



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE ZARAGOZA

Pza. Expo, 6 - 3ª Plta. Escalera F, Zaragoza
Zaragoza
Teléfono: 976 20 81 58
Email: instancia4zaragoza@justicia.aragon.es
Modelo: OR050

Sección: S-C1

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº: 000[REDACTED]2021
NIG: [REDACTED]
Resolución: Sentencia 000[REDACTED]2023

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica (personas jurídicas) <https://sedejudicial.aragon.es/>

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Demandante	[REDACTED]	ANA MARIA SANZ FOIX	LUIS MANUEL LAMATA ARASCO
Demandado	IBERCAJA BANCO SA	[REDACTED]	

SENTENCIA Nº 000193/2023

En Zaragoza, a 5 de junio de 2023.

Vistos por SS^a Ilma. Dña. Beatriz Terrer Baquero, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zaragoza, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad por responsabilidad contractual, seguidos ante este Juzgado con el nº [REDACTED]/2021-C, a instancia de Dña. [REDACTED], representado por la Procuradora Sra. Sanz Foix y asistidos por el Letrado Sr. Lamata Arasco, contra IBERCAJA BANCO SA, representada por el Procurador Sr. [REDACTED] Ferrández y asistida por la Letrada Sra. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó demanda el 20 de diciembre de 2021, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la cual, con base en los hechos y fundamentos de derecho que se estimaban oportunos y que por economía procesal han de darse aquí íntegramente por reproducidos, se solicitaba en el suplico que se dictara Sentencia por la que : "1.-Se condene a Ibercaja Banco a abonar a la actora la cantidad de 9.100 € (NUEVE MIL CIEN EUROS) defraudados conforme a lo expuesto en esta demanda. 2.- Se condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales y las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 18 de enero de 2022, se dio traslado de la misma a la demandada con copia y se le emplazó para que contestara.

Compareciendo en las actuaciones la demandada a través de su representación procesal, presentando escrito de contestación a la

Firmado por: BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://pse.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: [REDACTED]



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

demanda oponiéndose a la misma con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho que tuvo por oportuno realizar y que se dan íntegramente por reproducidos; interesando la desestimación de la demanda con condena en costas a la actora.

TERCERO.- Mediante Diligencia de Ordenación se tuvo por presentada la contestación y se convocó a las partes a la audiencia previa a los fines prevenidos en la LECivil.

CUARTO.- Celebrada la audiencia previa el día prefijado, y tras intentar la conciliación sin éxito, las partes personadas se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación. La documentación no fue impugnada en cuanto a su autenticidad, a salvo su valor probatorio y específicamente lo que se refiere al tamaño de la letra del contrato de septiembre de 2019 aportado como documento nº 3 de la contestación, y se fijaron los hechos controvertidos. Como medios de prueba, por la actora se propuso documental, y por la demandada, documental y testifical, admitiéndose la prueba propuesta. Convocándose las partes a la celebración de juicio.

QUINTO.- En el acto de la vista principal del juicio no se plantearon cuestiones previas, a salvo la renuncia por la demandada a una testifical. Una vez practicada la prueba, en los términos que se explicitan en el acta en soporte audiovisual, las partes formularon sus conclusiones finales y quedaron los autos vistos para Sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de este proceso se ha cumplido con las prescripciones legales a salvo el plazo para dictar Sentencia debido al volumen de carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente proceso es el ejercicio por la parte actora de la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados por responsabilidad contractual (ex art. 1101 y concordantes CCivil con relación a la normativa específica del RD Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de Servicios de Pago y otras Medidas Urgentes en Materia Financiera). Alegándose en la demanda que entre las partes mediaban contratos de cuenta corriente bancaria (depósito a la vista) y de servicios de pago, que el día 30 de enero de 2021 por la tarde la actora fue consciente que había sufrido un ciberfraude de modo que se había verificado una transferencia por el importe de 9.100 € desde su cuenta en IBERCAJA BANCO SA a otra cuenta de un tercero en el extranjero el día 29 de enero, acudiendo a la Policía formulando denuncia, si bien no pudo contactar con el Banco en ese momento porque era sábado por la tarde y el horario del teléfono del Servicio de Atención de

