



Roj: **SAP CC 141/2022 - ECLI:ES:APCC:2022:141**

Id Cendoj: **10037370012022100103**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2022**

Nº de Recurso: **1370/2021**

Nº de Resolución: **132/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA GONZALEZ FLORIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00132/2022**

Modelo: N30090

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** 927 620405 **Fax:** .

**Correo electrónico:** scg.seccion3.oficinaatencionpublico.caceres@justicia.es

Equipo/usuario: MTG

**N.I.G.** 10037 41 1 2021 0000704

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001370 /2021**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de CACERES

**Procedimiento de origen:** JVB JUICIO VERBAL 0000260 /2021

Recurrente: LIBERBANK SA

Procurador: MARIA DEL PILAR SIMON ACOSTA

Abogado: JOSE JUAN GARCÍA LÓPEZ

Recurrido: Victor Manuel

Procurador: JESUS FERNANDEZ DE LAS HERAS

Abogado: JOSE MARIA DONCEL CERVANTES

**S E N T E N C I A NÚM.- 132/2022**

En la Ciudad de Cáceres a dieciséis de Febrero de dos mil veintidós.

El Ilmo. Sr. **DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO**, Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 82.2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/2009, de 3 de Noviembre, ha visto ante la misma el **ROLLO DE APELACIÓN núm. -1370/2021** dimanante de los Autos de **Juicio Verbal núm. 260/2021 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Cáceres**, siendo parte *apelante*, el demandado **UNICAJA BANCO, S.A.** (antes **LIBERBANK, S.A.**), representado en la primera instancia y en esta alzada por la Procuradora Sra. **Simón Acosta**, y defendido por el Letrado, Sr. **García López** y como parte *apelada*, el demandante **DON Victor Manuel**, representado en la instancia y en la presente alzada por el Procurador Sr. **Fernández de las Heras** y defendido por el Letrado Sr. **Doncel Cervantes**.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.- 2 de Cáceres en los Autos núm. 260/2021 con fecha 20 de Septiembre de 2021 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimando la demanda interpuesta, condeno a Liberbank a reintegrar a la parte actora, D. Victor Manuel , la cantidad de 5593,29 euros, imponiéndole las costas procesales causadas... "

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución y por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo en forma, se tuvo por interpuesto y de, conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

**TERCERO.-** La representación procesal de la parte demandante presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario. Seguidamente se remitieron los Autos originales a la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de diez días.

**CUARTO.-** Recibidos los autos, registrados en el Servicio Común de Registro y Reparto, pasaron al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento, que procedió a incoar el correspondiente Rollo de Apelación, y, previos los trámites legales correspondientes, se recibieron en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial, turnándose de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando necesaria la celebración de vista, , quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

**QUINTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Frente a la Sentencia de fecha 14 de Septiembre de 2.021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio Verbal seguidos con el número 260/2.021, conforme a la cual se acuerda -y es cita literal- lo siguiente: " *Estimando la demanda interpuesta, condeno a Liberbank a reintegrar a la parte actora, D. Victor Manuel , la cantidad de 5593,29 euros, imponiéndole las costas procesales causadas* ", se alza la parte apelante -demandada, Unicaja Banco, S.A. (antes Liberbank, S.A.)- alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, la infracción de los artículos 44 y 41 del Real Decreto Ley 19/2.018, de 23 de Noviembre, de Servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, y error en la valoración de la prueba. En sentido inverso, la parte apelada -demandante, D. Victor Manuel - se ha opuesto al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación.

**SEGUNDO.-** Centrado el Recurso de Apelación en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar- el supuesto error en la valoración de la prueba en el que habría incurrido el Juzgado de instancia y que habría conducido a la decisión adoptada en la Sentencia recurrida, por la que se estima la Demanda y, por tanto, la acción de reclamación de cantidad ejercitada en la misma, en relación con la infracción de los artículos 44 y 41 del Real Decreto Ley 19/2.018, de 23 de Noviembre, de Servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. Respecto del indicado motivo, este Tribunal viene estableciendo, de forma constante y en términos generales, que la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el Organismo Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del Organismo Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos.

