



**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2
TOLEDO**

SENTENCIA: 00184/2024

C/MARQUES DE MENDIGORRIA
Teléfono: 925 39 60 44-48, Fax: 925 39 60 49
Correo electrónico: instancia2.toledo@justicia.es

Equipo/usuario: 003
Modelo: S40000 SENT TEXTO LIBRE ART 206.1 3º LEC

N.I.G.:

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001275 /2022

Procedimiento origen: JVB JUICIO VERBAL 0001275 /2022

Sobre ACCION DECLARATIVA

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

QUISMONDO MEDINA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. UNICAJA BANCO S.A.

Procurador/a Sr/a. ,

Abogado/a Sr/a. ,

S E N T E N C I A

En Toledo, a dos de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos por Eugenio de Pablo Fernández, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Toledo y de su partido, los presentes autos de procedimiento ordinario seguidos con el número 1275/2022 a instancia de D.

y DÑA.

representados por la Procuradora Dña.

y asistidos del Letrado D. Juan Pablo Palomar Pérez, contra UNICAJA BANCO, S.A., representado por la Procuradora Dña.

y asistido de la Letrada Dña. sobre reclamación de cantidad, se procede, en nombre de S.M. el Rey, a dictar la presente resolución, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por D. , y DÑA. , representados por la Procuradora Dña. , se presentó demanda de procedimiento ordinario frente a UNICAJA BANCO, S.A. en reclamación de 11.775,99 euros.



SEGUNDO: Por decreto de 30 de enero de 2023 se admitió a trámite de la demanda y se acordó el emplazamiento del demandado, que se personó y contestó a la demanda por medio de la Procuradora Dña.

TERCERO: Solicitada la acumulación a los presentes autos de los de procedimiento ordinario 2/2023 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Toledo, por auto de 10 de octubre de 2023 se denegó, tras lo cual se señaló la audiencia previa para el día 10 de enero de 2024.

CUARTO: En la fecha señalada compareció la representación procesal de ambas partes, fijándose el juicio para el día 29 de abril de 2024 tras la fijación de los hechos controvertidos y la admisión de los medios de prueba útiles y pertinentes de entre los propuestos (documental e interrogatorio de los demandantes).

QUINTO: En el día indicado se celebró el juicio, con presencia de la representación procesal de ambas partes, quedando los autos vistos para sentencia tras el informe de los Letrados, al renunciar la demandada al interrogatorio de parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los demandantes solicitan la condena de la demandada al pago de 11.775,99 euros, más intereses y costas, con base en la Directiva 2015/2366 y en el Real Decreto-Ley 19/2018, ya que entre el 26 y el 30 de junio de 2022 se realizaron, desde su cuenta bancaria, cinco transferencias no autorizadas por ellos, de 3.900 euros, 2.000 euros, 0,99 euros, 2.875 euros y 3.000 euros, tras ser suplantada su identidad en la autenticación de las mismas previa duplicación fraudulenta de su tarjeta sim.

Alega la demandada que uno de los demandantes debió pinchar el enlace en el aviso de que se iba a producir un cambio de dispositivo vinculado, sms de 26 de junio de 2022 a las 19.45, facilitando claves de usuario y contraseña, siendo ese nuevo dispositivo el que luego ordenó y autorizó con clave OTP las transferencias; lo relativo a la duplicación de la tarjeta sim son meras especulaciones ajenas a la responsabilidad de la demandada. Por tanto no existe responsabilidad por parte de la demandada, que actuó diligentemente, recibiendo al autorización de la actora para



vincular otro dispositivo, siendo el cliente gravemente negligente, al autorizar ese cambio de dispositivo.

SEGUNDO: No siendo, pues, controvertidas las disposiciones fraudulentas en la cuenta del demandante, debe estimarse la demanda.

La cuestión relevante es, con arreglo a la normativa referida por ambas partes en sus escritos de demanda y contestación, Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, arts. 36 y siguientes, determinar si, partiendo de la responsabilidad de la demandada, ésta puede excluirse por considerar que el demandante incurrió en negligencia grave, de acuerdo con el art. 44.3, partiendo de que se cumple con lo previsto en el art. 43.