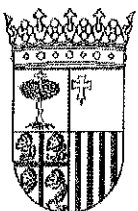


ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Firmado por: BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Ibercaja Directo los sábados era de 9 a 14 horas; poniéndose el lunes 1 de febrero en contacto con la oficina, pero el Banco ya no pudo retroceder la transferencia, generándosele un perjuicio patrimonial a la actora de 9.100 €. La actora reconoce que días antes de esta operación fraudulenta le llegó un sms a su teléfono móvil procedente en apariencia de la empresa de mensajería DHL en el que ella pulsó por asociarlo a un envío que esperaba de una compra previa, y ese mensaje falso pudo ser la vía de entrada de malware en su teléfono móvil. Presentando una reclamación al servicio de atención al cliente de la Entidad, y posteriormente ante el Banco de España, que tuvo un resultado negativo.

En la demanda se imputa negligencia a la demandada por no adoptar las correspondientes medidas de vigilancia y control para evitar este tipo de fraude, y por no disponer de un teléfono de atención durante todo el fin de semana, siendo que la operatividad con la banca electrónica se puede realizar cualquier día de la semana y a cualquier hora, reclamándole a IBERCAJA BANCO SA por incumplir sus obligaciones al haber llevado a cabo y cargado en la cuenta esta operación de transferencia no autorizada por la titular de la cuenta, conforme a la normativa aplicable. Argumentando que la letra de las condiciones generales del contrato marco de servicios de pago con la demandada es ilegible por no superar las medidas previstas en el TRLGDCU y por tanto no le es oponible a la actora consumidora.

Frente a dicha reclamación, la parte demandada se opone, argumentando, en síntesis, que la operación de transferencia desde la cuenta de titularidad de la actora a otra cuenta de Deutsche Bank SPA fue autorizada por la demandante conforme a los sistemas de autorización previstos (utilizando un sistema de doble factor de autenticación: la identificación como usuario de la demandante con la correspondiente clave o contraseña, y confirmando la operación utilizando una clave de seguridad que el Banco envía mediante sms al teléfono móvil del cliente), por lo que la Entidad bancaria cumplió con sus obligaciones legales, de modo que o la operación la ordenó el titular, o debió mediar falta de diligencia del usuario que reconoció en la denuncia ante la Policía que unos días antes había pulsado en un enlace que llegó por sms a su teléfono por lo que debió descargársele un troyano capaz de controlar el dispositivo móvil de la demandante, de modo que fue la actuación negligente de la demandante, omitiendo las más elementales medidas de seguridad en el uso de su teléfono móvil, pese a las advertencias que viene realizando el Banco, la que otorgó permisos incluso no deseados generando el daño. Negando que sea imputable ninguna responsabilidad a la demandada, habiendo funcionado debidamente el sistema de seguridad de la información que tiene. Igualmente se opone que conforme al clausulado del contrato de banca electrónica (Ibercaja Directo) que tienen suscrito las partes, la responsabilidad de IBERCAJA BANCO SA solo surge si el perjuicio es debido al mal funcionamiento de los sistemas de Ibercaja Directo, pero no si los daños se generan por terceros mediante intromisiones ilegítimas en el sistema elegido, fuera del control de la entidad bancaria.

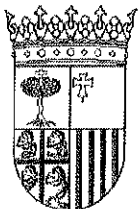


ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Para resolver las cuestiones controvertidas se debe partir de la base que no se discute el carácter de consumidora de la demandante, la existencia de la transferencia de 9.100 € producida desde la cuenta de la actora hacia una cuenta del Deutsche Bank SPA a nombre de un tercero el 29 de enero de 2021 sobre las 17:00 horas, y la firma del contrato de servicios de banca electrónica (denominado Ibercaja Directo) entre las partes el 16 de septiembre de 2019, que se acompaña como documento nº 3 de la contestación (respecto de este contrato lo discutido es su aplicación), además de otros contratos anteriores.

