



Roj: **SAP B 13682/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:13682**

Id Cendoj: **08019370112019100613**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **15/11/2019**

Nº de Recurso: **960/2018**

Nº de Resolución: **644/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA BACHS ESTANY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Secció núm. 11 de l'Audiència Provincial de Barcelona. Civil

Passeig Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona

08018 Barcelona

Tel. 934866150

Fax: 934867109

A/e: aps11.barcelona@xij.gencat.cat

NIG 0811342120178175123

Recurs d'apel·lació 960/2018 B

Matèria: Judici Ordinari

Òrgan d'origen: Secció Civil. Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 7 de Manresa

Procediment d'origen: Procediment ordinari 776/2017

Part recurrent / Sol·licitant: Braulio

Procurador/a: Jaume Guillem Rodriguez

Advocat/ada: JOSEP DE PUIG VILADRICH

Part contra la qual s'interposa el recurs: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem

Advocat/ada: RAMON PIÑOL VIVES

SENTÈNCIA NÚM. 644/2019

magistrats:

Il·lms. Srs.

Josep M^a Bachs i Estany (President i Ponent)

Antonio Gómez Canal

Antonio Martínez Cendán

Barcelona, 15 de novembre de 2019

La Secció Onzena de l' Audiència Provincial de Barcelona ha vist amb el núm. 960/2018 les actuacions de recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Sra. Badia i Selva, en representació del Sr. Braulio , part actora, i ha pronunciat la següent Sentència.



I. Antecedents de fet:

Primer. La part dispositiva de la Interlocutòria Definitiva apel·lada és la següent: "PART DISPOSITIVA.- 1.- Estimo parcialment la demanda formulada per la representació del Sr. Braulio contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA i condemno la demandada esmentada a pagar a l'actor la quantitat de 4.545 euros. 2.- Aquesta quantitat de condemna genera els interessos de l' art. 1100 i 1108 del CC des del dia 28 de novembre de 2017 fins la resolució present, a partir de la qual es produeixen els interessos de l' art. 576 de la LEC fins al pagament total. 3.- No imposo les costes especialment a cap de les parts".

Segon. Ha comparegut en aquesta alçada la part recurrent a través del procurador Sr. Guillem i Rodríguez.

Ha comparegut en aquesta alçada la part oponent a través del procurador Sr. De Anzizu i Pigem.

Ha estat assenyalada per a deliberació, votació i decisió del recurs l'audiència del dia 9 d'octubre de 2019, el que ha tingut lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST, essent ponent l'Il·lm. Sr. Magistrat Josep M^a Bachs i Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la part actora la Sentència d'instància (f. 82 i ss.) pels següents motius:

1er) errònia interpretació i aplicació de la Llei (incongruència omissiva): no s'han valorat correctament els fets i les proves practicades en no haver-se aplicat la Llei concreta al cas. La regulació específica de pagaments amb tarja de crèdit és la Llei 16/2009 de 13 de novembre, de serveis de pagament. És l'aplicable al cas (l'art. 1 es refereix a les operacions de pagament amb tarja a través d'un compte o d'una línia de crèdit). Invoca els arts. 27 i 33 de dita Llei.

2on) El Sr. varo va ser absolutament diligent. Quan va saber que li havien carregat unes operacions de pagament que mai va autoritzar va anul·lar immediatament la tarja. Dos dies després va interposar denúncia als Mossos (just en aterrar a Espanya) i va presentar la incidència al banc. El jutjat no ha tingut en compte que no va tenir coneixement de tots els càrrecs il·legals fets fins que va arribar al seu hotel. L'art. 29.1 de la Llei imposa a aquesta comunicació immediata al banc des del moment en que es té coneixement. No se li pot demanar major diligència. Ningú espera que en fer un pagament se li carregui una xifra addicional ni se li obtingui el PIN com per anar-ho a comprovar a un caixer automàtic. Mai va perdre de vista la tarja. El BBVA mai ha contradit aquesta versió dels fets. 3er) La càrrega de la prova: L'art. 30 la posa en cap del proveïdor de serveis de pagament. Mai s'ha demostrat negligència ni que aquesta part es deixés obtenir el PIN. El banc no compleix amb l'art. 30.2 i no prova aquesta negligència o autorització.

