

Asunto C-448/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

21 de julio de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Judicial da Comarca do Porto — Juízo Central Cível
[Tribunal de Primera Instancia de Oporto — Sección Central Civil
(Portugal)]

Fecha de la resolución de remisión:

5 de febrero de 2021

Demandante:

Portugália — Administração de Patrimónios, SGPS, S.A.

Demandada:

Banco BPI, S.A.

Tribunal Judicial da Comarca do Porto (Tribunal de Primera Instancia de Oporto, Portugal)

Oporto — JC Cível (Sección Central Civil) — Juiz 5 (Juzgado n.º 5)

[*omissis*] 5.º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, Portugal [Tribunal de Primera Instancia de Oporto (Portugal), Sección Central Civil, Juzgado n.º 5]

Demandante: Portugália — Administração de Patrimónios, SGPS, S.A., con domicilio social en Lisboa, Portugal [*omissis*]

Demandada: BANCO BPI, S.A., con domicilio social en Oporto, Portugal [*omissis*]

PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL

Interpretación de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015

[Artículo 267, apartados 1, letra b), y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea]

El Tribunal de Primera Instancia de Oporto — Sección Central Civil — Juzgado n.º 5 solicita al TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA que se pronuncie con carácter prejudicial sobre las cuestiones que se exponen más adelante, relativas a la interpretación de los artículos 61, 72, 73 y 74 de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por considerarlo necesario para la resolución del litigio del que conoce.

[omissis]

A. *Cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

A los efectos de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015 (en lo sucesivo, «Directiva»):

- I. ¿Constituye una «operación de pago» a efectos de lo dispuesto en el artículo 73, apartado 1, de la Directiva la ejecución, con intervención humana del proveedor de servicios de pago, de una orden de pago realizada en papel, digitalizada y transmitida por correo electrónico, enviada al proveedor de servicios de pago desde una cuenta de correo electrónico creada por el usuario?
- II. ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 73, apartado 1, de la Directiva en el sentido de que:
 - II.I. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 o de sospecha razonable de fraude debidamente comunicada, es suficiente la mera comunicación de falta de autorización de una operación de pago, sin que vaya acompañada de medios de prueba, para que surja la obligación (del proveedor de servicios de pago) de reembolso (al ordenante)?
 - II.II. En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿puede quedar excluida la norma conforme a la cual es suficiente la mera comunicación del ordenante como consecuencia de la inaplicación de las normas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 72 de la Directiva mediante un acuerdo entre las partes (ordenante y prestador de servicios), como permite el artículo 61, apartado 1, de la Directiva?
 - II.III. En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿está obligado el proveedor de servicios de pago a reembolsar inmediatamente al ordenante únicamente si este demuestra que la operación no estaba autorizada cuando, excluida la aplicación del artículo 72 de la

Directiva, las normas legales o contractuales aplicables exijan que el ordenante aporte dicha prueba?

III. ¿Permite lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, de la Directiva no solo dejar sin aplicación las disposiciones del artículo 74 de la Directiva, sino también, en sustitución del régimen excluido, establecer, mediante acuerdo entre el usuario (no consumidor) y el proveedor de servicios de pago, un régimen más gravoso de responsabilidad del ordenante, en particular como excepción a las disposiciones del artículo 73 de la Directiva?

B. Exposición resumida del objeto del litigio

- 1 La demandante, Portugália, SGPS, S.A. (en lo sucesivo, «Portugália»), tiene una cuenta bancaria abierta en la entidad demandada, el Banco BPI, S.A. (en lo sucesivo, «Banco BPI»). Portugália ha presentado una demanda frente a dicho banco en la que le reclama el pago de 2 500 000 euros más intereses.
- 2 Portugália sostiene que el Banco BPI realizó una transferencia no autorizada de dicha cantidad desde su cuenta bancaria.
- 3 El Banco BPI se defiende afirmando que la operación se realizó de acuerdo con las instrucciones recibidas por correo electrónico.

