



Roj: **SAP C 196/2023 - ECLI:ES:APC:2023:196**

Id Cendoj: **15030370032023100025**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **25/01/2023**

Nº de Recurso: **757/2022**

Nº de Resolución: **17/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00017/2023

Modelo: N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Teléfono: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

Correo electrónico: seccion3.ap.coruna@xustiza.gal

Equipo/usuario: IS

N.I.G. 15036 42 1 2022 0001651

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000757 /2022

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 5 de FERROL

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000268 /2022

Recurrente: D. Carmelo

Procurador: D. JUAN FERNANDO GARMENDIA DIAZ

Abogado: D. ANTONIO PARGA ÁLVAREZ

Recurrido: ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.

Procurador: D. RAFAEL RODRÍGUEZ RAMOS

Abogado: D. LINO RODRÍGUEZ-QUINTANA SANDEZ

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María-Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Don Rafael-Jesús Fernández-Porto García

Don César González Castro

En A Coruña, a 25 de enero de 2023.



Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 757-2022** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2022 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del **Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol**, en los autos de **procedimiento ordinario** registrado bajo el número 268-2022, siendo parte:

Como **apelante**, el demandante **DON Carmelo**, mayor de edad, vecino de Fene (A Coruña), con domicilio en AVENIDA000, NUM000, provisto del documento nacional de identidad número NUM001, representado por el procurador de los tribunales don Juan-Fernando Garmendia Díaz, y dirigido por el abogado don Antonio Parga Álvarez.

Como **apelado**, el demandado "**ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A.**", con domicilio social en Betanzos (A Coruña), CALLE000, NUM002, con número de identificación fiscal NUM003, representado por el procurador de los tribunales don Rafael Rodríguez Ramos, bajo la dirección del abogado don Lino Rodríguez-Quintana Sandez.

Versa la apelación sobre reclamación de reintegro de transferencias realizadas por terceros al haber facilitado sus datos de banca electrónica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Sentencia de primera instancia.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 17 de octubre de 2022, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO: Se desestima íntegramente la demanda formulada por el procurador Sr. Garmendia Díaz, en representación de D. Carmelo, contra la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", representada por el procurador Sr. Rodríguez Ramos, absolviendo a la demandada de todas las peticiones deducidas contra ella, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora.**

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados a partir del siguiente a su notificación.

Por exigirlo así la disposición adicional decimoquinta de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la interposición del recurso contra esta resolución exige la constitución del depósito de 50 euros mediante ingreso en efectivo, en cualquier sucursal de Banco Santander, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, expediente NUM004. El depósito de la expresada suma deberá ser acreditado al interponer el recurso, a cuyo escrito se adjuntará copia del resguardo o de la orden de ingreso, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido en el procedimiento el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo».

SEGUNDO.- Recurso de apelación.- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por don Carmelo, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por "Abanca Corporación Bancaria, S.A." escrito de oposición al recurso.

Se constituyó por la parte apelante un depósito de 50 euros conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 14 de diciembre de 2022, previo emplazamiento de las partes para que se personasen ante este tribunal.

TERCERO.- Admisión del recurso.- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 20 de diciembre de 2022, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 21 de diciembre de 2022, registrándose con el número 757-2022. Finalizado el término del emplazamiento, por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal, designando ponente, y dando cuenta a la Ilma. Sra. presidenta de la Sección de la Llegada del recurso.

CUARTO.- Personamientos.- Dentro del término del emplazamiento se personó ante esta Audiencia Provincial el procurador de los tribunales don Juan-Fernando Garmendia Díaz en nombre y representación de don Carmelo, en calidad de apelante y para sostener el recurso; así como el procurador de los tribunales don Rafael Rodríguez Ramos, en nombre y representación de "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", en calidad de apelado.

QUINTO.- Señalamiento.- Por providencia se señaló para votación y fallo el día de ayer, en que tuvo lugar.

SEXTO.- Ponencia.- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, quien expresa el parecer del tribunal.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones.