4rt) No hi ha concurrència de culpes: no hi hagué negligència en fer el pagament ni culpa posterior. No se li pot demanar major diligència. Va anul·lar la tarja immediatament i va interposar les denúncies i fer les comunicacions al banc quan va poder.

Postula la revocació i que s'estimi íntegrament la demanda.

S'oposa la part demandada (f. 99 i ss.) pels següents motius:

1er) acceptació pel client del primer càrrec: l recurrent res en diu, de forma que s'entén que s'hi conforma quant a la deducció dels 145,25 primers €. Així resulta també admès a la denúncia. La quantitat en discussió en aquest moment és de 9.089,63 € i no la inicial de demanda (9.234,88 €). També remarca que el 50% establert a la sentència d'instància són 4.544,815 € i no pas 4.585 € com per error s'hi consigna.

2on) L'únic motiu de recurs és errònia apreciació de la prova. No és cert que hi concorri: el client va fer el 14-10-2017 a les 21:44 el primer càrrec de 145,25 €, a les 21:53 el segon de 145,25 €, a les 22:06 el tercer, de 722,61 €; a les 22:27 el quart de 1.061,68 €; a les 22:38 el cinquè de 1.469,30 €; a les 22:54 el sisè, de 1.062,22 €; a les 23:03 el setè, de 1.468,77 €, a les 23:34 el 8è, de 2.106,53 €; a les 23:36 el 9è, de 789,95 €; a les 23:38 el 9è de 263,32 €, tots ells per concepte "restaurants i cafeteries" (total, 9.089,63 si descomptem el primer)

A les 2:59 del 15-10-2017 es produeix la cancel·lació de la tarja.

Al seu interrogatori el client va dir que no havia tingut comunicació telefònica dels càrrecs fins a l'arribada a l'hotel (min. 2:35 DVD), on diu que no va tardar en arribar més de 30 minuts, el que vol dir que a les 2:29 del dia 15 encara estava al local on es van fer els càrrecs. Va afirmar que no va presentar tampoc denúncia a Bulgària perquè telefònicament els Mossos li haurien dit que millor la presentés a Espanya de tornada (min. 2:54 DVD) però la denúncia presentada el 16-10-2017 a la comissaria de Manresa el denunciant diu que la darrera utilització de la tarja fou a Bulgària 8admet per tant el primer càrrec) però denuncia que els fets van passar a Manresa entre les 10 h. del dia 14 i les 10 h. del 15 i que va començar a rebre missatges de càrrec des



de les 16 h. i les 16:15 h. del 15-10-2017. El relat és quant menys mancat d'uniformitat. És de mala fe incloure el primer càrrec reconegut com autoritzat. No és versemblant que els Mossos li diguessin que no denunciés a Bulgària perquè precisament es tracta d'un delictes comès allí. No va presentar la denúncia sencera. Ho han fet els Mossos. No és sincer quan deixa constància que els fets van començar a les 10 h. del vespre quan va ser a les 21:44 el primer pagament i a les 21:53 el segon. I tampoc fou veraç quan va dir que havia rebut els missatges de càrrec entre les 16 i les 16:15 del 15-10-2017 quan a demanda ens diu que els va rebre a l'hotel i per això va anul·lar la tarja. Per això fem nostra la valoració del Jutjat quant a culpa compartida.

Postula la confirmació amb costes.