En las estafas como la litigiosa resulta indudable que siempre se puede imputar una cierta negligencia a los usuarios de banca online, por confiar en una apariencia que, mirado retrospectivamente, al tiempo del juicio, podía ofrecer dudas, pero lo que se debe tener en cuenta es si, en el momento de producirse el hecho, podía existir la sospecha por parte del usuario, de tal suerte que la comunicación de las claves o la facilitación del acceso de otro modo a las cuentas propias a quien finalmente resultan ser terceros ajenos a la entidad bancaria pueda considerarse negligencia por su parte en la custodia de tales datos.

En este caso ni siquiera puede imputarse a los demandantes esa mínima responsabilidad vista ex post, pues, efectivamente, el relato de la demanda sobre la duplicación de la tarjeta sí se acredita con el certificado de VODAFONE aportado en la audiencia previa y, tras la renuncia de la demandada al interrogatorio de parte por ella propuesto y admitido, siendo la única prueba para cuya práctica se señaló el juicio, no hay elemento alguno que permita poner en duda la versión dada por los demandantes, teniendo en cuenta la inversión de la carga de la prueba que resulta del régimen establecido en el Real Decreto-Ley, de tal manera que no consta que los demandantes intervinieran en momento alguno en la duplicación de la tarjeta, ni autorizaran la vinculación de otro dispositivo a la banca online, como alega la demandada, sino que todo se hizo sin su intervención; si se duplicó la tarjeta, fue precisamente para poder vincular otro dispositivo sin necesidad de esa intervención.

Es obvia la responsabilidad de VODAFONE, que, en su caso, podrá exigir la demandada en el procedimiento que considere oportuno, pero ello no exime de responsabilidad a ésta para con los demandantes, pues lo relevante es si se ha acreditado negligencia grave en éstos, único supuesto en que la demandada quedaría eximida de cumplir con su obligación restitutoria



legalmente prevista, y la respuesta es rotundamente no, según ya se ha dicho.

En este sentido no deja de llamar la atención que la demandada alegara la necesidad de acumular a este procedimiento el procedimiento ordinario 2/2023 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Toledo, por responder al mismo fraude, en la misma fecha, en relación con otra cuenta de uno de los demandantes con otro perjudicado, afirmando, en otro caso, la litispendencia, y, sin embargo, no se haya aportado la sentencia dictada en ese procedimiento, pese a afirmarse en el trámite de conclusiones que se había dictado sentencia desestimatoria.

Esto lleva a desconocer el razonamiento en que se haya podido basar dicha sentencia, que se ha de referir a una prueba diferente a la desarrollada en este procedimiento, pues en los términos en que ahora se está resolviendo se ha pronunciado la jurisprudencia en el caso de autos (cfr. SAP Asturias, sección 5ª, de 20 de abril de 2023, SAP La Coruña, sección 5ª, de 17 de octubre de 2023, SAP Zaragoza, sección 5ª, de 17 de noviembre de 2022, SAP Madrid, sección 14ª, de 21 de febrero de 2023, o SAP La Coruña, sección 6ª, de 30 de junio de 2023, entre otras muchas).

Por transcribir sólo alguna de dichas resoluciones, la sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de octubre de 2023 explica, tras reproducir los arts. 41, 44, 45 y 46 del Real Decreto-Ley:

«Por lo que a tenor de lo expuesto, ha de concluirse que la responsabilidad establecida en dicho texto legal respecto de la entidad proveedora del servicio de pago es cuasi objetiva, con inversión de la carga de la prueba, al presumirse la falta de autorización de la operación, si el titular lo niega. Sistema de responsabilidad civil que cesa cuando a tenor de lo establecido en el artículo 46 del texto legal referido, el cliente ha actuado fraudulentamente o con negligencia grave a la hora de aplicar los medios razonables de protección de seguridad personificados de que haya sido provisto o en el caso de que no haya comunicado a la entidad el pago no autorizado en cuanto tenga conocimiento del mismo, siempre y cuando la entidad disponga de un sistema de comunicación adecuado, gratuito y disponible en todo momento que le permita al usuario del servicio efectuar la comunicación de la actuación fraudulenta.

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre de servicios de pago, que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior, que fue aprobada como Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (EDL 2007/211998), sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y



por la que se derogó la Directiva 97/5/CE (EDL 1997/22102), introdujo en un capítulo que reguló los riesgos operativos y de seguridad de los proveedores de servicios de pago. Todo ello en la idea, resaltada en el Preámbulo de la Ley, de que la regulación de los servicios de pago ha de promover, en particular, un entorno que propicie el desarrollo ágil de las transacciones de pago, unas reglas comunes respecto a su operatividad, un abanico suficientemente amplio de opciones de pago para los usuarios y unas normas de protección efectiva para los mismos.

En los artículos 27 y siguientes se establece un régimen de responsabilidad de las indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, a cargo del proveedor de servicios de pago, que le obliga a devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecer en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada. Responsabilidad que solo cede en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, del titular de la cuenta en cuestión, respecto a la obligación que asume de adoptar "las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados" que se le hayan facilitado.

En esa misma línea, Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre (EDL 2018/127163), de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, derogó la Ley 16/2009, e incorporó parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico el marco europeo creado por la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 (EDL 2015/235895) sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (EDL 2010/253060) y se deroga la Directiva 2007/64/CE (EDL 2007/211998), en sustitución de la del 2007, que junto al Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015 (EDL 2015/70414). Esta nueva norma, actualmente en vigor, asumió 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 (EDL 2009/244701), así como promover la innovación en los servicios de pago a través del móvil y de internet. En la misma línea de proteger al consumidor del servicio, exige ahora sistemas de autenticación reforzada, y reproduce un sistema similar de responsabilidad a cargo del proveedor del servicio, que solo cede, como en el supuesto anterior, en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia



grave; que lo será solo en caso de actuación fraudulenta, cuando el proveedor no ha establecido el sistema de autenticación reforzada.

2.2.3. Si la responsabilidad de la entidad bancaria solo cede en caso de actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, del titular de la cuenta en cuestión (no de un tercero), la carga de acreditar tales afirmaciones compete a la entidad bancaria, lo que no ha hecho:

1) el dato de que la operadora de telefonía haya expedido de forma aparentemente negligente un duplicado de la tarjeta SIM, sin confirmar debidamente la identidad del solicitante, no es un caso de actuación fraudulenta o de incumplimiento, deliberado o negligencia grave del demandante.

2) de igual forma, no consta acreditado que el demandante actuase con negligencia y no custodiara debidamente sus datos de identificación personal, de tal forma que un tercero obtuviera información confidencial que le permitiese, no solo obtener un duplicado SIM de su número de teléfono, sino el acceso a sus credenciales personalizadas para posteriormente instalarse la aplicación de banca móvil en un nuevo dispositivo.

Partiendo de la obtención del duplicado por parte de un tercero, de VODAFONE, el 30/07/2020, consta:

18:52 expedición de duplicado, por la compañía telefónica (VODAFONE)

19:03:10 se remitió PIN de banca móvil

19:27:44 1º SMS ABANCA confirmación instalación

19:27:46 Confirmación Vodafone de recepción SMS puesto en cola para enviarlo

19:27:50 2º SMS ABANCA nuevo terminal asociado

19:27:50 Confirmación Vodafone de recepción SMS puesto en cola para Enviarlo.

Desde que se finaliza la expedición del duplicado de la tarjeta SIM 18:52 hasta las 19:03:10 que es cuando se remitió el nuevo PIN de banca móvil han pasado escasamente 11 minutos.

Tiempo, que como recuerda el apelante, parece reducido para identificarse y hacer una serie de preguntas personales que confirmen la identidad de un cliente.

Una vez que se ha producido el duplicado de la tarjeta SIM, el usurpador recibiría todos los SMS que envía la entidad bancaria, para instalar la banca móvil, con el doble factor de autenticación (2FA) en la SIM clonada.

No consta que la entidad ABANCA comprobase fehacientemente, y con la diligencia debida, la identidad del usuario del servicio de pago, en este caso el Sr. Julio, pues habiendo sido este víctima de un fraude por duplicado de la tarjeta SIM de su teléfono, algo que quedó acreditado y admitido por el juzgador de instancia, sin embargo ABANCA no

fue capaz de detectar que la persona que se pone en contacto con la entidad para instalar la banca móvil en un nuevo dispositivo, no era el Sr. Julio, y en ningún momento se demuestra por la demandada que efectivamente realizó esa comprobación, antes de autorizar las transferencias, pues únicamente se limita a alegar que al usuario se le hicieron las "preguntas de seguridad" previamente a la instalación de la banca móvil, pero no acredita en ningún comentario cuáles son esas preguntas de seguridad, ni tampoco aporta la grabación de esa conversación, en la que se le piden al usuario unas preguntas de seguridad, para acreditar su identidad.

El demandante es víctima de un fraude, de una estafa, por clonación de su tarjeta SIM.

El Sr. Julio en poco menos de once minutos se queda sin poder operar desde su teléfono móvil, por lo que no puede hacer nada en cuanto sus credenciales, toda vez que debería de haber sido la entidad demandada la que debió de acreditar la correcta identidad del usuario, antes de permitir la instalación de la banca móvil en otro dispositivo.

Ha de concluirse que se ha acreditado que se produjo un fraude por tercero que obtuvo una copia de la tarjeta SIM del teléfono del actor, tal y como resulta de la contestación al oficio remitido por VODAFONE. Sin que se haya acreditado por la entidad bancaria que el apelante haya actuado fraudulentamente o con negligencia grave. Presumir que, aún producida la apropiación ilícita de las claves secreta por tercero, a través de medios tecnológicos, concurre falta de diligencia del cliente es desproporcionado e injusto al imponerle una sanción, cuando resulta completamente ajeno a tal proceder y grabarle con una carga probatoria perjudicial, ya que legalmente, como antes se expuso, corresponde a la entidad bancaria demostrar la actuación fraudulenta o el incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, del titular de la cuenta en cuestión, lo que no ha hecho en el caso de autos».

Es evidente que se trata de una motivación extrapolable al caso de autos, a la vista de la prueba con que se cuenta en este caso, pudiendo añadirse, como en el caso transcrito, que no es sólo que la demandada no haya acreditado negligencia grave de la actora, sino que no puede afirmarse en modo alguno su diligencia cuando, según el documento 1 de la contestación a la demanda, tan sólo dos minutos después de modificarse el dispositivo vinculado, sin acreditar en modo alguno que esa modificación la llevara a cabo el titular de la cuenta, comienzan a realizarse transferencias por un importe importante, que no consta que se llevaran a cabo habitualmente en esa cuenta, y prosiguen en los días siguientes, sin actuación alguna por parte de la demandada, de tal suerte que es evidente la deficiencia del protocolo de seguridad, que dio

lugar no sólo al fraude, sino, sobre todo, al incremento de su importe.

TERCERO: Por lo expuesto, de acuerdo con el régimen de responsabilidad establecido legalmente, en que se imputan a la entidad bancaria los riesgos de las operaciones fraudulentas, responsabilidad que debe dar lugar a la inmediata restitución del importe defraudado, no exigiéndose al cliente otra actuación que la inmediata comunicación a la entidad, como se hizo en este caso, y adoptar las medidas razonables para conservar sus credenciales, y no habiéndose acreditado negligencia grave del cliente en las transferencias fraudulentas, incumbiendo la carga de la prueba a la entidad financiera, sino, al contrario, resultando, de lo actuado, cuando menos una pasividad incompatible con las medidas que UNICAJA debe adoptar para evitar actuaciones fraudulentas, no cabe sino la estimación íntegra de la demanda y, por tanto, la condena de la demandada al pago a los demandantes del importe reclamado, importe al que se ha de sumar el interés legal del dinero desde la fecha de la reclamación extrajudicial (acontecimiento 7), de acuerdo con los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil, y el del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia.

CUARTO: La estimación íntegra de la demanda determina la condena en costas de la demandada, conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED], representados por la Procuradora Dña. [REDACTED], frente a UNICAJA BANCO. S.A., representado por la Procuradora Dña. [REDACTED] y, en consecuencia, CONDENAR a UNICAJA BANCO, S.A. a abonar a D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED] la cantidad de ONCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (11.775,99 €), con el interés legal del dinero devengado por dicha cantidad desde la fecha de la reclamación extrajudicial y el del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia, y costas.



Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales, y llévase el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Notifíquese a las partes.

Esta sentencia no es firme, contra ella cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, en veinte días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación de la presente y previa constitución del depósito legalmente previsto.

Así, por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el mismo Magistrado que la dictó, hallándose en audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.

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 tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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