C. Resumen de los hechos pertinentes

- 4 Portugália, sociedad anónima con un resultado de 9 039 882,33 euros en el ejercicio 2018, es titular de una cuenta corriente en el Banco BPI, entidad de crédito inscrita en el registro del Banco de Portugal.
- 5 Portugália solicitó al Banco BPI que, para realizar operaciones a partir de su cuenta bancaria, le permitiera transmitir órdenes mediante mensajes enviados por correo electrónico dirigidos al Banco BPI.
- 6 En enero de 2018, con el fin de autorizar la ejecución de instrucciones por fax o por correo electrónico en la cuenta bancaria de la demandante, las partes celebraron un acuerdo por escrito en los siguientes términos, a saber:
 - 6.1. «Portugália — Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. [...] autoriza al Banco BPI, S.A., a ejecutar [...] todo tipo de operaciones [...] que aquella transmita por fax o correo electrónico [...] para ser ejecutadas en las cuentas que se indican más adelante, de las que la empresa es titular en el Banco BPI, S.A.».
 - 6.2. «A estos efectos, Portugália — Adm de Patrimónios, SGPS, SA autoriza al Banco BPI, S.A., a [...] b) No ejecutar instrucciones remitidas por correo electrónico cuando no estén acompañadas de copia digitalizada de la

instrucción debidamente suscrita con la(s) firma(s) válida(s) y con poderes bastantes para llevar a cabo movimientos de cuenta».

6.3. «Portugália — Adm de Patrimónios, SGPS, SA admite [...] que la responsabilidad del Banco BPI, S.A., se limitará a comprobar que se cumplen los requisitos definidos anteriormente [...]. Portugália — Adm de Patrimónios, SGPS, SA, asume toda la responsabilidad y todas las consecuencias que resulten de la utilización no autorizada, abusiva o fraudulenta [...] del correo electrónico, soportando todos los perjuicios resultantes de la ejecución de instrucciones relativas su(s) cuenta(s) que, de un modo u otro, hayan sido falsificadas o distorsionadas, o que no procedan de lo(s) titular(es). [...] El Banco no asume ninguna responsabilidad por los daños o perjuicios resultantes de la utilización [...] del correo electrónico, incluidos los que se produzcan como consecuencia de atrasos, pérdidas, intrusiones, distorsiones o deficiente comprensión de la información transmitida, así como de la falsificación de firmas o documentos».

- 7 La cuenta de correo electrónico creada por Portugália está protegida por una contraseña configurada por ella misma y no está integrada en el servicio de banca electrónica establecido por el Banco BPI.
- 8 El Banco BPI no intervino de ningún modo en la creación de la cuenta de correo electrónico de Portugália, no facilitó ninguna credencial de acceso para su uso ni aloja dicha cuenta en sus servidores.
- 9 El 25 de marzo de 2020, un tercero, por medios no determinados, accedió sin autorización a la cuenta de correo electrónico de Portugália y, desde ella, envió a los servicios del Banco BPI una orden de transferencia por importe de 2 500 000,00 euros.
- 10 La orden de transferencia de 25 de marzo de 2020, no autorizada por Portugália, fue ejecutada por los servicios administrativos del Banco BPI, después de que este cotejara las firmas de la instrucción recibida con las firmas manuscritas de los representantes de Portugália registradas en su sistema informático.

D. Tenor de las disposiciones nacionales aplicables al caso

- 11 Resultan aplicables al caso de autos, en especial, los artículos 100, apartado 2, 113, apartados 1 y 3, y 114, apartados 1 y 2, del Decreto-Lei n.º 91/2018 (Decreto Legislativo n.º 91/2018), de 12 de noviembre (que transpone la Directiva en el ordenamiento jurídico interno).

- 12 Dichos artículos reproducen, sin novedades relevantes, lo dispuesto en los artículos 61, 72, 73 y 74 de la Directiva,¹ por lo que se no se considera necesaria su transcripción.

[*omissis*]

- 13 [*omissis*]

- 14 [*omissis*]

- 15 [*omissis*]

- 16 [*omissis*]

F. Razones por las que se suscitan dudas en cuanto a la interpretación de la Directiva

F.I. Observaciones preliminares — Encuadramiento del litigio en la Directiva

- 17 La demandada alega que la norma establecida en el artículo 73, apartado 1, no se aplica a las operaciones de pago realizadas a través de «instrumentos de pago» que incluyen la intermediación de la actuación (de cumplimiento de la orden) del proveedor de servicios de pago mediante la intervención (humana) de sus empleados [*omissis*]. También sostiene que, cuando el usuario no es un «consumidor» ni una «microempresa», las partes pueden establecer contractualmente que no se aplique la norma establecida en el artículo 73, apartado 1, de la Directiva [*omissis*].
- 18 Parece ser que, a los efectos de la Directiva, el servicio prestado por el proveedor del servicio, tal como se ha descrito anteriormente —es decir, la ejecución, por parte de un empleado del proveedor de servicios, de órdenes transmitidas por correo electrónico, sobre la base de un acuerdo previo que permite este medio de transmisión de instrucciones— es un «servicio de pago» que está comprendido en el ámbito del artículo 4, número 3 (y del apartado 3 del anexo) y que no es objeto de ninguna exclusión en virtud de su artículo 3.
- 19 El tenor del artículo 4, número 5, incluye sin dificultad como «operación de pago» la ejecución por parte del proveedor del servicio de una transferencia de fondos, en cumplimiento de una orden del cliente, transmitida por correo electrónico, desde una cuenta de correo electrónico personal creada por este (sin intervención del proveedor). Esta conclusión se ve reforzada por la redacción de la parte final del artículo 4, número 13, que se refiere al concepto de «orden de pago».