En realidad y, con el máximo rigor, la controversia litigiosa sustantiva a la que se contrae, en todas sus vertientes, el único motivo del Recurso constituye una problemática que afecta única y exclusivamente a la



valoración de la prueba y a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, extremo este último donde -con carácter general- opera el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvenición, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniente o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

A la luz de las consideraciones preliminares que se acaban de indicar, este Tribunal comparte la hermenéutica apreciativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida por cuanto que descansa en una valoración lógica y racional de las pruebas practicadas en el Procedimiento, de modo que la mera remisión a los razonamientos jurídicos expuestos en la indicada Resolución sería suficiente para desestimar, en todas sus vertientes, el motivo del Recurso que se examina. El Juzgado a quo, en efecto, ha analizado la prueba practicada en el Procedimiento de forma conjunta, en una exégesis apreciativa razonada y razonable, llegando a una decisión absolutamente correcta que objetivamente se corresponde con los resultados de las pruebas practicadas y con las reglas generales que, sobre la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta manera, insistir en el análisis de dichas pruebas no supondría más que redundar innecesariamente sobre las mismas cuestiones para llegar indefectiblemente a conclusiones prácticamente idénticas a aquellas que recoge la Sentencia recurrida.

**TERCERO.-** Así pues y, atendiendo -insistimos- a las referidas consideraciones preliminares, cabría reiterar que la hermenéutica valorativa desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta correcta y en absoluto ha quedado desvirtuada por las alegaciones -abiertamente subjetivas y de defensa de su tesis- en las que se sustenta el planteamiento del único motivo del Recurso. Efectivamente, después del análisis aséptico de las pruebas practicadas en el Procedimiento, este Tribunal no puede sino convenir necesariamente con la práctica totalidad de los razonamientos expuestos por el Juzgado a quo en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida, donde, con el suficiente rigor, se han examinado todas las pretensiones ahora discutidas, sin que incluso -por las propias razones jurídicas explicitadas en aquella Resolución- fuera necesario añadir otras consideraciones adicionales o complementarias.

Difícilmente puede resultar atendible el criterio que defiende la parte demandada apelante en el único motivo del Recurso ante los acertados razonamientos jurídicos puestos de manifiesto por el Juzgado de instancia en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida que no sólo no se han visto desvirtuados ni un ápice por las alegaciones en las que se sustentan todas las vertientes del indicado motivo, sino que incluso llegan a agotar cualquier otra consideración jurídica que pudiera efectuarse sobre los extremos en los que descansa el referido motivo de la Impugnación. En este sentido, puede ya adelantarse que -ante la carencia de solidez sustantiva en su postulado- las objeciones que la parte apelante opone respecto de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida no gozan -según el criterio de este Tribunal- de la habilidad material necesaria para modificar la decisión, correcta insistimos, que, sobre los extremos discutidos, ha sido adoptada en la Resolución recurrida.

Y es que, por más que la parte demandada apelante pretenda hacer ver lo contrario en las alegaciones que comprende el único motivo de la Impugnación, lo cierto y real es que la apreciación probatoria desarrollada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida resulta racionalmente acertada y, en consecuencia, no admite tacha de tipo alguno, como igualmente puede afirmarse que se han aplicado de forma correcta, tanto las normas generales sobre la carga de la prueba que contempla el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como los artículos 44 y 41 del Real Decreto Ley 19/2.018, de 23 de Noviembre, de Servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, que la indicada parte apelante estima vulnerados.

