

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Sentencia 100/2022 de 7 Mar. 2022, Rec. 888/2021

Ponente: Herrero de Egaña Octavio de Toledo, Fernando.

Nº de Sentencia: 100/2022

Nº de Recurso: 888/2021

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: *ES:APM:2022:4047*

Responsabilidad de la entidad bancaria que autorizó operaciones realizadas con tarjetas de crédito falsificadas

BANCA. Responsabilidad de la entidad bancaria que autorizó operaciones realizadas con tarjetas de crédito falsificadas. La actora es titular de una agencia de viajes que celebró con la entidad bancaria un contrato de acceso de comercios a los sistemas de pago con tarjeta. La actora vendió varios billetes de avión que fueron pagados con tarjetas falsificadas. Al autorizar la entidad bancaria las operaciones debe responder si las tarjetas utilizadas estaban falsificadas, ya que es ella quien puede y debe comprobar si con los datos que suministraba la actora la operación debía autorizarse. El incumplimiento contractual de la actora al no confeccionar las facturas en la forma prevista contractualmente no afecta a sus obligaciones esenciales, impidiendo por ello la aplicación de la excepción de contrato incumplido.

La AP Madrid revoca la sentencia de instancia y estima en parte la demanda de responsabilidad de la entidad bancaria demandada por el uso fraudulento de tarjetas de crédito.

TEXTO

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2020/0053820

Recurso de Apelación 888/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 338/2020

DEMANDANTE/APELANTE: D. Blas

PROCURADOR Dña. MIRIAM RODRIGUEZ CRESPO

DEMANDADO/APELADO: BANKIA S.A.

PROCURADOR Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

PONENTE: ILMO. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

SENTENCIA Nº 100

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D. JOSE MARIA TORRES FERNANDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

En Madrid, a siete de marzo de dos mil veintidós.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 338/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid a los que ha correspondido el Rollo nº 888/2021 en los que aparece como **parte demandante-apelante** D. Blas, representada por la Procurador Dña. MIRIAM RODRIGUEZ CRESPO, y de otra, como **parte demandada-apelada** la entidad BANKIA S.A., representada por la Procurador Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 22/07/2021.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 22/07/2021, cuyo fallo es del tenor siguiente: *"Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra Rodríguez Crespo en nombre y representación de D. Blas contra BANKIA debo absolver y absuelvo a la referida*

demandada de la pretensión contra ella ejercitada con imposición al actor de las costas causadas."

Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de D. Blas se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, dándose traslado a la otra parte que se opuso, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 2 de marzo de 2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La actora indica en su demanda que la entidad Vallmont Capital, S.L., contrató con la demandada un contrato de acceso de comercios a los sistemas de pago con tarjeta. En julio y septiembre de 2012, acudieron a la agencia de viajes de la que la actora es titular diversas personas con tarjetas de crédito aparentemente expedidas por la demandada, con las que adquirieron billetes de avión. Dichas personas se identificaron con sus respectivos documentos de identidad y firmaron los comprobantes de la compra. Al pasar la tarjeta por la Terminal de Venta daba error, por lo que, de conformidad con las instrucciones recibidas al respecto, el personal de la agencia de viajes llamaba al Centro de Autorizaciones y, tras recibir telefónicamente autorización para efectuar la operación, se realizaba la misma.

Los pagos realizados fueron retraídos por la hoy demandada a medida que los cargos eran denunciados por los verdaderos titulares de las tarjetas clonadas/falsificadas, alegando la demandada que Visa declinaba asumir los cargos mediante las tarjetas falsificadas porque consideraba que se había producido una utilización inadecuada del medio de pago, al teclearse la numeración de la tarjeta sin pasar la misma por el Terminal.

La actora denunció en comisaría los posibles delitos de falsificación de tarjeta de crédito y estafa. Posteriormente la sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 65/2018 (LA LEY 35583/2018), condenó a diversos acusados como autores de delitos de falsificación de tarjetas de crédito por la utilización de las mismas para adquirir billetes de avión en la agencia de viajes de la que era titular Vallmont Capital, S.L.