¹ Salvo que se especifique otra fuente, todos los artículos mencionados deben entenderse referidos a la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015.

- 20 Se puede aceptar que el procedimiento adoptado por las partes es un «instrumento de pago» a los efectos del artículo 4, número 14. Es cierto que la simple instrucción transmitida por correo electrónico personal no es un «dispositivo físico» ni un «conjunto de procedimientos» especiales y específicamente concebidos para transmitir órdenes de pago o para cualquier otro fin de la relación comercial entre el usuario y el proveedor [*cf.* pregunta n.º 34 del documento titulado «Your questions on PSD», publicado por la Comisión Europea (<https://ec.europa.eu/>)]. Sin embargo, si las partes establecen que la instrucción solo se emite *correctamente* si se redacta en papel, está firmada por los representantes del ordenante de su puño y letra y, posteriormente, se digitaliza y se envía al proveedor del servicio, estamos ya ante un procedimiento que puede enmarcarse en el concepto de «instrumento de pago». En efecto, en relación con este concepto, a la luz de la [primera Directiva sobre Servicios de Pago], el Tribunal de Justicia ya ha declarado que «el artículo 4, número 23, de la Directiva 2007/64 debe interpretarse en el sentido de que tanto el procedimiento para cursar órdenes de transferencia mediante un formulario de pago con la firma manuscrita del ordenante como el procedimiento para cursar órdenes de transferencia en línea constituyen instrumentos de pago en el sentido de dicha disposición» (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de abril de 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, apartados 29 a 44).
- 21 Del artículo 64, apartados 1 y 2, párrafo segundo, se desprende que una operación de pago se considera «no autorizada» cuando la realiza alguien que no está legitimado (por no ser el ordenante o no estar legitimado por este). Pues bien, si el usuario a cuya cuenta de correo electrónico se ha accedido ilegítimamente no autoriza la operación ordenada, parece que esta merece ser calificada de «operación de pago no autorizada» (*cf.* sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, EU:C:2019:320, apartados 43 y 54).
- 22 Si bien está claro que la prueba de la *autenticación* corresponde al proveedor del servicio, no lo está que le corresponda la prueba de la *autorización* (autoría de la orden), aunque esta parezca ser la regla de solución que se desprende de los artículos 4, número 29, 72, apartado 1, y 73, apartado 1, así como (*a contrario*) del artículo 63, apartado 1, letra b): cuando un usuario niegue haber autorizado una operación de pago ejecutada, el proveedor de servicios de pago soporta no solo la carga de la prueba de la autenticación formal de la operación —es decir, en casos como el de autos, la prueba del cotejo (y de la similitud) de las «firmas válidas»— sino también la carga de la prueba de que la operación fue realmente autorizada por el ordenante (o del fraude, dolo o negligencia grave por parte de este).

F.2. Primera cuestión prejudicial: aplicabilidad del artículo 73, apartado 1, de la Directiva

- 23 Parece que, en los artículos 73 y 74, el legislador de la Unión atribuyó el riesgo de las pérdidas resultantes de la realización de una operación no autorizada a quien

puede controlarlo. La idea del control del riesgo (a través del control del servicio de pago) también parece estar presente, por ejemplo, en las normas establecidas en los artículos 68, apartado 2, 69, apartados 1, letra a) y 2, y 70, apartados 1, letras a), c) y e), y 2.

