hecho en ningún momento se le comunicó por la demandante, ni fue objeto de denuncia, lo que entiende constituye una negligencia por parte de la demandada, que hace inviable su reclamación. Niega por otro lado, que el hecho de haber devuelto el importe de 9.000 € a la

cuenta de la demandada suponga asunción de responsabilidad alguna, en cuanto se trata de una operación que fue posible retrotraer en cuanto manifestando el cliente no estar conforme con dicha operación, la entidad receptora de dicho importe estuvo conforme con la devolución. Así mismo sostiene que no puede considerársele responsable con base en el informe del Banco de España, en cuanto no se le atribuye falta de diligencia, así como tampoco no haber adoptado medidas de seguridad.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Partiendo de las obligaciones que tanto para el usuario como para el proveedor de los servicios de pago establece la Ley 16/2009, aplicable al caso por razones cronológicas, y analizada la documentación aportada al procedimiento por la demandante, aprecia en la demandada no solo una mala praxis bancaria, sino un incumplimiento de las obligaciones asumidas frente al cliente, por lo que debe abonarle la cantidad reclamada.

Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación la entidad demandada. Alega como motivos de impugnación:

- 1.- Existencia de negligencia o falta de diligencia debida y deber de custodia, por parte de la actora.
- 2.- Error en la valoración de la prueba e inexistencia de responsabilidad por su parte.
- 3.- Improcedencia de la responsabilidad civil y carga de la prueba.

El demandante se opuso al recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.-

La discrepancia que mantienen las partes, se centra en determinar cuál de ellas incurrió en un comportamiento negligente en el cumplimiento de las obligaciones que para cada una de ellas se deriva de la prestación y uso de los servicios de pago derivada del contrato de cuenta corriente concertado entre ellas y no discutiéndose que, para el análisis del cumplimiento que cada una de las partes ha hecho de las obligaciones que les corresponde, la ley aplicable al caso por razones cronológicas es la Ley 16/2009 a la que se remite la sentencia de primera instancia, la resolución de la presente controversia, junto a la interpretación de dicha normativa, debe efectuarse teniendo en cuenta también las reglas y principios básicos establecidos en el [cc \(LEG 1889, 27\)](#) , respecto de las obligaciones y contratos y todo ello, teniendo en cuenta y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho enjuiciado.

Dentro de estas circunstancias aquí concurrentes, entendemos de relevancia analizar en primer lugar, la incidencia o relación que cabe establecer entre el hecho del que parte la demandante y del que hace derivar la responsabilidad de la

demandada, que es la realización de 13 operaciones bancarias el día 24 de abril de 2018 y la sustracción de la que fue objeto la Sra. Apolonia el 27 de abril de 2017, entre otros objetos, de la tarjeta y libreta bancaria de las que era titular y mediante las que realizaba las operaciones propias en la cuenta corriente abierta en la entidad CAIXABANK.

De las manifestaciones y documentación aportada por la demandante, no cabe establecer una relación causal directa y precisa entre ambos acontecimientos y ello con base en lo siguiente: En la denuncia efectuada con motivo de la sustracción de las tarjetas, libretas y NIE en mayo de 2017, nada se indica respecto de que en la documentación sustraída estuviera reflejada, se pudieran haber apropiado o pudieran haber tenido conocimiento los ladrones, de las claves de acceso necesarias para realizar operaciones a través del servicio on line. Por otro lado, como señala la propia demandante, tras efectuar la denuncia, realizó las correspondientes gestiones bancarias referidas a su documentación personal y bancaria, lo que como sostiene la demandada, consistieron en la anulación de la tarjeta de coordenadas sustraída, sustitución o cambio de la misma por una nueva, y con nuevas claves de acceso, lo que es imprescindible para operar a través del servicio de Línea abierta.