SEGUNDO.- Con carácter general, respecto del contrato de cuenta corriente, la doctrina sobre su concepto se resume en la STS nº 245 de 9 de marzo de 2006 (rec. 2707/1999) que dice: *"es interesante recordar la jurisprudencia de esta Sala. Dice la sentencia de 19 de diciembre de 1995: "...es en el Derecho español una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado "Servicio de Caja", encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión; el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista".*

Y dijo la de 15 de julio de 1993: "Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene..." y añade: "el Banco en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente, con sus abonos y cargos".

A su vez, dijo la sentencia de 25 de julio de 1991, en relación a la entidad bancaria demandada en aquel supuesto: "estaba obligado a conservar y devolver el dinero depositado, respondiendo de los menoscabos, daños y perjuicios que éste haya sufrido por su negligencia; valoración negativa de la conducta del banco recurrente, que extensamente se describe en los cuatro apartados que recoge el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, y que aquí se dan por reproducidos. La obligación de conservación y devolución que, tanto el Código Mercantil como el civil imponen al depositario, tiene carácter casi absoluto, y sólo decae mediante una causa muy justificada de fuerza mayor o de caso fortuito, no previsible ni evitable"..."

Asimismo, en cuanto a las obligaciones de la Entidad en la que se abre la cuenta, conforme a las normas del depósito, del mandato y de la comisión mercantil, como explica la STS nº 1015 de 9 de octubre de 2007 (rec. 3819/2000): *"De la relación de cuenta corriente (STS de 15 de julio de 1993, 9 de marzo de 2006 y 24 de marzo de 2006, entre otras) derivan los deberes de rendición de cuentas, de información (arts 263 CCom y 1720 CC, deber reforzado por la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Ordenación bancaria e intervención de las Entidades de Crédito), y de actuar conforme*



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

a las instrucciones recibidas con la diligencia quam in suis [diligencia igual a la de los propios asuntos] (artículo 255 CCom), pues se responde por culpa, cuyo rigor será medido por el parámetro de que se trate o no de un mandato retribuido (artículo 1726 CC).”

Expresando la STS nº 311 de 12 de mayo de 2016 (rec. 85/2014) en su Fundamento Segundo apartado 6, en cuanto a la diligencia exigible al Banco, que “con carácter general debe señalarse que, conforme a la naturaleza y función del contrato de cuenta corriente bancaria, el cercioramiento o comprobación de la veracidad de la firma del ordenante constituye un presupuesto de la diligencia profesional exigible a la entidad bancaria con relación a sus obligaciones esenciales de gestión y custodia de los fondos depositados por el titular de la cuenta, cuyo incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil.

En el presente caso, la necesidad de comprobación de la veracidad de la firma del ordenante resulta más evidenciada, si cabe, no sólo por lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Comercio, que impone al comisionista el deber de consultar al comitente «en lo no previsto y prescrito expresamente», caso de este medio de pago que no fue previamente acordado por las partes, sino también por las circunstancias que concurren. En efecto, debe resaltarse que el titular de la cuenta, con anterioridad a la citada orden de transferencia, sólo efectuaba ingresos en la cuenta, sin haber retirado fondo alguno. Asimismo, la orden de transferencia se realizó por un medio no habitual (fax) y presentaba claras irregularidades en el nombre del beneficiario y en su número de cuenta, sin aportar los datos de identificación del ordenante (número de pasaporte o número de documento nacional de identidad). Todas estas circunstancias, junto con la cuantía de la transferencia ordenada, por importe de 116.898 euros, nos lleva a ponderar que la entidad bancaria, de acuerdo al criterio de diligencia profesional que resulta exigible en estos casos, no cumplió con su obligación de cerciorarse o comprobar la veracidad de la firma, pues a tal efecto no realizó ninguna comprobación directa con el titular de la cuenta.”