Segon. L'anàlisi de l'actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) A la seva demanda (27-11-2017) l'actora reclama al BBVA SA 9.234,88 € e per càrrecs no autoritzats al seu compte procedents d'ús no autoritzat de la seva tarja de crèdit (núm. NUM000, procedent de Catalunya Caixa, tarja de dèbit contractada el 31-1-2013, contracte al f. 10 i ss.) produït a un club d'oci de Bulgària on reconeix que el 14-10-2017 només va autoritzar una sola operació per 145,25 € a les 21:44:55 de la nit. Però que, **en arribar a l'hotel, quan va veure al seu mòbil diversos missatges notificant càrrecs que assolien la xifra de 9.234,88 € (inclou el primer càrrec) va anul·lar la tarja; a les 2:59 h. del 15-10-2017.**

Els càrrecs són en intervals de pocs segons o minuts. Gens normal ni habitual. I menys ateses les quantitats. No concorden amb els antecedents (f. 25-28, càrrecs entre juny i setembre). Suposa que estem davant d'un típic cas de duplicat de tarja.

En tornar a Espanya va presentar una denúncia als Mossos (f. 14 i ss. -on relata que va rebre els missatges de càrrec entre les 16 i les 16:15 del 15) el 16-10-2017, que per error diu que els fets són del 15 quan són del 14. Així mateix va denunciar els fets al banc el dia 24 (f. 16 i ss.). El banc en un primer moment li va ingressar la suma de 9.234,88 € (f. 20 i ss., llibreta) però al cap d'uns dies li van comunicar que es tractava d'operacions autoritzades ja que s'havien fet usant el seu PIN correcte (f. 22) i li van retrocedir els 9.234,88 € (f. 21)

Entén que ha complert tots els requisits de la Llei 16/2009 de 13 de novembre per tal de ser rescabalat pel proveïdor de serveis de pagament a no ser que aquest probi la seva negligència.

Acompanya el llistat d'operacions amb tarja entre 11-9-2017 i 15-10-2017 (f. 23-24)

b) En contestar la demanda el banc va oposar perjudicialitat penal, que no és motiu de debat en alçada.

Va negar els fets i denuncia que el demandant no va prendre les degudes precaucions quant a la custòdia i ús de la tarja. No acredita l'actor on es van produir els fets exactament, afirma però no prova que mai va perdre de vista la tarja, que va observar, en arribar a l'hotel, al mòbil, els càrrecs i que per això va anul·lar la tarja, que va presentar la denúncia en arribar a Espanya el 16, que se li carreguen realment el 20 i ho denuncia al banc el 24. Es tracta però d'operacions amb ús del PIN correcte. No s'explica que les operacions es fessin en el que quedava del 14 al local i no es continuessin l'endemà fins l'anul·lació. Aquí se'ns reclama fins i tot el pagament admès per l'actor, resulta que no es van denunciar els fets on havien passat, a Bulgària. La retrocessió inicial per aquesta part no implica cap acceptació dels fets doncs després es van tornar a fer els càrrecs.

c) La diligència de 19-1-2018 va citar les parts a audiència prèvia per al 17-4-2018. Es va celebrar a la data prevista (f. 57 i DVD itinerat). Cada part va mantenir la seva tesi. La part actora va demanar com a prova la documental per reproduïda. La demandada va demanar l'interrogatori de l'actor, la documental per reproduïda i més documental consistent en requerir els Mossos per a que aportessin l'atestat i denúncia complets.

d) Complint el requeriment els Mossos d'Esquadra van remetre al Jutjat el 30-4-2018 l'atestat complet (f. 61 i ss.) que inclou un extracte dels càrrecs del que resulta que finalment dos càrrecs de 145,25 € es van fer en data 14-10-2017 (a carregar el 20) i la resta dels que ens ocupen el 15-10-2017 (a carregar el 21) (f. 68) i els càrrecs del compte des de l'abril de 2017 a 11-10-2017 (f. 69-71).

e) El judici es va celebrar el 12-7-2018 (f. 76 i DVD itinerant) limitant-se ala declaració en interrogatori de l'actor Sr. Braulio (min. 0:37 i ss. DVD), que manifestà que **la primera consumició la va acceptar, li van dir que valia 16 euros i després es va adonar que no era correcta, però no es va fixar i va acceptar el pagament. No hagués inclòs a la demanda aquest càrrec si no l'haguessin enganyat. El pagament fou posant tarja i posant PIN. La va posar ell.** Eren quatre begudes alcohòliques. Quan va veure l'import sí va creure que era car. Hi havia tres persones més. **No va veure els missatges al mòbil. Diu que no li van arribar. A l'hotel, sí.** No va denunciar els fets a Bulgària perquè els Mossos per telèfon li van dir que la posés a Manresa. Va posar la denúncia. No sap si van procedir a investigar els fets. Els Mossos el que li van dir és que no tenien jurisdicció allí. Tot va passar a Bulgària.