- 24 Por sí solo, el dominio de la fuente del riesgo solo explica la atribución (casi) *automática* de las pérdidas de una «operación de pago no autorizada» al proveedor de servicios en los casos en que la operación se ejecuta utilizando un «servicio de pago» *automatizado* establecido por el proveedor del servicio, que comprende la atribución de «credenciales de seguridad». Se trata, por tanto, de los casos de una «operación remota de pago» o de la utilización de una tarjeta bancaria, en los que, al quedar excluida la actividad de los usuarios, el tratamiento del pago está totalmente automatizado (sin intervención humana del proveedor de servicios de pago).
- 25 En el contexto del servicio de «banca en línea» (*telebanking* o *home banking*), las soluciones que presentan los artículos 73 y 74 son comprensibles. La entidad bancaria controla el riesgo inherente a la utilización de la plataforma electrónica que ella misma ha *establecido* —*es su propietaria, la encargada de gestionarla y la propietaria del servidor en el que está instalada*—, a la que sus clientes pueden acceder a distancia, a través de Internet, utilizando credenciales de acceso *suministradas por la entidad*, pudiendo así aquellos realizar *directamente* —es decir, sin intervención humana de la entidad bancaria— transferencias, por ejemplo. El cliente ya controla, en gran medida, el riesgo de acceso indebido a sus credenciales de acceso, a las que se refiere el artículo 4, número 31.
- 26 Esta distribución del riesgo también se aplica, por ejemplo, a la realización de operaciones con tarjetas bancarias protegidas por dispositivos de seguridad personalizados.
- 27 La ejecución, con intervención humana de los empleados del proveedor del servicio, de una orden de pago firmada y digitalizada, transmitida por correo electrónico, enviada desde una cuenta de correo electrónico del ordenante es sustancialmente distinta de los casos de la «banca en línea» y de uso de una tarjeta bancaria, descritos anteriormente. En dicha ejecución, el instrumento de pago adoptado y la credencial de seguridad no son proporcionados por el proveedor del servicio ni controlados por él. Son creados y, en esencia, controlados por el usuario, que es, por ejemplo, quien crea su cuenta de correo electrónico, define el nivel de seguridad de la contraseña que elige, determina el nivel de seguridad de los dispositivos que utiliza para acceder a su cuenta de correo electrónico y elige las redes (fijas o móviles) que utiliza para acceder a Internet.
- 28 Cuando se trata de una «operación de pago» precedida de una «orden de pago» *debidamente autenticada* —según el «instrumento de pago» adoptado entre las partes—, y se produce la intermediación de la actuación humana (de cumplimiento de la orden) del proveedor de servicios de pago (es decir, de sus empleados «físicos»), el origen del vicio sustantivo de falta de autorización se

encuentra necesariamente en la fase de la «orden de pago» (enteramente controlada por el ordenante), y no en la fase del cumplimiento de dicha orden por el proveedor de servicios. Así pues, el mejor control *de la fuente* del riesgo no parece ser suficiente, por sí solo, para explicar la eventual aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 73, apartado 1, a casos como el presente.

- 29 La cuestión que se plantea es, por tanto, si el artículo 73, apartado 1, atribuye al prestador del servicio de pago la responsabilidad por operaciones de pago no autorizadas, *cuando no es él quien mejor controla la fuente del riesgo*.
- 30 A este respecto, debe reconocerse que determinados usuarios de servicios de pago también están en condiciones de «evaluar el riesgo de fraude y adoptar las medidas correspondientes» de manera adecuada (véase el considerando 73 de la Directiva), y la idea de que el prestador del servicio es quien más se beneficia de la utilización del «instrumento de pago» no es válida en los casos en que este instrumento requiere la intervención humana de sus empleados en la ejecución de las órdenes, necesariamente más costosa y lenta.
- 31 Sin embargo, también cabe que el legislador de la Unión atribuyera deliberadamente una responsabilidad desproporcionada con respecto al riesgo que controla el prestador del servicio, con una finalidad compulsiva, dirigida a «promover la creación de instrumentos más seguros» (finalidad presente en la Directiva n.º 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre, como se recoge en su considerando 34).
- 32 Si se entiende que el artículo 73, apartado 1, no fue pensado para casos como el de autos y no es aplicable a ellos, la responsabilidad de los intervinientes se evaluará a la luz del Derecho interno, especialmente haciendo recaer sobre una de las partes o sobre ambas los perjuicios causados por la operación en función de la apreciación que haga el tribunal de su conducta concreta.

F.3. Segunda cuestión prejudicial: presupuestos del reembolso inmediato y su modificación

- 33 La primera parte del apartado 1 del artículo 73 es una norma relativa a la responsabilidad civil por las pérdidas derivadas de la realización de una operación no autorizada. Sin embargo, esta norma también establece, o considera establecido en las disposiciones anteriores (es decir, en el artículo 72), que (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 y de que pueda haber motivos razonables para sospechar la existencia de fraude), para que el prestador del servicio esté obligado a reembolsar inmediatamente al ordenante, *este último solo soporta la carga de la comunicación (alegación) de la falta de autorización de la operación de pago, pero no la de su demostración (prueba)*.
- 34 A la vista de este marco jurídico, se plantea la cuestión de si, manteniéndose inalterada la norma sobre la responsabilidad civil por las pérdidas derivadas de la ejecución de una operación no autorizada —con la responsabilidad del proveedor