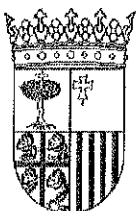
Y reconociendo la STS nº 915 de 16 de diciembre de 2011 (rec. 918/2008) que “La disposición de fondos depositados en una cuenta corriente o de depósito bancaria por parte de una persona que no podía hacerlo por no ser la titular ni estar autorizada por ésta supone un incumplimiento contractual (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2000 , 26 de noviembre de 2003 , 9 de marzo de 2006) dada la obligación esencial del Banco de conservar y devolver los fondos depositados como se haya previsto en el contrato y se haya ordenado por las personas autorizadas para disponer de ellos, que, caso de incumplirse, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios conforme a los arts. 1101 y 1106 del Código Civil.”

El RD Ley 19/2018, de Servicios de Pago, que sustituye a la anterior Ley 16/2009, en su exposición de motivos hace mención al nuevo marco

Firmado por BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://nsp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

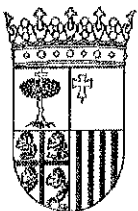


ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BUAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

normativo de la UE (específicamente la Directiva UE 2015/2366) que *"tiene como principales objetivos facilitar y mejorar la seguridad en el uso de sistemas de pago a través de internet, reforzar el nivel de protección al usuario contra fraudes y abusos potenciales, respecto del previsto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet."* En su título III se refiere a los derechos y obligaciones con la prestación y utilización de servicios de pago, regulando en sus arts. 36 y siguientes la autorización de operaciones de pago, en el art. 41 las obligaciones del usuario de los servicios de pago en relación con los instrumentos de pago y las credenciales de seguridad personalizadas, que incluye la de tomar *"todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales de seguridad personalizadas"*, y la de notificar al proveedor de servicios de pago o a la entidad que este designe *"b) en caso de extravío, sustracción o apropiación indebida del instrumento de pago o de su utilización no autorizada"*, *"sin demora indebida en cuanto tenga conocimiento de ello"*; y en el art. 42 se recogen las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago: *"a) Se cerciorará de que las credenciales de seguridad personalizadas del instrumento de pago solo sean accesibles para el usuario de servicios de pago facultado para utilizar dicho instrumento, sin perjuicio de las obligaciones que incumben al usuario de servicios de pago con arreglo al artículo 41.*

b) Se abstendrá de enviar instrumentos de pago que no hayan sido solicitados, salvo en caso de que deba sustituirse un instrumento de pago ya entregado al usuario de servicios de pago.

Esta sustitución podrá venir motivada por la incorporación al instrumento de pago de nuevas funcionalidades, no expresamente solicitadas por el usuario, siempre que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad y la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente.

c) Garantizará que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar una notificación en virtud del artículo 41.b), o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma.

d) Ofrecerá al usuario de servicios de pago la posibilidad de efectuar una notificación en virtud del artículo 41.b), gratuitamente y cobrar, si acaso, únicamente los costes de sustitución directamente imputables al instrumento de pago.

e) Impedirá cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación en virtud del artículo 41.b).

2. El proveedor de servicios de pago soportará los riesgos derivados del envío de un instrumento de pago al usuario de servicios de pago o del envío de cualesquiera elementos de seguridad personalizados del mismo."

Los arts. 43 y siguientes LSP se refieren a la notificación y rectificación de las operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas

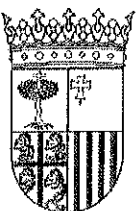


ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

incorrectamente, previendo el art. 44 reglas específicas en cuanto a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago cuando el usuario niegue haberla autorizado o alegue que se ejecutó de forma incorrecta: "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."