Quan va fer la denúncia als mossos va denunciar-ho també al banc amb tota la documentació. Els Mossos li van demanar documentació bancària dels sis darrers mesos. El banc li va demanar la denúncia completa. Li van dir al banc que estigués tranquil que es demostraria que era una estafa. Va presentar la demanda el 16 i li van abonar el 3-11-2017 i uns dies després es va fer enrere el 6. No li van dir res més. L'estafa fou el 14. Mai va perdre de vista la tarja. Només la va usar una vegada.

Quan va pagar no li van donar rebut. Reitera que al veure a l'hotel el que havia passat ho va anul·lar amb l'aplicació que té. Mitja hora entre que va sortir del local i arribà a l'hotel.

Tercer. La Sentència d'instància, de data 23 de juliol de 2018 (f. 77 i ss.) estima en part la demanda.

Entén que no cal apreciar cap qüestió prejudicial ja que no s'està seguint cap procés penal pels mateixos fets enlloc, ni a Bulgària ni a Espanya.

Entén (en base al clausulat del contracte) que el tenidor d'una tarja té un especial deure de custòdia d'aquesta.

Entén, en base a la declaració de l'actor, que admet haver pagat 4 consumicions en un bar a Bulgària en companyia de tres amics, que haurien d'haver costat uns 16 e i finalment n'hi van carregar quasi 150, **que aquest primer pagament el va fer posant el PIN**. Que va seguir la nit i que **quan va arribar a l'hotel es va adonar que algú no autoritzat havia fet servir la tarja per a d'altres pagaments**. És aleshores quan va veure els missatges del banc al seu mòbil. I quan va anul·lar la tarja. I que va denunciar els fets a Espanya. No a Bulgària. **Versió que no resulta del tot contradita pel banc, que hauria pogut proposar la testifical dels altres acompanyants**. D'entrada es va acceptar la versemblança dels fets relatats en reposar en un primer moment el banc la suma carregada. No ho considera una negligència greu pagar amb tarja unes copes. I usar el PIN. Sí **li recrimina com a conducta despreocupada no haver-se'n adonat dels avisos de mòbil fins al cap d'unes hores**. Aprecia per tant que no fou diligent a l'hora de comunicar a l'entitat (anul·lant la tarja) els fets a la primera oportunitat possible. Aprecia concurrència de culpes al 50% i redueix la suma a pagar a 4.545 €.

Sense costes.

Donarem resposta a cada motiu del recurs emprant en el seu cas un ordre diferent al d'exposició per raons de sistemàtica.

Quart. El primer motiu de recurs invoca errònia interpretació i aplicació de la Llei. Entén el recurrent que s'havia d'aplicar la Llei 16/2009 de 13 de novembre de serveis de pagament, en concret els seus arts. 1, 27 i 33.

No es pot acollir.

En primer lloc, a instància mai es va suscitar un cas de Dret Internacional Privat ni es va discutir ni quin era el Dret aplicable a l'operació de consum en concret, tractant-se d'un cas succeït a Bulgària, ni l'aplicabilitat en concret de les normes que ara s'invoquen, de manera que el recurrent introdueix una *res nova* que no es pot debatre en açada.

En segon lloc, perquè, tot i que entréssim a debatre aquest punt atès el principi *iura novit curia*, tampoc resulta directament aplicable.

L'art. 1 comença dient que és aplicable als pagaments fets **en territori espanyol** (" **Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.** 1. El objeto de esta Ley es la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten **en territorio español**, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios como de los proveedores de los mismos. 2. Los servicios de pago que regula esta Ley son:... c) La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago:... 2.º Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar").

