



Roj: **SAP O 1967/2024 - ECLI:ES:APO:2024:1967**

Id Cendoj: **33044370062024100289**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **28/05/2024**

Nº de Recurso: **103/2024**

Nº de Resolución: **289/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

SENTENCIA: 00289/2024

Modelo: N30090

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

Teléfono:985968754 **Fax:**985968757

Correo electrónico:

N.I.G.33044 42 1 2023 0000659

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000103 /2024

Juzgado de procedencia:JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.8 de OVIEDO

Procedimiento de origen:JVB JUICIO VERBAL 0000125 /2023

Recurrente: UNICAJA BANCO, S.A.

Procurador: YOLANDA RODRIGUEZ DIAZ

Abogado: RAÚL QUIRÓS HERNÁNDEZ

Recurrido: Helena , Geraldine

Procurador: VÍCTOR ÁLVAREZ GARCÍA, VÍCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

Abogado: JESUS LOPEZ FERNANDEZ, JESUS LOPEZ FERNANDEZ

RECURSO DE APELACION (LECN) 103 /24

SENTENCIA

En OVIEDO, a veintiocho de Mayo dos mil veinticuatro.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado Don Jaime Rianza García, Presidente de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincialactuando como órgano jurisdiccional unipersonal en el Rollo de apelación núm. 103/24, dimanante de los autos de juicio civil verbal, que con el número 125/23 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Oviedo, siendo apelante la entidad bancaria **UNICAJA BANCO, S.A.**,demandada en



primera instancia, representada por la Procuradora Sra. Yolanda García y asistida por el Letrado Sr. Raúl Quirós Hernández y como partes apeladas Doña Helena y Dña. Geraldine, demandantes en primera instancia, representadas por el Procurador Sr. Víctor Álvarez García y asistidas por el Letrado Sr. Jesús López Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 12-12-23, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" Que estimando íntegramente la demanda formulada por Dña. Geraldine y Dña. Helena contra UNICAJA BANCO S.A., debo condenar y condeno a UNICAJA BANCO S.A., a que haga pago a las demandantes de la suma de 4.690 €, más los intereses legales desde la fecha de la presente reclamación judicial, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.-Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo y remitidos los autos a esta Sección, se tramita la alzada quedando vistos para sentencia.

TERCERO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 36, 43, 44 y 45 del R.D. Ley 19/1918 razonando en síntesis que la demandante había sido víctima de engaño cuando el 10 de junio de 2022 recibió un mensaje, supuestamente emitido por la demandada, advirtiéndole de que se había detectado un acceso inusual a su cuenta on line por lo que era necesario que verificase sus datos; al seguir las instrucciones impartidas a este respecto fue redirigida a una "página espejo" desde la que pocos minutos después se ordenaron dos transferencias por importe global de 4.690 €. que no ha sido recuperado.

Con base a esos hechos consideró que la responsabilidad por la orden de pago no consentida por el titular recaía en el Banco por no haber probado que su cliente fuera cómplice del fraude o se hubiera conducido con negligencia grave.

Interpone recurso el Banco invocando error en la valoración de la prueba sobre el supuesto fallo del sistema de seguridad del Banco y su estricto cumplimiento de los protocolos de seguridad concertados con el demandante, frente a la, a su juicio, inaceptable negligencia del cliente, pues fue este quien a la postre proporcionó al defraudador tanto sus claves habituales de seguridad como la OTP (One Time Password) o contraseña de un solo uso que confirmó la operación.

SEGUNDO.-Ciertamente el R.D. Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera dedica el artículo 44 y ss. a regular la carga de la prueba sobre la autenticación y ejecución de las operaciones de pago, atribuyendo al proveedor del servicio la demostración de que la operación fue debidamente autorizada por el usuario y ejecutada en sus mismos términos, siendo de especial interés su apartado tercero porque viene a trasladar al proveedor del servicio la responsabilidad por la ejecución de operaciones no autorizadas salvo prueba de que el usuario del servicio cometió fraude o negligencia grave.

Lo confirma el artículo 45 cuando señala que, 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.



Y lo remacha el artículo 46, según el cual el ordenante podrá quedar obligado a soportar, hasta un máximo de 50 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado, sustraído o apropiado indebidamente por un tercero, salvo que:

- a) al ordenante no le resultara posible detectar la pérdida, la sustracción o la apropiación indebida de un instrumento de pago antes de un pago, salvo cuando el propio ordenante haya actuado fraudulentamente, o
- b) la pérdida se debiera a la acción o inacción de empleados o de cualquier agente, sucursal o entidad de un proveedor de servicios de pago al que se hayan externalizado actividades.