Regulando los arts. 45 y 46 LSP la responsabilidad del proveedor de servicios de pago y del ordenante en supuestos de operaciones de pago no autorizadas, conforme a los cuales el régimen de responsabilidad traslada el riesgo a dicho proveedor de servicios de pago puesto que no es suficiente con que el mismo acredite la correcta ejecución técnica de la orden de pago (registro, autenticación, contabilización y ausencia de fallos técnicos u otros defectos), sino que, para imputar la responsabilidad al ordenante en estos casos, es necesario que el proveedor de servicios pruebe el fraude o negligencia grave del ordenante.

En este ámbito, como explica SAP Zaragoza, sección 4, nº 149 de 7 de mayo de 2021 (rec. 407/2020) (el subrayado se ha añadido): "SEGUNDO.- El Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera disciplinó el régimen de diligencia y responsabilidad, en el uso de los instrumentos de pago. También, y de manera prolija, las presunciones de las que hay que partir para solventar los supuestos de indeterminación probatoria, así como la correlativa distribución de la carga de la prueba. Y lo hace, ahora se verá, posicionándose a favor del cliente, y ello en razón a que el diseño, distribución, control y beneficio del uso del instrumento de pago reside y recae sobre el prestador de servicios.

TERCERO.- Y así en el art.41 de la mencionada Ley se impondrá como diligencia del cliente la de tomar "todas las medidas razonables a fin de

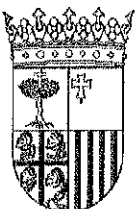


ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

proteger sus credenciales de seguridad personalizadas, así como un deber de comunicación tempestiva ("sin demora indebida") en caso, en lo que aquí interesa, de "utilización no autorizada", pasando a describir en el art.42 las obligaciones del proveedor del servicio. Pero esencial, a los efectos que aquí interesan, es el posicionamiento del legislador en caso de uso no autorizado del instrumento de pago, que de existir la comunicación por el cliente permite a éste último la rectificación de la operación de pago no autorizada.

Y en coherencia con estas previsiones el art. 44.1 previene que cuando el usuario del servicio niegue haber autorizado una operación de pago "corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticado, registrada con exactitud y contabilizada y que no se vió afectada por un fallo técnico". Y todavía más, en el art. 44.2 se propondrá que el mero registro de la operación es suficiente para acreditar la autorización de la misma por el cliente, ni "que éste ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones.....", que sin perjuicio del deber de comunicación tempestiva prevenida en el art. 43 el prestador de servicios devolverá al usuario del instrumento de pago " el importe de la operación no autorizada de inmediato...", y ello 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.

Queda pues diáfano que se traslada el riesgo de la operativa al prestador de servicios. Este debe expresar las sospechas de fraude cometido por el cliente y los elementos de prueba y las circunstancias concurrentes hacen verosímil y creíble la manipulación que sufrió el cliente con sus tarjetas, entre ellas la emitida por el prestador del servicio demandante y, como se razona en la instancia, el proveedor del servicio estaba en mejores condiciones para identificar el beneficiario de las operaciones, al margen de la conducta equívoca que se mantuvo frente a las operaciones no realizadas."

En la misma línea, la SAP Zaragoza, sección 5, nº 849 de 7 de septiembre de 2022 (rec. 421/2022) razona que "Si bien la LEC impone a la actora la prueba del hecho constitutivo de su pretensión -en este supuesto la culpa o falta de diligencia del contratante que no cumple con sus obligaciones contractuales-, no cabe duda que en materia de medios de pago, en la que los clientes emplean dispositivos electrónicos y procedimientos previamente configurados por los intermediarios de pago para la ejecución de las ordenes de los disponentes, lo cierto es que la regla del juicio en esta materia ha resultado alterada, a juicio de este órgano revisor. La regla del art. 217.2 de la LEC cede y se produce una inversión de la carga de la prueba con fundamento en la complejidad técnica que presenta, tanto en su realización como en su control, que la ejecución de pagos por vía telemática.