El seu apartat 3 diu: "3. Los Títulos III y IV se aplicarán, en los términos allí previstos, a **los contratos que regulan los servicios de pago prestados por los proveedores de tales servicios residentes en España, incluidas las sucursales en España de proveedores extranjeros**. Asimismo se aplicarán los mencionados Títulos a las operaciones de pago que se efectúen **en territorio español**. No obstante, cuando el servicio de pago se preste al amparo de contratos marco celebrados por entidades de pago que tengan su domicilio en otros Estados miembros de la Unión Europea mediante el ejercicio **en España** de la libertad de prestación de servicios, **sin establecimiento**, prevista en el artículo 11, **se aplicará la legislación del Estado de origen de la entidad de pago que preste el servicio. En estos casos, cuando se trate de operaciones con consumidores, se aplicará la legislación española siempre que fuera más favorable**".



De manera que es tracta en aquest cas d'un servei prestat a l'estranger, d'un pagament ordenat i formalment fet a l'estranger mitjançant un mitjà de pagament emès per banc espanyol i que acaba produint el càrrec corresponent a un compte situat a Espanya. Però tècnicament, el pagament alliberador s'ha produït en territori estranger.

Per tot això no li és aplicable aquesta Llei.

I si examinem els arts. 27 i 33, veurem que les condicions per al retorn de sumes pagades indegudament es troba a l'art. 27, que diu: "**Artículo 27. Obligaciones del usuario de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago.**

El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes:

a) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, en particular, en cuanto reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto; y

b) en caso de extravío, sustracción o **utilización no autorizada** del instrumento de pago, **notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello**".

Mentre que l'art. 33 disposa: "**Artículo 33. Devolución de operaciones de pago iniciadas por un beneficiario o a través del mismo.**

1. El ordenante tendrá derecho a la devolución por su proveedor de servicios de pago de la cantidad total correspondiente a las operaciones de pago autorizadas, iniciadas por un beneficiario o a través de él, que hayan sido ejecutadas siempre que se satisfagan las siguientes condiciones:

a) **Cuando se dio la autorización, ésta no especificaba el importe exacto de la operación de pago, y**

b) **Dicho importe supera el que el ordenante podía esperar razonablemente teniendo en cuenta sus anteriores pautas de gasto, las condiciones de su contrato marco y las circunstancias pertinentes al caso.**

A petición del proveedor de servicios de pago, el ordenante deberá aportar datos de hecho referentes a dichas condiciones.

A efectos de los adeudos domiciliados, el ordenante y su proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que el ordenante tenga derecho a devolución de su proveedor de servicios de pago, aun cuando no se cumplan las condiciones para la devolución contempladas anteriormente.

2. A efectos del apartado 1, letra b), anterior, el ordenante no podrá invocar motivos relacionados con el cambio de divisa cuando se hubiera aplicado el tipo de cambio de referencia acordado con su proveedor de servicios de pago.

3. En todo caso, el ordenante y el proveedor de servicios de pago podrán convenir en el contrato marco que aquél no tenga derecho a devolución si ha transmitido directamente su consentimiento a la orden de pago al proveedor de servicios de pago y siempre que dicho proveedor o el beneficiario le hubieran proporcionado o puesto a su disposición la información relativa a la futura operación de pago al menos con cuatro semanas de antelación a la fecha prevista". Aquest article en cap manera podria jugar aquí perquè es refereix a autoritzacions de pagament de sumes concretes.

Una anàlisi del DIPr. aplicable, de totes formes, ens duria a haver d'aplicar un Dret búlgar que ningú ha acreditat ni provat, el que, en definitiva, ens obligaria a aplicar en tot cas el Dret espanyol (*lex fori*).