La demandada se opuso a la demanda alegando que la actora había incumplido el contrato concertado en su día, ya que al no encontrarse operativa la Terminal de Punto de

Venta, ésta introducía manualmente el número de tarjeta en el terminal utilizando el teclado para, posteriormente, solicitar autorización al Centro de Autorizaciones y proceder al pago, pero éste no era el método previsto contractualmente, ya que con arreglo al contrato se debía solicitar autorización telefónica y cumplimentar la factura de acuerdo con lo indicado en la condición general 2ª del contrato, aportándose como documento 7 de la demanda las facturas que no han sido elaboradas siguiendo dichas condiciones, no estando en modo alguno previsto la introducción manual de los números de tarjeta en el terminal para después solicitar autorización, ya que la factura debe contar con el número de tarjeta, en nombre del titular mediante la impresión de los datos en relieve y el código de autorización facilitado por la entidad, requisitos que no cumplen las facturas aportadas por la actora.

La sentencia que se recurre desestimó la demanda.

SEGUNDO: Alega la parte demandada que existe errónea valoración de la prueba ya que, indica, todas las operaciones efectuadas contaban con la correspondiente autorización de la demandada, por lo que ésta debe responder de los perjuicios ocasionados.

El recurso debe ser estimado.

TERCERO: En el presente procedimiento es una cuestión crucial la autorización de las operaciones por parte de la demandada.

La sentencia recurrida viene a dar por probado que el personal de la agencia de viajes comprobaba la identidad de la persona que efectuaba la transacción y que la misma aparecía como titular de la tarjeta autorizada, considerando que con independencia de que la demandada autorizase la operación, facilitando el código de la misma, está autorización no válida la introducción manual de la numeración de la tarjeta, ya que la factura debía ser elaborada en la forma establecida en el contrato.

Aparte de que tales hechos no son combatidos en esta alzada, en todo caso, ciertamente, *el hecho de que las operaciones eran autorizadas por parte de la demandada es un hecho tácita pero claramente reconocido por la demandada, la cual, frente a la expresa manifestación por parte de la actora de que recababa autorización mediante llamada telefónica a al Centro de Autorizaciones, no niega la existencia de tales autorizaciones.*

A lo largo de su contestación viene a indicar que la demandada no cumplió con sus obligaciones contractuales ya que utilizó el terminal cuando la tarjeta daba error, tecleando manualmente en el mismo los datos de la operación, solicitando más tarde la

correspondiente autorización telefónica, cuando, indica, con arreglo al contrato debía confeccionar manualmente el justificante de abono mediante la impresión en relieve de los datos de la tarjeta utilizando para ello los modelos correspondientes. Ante tal inaceptable actuación, indica la demandada, decide detraer las cantidades, tal y como el contrato prevé. Es decir, lo que se cuestiona es la elaboración formal de las facturas, pero no se niega que las operaciones fueran autorizadas por la demandada, lo cual lleva a tener tal hecho como admitido en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#).

Como se indicará posteriormente, aunque la actora no utilizase el justificante de abono con impresión en relieve de los datos de la tarjeta, cuyo modelo determinaba otros datos a suministrar, éstos le fueron comunicados a la demandada mediante la documentación que la actora le enviaba.

Tampoco se negó en la Audiencia Previa que la actora hubiera recabado autorización de la demandada para la realización de las operaciones. A instancia de la propia demandada se fijaron como hechos controvertidos si la actora había observado la diligencia debida, si la demandada había incumplido el contrato y si procedía el abono de daños y perjuicios, pero no se alegó que dentro de la supuesta falta de diligencia de la actora se encontrase la realización de las operaciones sin contar con autorización de la demandada, por lo que tal fijación de hechos controvertidos no subsana la falta de una negación clara en la contestación del hecho de que la actora hubiera recabado la correspondiente autorización a la hora de efectuar las ventas de los billetes mediante la utilización de las tarjetas que resultaron ser falsificadas.