Así, en primer lugar, cabe exponer que, como ya dijimos en la sentencia 804/2022, de 1 de julio, de esta Sección, la relación entre las partes impone, entre otros extremos, la existencia de una relación de cuenta

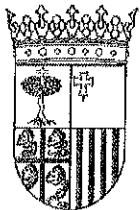


ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

corriente en la que la demandada asume responsabilidad de una diligente administración:

Antes de entrar en la específica legislación sectorial relativa a las responsabilidades derivadas de los diferentes sistemas de pago, hemos de recordar que estamos ante un contrato de cuenta corriente. Contrato reiteradamente estudiado por la doctrina y jurisprudencia. En él destaca sobre todo el denominado "Servicio de Caja" y que se puede encuadrar en nuestro ordenamiento jurídico dentro del marco general de la "comisión mercantil"(art 254 C. comercio) y, por el cual el banco, en cuanto mandatario, ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y, como contraprestación, recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista. De esta manera, hay que destacar que la "cuenta corriente bancaria" cada vez va recabando mayor autonomía respecto al contrato de depósito, que le servía de base. De tal manera que la "Cta.Cte." sólo actúa como soporte contable, expresando una disponibilidad de fondos contra el banco que los retiene y que encuentra su causa tanto en operaciones de activo como de pasivo. Su autonomía la decide al salir del círculo "banco- cuentacorrentista", para realizarse mediante operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros.

Por ello, de tal relación se derivan deberes de rendición de cuentas, de información (arts 263 C.com y 1720 C.c , ley 26/88, de 29 -julio de Ordenación bancaria e intervención de las entidades de crédito) y el de actuar conforme a las instrucciones recibidas. Y, en tal caso, con la diligencia "quam in suis" (art 255 C.com .) pues se responde por culpa, cuyo rigor será medido por el parámetro de que se trate o no de un mandato retribuido (art 1726 C.c .).

Por ello, hay un deber de diligencia de la entidad depositaria y gerente del servicio de caja y el de una información precisa y detallada, pues la exigible es la de un "comerciante experto" y no la de un buen padre de familia. En este sentido, Ss. A.P. Zaragoza, secc 5ª, de 29-6-2007, 17-5-2010 , La Coruña, Secc 3º, 13-1- 2006 y del T. S. 24-3-2006."

Y continúa considerando (el subrayado se ha añadido): "En segundo lugar, debe destacarse que la regla del juicio del art. 217 sufre algunas variaciones peculiares en supuestos como el examinado, lo que no viene a ser sino una particular aplicación del principio de facilidad y proximidad probatoria (art. 217.7 de la LEC). Pueden resumirse las mismas en la consideración de que es la entidad prestadora del servicio de pago quien está más cerca del objeto de la prueba, quien diseña, organiza, realiza y controla las operaciones de pago entre sus clientes y terceros, en definitiva, quien dispone de los mecanismos tecnológicos necesarios para ello, quien más los conoce y puede explicar por qué en un concreto supuesto, estos no funcionaron adecuadamente.

Así, el art 44 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, ya citado establece en su art. 44 una especial regulación de la carga de la prueba en esta materia: (...)

De la misma se desprende que no es suficiente que el prestador de los servicios de pago acredite la correcta ejecución técnica -registro,



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: <https://pse.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

autenticación, contabilización y ausencia de fallos técnicos-. Esta prueba no supone necesariamente la imputación de la responsabilidad del pago inexacto o erróneo al cliente - ordenante-, sino que el nº 3 del mismo precepto impone la prueba del fraude o negligencia grave al proveedor de servicios.

Esto es, la específica norma examinada viene a imponer una inversión de la carga de la prueba, imponiéndole la prueba de la falta de culpa grave al proveedor de servicios, al demandado en este supuesto, cuando de las explicaciones dadas no resulte necesariamente la imputación el negligente proceder al cliente.

Puede citarse en el mismo sentido la sentencia de la AP de Zaragoza Sección Cuarta) nº 149/2021, de 7 de mayo.”