Per tant, partint de que el Jutjat d'instància ha actuat bé aplicant Dret intern, atès que no és aplicable al cas la Llei 16/2009 ara invocada, ni per l'extemporaneïtat de la seva invocació ni per la seva intrínseca inaplicabilitat territorial, cal concloure que aquest cas es regeix per la Llei espanyola, més en concret per la LGDCU, amb preferència al CC (art. 1258) i, **atès que l'art. 67 del text refós indica que "Artículo 67. Normas de derecho internacional privado.**

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española", això implica que, a més de que l' art. 4 ens diu que a manca d'elecció de Llei aplicable a un contracte, la prestació de serveis es regirà per la Llei de l'Estat on el prestador tingui la seva residència habitual (en aquest cas seria Bulgària), en matèria de consum (*lex*



spoecialis) l' art. 6 del Reglament mena a la Llei de l'Estat de residència habitual del consumidor només si el professional també hi actua a dit territori o hi adreça la seva activitat. Cas contrari s'apliquen els arts. 3 i 4 (elecció o llei del lloc de residència del prestador), de forma que tots els punts de connexió possible menen a Bulgària.

No podem basar-nos en Dret estranger no provat ni invocat. De manera que (l'art. 67.3 del text refós, que tampoc és aplicable al cas, ens diu "3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo"; no és el cas de l'art. 112) és l'art. 112 del text refós l'aplicable directament al cas. Dit precepte expressa que " **Artículo 112. Pago del contrato a distancia mediante tarjeta.**

1. Cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación".

De totes formes, a l'empara de l' art. 1258 CC és obvi que es podria aplicar -i sens dubte s'ha aplicat, ja veurem més endavant si bé o malament, en part-, per analogia, en aquest cas, l' art. 27 de la Llei que ara tan impròpiament se'ns invoca alhora que l' art. 112 RD-Leg. 1/2007, acceptant, en bona part, la sentència d'instància que el client va ajustar-se a les precaucions que allí s'hi indiquen. Tot seguit hi tornem.

Cinquè. El tercer motiu de recurs en base a l' art. 30 de la Llei 16/2009 denuncia que no s'ha aplicat bé la càrrega de la prova que pertany a l'entitat bancària.

No es pot d'acollir.

No és aquest l'article aplicable. Tampoc s'ha infringit l' art. 217 LEC. El cas és que el Jutjat a quo considera demostrat el frau per part. I de l' art. 112.1 text refós del RD-Leg. 1/2007 resulta un mandat d'anul·lació, demostrat el frau. Una altra cosa és si s'ha aplicat bé. Ho veiem tot seguit.

Sisè. El segon i quart motius de recurs denuncia errònia apreciació de la prova i sosté que el Sr. Braulio va ser tot el diligent que va poder, anul·lant immediatament la tarja. El Jutjat no ha tingut en compte que no va tenir coneixement dels càrrecs fins arribat a l'hotel, a les 2:59 h. i torna a invocar l' art. 29 Llei 16/2009.

S'han d'acollir substancialment.

Com hem dit més amunt no és la Llei 16/2009, més específica, l'aplicable, sinó la LGDCU més àmplia, que permet incloure tots els supòsits de frau en mitjans de pagament. Ja hem establert més amunt que l'art. 112 del text refós és l'aplicable al cas.

En el cas que ens ocupa, certament, estem en el primer supòsit. Llevat del primer pagament de 145,25 €, acceptat pel propi actor com l'únic voluntàriament fet - tot i discrepar de la quantitat, sense que hagi pogut demostrar la seva tesi de que només eren 16 € els deguts, ja que no aporta cap ticket-, tots els demés càrrecs han estat fets sense el seu consentiment. Per tant, en frau.

Ho demostra la successió mateixa dels càrrecs i la progressiva exorbitància de les quantitats carregades en el breu espai de dues hores escasses. És absolutament inimaginable que puguin correspondre a veritables consumicions en concepte de cafès i restaurants, encara que el titular de la tarja convidés a dues persones més.

La sentència li aplica una culpa concorrent al client defraudat que no podem compartir. No es nega de contrari que va anul·lar la tarja tan bon punt es va adonar del problema, i no hi ha tampoc qüestió quant a que va trucar als Mossos que li van aconsellar posar la denúncia a Espanya. El que va fer tan bon punt va arribar.