Es más, y si bien la introducción de la negación de tal hecho en las conclusiones del acto de juicio sería extemporánea, no obstante, tampoco en tal momento se alegó por parte de la demandada como motivo para desestimar la demanda la falta de autorización, alegando nuevamente el incumplimiento por parte de la actora de los requisitos formales a la hora de confeccionar las facturas, pero sin negar ni cuestionar lo que el actor había manifestado tanto en su demanda como en su interrogatorio, esto es, que había recabado autorización para efectuar cada una de las operaciones.

CUARTO: Dejando por sentado, en consecuencia, que la demandada autorizó las operaciones, la misma debe responder de los perjuicios padecidos por el actor.

Como indicábamos en la sentencia de 23 de junio de 2013, dictada en el Rollo de Apelación 196/2012:

" Tal y como ya indicó esta Sala en sentencia de 3 de octubre de 2007, dictada en el rollo de apelación 426/2006 , quien se beneficia de la emisión de una tarjeta de crédito o de compras, debe asumir las consecuencias dañosas de su incorrecta utilización, ya que es dicha entidad la que crea un medio de pago, indudablemente encaminado a incrementar sus operaciones comerciales, y por ello quien debe asumir los riesgos que la contratación y pago a través de la tarjeta pueda ocasionar, salvo que conste negligencia por parte del titular de dicha tarjeta en la custodia o conservación de la misma."

Del mismo modo, la entidad que a través de los correspondientes terminales de puntos de venta posibilita el pago con tarjetas de crédito o débito, percibiendo por ello la correspondiente comisión, deberá asumir frente al otro contratante, es decir el comerciante con el que contrata la prestación del servicio de pago telemático, la pérdida correspondiente en caso de utilización de tarjetas falsificadas, salvo que el comerciante haya procedido con dolo o negligencia, propiciando con su actuación la utilización fraudulenta de las tarjetas, ya que es dicha entidad quien dispone los medios para posibilitar el pago mediante la utilización de tarjetas y, en su caso, la que debe disponer de los medios precisos para detectar las falsificaciones o manipulaciones indebidas de las mismas.

Es más, así se desprende que se pactó en el presente supuesto, ya que en la condición general 6 se indica que " el Titular se compromete a aceptar la retrocesión de aquellas operaciones cuyo importe haya sido liquidado y abonado en su cuenta en aquellos casos en los que existan indicios de operatoria, anómala, irregular, abusiva o fraudulenta; cuando en dicha operatoria no se haya empleado la diligencia prevista en este contrato, quedando autorizada Bancaja en estos casos para efectuar los adeudos correspondientes en la cuenta asociada..."

Por su parte, la diligencia exigible al beneficiario de las operaciones de pago, denominado Titular en el contrato, ha de referirse claramente a la prevista en la condición general 2 b), relativa a la comprobación y verificación de la identidad del usuario de la tarjeta, puesto que, obviamente, tan sólo el comerciante podrá verificar la identidad del usuario, posibilitando con ello el pago mediante la utilización de la tarjeta. Como se indicará posteriormente, la observancia de los requisitos formales previstos para la confección de los justificantes de pago carece de virtualidad para evitar la responsabilidad de la demandada, ya que aparte de que el actor suministró los datos requeridos, de lo actuado no se desprende que de haber confeccionado la documentación acreditativa del pago en la

forma estipulada en el contrato sí hubiera podido evitar la utilización fraudulenta de las tarjetas.

QUINTO: De la sentencia de 28 de enero de 2018, dictada en Procedimiento Abreviado 187/2007, por la Sección 23ª de esta Audiencia Provincial, se desprende que *los acusados adquirieron en la agencia de viajes Shambhala billetes de avión utilizando tarjetas bancarias falsificadas, supuestamente expedidas por la hoy demandada a nombre de cada uno de los acusados* (documento 6 de la demanda, hechos probados).