SEGUNDO.- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1.º) Don Carmelo es titular de la cuenta bancaria número NUM005, abierta en la entidad "Abanca Corporación Bancaria, S.A.". Para sus operaciones por "banca electrónica" facilitó el teléfono NUM006, cuya línea está dada de alta a nombre de su cónyuge.

2.º) El 23 de agosto de 2021 don Carmelo recibió en su teléfono móvil un SMS, aparentemente remitido por "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", con el siguiente texto:

Carmelo Un dispositivo no autorizado está conectado a su cuenta online. Si no reconoce este acceso, verifique inmediatamente: <https://s.id/EJKaN>

Don Carmelo pulsó en el enlace, abriéndose un navegador y desplegando una página web que simulaba ser de la correspondiente a www.abanca.com, donde siguió las instrucciones que aparecían, introdujo su número de documento nacional de identidad (usuario) y su contraseña o pin de acceso a "banca electrónica". Al rato don Carmelo recibió en su teléfono el siguiente SMS remitido por "Abanca Corporación Bancaria, S.A."

ABANCA 2021-08-23 19:09:31. "TRANSFERENCIA de 9.132,00 EUR a cuenta xxx3403. Para confirmar, teclea la clave 560626. Si no eres tú llama al NUM007 desde el extranjero +34981910525 .

Al mismo tiempo recibió una llamada telefónica, aparentemente procedente de "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", donde un varón que se identificó como empleado de la entidad bancaria le solicitó que le dijese los códigos de confirmación que le estaban llegando a su móvil vía SMS. Don Carmelo leyó esos códigos a su interlocutor, momento en que este cortó bruscamente la conversación.

Don Carmelo se malició, por lo que llamó al servicio de atención al cliente del banco, donde se le informó que acababa de autorizar una transferencia inmediata de 9.132 euros.

3.º) El 24 de agosto de 2021 don Carmelo acudió a la sucursal bancaria, siendo informado de la realización de la transferencia a Lituania, y que tenía un cargo de un euro por haberla ordenado en la modalidad inmediata. "Abanca Corporación Bancaria, S.A." solicitó al banco destinatario la retroacción de la transferencia por haberse realizado fraudulentamente, pero obtuvo como respuesta que la cuenta de destino carecía de fondos para el retorno.

Posteriormente don Carmelo formuló denuncia ante la Guardia Civil. Tras las correspondientes pesquisas se identificó a la beneficiaria de la transferencia, una mujer de Lleida. El Juzgado de Instrucción número 1 de Ferrol incoó las diligencias previas 981/2021. El denunciante renunció al ejercicio de la acción penal, con reserva de la civil.

4.º) El 10 de marzo de 2022 don Carmelo formuló demanda en procedimiento ordinario por razón de la cuantía contra "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", ejercitando una acción de responsabilidad contractual e incumplimiento de la legislación sobre servicios de pago, y que él no actuó con negligencia grave; para terminar solicitando la condena de la demandada a abonarle 9.133 euros.

5.º) La demandada se opuso alegando que la transferencia se había realizado porque el demandante engañado había facilitado su usuario y contraseña al defraudador, y después también informó de la clave de autenticación reforzada. Esa entrega voluntaria de las claves de acceso y confirmación constituía una negligencia del usuario, por lo que la entidad bancaria no era responsable.

6.º) Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia desestimando la demanda. Contra dicho pronunciamiento se interpone por don Carmelo recurso de apelación ante esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- *La negligencia grave* .- En lo que vendría a ser el único motivo del recurso de apelación se argumenta que don Carmelo fue víctima del *phishing*, que el SMS parecía ser de "Abanca Corporación Bancaria, S.A.", que el enlace web conducía a una página de apariencia similar a la de la entidad bancaria, que su interlocutor parecía ser del banco, que este no adoptó ninguna medida para impedir el engaño, que realizó la transferencia de inmediato en lugar de bloquearla, por lo que no incurrió en negligencia grave.

El motivo no puede ser estimado.

1.º) El artículo 41 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, establece que el usuario de los medios de pago tiene la obligación de adoptar



«todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas». Y, a tenor del artículo 46, «El ordenante soportará todas las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas si el ordenante ha incurrido en tales pérdidas por haber actuado de manera fraudulenta o por haber incumplido, deliberadamente o por negligencia grave, una o varias de las obligaciones que establece el artículo 41».