Desde la sustracción de la documentación y tarjetas, no se materializó ninguna operación fraudulenta; de manera que habiendo quedado anuladas las claves de la tarjeta sustraída el 22 de mayo de 2017 y no habiéndose producido ninguna disposición indebida de fondos hasta el día 24 de abril de 2018, las claves de acceso para realizar las 13 operaciones que se materializaron por los conceptos de Envío a móvil (5), Traspaso L. abierta (6) o P.Serv.Traf. ajena (1), necesariamente debieron haberse realizado utilizando las nuevas claves de coordenadas y nuevo PIN que se le facilitaron a la demandante tras la sustracción un año antes de la libreta y tarjeta; esas claves nuevas imposibilitaban acceder a la Línea Abierta, aunque el posible sustractor estuviera en posesión del NE, pues si para ello era imprescindible superar todos los filtros de seguridad (tarjeta de coordenadas, nº de teléfono y nº de PIN) el autor de la sustracción del año 2017, desconocía la tarjeta de coordenadas y nuevas claves de acceso facilitadas con posterioridad. No consta tampoco, ni siquiera se alega por la demandante, haber denunciado o puesto en conocimiento de la demandada la sustracción de la nueva tarjeta o que la obtención de estas nuevas claves se obtuvieran de manera ilícita, mediante engaño o de cualquier otro procedimiento fraudulento, luego como sostiene la demandada falta el necesario nexo causal entre uno y otro acontecimiento,

Descartada la relación entre la sustracción de documentación el 22 de mayo de 2017 y las operaciones realizadas el 24 y 26 de abril de 2018 a través del servicio de línea abierta o banca online, a la hora de atribuir la responsabilidad o asumir las consecuencias de ello, como sostiene la sentencia apelada, debe partirse de que es obligación del usuario ([art 27](#) de la [ley 16/2009 de 13 de noviembre \(RCL 2009, 2193y RCL 2010, 1119\)](#) de servicios de pago) utilizar el instrumento de pago conforme a las condiciones establecidas y adoptar las medidas razonables, a fin de

proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya previsto y en caso de extravío, sustracción o utilización indebida notificarlo sin demora al proveedor del servicio.

Es cierto que conforme establece la ley 26/2009, así como el [RDL 19/2018 de 23 de noviembre \(RCL 2018, 1579\)](#) que derogó dicha ley y normativa comunitaria como la [Directiva \(UE\) 2015/2366 \(LCEur 2015, 2231\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior o el [Reglamento Delegado \(UE\) 2018/389 \(LCEur 2018, 362\)](#) de la Comisión de 27 de noviembre de 2017 por el que se complementa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, las entidades bancarias, como restadoras del servicio, tienen la obligación de acreditar que el usuario del instrumento de pago ha actuado de manera negligente y que para que pueda atribuirse al usuario la responsabilidad en operaciones bancarias mediante estos sistemas de pago, dicho comportamiento negligente ha de ser de entidad suficientemente grave y que implique algo más que la mera negligencia, lo que supone haber adoptado una conducta caracterizada por un grado significativo de falta de diligencia, poniéndose como ejemplo de ello, el guardar las credenciales usadas para la autorización de una operación de pago junto al instrumento de pago, en un formato abierto y fácilmente detectable para terceros. En este sentido este tribunal en supuestos en los que la utilización ilícita de datos bancarios obtenidos mediante sistema fraudulentos, como el denominado phishing y otros, hemos apreciado responsabilidad en la entidad proveedora del servicio.

Ahora bien en el supuesto concreto aquí analizado, no consta acreditado, ni siquiera se alega, que se hubiera podido obtener las claves o datos de acceso mediante procedimientos de ese tipo, ni que la demandada hubiera denunciado o puesto en conocimiento de la demandada la sustracción o utilización de métodos ilícitos para conseguir las claves que permitieran realizar las operaciones banca on line, por lo que gestionada de manera satisfactoria, según admite la propia demandante, la situación derivada de la sustracción de que fue víctima la demandada en el mes de mayo de 2017, ninguna responsabilidad cabe atribuir a la demandada en las operaciones realizadas en el mes de abril de 2018, con base en la sustracción anterior, por lo que la obtención de las mismas únicamente pudo haberse debido al descuido o ausencia de adopción de las medidas que razonablemente le eran exigibles al usuario a fin de proteger debidamente los elementos de seguridad personalizados, máxime si previamente había sido objeto de sustracción de idénticos instrumentos de pago, a los que sustituyeron las tarjetas y claves nuevas, mediante los cuales se realizaron las operaciones no asumidas por su parte.

TERCERO.-

No pudiendo hacerse derivar la responsabilidad de la entidad demandada de la sustracción de la documentación de la que fue objeto la demandante, la misma tampoco se puede derivar, como sostiene la demandante, del hecho de que la

demandada reintegrara a la demandante la cantidad de 9.000 € que fueron objeto de una remisión de fondos desde la cuenta de la demandante el día 24 de abril, pues como se explica y analiza por la demandada, ello obedeció a una gestión en favor del cliente, en una operación en la que estando identificado el receptor de la transferencia, se le comunica la disconformidad del cliente y si el primero acepta se retrotrae la operación, pero sin que ello conlleve o suponga asumir responsabilidad alguna en la transferencia inicial y menos en las demás operaciones, respecto de las cuales, al desconocerse la identidad del destinatario, no es posible ni siquiera intentar la retroacción de los importe de transmitidos.