Frente a dicho régimen legal de imputación de responsabilidad y de carga de la prueba, en el presente caso se invoca por la Entidad bancaria demandada que es preferente la regulación contractual derivada del contrato suscrito por las partes el 16 de septiembre de 2019 (aplicable a la operación de autos de 29 de enero de 2021), que se acompaña como documento nº 3 de la contestación. Así, conforme a la condición general 8 de dicho contrato (página 2/4) se establece: “Responsabilidad de Ibercaja.

El Banco se responsabiliza únicamente de las pérdidas directas sufridas por el Titular y causadas directamente por un mal funcionamiento del sistema del Banco. (...) No obstante, el Banco no asume ninguna responsabilidad si el mal funcionamiento podía ser conocido por el Titular, bien por un mensaje o bien por cualquier otro medio.

El Banco queda exento de los perjuicios que se pudieran derivar de (i) la actuación de terceros, ya sean interferencias, omisiones, interrupciones, averías telefónicas o desconexiones en el funcionamiento operativo del sistema elegido (teléfono, internet, etc), motivadas por causas ajenas al Banco; (ii) retrasos o bloqueos en el uso del sistema (...); (iii) daños que puedan ser causados por terceras personas mediante intromisiones ilegítimas en el sistema elegido, fuera del control del Banco, así como (iv) los derivados de circunstancias excepcionales e imprevisibles fuera del control del Banco cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos en sentido contrario o en el caso de que a Ibercaja se le apliquen otras obligaciones legales.

Asimismo, el Banco queda exento de responsabilidad ante cualquier daños o perjuicio que pudiera sufrir el TITULAR como consecuencia de errores, defectos y omisiones en la información del Banco, siempre que proceda de fuentes ajenas al mismo”.

Respecto a este clausulado, que no se acredita que fuera específicamente negociado, tratándose por tanto de un contrato de adhesión celebrado con un consumidor, se opone por la actora que no reúne los requisitos del art. 80.1 b) TRLGDCU referentes a su legibilidad, por lo que no sería aplicable. A tal respecto, hay que considerar que, desde su inicial redacción, este precepto exigió dicha legibilidad respecto de una cláusula contractual, si bien a partir de la reforma de la Ley 3/2014 el



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

carácter legible de las condiciones se concretó en que las mismas tuvieran el tamaño de al menos 1,5 mm y suficiente contraste con el fondo (con la Ley 4/2022, posterior a este contrato, que no es aplicable aquí, se exige que la letra sea de al menos 2,5 mm, que el espacio entre líneas sea de al menos 1,15 mm y que exista suficiente contraste con el fondo). Habiéndose aportado el original en papel a los autos, se aprecia por esta Magistrada que la letra no llega a este 1,5 mm mínimo (a lo sumo cumplen el requisito las letras que van en mayúsculas pero no la generalidad en minúsculas), por lo que no cumple los requisitos exigibles para que puedan vincular a la consumidora demandante. En todo caso, aunque se cumpliera con el requisito del tamaño de la letra y de legibilidad, dicha cláusula, en tanto en cuanto establece un régimen de imputación de responsabilidad que altera el establecido en los preceptos mencionados en la LSP en perjuicio del consumidor, previendo una alteración de la carga de la prueba a cargo del consumidor cuando en la normativa le correspondería al empresario, ha de considerarse como abusiva conforme a lo dispuesto en los arts. 80.1 c, 82.4 b y d, 86 y 88.2 TRLGDC, y por tanto, nula y no oponible a la demandante.