La utilización del sistema de pago con tarjeta bancaria mediante datáfono, es decir mediante terminal conectado con la hoy demandada, permitirá remitir electrónicamente a la entidad bancaria hoy demandada los datos de la tarjeta, procediendo con ello a autorizar o denegar la operación de forma telemática. Cuando dicho sistema, por el motivo que fuere, no es operativo, la autorización para la operación se produce por vía telefónica previa comprobación, debe suponerse, de la solvencia del titular de la tarjeta.

En el presente supuesto, si bien los hechos enjuiciados en el proceso penal no comprenden la totalidad de las operaciones que han sido retraídas por parte de la demandada, no obstante, *como se desprende de los hechos probados de la sentencia dictada en dicho proceso penal seguido al efecto, la defraudación se produjo utilizando tarjetas bancarias supuestamente expedidas por la hoy demandada a nombre de los usuarios, es decir de los acusados, por lo que de lo actuado se desprende que los operarios de la agencia de viajes no podían apreciar la falsedad de las tarjetas, las cuales además eran utilizadas por quienes aparecían como titulares en las mismas.* No consta que las restantes operaciones que han motivado el retroceso por parte de la demandada se haya operado de distinta manera, y en todo caso *no consta que la autorización de las operaciones haya obedecido a que los trabajadores de la agencia de viajes hayan suministrado a la demandada datos erróneos que hayan propiciado la autorización de las operaciones.*

Por tanto, aplicando la doctrina que anteriormente quedaba reseñada, *si la entidad bancaria autoriza telemática o telefónicamente la operación, salvo que conste que el cliente y beneficiario de la operación, en este caso la agencia de viajes, le ha suministrado erróneamente datos que han inducido a la demandada a autorizar una operación que, de haber sido conocidos, no hubiera autorizado, o bien que el cliente, de haber observado mayor diligencia podría haber descubierto que la operación era fraudulenta, la entidad bancaria debe responder frente al cliente por el importe de la operación autorizada.*

Es cierto que el método para documentar las operaciones seguido por la actora no se ha ajustado a lo pactado en las condiciones generales 2ª y 7ª del contrato, de los cuales se desprende que cuando el terminal no esté en funcionamiento ha de utilizarse el material facilitado por la hoy demandada, indicándose en la factura el número y nombre del titular de la tarjeta mediante la impresión de los datos en relieve, y del establecimiento y cualesquiera otros datos requeridos en los impresos, con especial atención a la fecha de realización de la operación, importe de la misma, identificación del titular y código de autorización facilitado.

Ahora bien, todos esos datos eran suministrados a la demandada mediante las facturas que confeccionaba la actora, unidas al justificante de la operación confeccionado manualmente con el datáfono, es decir con el Terminal, ya que de ambos documentos resulta con claridad el nombre de la entidad, en nombre del titular de la tarjeta, su documento de identidad, el concepto de la operación, importe de la misma, fecha de la venta, código de autorización y de operación, hora de la misma y la firma del cliente (documento 7 de la demanda, folios 43 y siguientes).

Cierto es que no se utilizaba la máquina que permitía la consignación de los datos de la tarjeta mediante su impresión en relieve, pero no consta entregada, lo cual para la actora es un hecho negativo cuya prueba, en consecuencia, no se le puede pedir so pena de ocasionar indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 julio 1967, 17 octubre 1983, 8 octubre 1984 (LA LEY 9130-JF/0000), 23 septiembre 1986, 8 julio 1988, 8 marzo y 30 abril 1991, 9 febrero 1993 y 4 febrero 2002, 10 de julio de 2003, 15 de febrero de 2012 y 21 de diciembre de 2016, entre otras, y Sentencia del Tribunal Constitucional 334/2006, de 20 de noviembre (LA LEY 181063/2006)), mientras que la demandada puede acreditarlo aportando el correspondiente justificante de entrega.