**CUARTO.-** En este sentido, no desconoce este Tribunal el esfuerzo desplegado por la parte demandada apelante en las alegaciones que conforman todas las vertientes del único motivo del Recurso de Apelación; no obstante lo cual la problemática litigiosa que se plantea en esta segunda instancia no ofrece ninguna dificultad material por cuanto que se ciñe, con exclusividad, a una cuestión de mera valoración de la prueba. La indicada parte apelante se limita a analizar los medios de prueba que se han practicado en este Juicio desde su propia



perspectiva subjetiva, diametralmente distinta a la del Juzgado de instancia, quien ha apreciado el elenco acreditativo practicado en este Juicio, no sólo de manera conjunta, sino también en términos estrictamente objetivos, apreciación que autoriza a reconocer la absoluta validez de su convicción, en la medida en que la exégesis desarrollada no se ha revelado ilógica, absurda, arbitraria ni irracional, por lo que, siendo -como es- admisible no resulta susceptible de modificación.

En función del contenido intrínseco de las posiciones sustantivas que, en este Proceso, han mantenido, respectivamente y en ambas instancias, las partes actora y demandada y, una vez analizado el sentido y el alcance de las concretas alegaciones que conforman todas las vertientes del único motivo del Recurso de Apelación, no cabe duda de que la cuestión controvertida se concreta -prácticamente con exclusividad (como se acaba de indicar)- en la valoración de la prueba y en la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba. Y, así, conviene indicar, como premisa inicial y como declaración de principio, que la parte actora ha ejercitado en la Demanda una acción de reclamación de cantidad por importe líquido ascendente a 5.593,29 euros, como consecuencia de la realización, desde dos de sus cuentas corrientes abiertas en la entidad financiera Liberbank, S.A., de varias transferencias y recargas de tarjetas no autorizadas por D. Victor Manuel, así como el uso de tarjeta virtual de Liberbank con la que se han realizado compras en internet, por un valor total de 8.563,82 euros, entre los días 29 de Noviembre de 2.020 y 20 de Octubre del mismo año, todas ellas no autorizadas por el titular de los contratos bancarios, suplantando su **identidad**. De dicha cantidad, la entidad financiera demandada ha retrocedido al demandante la cantidad de 2.970,53 euros, correspondiente a una recarga no autorizada realizada el día 29 de Septiembre de 2.020.

Pues bien, atendiendo a los antecedentes expuestos en el párrafo anterior, la entidad financiera demandada no asume la reclamación articulada en la Demanda al amparo de la alegación comprensiva de que todas las operaciones fueron autenticadas, registradas y contabilizadas de forma correcta y documentalmente demostrada, por lo que el supuesto fraude y/o **suplantación** de la **identidad** del titular de los contratos bancarios no le sería atribuible, añadiendo además que el usuario no actuó con diligencia en los medios de pago, exonerándose -decimos- de toda responsabilidad. No obstante y, sin perjuicio de que posteriormente se incida con mayor detenimiento sobre las concretas y específicas cuestiones controvertidas en este Proceso, puede ya adelantarse que no asiste razón jurídica alguna a la entidad financiera demandada por cuatro motivos: en primer lugar, porque ha invertido impropiamente la carga de la prueba sobre la responsabilidad en este tipo de operaciones bancarias; en segundo lugar, porque los informes del Banco de España que se han presentado por la entidad demandada solo afectan a la "responsabilidad -o a la práctica- bancaria" de la entidad, pero no a la responsabilidad civil, que es la que se dirime en esta sede; en tercer lugar, porque la entidad financiera demandada -con el máximo rigor- ha reconocido el fraude y ha retrocedido el importe de una de las operaciones realizadas en la cantidad de 2.970,53 euros, sin que haya explicado (menos aun a satisfacción del Tribunal) la razón por la cual no ha procedido de la misma manera con las restantes operaciones cuya retrocesión asimismo se pretende, y, finalmente, porque no resulta admisible alegar la falta de diligencia del demandante por haber hecho uso, en dos de las operaciones controvertidas, de una red wifi abierta, en la medida en que no consta acreditado que en los contratos reguladores del pago por medios telemáticos se prohíba la realización de operaciones de pago si se realizan a través de este tipo de redes.

**QUINTO.-** En relación con las disposiciones normativas que la parte apelante estima infringidas, hemos de reseñar lo siguiente: el artículo 41 del Real Decreto Ley 19/2.018, de 23 de Noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en material financiera, establece: " *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"; en segundo lugar, el artículo 44 dispone: " 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", y, finalmente, el artículo 45 establece: " 1. 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.