El criterio mayoritario de las Audiencias recopilado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de octubre de 2023, con cita de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) núm. 178/2015 de 4 mayo de 2015, de la Sección 11ª, de 28 de febrero de 2022 y de la Sección 20ª de 20 de mayo de 2022, de Asturias, Sec. 7ª, de 30 de junio de 2023, de Pontevedra, Sec. 3ª de 23 de marzo de 2023, de Badajoz, de 7 de febrero de 2023, de la Rioja, de 17 de febrero de 2023, Alicante, de 12 de marzo de 2018, entre otras, es que "la legislación de protección de servicios de pago (RDL 19/2018) establece un sistema de responsabilidad cuasiobjetiva de la entidad o proveedor de pagos, que deriva del incumplimiento por su parte de los deber de diligencia en la garantía de operaciones de pago, implementando todos los mecanismos y controles de autenticación necesarios, incluido dotarse de tecnología "antiphishing" para proteger al cliente de este tipo de ataques fraudulentos y (ii) la entidad solo puede liberarse de tal responsabilidad si prueba que la orden de pago no se vio afectada por "un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por dicho proveedor", que el cliente ha actuado fraudulentamente o con negligencia grave a la hora de aplicar los medios razonables de protección de que haya sido provisto o cuando no haya comunicado a la entidad el pago no autorizado en cuanto tenga conocimiento del mismo."

Esa es también la posición adoptada por esta Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, en sus sentencias de 20 de abril y de 22 de junio de 2023, a la que también se sumó esta Sección 6ª desde su sentencia de 18 de marzo del año en curso, y, descartado el fraude del usuario, restaría examinar si este incurrió en negligencia grave.

TERCERO.-Es obvio que la demandante incurrió en negligencia en la custodia de sus credenciales personalizadas de seguridad en el uso del servicio de Banca a Distancia, pues a la postre facilitó a tercero su identidad como usuario, la contraseña y más tarde hizo lo propio con la clave individualizada de la operación que permitió la vinculación de un nuevo dispositivo al servicio de Banca a Distancia.

Sin embargo no puede compartirse la crítica vertida en el recurso de que la conducta del usuario fue gravemente negligente, entendiéndose por tal la desatención grosera de las precauciones más elementales en el uso de las credenciales de seguridad personalizadas del instrumento de pago; coincidimos por tanto en el parecer de la sentencia de la Sección 4ª de la AP de Málaga de 30 de noviembre de 2021 cuando concluye que la "negligencia grave" a la que se refiere la norma debe reservarse para supuestos donde la conducta de la víctima roza lo inexcusable, como falta o retraso en la comunicación de la estafa, o casos de imitaciones burdas y groseras, o requerimientos ilógicos o absurdos para obtener las claves de la víctima conforme a su formación y conocimientos.

En este sentido, cabe destacar que la notificación sobre la necesidad de una intervención en la cuenta corriente partía de un SMS que remitía a una página Web de apariencia idéntica a aunque en realidad la usuaria había sido redirigida a una página clonada de la original de la entidad de crédito, de manera que en ese momento el demandante no tuvo motivo para sospechar que no estaba en un lugar seguro.

Se trata por tanto de una estratagema y escenario bien contruidos para inducir al usuario a una equivocación en la que era fácil caer si no se disponía de conocimientos avanzados por lo que acierta la sentencia de instancia cuando concluye que no se ha probado que el demandante incurriera en negligencia grave, por más que gracias a la contestación a esa comunicación al cual el hacker hubiera obtenido la OTP con la que consumó la estafa.

Por todo ello este Tribunal comparte y hace suyos los acertados razonamientos y conclusión de la recurrida al trasladar al proveedor del servicio de pago la responsabilidad por la operación de pago no autorizada por el usuario y se desestima el recurso.

CUARTO.-Las costas, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C., se imponen al apelante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.



En atención a lo expuesto el Magistrado de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **UNICAJA BANCO S.A.** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana confirmo dicha sentencia en todos sus términos imponiendo al apelante las costas de esta segunda instancia y declarando perdido el depósito al que se dará el destino legal correspondiente.

Así por esta mi sentencia, contra la que no cabe nuevo recurso, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