2.º) Es incuestionable que don Carmelo fue víctima de un ardid o engaño, mediante el cual consiguieron que facilitara voluntariamente su identificación de usuario y clave de acceso a banca electrónica, y posteriormente suministrase el código de verificación remitido vía SMS cuando le estaban informando que tenía que autorizar la transferencia que solicitaba.

Todo el planteamiento de la demanda, y ahora del recurso, se fundamenta en la aplicación del artículo 46 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, que regula la «responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas», en el cual se exonera a la entidad pagadora si don Carmelo incurrió en negligencia grave. Como se dijo, la primera obligación del usuario es adoptar «todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas». Y la más elemental es no facilitar esos datos a terceros. Suministrar de forma reiterada e imprudente esos datos es una negligencia grave, contra la que nada puede hacer la entidad bancaria. Si toda medida de seguridad, incluso reforzada, es vulnerada por el propio cliente, nada puede hacerse [*nemo propiam turpitudinem allegare potest* (Nadie puede alegar su propia torpeza)].

Negligencia grave que se agrava cuando, recibiendo un mensaje donde "Abanca Corporación Bancaria, S.A." -esta vez sí- le notifica que se está pidiendo autorización para una transferencia de 9.132 euros, en lugar de leer el SMS con un mínimo detenimiento para así percatarse del engaño, procede a trasladar el código de verificación a su interlocutor. No es una negligencia, son tres. Y si la primera aún pudiera ser más o menos comprensible (pinchar en un enlace), la segunda ya es grave (facilitar usuario y contraseña), y la tercera es totalmente temeraria (informar de la confirmación).

Medidas de protección especiales, como la solicitud de confirmación telefónica por llamada del banco al cliente, solo pueden aplicarse a traspasos a partir de un determinado importe, pero no para cuantías pequeñas pues supondría la paralización del sistema, hasta convertirlo en inútil para el comercio ordinario *on line*. Ni tampoco es una opción limitar el tipo de operaciones en la banca electrónica (por ejemplo, que solo pueda consultar saldos y movimientos, pero no realizar pagos y transferencias), ni excluir a usuarios. Debe tenerse en cuenta que este sistema es una imposición del legislador europeo (Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior) para facilitar precisamente el comercio interior dentro de la Unión Europea. Todo sistema tiene sus riesgos, como también existen billetes falsos.

CUARTO.- Costas .- Por todo lo anterior, la sentencia apelada debe ser confirmada, lo que conlleva la preceptiva imposición de las costas devengadas por el recurso a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO.- Depósito del recurso .- Conforme a lo dispuesto en el ordinal noveno, de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

FALLO:

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña ha decidido:

1.º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto en nombre del demandante **don Carmelo** , contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2022 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 268-2022, y en el que es demandado "**Abanca Corporación Bancaria, S.A.**".

2.º) Confirmar la sentencia apelada.

3.º) Imponer al apelante don Carmelo las costas devengadas por su recurso de apelación.

4.º) Acordar la pérdida del depósito constituido para apelar. Procédase por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de instancia a transferir el depósito constituido para recurrir, conforme a lo previsto en el apartado 10 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.º) Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000



euros, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación. Es preceptivo que el recurrente comparezca representado por procurador de los tribunales y defendido por abogado en ejercicio.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se tenga por hecha la notificación.

Conforme a la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, carece de función relevante la solicitud y aportación de certificación de esta resolución para interponer recursos ante dicho Tribunal [SSTS 490/2021, de 6 de julio (Roj: STS 2707/2021, recurso 5591/2018); y 167/2020, de 11 de marzo (Roj: STS 735/2020, recurso 4479/2017) de Pleno, así como los autos que en esta se citan].

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0757 22 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0757 22 para el recurso extraordinario por infracción procesal.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [STC 244/2005, de 10 de octubre; 79/2004, de 5 de mayo; 5/2001, de 15 de enero]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

6.º) Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Ferrol.

Así se acuerda y firma.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael-Jesús Fernández-Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-