Pero en todo caso, aun partiendo de la hipótesis de que se le hubiese entregado dicha maquinaria, es claro que al autorizar la demandada las operaciones, la misma debe responder sí, como acontece en el presente supuesto, las tarjetas utilizadas estaban falsificadas, ya que, como se indicaba, es la demandada la que puede y debe comprobar si con los datos que suministraba la actora la operación debía autorizarse, desprendiéndose de lo actuado que, con independencia de que la actora hubiera confeccionado las facturas utilizando el aparato pertinente para ello y el modelo de factura correspondiente, la defraudación se hubiera producido igualmente, es decir, que el incumplimiento contractual de la demandada al no confeccionar las facturas en la forma prevista contractualmente, no ha provocado la autorización de operaciones con la utilización de tarjetas supuestamente expedidas por la demandada que, posteriormente se acreditó, eran falsificadas, por lo que

frente a la clara responsabilidad de la demandada no se puede aducir un incumplimiento de sus obligaciones por parte de la actora que permita a la demandada eludir su responsabilidad, ya que tal incumplimiento no es esencial sino puramente accesorio y formal, dado que no afecta a las obligaciones esenciales de la actora, impidiendo por ello la aplicación de la excepción de contrato incumplido (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006, 1 de abril de 2014, 18 de febrero de 2014 y 15 de junio de 2015 y 23 de junio de 2020, entre otras muchas), aparte de que no existe nexo causal entre dicho incumplimiento y el perjuicio padecido cuyo reintegro se reclama.

SEXO: No obstante, se aprecia que las facturas 13, 15, 19 y 31 aportadas con la demanda, han sido fraccionadas, reconociendo el actor en su interrogatorio que en algunas ocasiones se fraccionaban los pagos para sortear el límite de disponibilidad establecido.

Por tanto, en este caso la infracción del apartado C de la condición general 2ª del contrato, sí resulta relevante, ya que propicia la indebida autorización de la operación por un importe ficticiamente inferior al real.

En consecuencia, deben detraerse del importe de lo reclamado las cantidades de 1.130 € (factura 13); 1.530 € (factura 15); 1.300 € (factura 19) y 2.910 € (factura 31), es decir, 6.870 €, ascendiendo por ello el importe de la condena a la cantidad de 29.248 € de principal.

SÉPTIMO: No procede el devengo de intereses previsto en el [artículo 1108 del código civil \(LA LEY 1/1889\)](#), ya que no son solicitados en el suplico de la demanda, siendo precisa la postulación para el devengo de tal tipo de interés, so pena de incurrir en incongruencia Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996, 21 de marzo de 2002, 30 de noviembre de 2005, 28 de mayo de 2008 y 18 de julio de 2008 y 15 de junio de 2016, entre otras).

No obstante, sí procede hacer aplicación del interés moratorio previsto en el [artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), ya que tal tipo de interés no precisa de postulación de parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012, 18 de julio de 2008, 28 de mayo de 2008, 8 de marzo de 2006, 21 de marzo de 2002 y 30 de noviembre de 2005 y 15 de junio de 2016, entre otras muchas). Dicho interés se devengará desde la fecha de notificación de la presente resolución a la demandada, dado que desde tal momento la hoy recurrente conocerá la existencia de la condena y su importe, y en consecuencia comenzará la mora procesal para ella.

OCTAVO: Con arreglo a lo dispuesto en el [artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), y siendo la presente parcialmente estimatoria de la demanda, no procede hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia de este proceso.

Estimándose el recurso de apelación, por imperativo del [artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), no procede hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el demandante D. Blas contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2021 dictada en autos civiles Procedimiento Ordinario 338/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid en los que fue demandada la entidad BANKIA S.A., y en consecuencia, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la referida sentencia, y dejándola sin efecto DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el citado actor contra la referida demandada, condenando a ésta a abonar al actor la cantidad de 29.248 €, así como el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de notificación de la presente resolución a la entidad demandada, todo ello sin hacer imposición de las costas causadas en ambas instancias de este proceso.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el [artículo 477.2.3º \(LA LEY 58/2000\)](#) y 3 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, y previa constitución del depósito para recurrir previsto en la [Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-0888-21, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la [Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), introducida por la [Ley Orgánica 1/2009, de 3 de](#)

noviembre (LA LEY 19390/2009), complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Una vez firme la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y efectos.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 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.