3. Podrán determinarse otras indemnizaciones económicas de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y el proveedor de servicios de pago o el contrato celebrado entre el ordenante y el proveedor de servicios de iniciación de pagos, en su caso".

Pues bien, la conjunción de estos tres preceptos conduce a aseverar (trasladadas sus disposiciones normativas al supuesto que se somete a la consideración de este Tribunal por mor del Recurso de Apelación interpuesto) que el demandante observó toda la diligencia que objetivamente le puede ser exigible cuando comprobó la realización en sus cuentas bancarias de operaciones que no había realizado ni autorizado y que, indudablemente, eran fraudulentas, como son, fundamentalmente, las siguientes actuaciones: la denuncia de los hechos ante la Guardia Civil y la comunicación de las disposiciones de efectivo a la entidad bancaria. Luego no le fue imposible evitar, ni la primera disposición, ni las demás, sucedidas -algunas- incluso después de la denuncia de los hechos y de su comunicación a la entidad financiera. Por tanto, la entidad financiera demandada no puede invertir la carga de la prueba exonerándose de la actividad acreditativa que le corresponde al amparo de la alegación de que todas las operaciones habían sido autenticadas, registradas y contabilizadas, en la medida en que, de ser así, lo fueron de forma fraudulenta porque el titular de los contratos no las autorizó y comunicó formalmente el fraude. Es a la entidad financiera a quien corresponde acreditar la falta de diligencia del usuario, sin apelar a meras conjeturas, no demostradas, como sería la utilización de una red wifi abierta, o la facilitación de las credenciales a un tercero. Adviértase que el artículo 44 del Real Decreto



Ley 19/2.018, de 23 de Noviembre, no solo se refiere a "demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada" sino también a que "no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el proveedor de servicios de pago"; y este último extremo no ha resultado acreditado por la entidad financiera mediante un elenco probatorio absolutamente objetivo. 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.

Consiguientemente, el único motivo del Recurso no puede tener favorable acogida.

**SEXTO.-** Finalmente y en franca sintonía con los razonamientos jurídicos expuestos que justifican la decisión que se adoptará en la presente Resolución (desestimatoria del Recurso de Apelación interpuesto por la entidad financiera), interesa destacar la Sentencia de la Sección Tercera, Civil, de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 21 de Mayo de 2.020, donde, entre otros particulares, se significa lo siguiente: " (...) Se trata de una cláusula de imputación de responsabilidad que ha sido calificada como abusiva por el Tribunal Supremo en su Sentencia núm.792/2009 de 16 de diciembre , al entender que "La exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria por las utilizaciones de tarjeta o de libreta -consistentes en extracciones en efectivo u otras operaciones con cargo a la cuenta bancaria-, con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío (o evento similar) es desproporcionada, y abusiva.

3. Es igualmente abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso del uso del número de identificación personal limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción".

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 (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 recurrente 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 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."*

*Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado procede establecer también aquí la responsabilidad de la entidad bancaria por los cargos realizados mediante la utilización no consentida de la tarjeta del demandante, por lo que procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución dictada, que se deja sin efecto, estimando la demanda interpuesta condenamos a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad de 9.206,85 €, más los intereses legales desde el día 27 de octubre de 2016, en que tuvo lugar la reclamación a la entidad bancaria".*

**SEPTIMO.-** Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto, y, como consecuencia lógica, la confirmación de la Sentencia que constituye su objeto.

**OCTAVO.-** Desestimándose el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que me confiere la Constitución Española, pronuncio el siguiente:

## FALLO

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **UNICAJA BANCO, S.A.** (antes **LIBERBANK, S.A.**), contra la Sentencia 189/2.021, de catorce de Septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio Verbal seguidos con el número 260/2.021, del que dimana este Rollo, debo **CONFIRMAR y CONFIRMO** la indicada Resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de que contra la misma no se dará ulterior recurso.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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

E./