de servicios de pago por las pérdidas sufridas por el ordenante—, la norma (también contenida en el artículo 73, apartado 1) según la cual la obligación de reembolso surge *inmediatamente* (aunque sin perjuicio de que se demuestre ulteriormente la existencia de fraude, dolo o negligencia grave por parte del ordenante —*solve et repete*—) con la mera comunicación (alegación) de la falta de autorización de una operación de pago queda excluida como consecuencia de la inaplicación de las normas sobre la carga de la prueba previstas en el artículo 72, acordada por las partes, tal como permite el artículo 61, apartado 1.

- 35 Por tanto, la duda que se plantea es si, a pesar de que el artículo 61, apartado 1, no menciona el artículo 73, la inaplicación de las normas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 72 significa que el prestador de servicios de pago solo está obligado a reembolsar inmediatamente al ordenante si (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71 y de que pueda haber motivos razonables para sospechar la existencia de fraude) este último presenta *previamente* la prueba de que la operación no fue autenticada y de que él no autorizó la operación, siempre que, excluida la aplicación del artículo 72, el régimen aplicable (en virtud de otra disposición jurídica o contractual válida) haga recaer dicha prueba en el ordenante.

F.4. Tercera cuestión prejudicial: limitación contractual de la responsabilidad del proveedor

- 36 La segunda cuestión planteada por la demandada con respecto a la derogación del régimen previsto en el artículo 73, apartado 1, ahora como consecuencia de la exclusión de la aplicación del artículo 74, por acuerdo entre las partes, se traduce en la afirmación de que la norma establecida en el artículo 61, apartado 1, permite no solo dicha exclusión, sino también el establecimiento por vía contractual de un régimen *más gravoso* de responsabilidad para el ordenante, en sustitución del régimen legal excluido.
- 37 Es cierto que, literalmente, el artículo 61, apartado 1, solo establece que el usuario y el proveedor de servicios de pago podrán convenir «en que no se [aplique], total o parcialmente», el artículo art. 74. En este sentido, podría decirse que aquella norma solo permite que las partes excluyan la aplicación de las normas (agrupadas en el artículo 74) que establecen la responsabilidad del ordenante, manteniéndose el resto del régimen, lo que significa que solo permite que las partes lleguen a un acuerdo *en beneficio del ordenante* (eliminando, total o parcialmente, la fuente legal de su responsabilidad). Por ejemplo, según esta interpretación, el artículo 61, apartado 1, garantizaría la exclusión contractual de la obligación del ordenante de soportar las pérdidas hasta el valor de 50 euros (establecida en el artículo 74, apartado 1), pero no la estipulación de aumentar este valor a 500 euros.
- 38 También es cierto que, como se indica en sus primeros considerandos, la Directiva otorga una protección muy elevada a los usuarios, en particular a los consumidores. Sin embargo, precisamente por esta razón, la referida interpretación del artículo 61, apartado 1, contiene una contradicción. Si la

aplicación del artículo 74 solo puede excluirse en *beneficio* del ordenante, no hay razón para que el artículo 61, apartado 1, establezca que la inaplicación de dicho artículo 74 solo puede acordarse «si el usuario de servicios de pago no es un consumidor». No hay ninguna razón para prohibir la exclusión contractual si esta solo puede beneficiar al consumidor.

- 39 Esta conclusión, considerada en el contexto de los considerandos 53 y 73 de la Directiva, sugiere que las partes pueden *agravar* la responsabilidad del ordenante por operaciones de pago no autorizadas cuando este no es un consumidor y limitar así la responsabilidad del proveedor establecida en el artículo 73, apartado 1.

G. Relación entre las disposiciones de la Directiva y la legislación nacional aplicable

- 40 La relación entre las disposiciones de la Directiva y la legislación nacional aplicable es directa, ya que esta última está constituida por el Decreto Legislativo n.º 91/2018, de 12 de noviembre, que transpone la Directiva (UE) 2015/2366 al ordenamiento jurídico interno.
- 41 Para la justa resolución del litigio resulta imprescindible la interpretación del artículo 114, apartados 1 y 2, del Decreto Legislativo n.º 91/2018, que reproduce lo dispuesto en el artículo 73 de la Directiva, al objeto de determinar si las normas que contiene son aplicables al tipo de procedimiento adoptado por las partes. Solo una interpretación correcta (y uniforme) de la Directiva permitirá resolver el litigio de forma justa.

Oporto, 5 de febrero de 2021

El Juez