Tampoco se puede hacer derivar la responsabilidad de la entidad demandada, con base en las conclusiones que obtuvo el servicio correspondiente del Banco de España, al considerar que la actuación de la entidad demandada fue contraria a las buenas prácticas y usos financieros. Dichas conclusiones, como en dicho informe se indica, lo son sin perjuicio de la valoración y decisión que pudiera adoptarse en la vía jurisdiccional y de los derechos y obligaciones que en esta vía se pudieran reconocer o imponer a las partes. Por otro lado, dicha conclusión se obtiene por dos razones, que en nada afectan a la decisión aquí adoptada. Así, se considera una actuación contraria a las buenas prácticas bancarias, por no haber aportado la entidad bancaria documentación acreditativa del consentimiento de la titular de la cuenta a lo que entiende está obligado, pero para ello no se tiene en cuenta que en las operaciones aquí analizadas, la forma de prestar el cliente el consentimiento es facilitando los datos y claves de acceso personal que sólo conoce el cliente, o quien las tenga por habérselas facilitado voluntariamente éste o las haya obtenido por descuido o falta de diligencia o bien por sustracción o engaño, y en el caso presente, las claves se suministraron correctamente, luego existía el "consentimiento preciso" para materializarlas y no consta acreditado que el mismo se prestara viciadamente, en los términos y con el alcance a que se ha hecho referencia anteriormente, al no tratarse de las claves que pudieran haberse obtenido en la sustracción de la que fue víctima la demandante en el año 2017 y constar datos suficientes de los que se deduce que, en todo caso, en la utilización de las claves personales, tuvo incidencia directa e comportamiento negligente de la demandante, lo que le hace tener que soportar las consecuencias de las operaciones realizadas en la cuenta corriente de la que es titular en la entidad aquí demandada.

Por lo que se refiere a la obligación de devolver el importe correspondiente a los cargos no reconocidos, dicha obligación no puede analizarse aisladamente de las circunstancias concurrentes y de las razones por las que se oponga la entidad a dicha devolución y en el supuesto aquí analizado, además de que se realizaron gestiones para que el cliente recuperase las cantidades cuyo reintegro era factible, lo que pone de manifiesto que se gestionó correctamente esa retroacción, la negatoria a devolver el resto de las cantidades, se sustenta en causas y razones, que finalmente se considera justifican esa negativa, en cuanto existe una actuación negligente por parte de la demandante en la custodia de las claves de acceso, por lo

que no puede considerarse contraria a las buenas prácticas bancarias esa negativa.

CUARTO.-

Lo indicado conlleva que la demanda debe ser rechazada y como consecuencia de ello, se estima el recurso de apelación y se revoca la sentencia de primera instancia.

Al desestimarse la demanda se imponen las costas de primera instancia a la parte demandante, sin que proceda formular pronunciamiento de condena sobre las costas causadas en esta alzada al haberse estimado el recurso, todo ello con base en lo establecido en los [art. 394.1](#) y [398.1](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

Al estimarse el recurso se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "CAIXABANK, S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de los de Madrid de fecha 13 de septiembre de 2021, en los autos de Procedimiento Ordinario, seguido bajo el nº 29/2020, la cual SE REVOCA EN EL SIGUIENTE SENTIDO

SE DESESTIMA LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE DOÑA Apolonia CONTRA "CAIXABANK S.A." A LA QUE SE ABSUELVE DE LOS PEDIMENTOS FORMULADOS EN SU CONTRA.

SE IMPONEN LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA A LA PARTE DEMANDANTE.

Todo ello sin imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, como consecuencia del recurso interpuesto y con devolución del depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en relación con la Disposición Final 16º de la misma Ley, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 euros, previene la [Disposición Adicional Decimoquinta](#) de la L.O.P.J., establecida por la [Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre \(RCL 2009, 2089\)](#), sin cuyo requisito el recurso de que se trate no será admitido a trámite, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos

deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz nº 43 de Madrid.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el [Reglamento \(UE\) 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#) , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.