I no estem d'acord en que hi hagi cap concurs culpós, perquè podem deduir que la sentència li ho aplica sobre la presumpció, que no la prova, de que quan estava a l'establiment on es van produir els fets no duia el mòbil al damunt. I que fou per això que no es va poder adonar del segon i tercer pagament, especialment, atès el relat de la seva estada a l'indret fins més o menys l'una i mitja de la matinada, des de quin moment ja hauria pogut comunicar al banc el desig d'anul·lar. Això hauria reduït el perjudici a 867,86 €, però no hauria evitat un frau equivalent a dita suma. El que passa és que l'actor ni ha manifestat (ni, per suposat, la demandada ha provat el contrari) haver deshabilitat de funcions el seu mòbil (ans al contrari, la rebuda de l'avís dels càrrecs



a l'hotel demostra que el sistema d'alerta funcionà i per tant, que el mòbil estava plenament funcional) ni ha manifestat en cap moment que no el portés al damunt al moment de fer l'únic pagament acceptat. Ans al contrari, literalment el que diu és que fins les 2:35 no li van arribar els avisos. No va veure els missatges abans perquè no li van arribar. El que no és impossible.

Estem en un supòsit clar de l'art. 112.1 on el client ha demostrat el frau i s'ha comportat diligentment denunciant-ho i anul·lant la tarja tant bon punt ha pogut fer-ho. La pròpia demandada inicialment va retornar tota la suma ara reclamada. Fou posteriorment que va interpretar que no es tractava d'un frau (bàsicament per manca de denúncia a Bulgària i per interpretar que hi hauria ahgut cert retard en anul·lar la tarja).

La concurrència de negligència, per tant, no és apreciable. Per tant, s'ha d'incrementar la xifra de condemna en 4.544,81 €, descomptat ja el primer pagament admès.

Cal estimar substancialment el recurs i incrementar la indemnització a pagar per la part demandada a l'actora en 9.090,81 €, més interessos legals al tipus ordinari des de la demanda (art. 1101 i 1108 CC), incrementats en dos punts (art. 576 LEC) des de la sentència fins al total pagament.

Setè. La prosperitat del recurs exclou la imposició de les costes de l'alçada (art. 398 LEC) alhora que l'estimació substancial de la demanda que en resulta imposa les de primera instància a la part demandada (art. 394 LEC) sense que el Tribunal apreciï indicis de seriosos dubtes de fet o de Dret.

Vuitè. Atès allò que disposa l' art. 208.4 LEC s'informa a les parts litigants que aquesta sentència no és ferma. I que contra la mateixa cabrà interposar recurs extraordinari per infracció processal i/o de cassació sempre que la quantia ultrapassi els 600.0000 €. Cas de que la quantia sigui inferior a 600.000 € només podrà interposar-se recurs de cassació per interès cassacional, conjuntament amb el recurs extraordinari per infracció processal, ja sigui davant el TSJCat. (si la cassació es fonamenta en infracció del Dret Civil català o la jurisprudència del TSJCat.) o bé davant del TS (si la cassació es basa en infracció de normativa civil estatal o jurisprudència del TS) atenent allò que disposen els arts. 477.2.3er i 3, 478.1 i D . Final 16a LEC i els arts. 2 i 3 de la Llei 4/2012 de 5 de mar ç, del recurs de cassació en matèria de Dret Civil Català.

Decisió

Estimem substancialment el recurs d'apel·lació interposat per la representació de la part actora contra la sentència dictada el 23 de juliol de 2018 pel Jutjat de Primera Instància i Instrucció núm. 7 de Manresa a les actuacions de procediment ordinari núm. 776/2017 (Rotlle núm. 960/2018) que revoquem en part.

En conseqüència, estimem substancialment la demanda i condemnem la demandada a abonar a l'actora la suma de 9.090,81 €, més interessos legals al tipus ordinari des de la demanda, incrementats en dos punts des de la sentència i fins al total pagament, amb imposició de les costes de la primera instància a la part demandada i sense imposició de les costes de l'alçada.

L'estimació substancial del recurs determina per al recurrent el retorn del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.