Sentada la falta de aplicación de dicho contrato y que ha de estarse al régimen de la LSP expuesto sobre responsabilidad al proveedor de servicios de pago, en el presente supuesto, a partir de la valoración conjunta de la prueba documental y testifical practicada, se concluye que la Entidad bancaria demandada sí cumplió con la operativa establecida de pedir una autorización reforzada respecto a la transferencia, pidiendo la confirmación de la operación con un código enviado por *sms* al número de teléfono de la demandante. Igualmente, se estima que la usuaria cumplió con sus obligaciones, notificando de la forma más inmediata que pudo a la Entidad la posible existencia de un fraude en cuanto advirtió en su cuenta la operación que no había autorizado; en este ámbito, hay que señalar que IBERCAJA BANCO SA no ha acreditado que el día 30 de enero de 2021, sábado, durante la tarde, ni el domingo día 31 de enero, tuviera operativo un teléfono para las incidencias derivadas de la banca *on line*, de hecho, el documento que se aportó tras la audiencia previa sobre la existencia del teléfono del servicio de Banca Digital de 8 a 22 h de lunes a domingo no daba ninguna indicación de la fecha desde la que funciona ese servicio, y en la respuesta de IBERCAJA BANCO SA al expediente abierto en el Banco de España (documento nº 6 de la demanda, obrante al nº 10 del índice de la aplicación judicial Avantius), en su alegación Cuarta, la Entidad demandada reconoce que “el horario del servicio de Atención de Ibercajadirecto” era “los sábados de 9:00 a 14:00 horas” en ese momento, de modo que la cliente no pudo informar del fraude e interesar la retrocesión de la transferencia sino ya el lunes día 1 de febrero por la mañana.

Asimismo, no se ha probado la actuación fraudulenta de la usuaria ni que incurriera en negligencia grave en la custodia de sus claves o códigos y datos identificativos. Se intenta proporcionar una explicación razonable por la demandada de cómo un tercero pudo hacerse con los datos y claves de la banca *on line* haciéndose pasar por la demandante, y cómo pudo confirmar las operaciones vía *sms*, puesto que la demandante

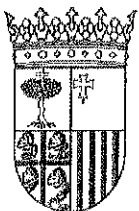


ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

conservaba su teléfono móvil con su tarjeta *SIM*, con la tesis de que posiblemente al pulsar la actora sobre un *sms* que llegó días antes con un aviso de un paquete, con apariencia de proceder de la conocida empresa de paquetería DHL, debió descargar algún tipo de *malware* en su dispositivo móvil; sin embargo, no existe una certeza probatoria de que así fuera. Sin que pueda considerarse sin más que abrir un mensaje con la apariencia de proceder de una empresa de paquetería conocida, cuando además se está esperando la llegada de un envío, suponga incurrir en una negligencia grave por parte del cliente bancario, puesto que si se exigiera al cliente una diligencia tal conforme al criterio que pretende la demandada ello haría inoperativa la comunicación por internet o *sms* entre el cliente y cualquier tercero con apariencia legítima o incluso con el propio Banco, o supondría la no utilización de los servicios de pago ni de la banca digital, de cuyo uso obtiene también beneficios la propia Entidad de crédito.

Atendidos la normativa y jurisprudencia expuestas, y la falta de acreditación de fraude o negligencia grave imputable a la propia demandante, la demandada, como prestadora de servicios de pago, debe responder de la operación de pago no autorizada objeto de reclamación, debiendo estimar la pretensión de la demanda de reclamación por los perjuicios causados en el importe de 9.100 €.

TERCERO.- El art. 394 LECivil determina que, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie razonadamente que el supuesto presentaba serias dudas de hecho o de derecho, lo cual no es el caso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

I.- ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Dña. [REDACTED] contra **IBERCAJA BANCO SA, CONDENÁNDOLE** al pago de la cantidad de nueve mil cien euros (**9.100 €**) de principal, más los **intereses legales** (procesales).

II.- Todo ello con expresa imposición de las **costas** procesales a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** que, en su caso,



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

deberá interponerse ante este Juzgado dentro de los VEINTE días siguientes a su notificación, previa consignación del depósito correspondiente.

Llévese el original al libro de Sentencias y expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones.

Así lo pronuncio, mando y firmo, SS^a Ilma. Dña. Beatriz Terrer Baquero, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Zaragoza. Doy fe

Firmado por:
BEATRIZ TERRER BAQUERO

Fecha: 05/06/2023 10:57

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 4903000004152721 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

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 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.



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN