

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.-

Por el Juzgado de 1ª Instancia número 48 de Madrid, en fecha 27 de mayo de 2016, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda formulada por Don Felix, representado por la Procuradora Doña Nazaret Mayoral Redondo, contra Banco Santander S.A., representada por la Procuradora Doña María Cruz Reig Gastón, debo condenar y condeno a esta a que abone a la actora la suma de 55.275,09 euros, intereses legales y abono de costas." Y con fecha 13 de junio de 2016 se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aclara la sentencia de fecha 27/05/2016 en los términos siguientes: Condenar a la demandada a devolver a la actora la suma de 49.269 euros en concepto de principal y pago de intereses desde el día 17 de mayo de 2012 hasta la fecha en que se realice el pago y pago de costas."

SEGUNDO.-

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.-

Por providencia de esta Sección, de 30 de noviembre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 30 de octubre de 2017.

CUARTO.-

En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .-

La cuestión que debía ser resuelta en esta alzada al no ser cuestión litigioso el hecho origen de la acción ejercitada por la representación del Sr. Felix contra Banco Santander para que le fueran reintegradas las cantidades depositadas en la cuenta abierta en la misma de las que no dispuso, 49.269 euros más los intereses calculados ascendentes a 6006,09 euros, en total 55275,09 euros, es si en el traspaso de fondos habidos en esa cuenta por terceros hubo responsabilidad de la depositaria, quien debería por ello indemnizar en los términos solicitados.

La Juez de instancia atendiendo a lo alegado por las partes -demanda y contestación- y una vez practicada la prueba concluyó que era responsable de lo ocurrido la demandada quien debía conforme a lo dispuesto en la Ley 16/2009 de Servicios de pago abonar lo reclamado -fundamento segundo de la sentencia- más intereses y costas; aclarando mediante auto de 13 de junio de 2016 la cuantía y devengo de intereses, en el sentido de ser el importe a abonar por Banco Santander s.a 49.269 euros e intereses desde el 17 de mayo de 2012 hasta la fecha en que se realice el pago, y manteniendo el pronunciamiento en costas.

Banco Santander s.a recurre la sentencia siendo el motivo único en el que fundamenta su petición revocatoria haber incurrido en error la Juez al valorar la prueba que desarrolló en tres apartados a través de los que expone su discrepancia en relación a unos concretos hechos en relación con la Banca on line a través de la que iba a operar con la entidad depositaria (ser o no la página la del Banco, haber sido el actor no solo suficientemente meticuloso y cumplido las obligaciones que le correspondía sobre "seguridad", no haber valorado correctamente la pericial) para concluir afirmando que el fraude habido, no discutido, se cometió "con la necesaria intervención del demandante, y por su actuación negligente" por lo que afirmaba que debía ser revocada la sentencia porque su actuación "fue adecuada", frente a la de su cliente.

El demandante Sr. Felix se opuso al recurso solicitando fuera confirmada la sentencia por no haber sido valorada erróneamente la prueba sino correctamente y resuelto atendiendo a la misma -interrogatorio de parte y pericial- y a la regulación legal existente sobre "servicios de pago", Ley 16/2016.

SEGUNDO.-.-

Son hechos admitidos que el demandante contrató con Banesto un "Depósito azul" por cuatro meses"; este contrato lo hizo tras contactar telefónicamente con "iBanesto" -banca on line- de la entidad referida, que le remitió la documentación necesaria para poder operar en la Banca on line de la misma.

La documentación le fue remitida mediante correo electrónico, entre dichos documentos el contrato que firmó y remitió tal y como le fue solicitado, incluyendo la orden de traspaso de 45.000 euros, que debía sumarse al ingreso previo en la cuenta, hecho en una oficina de Banesto -2.990 euros-. En total la cantidad depositada fue de 47.900 euros.

Teniendo la documentación, y siguiendo las instrucciones dadas accedió a la plataforma www.ibanesto.com; y procedió haciendo las comprobaciones que se le indicaban y corrección de sus datos a dar la clave de acceso y firma. Asimismo instalado el protocolo de seguridad, procedió a mejorar la seguridad de su móvil, siguiendo lo que se le indicó en la web, instalando el programa en su smarphone: programa "Android Security Suit Premium".

Tampoco se ha discutido ni en la instancia ni en esta alzada que fue el departamento de fraudes de Banesto -iBanesto- quien se puso en contacto con el Sr. Felix para advertirle que se habían producido movimientos "extraños" en su cuenta, quince transferencias entre el 14 y 16 de mayo de 2012 (el día 14 de ese mes y año fue cuando accedió por primera vez al sistema) siendo el saldo de su cuenta de 721 euros.

Procedió ante esos hechos a pedir datos a la entidad bancaria y formular por último denuncia que dio lugar a la incoación de un proceso penal, que fue archivado, interponiendo la demanda origen de este proceso, en el que partiendo de lo anterior lo que se discute es si ha de responder o no la demandada abonando la cantidad que le fue sustraída de su cuenta. Siendo en este extremo en el que las partes discrepan porque considera el demandante que existe responsabilidad de la entidad bancaria y no así esta última que considera que el responsable era y es el demandante.

TERCERO.-.-

El motivo en el que fundamenta la pretensión revocatoria la demandada es haber incurrido en error la Juez al valorar la prueba porque el relato de hechos que se recoge en la sentencia no se ajusta a la realidad en relación al momento en el que se infectó el ordenador del apelado y la diligencia del mismo.

Este tribunal no comparte lo alegado por la recurrente, que hace cuestión de datos que no permiten excluir la responsabilidad de la entidad bancaria como son el momento en el que se introdujo el virus en el ordenador del demandante o si es más o menos meticuloso, porque lo cuestiona sin datos objetivos; en ningún momento ha probado que el Sr. Felix no atendiera lo que se le indicó para instalar el programa, o qué actuación negligente realizara.

Para dar respuesta al recurso es importante no solo tener en cuenta como se produjo el hecho sino la normativa a aplicar, además de las normas reguladoras de la carga de la prueba.

1.- Lo ocurrido al demandante fue consecuencia de "un abuso informático" lo que se denomina "pishing" que consisten en suplantar la identidad del banco por parte del phister con el fin de adquirir información confidencial sobre contraseñas de cuentas bancarias, tarjetas o cualquier otra información del sujeto con la entidad bancaria que le permita entrar en la cuenta del usuario en internet de banca electrónica.

El usuario de internet recibe un correo electrónico o cualquier otro tipo de mensaje, instantáneo, mediante el que se le informa de que debe cambiar claves bancarias, indicándole un link mediante el que acceder ala web de la entidad y allí realizar los cambios, y al hacerlo está facilitando los datos necesarios para después poder manejar por él las cuentas bancarias, o sus tarjetas, etc.

Las técnicas mayoritarias de pishing son "de engaño" contra la víctima que es el usuario, al que se le ofrece una apariencia de certeza, en este caso se le apertura una página igual o similar a la del Banco, no distinguible para él mismo.

Y debe indicarse que no es un sistema fácil sino complejo, que no es detectable por el particular usuario, aun teniendo instalados antivirus porque el tema más de uso de estos es de sistemas, para lo que se requiere algo más que tener cuidado y tener instalado tanto en el ordenador como en el móvil un antivirus.

2.- La Ley a tener en cuenta para resolver es la 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pagos, que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2007/64/CE cuyo objetivo era garantizar los pagos realizados en el ámbito de la Unión Europea, en concreto las transferencias, para que se pudieran realizar con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros, y reforzar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de pago y facilita la aplicación operativa de los instrumentos de la zona única de pagos en euros -SEPA-.

En el artículo 31 bajo el epígrafe "responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas":

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley, y de las indemnizaciones por daños y perjuicios al as que pudiera haber lugar conforme al a normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que haría existió de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada".

Y en el siguiente, artículo 32, sobre responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas:" 1.No obstante lo dispuesto en el artículo 31, el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído; 2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27. 3.- Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 27. B), de un instrumento de pago extraviado o sustraído. 4.- Si el proveedor de servicios de pago no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c), el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta".

3.- Y por último lo que ha de comprobarse es la prueba practicada a los efectos de poder determinar qué hechos son aquéllos de los que infiere la parte demandada que hubo responsabilidad del demandante.

CUARTO.-.-

La parte recurrente como ya se ha indicado niega su responsabilidad y sí la del demandante pero no concreta en base a qué llega a tal conclusión, y en concreto qué actuación en concreto es aquélla de la que deriva la responsabilidad del Sr. Felix, no teniendo esa consideración su discrepancia con el momento en el que el ordenador estaba infectado lo que no es relevante porque lo es no el tiempo sino cómo se produjo y tampoco se infiere de las precisiones que hace la apelante en relación a la prueba pericial, de lo que trata de inferir no tanto la existencia de prueba de la responsabilidad del Sr. Felix sino la no prueba de ser responsable la entidad bancaria. Pero revisada la prueba pericial la conclusión no obstante ser ciertas las frases extraídas del informe, y valoradas no en su conjunto sino parcialmente, no es la pretendida por la parte que olvida la situación de asimetría entre la entidad y el usuario-consumidor por tanto el deber de información que pesaba sobre ella y, como no, de control de la actividad bancaria más aun teniendo en cuenta el tipo de depósito que fue contratado por el actor.

Es cierto que el uso de la banca "on line" requiere ser cuidadoso, pero en ningún momento la recurrente ha probado que no lo fuera el actor. Y en concreto que no tuviera un antivirus instalado en su ordenador y ello haciendo abstracción de no ser éste el problema origen de la disposición por persona o personas ajenas al mismo de su cuenta vía transferencias, porque el problema no era tener instalado un antivirus sino del sistema, así resulta de la prueba pericial, en concreto de las respuestas dadas por los peritos en el acto del Juicio.

La parte demandada no ha acreditado haber informado debidamente al demandante, no considerando que esa labor y obligación se cumpliera mediante el envío de la documentación por correo electrónico; que se le hicieran advertencias genéricas no eran suficientes para evitar este fraude, y además no constan las afirmaciones que la parte hizo al contestar, y ahora al recurrir de no tener ninguna medida de seguridad, menos aun cuando no se le indicó cuáles deberían ser más allá de ser cuidadoso.

Además no tiene en cuenta al recurrir un dato que sí es relevante, el tipo de depósito contratado. El depósito azul se caracterizaba para ser rentable que no se dispusiera de los fondos, resultando absurdo y por tanto sospechoso que desde el momento mismo que se hizo el depósito el propio cliente/usuario procediera a hacer transferencias hasta reducir el importe del depósito a menos de mil euros, porque la pregunta sería para qué y por qué lo contrató si ya no sería rentable, y el depósito habría venido innecesario. Y esto no fue tenido en cuenta, y ninguna alerta saltó en la entidad bancaria, que era la única que podía tener control sobre el uso que se hace de este medio de gestión de cuentas. Y tener mecanismo que le permitieran comprobar que esas transferencias eran del actor, lo que no consta hiciera.

La recurrente pretende al margen de la conclusión última en la que afirma la responsabilidad del actor, pero sin concretar qué actos hizo indebidos o cuáles no, y que debería haber adoptados, obtener su absolucón no tanto por haberse probado la responsabilidad del Sr. Felix sino por existir dudas de que ella como depositante hubiera podido hacer otra cosa, conclusión y tesis que no es de recibo. Menos aun revisando la prueba pericial, a través de la que quedó constancia que "el troyano" que dio lugar a este fraude ha sido diseñado para atacar "bancos" y su detección dependía y depende de los sistemas informáticos a instalar por la Banca, que era y es la única que podría detectarlos, porque las medidas a las que hicieron referencia en mas de una ocasión a lo largo de su declaración los peritos eran técnicas a utilizar por los Bancos, llegando a afirmar que había técnicas para detectar este "troyano" -clitadel que es uno de los habituales- y que si bien no eran infalibles, sí que estaban en manos no del usuario sino del Banco. Añadiendo que el cliente no podía evitarlo pero sí minimizar riesgos, siendo

importante no la actualización del antivirus sino "actualizaciones del sistema operativo", reiterando que era el Banco quien sí podría haberlo detectado.

Siendo el Banco quien podría haberlo detectado, la cuestión es, al margen de la infalibilidad o no, comprobar qué hizo el Banco, qué mecanismos tenía establecidos en aquella fecha. Y a esta pregunta la parte demandada no solo nada alegó en su momento, al contestar, sino tampoco al recurrir, porque nada ha probado sobre qué sistemas tenía establecidos a los efectos de prevenir en algún momento ese ataque de virus; porque el aviso dado después de haber desaparecido en dos días todo el dinero depositado no es tanto un control de seguridad como la apreciación de un resultado evidente, que era la inutilidad ya de esa cuenta que no estaba a cero pero casi. No informó nada para evitar sino para informar de la pérdida o fraude ya consumado, lo que no expresa su diligencia antes ni durante el tiempo que duró el depósito contratado por el demandante.

QUINTO.-.-

No considera este tribunal que la Juez haya incurrido en error al valorar la prueba debiéndose confirmar la sentencia con imposición de costas conforme a lo dispuesto en los artículos 398 y 394 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada, BANCO SANTANDER S.A contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 48 de Madrid, dictada el veintisiete de mayo de dos mil dieciséis y aclarada el trece de junio del mismo año, en los autos número 950/2015 de los que esta apelación trae causa, y CONFIRMAR la sentencia referida con imposición a la entidad apelante de las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370212017100360